

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 20-9-2005, nº1040/2005, rec.2423/2003. Pte: Sánchez Melgar, Julián

RESUMEN

La diligencia de investigación de los números marcados y recibidos en la memoria de un teléfono móvil no invade el derecho al secreto de las telecomunicaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vélez-Málaga instruyó Sumario núm. 11/2001 por delito contra la salud pública contra Jesús Luis, José y Víctor Manuel, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, que con fecha 27 de enero de 2003 dictó Sentencia núm. 4 que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Se declaran como tales los que integran el siguiente relato:

Investigaciones y vigilancias realizadas por miembros del Grupo Udyco de la Comisaría de Policía de Vélez-Málaga llevaron a la sospecha de que el acusado Jesús Luis, mayor de edad y ejecutoriamente condenado, por delito contra la salud pública, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, en sentencia que fue firme el 21 de enero de 1993, podía estar dedicándose a la venta de drogas, pues advertían que la afluencia de toxicómanos se incrementaba cuando regresaba a la Barriada de Pueblo Nuevo de la Axarquía, en Vélez Málaga, donde habitaba, después de haber salido de ella, poco tiempo antes, a bordo del vehículo Opel Corsa, matrícula R-....-AR . La precauciones que, al parecer de los policías que efectuaban su seguimiento, adoptaba en sus entradas y salidas del barrio y el hecho de advertir que no desempeñaba actividad laboral alguna les hizo pensar que la investigación no iba desencaminada.

En muchas ocasiones le acompañaba en sus desplazamientos el acusado José, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien precisamente no estaba cuando, en la noche del día 26 de diciembre de 2000, salió del barrio a bordo del vehículo citado y se dirigió a Torre del Mar, donde, sin bajarse del vehículo, mantuvo una conversación con el que resultó ser el acusado Víctor Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, que se encontraba al volante del vehículo marca Hyundai, modelo Sonata, matrícula QU-....-QB, del que tampoco se bajó durante la entrevista, estando colocados ambos vehículos en paralelo.

El contacto referido fue el que determinó la actuación policial en la tarde del día 2 de enero de 2001, cuando, en uno de los seguimientos del Opel Corsa conducido por Jesús Luis y acompañado por José, al circular por la circunvalación hacia Torre del Mar, advirtieron cómo detuvieron la marcha junto a otro vehículo que se encontraba aparcado en el arcén a la altura del “Centro Comercial E.”. Junto al vehículo aparcado, Opel Corsa, matrícula X-....-AZ se encontraba Víctor Manuel, a quien los policías que practicaban el seguimiento conocían del anterior contacto. La sospecha de que se estuviera practicando una entrega de droga determinó la rápida intervención policial. Los policías detienen en escasos segundos a los tres acusados que se encontraban fuera de los vehículos se intervinieron en este último vehículo, en el asiento del copiloto, una bolsa que contenía un paquete de sustancia que, analizada posteriormente, resultó ser cocaína, con peso de 992 gramos y pureza del 86,09%.

En la misma tarde, provistos de mandamiento judicial habilitante y asistidos del Secretario del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Vélez-Málaga los policías actuantes se personaron en las viviendas de la CALLE000 núm. 000 núm. 001 núm. 002 y de la CALLE001 núm. 003 núm. 004 núm. 005 de la Barriada de Pueblo Nuevo de Vélez-Málaga, domicilios respectivos de Jesús Luis y José. El primero hizo entrega a los policías de 1.395.000 pesetas que ese encontraban tras el cajón de debajo de una mesita del dormitorio, en tanto que José hizo entrega a los actuantes de una caja de zapatos que guardaba en el dormitorio de los niños, en la que había dos balanzas de precisión, una cuchara con restos de polvo blanco, unas tijeras y una bolsita con polvo blanco que también fue analizado y resultó ser cocaína, con peso de 0.90 gramos y pureza del 81,04%. El valor del total de la droga intervenida ascendía en el mercado ilícito a que iba destinada a la cantidad de 56.639 euros.

En las memorias de los teléfonos móviles que fueron intervenidos a los acusados se detectaron llamadas entre ellos, que evidenciaban que la reunión interrumpida por la intervención policial había sido previamente concertada y que, por tanto, eran Jesús Luis y José los destinatarios de la droga que transportaba Víctor Manuel.

Pese a que la investigación patrimonial a que ha sido sometido Jesús Luis ha puesto de relieve que carece de trabajo y de ingresos económicos por otros conceptos, el día 8 de agosto de 2000 vendió una vivienda por 6.400.000 pesetas, el 4 de septiembre de 2000 compró el vehículo Opel Corsa matrícula R-....-AR por la cantidad de 650.000 pesetas y el 27 de diciembre de 2000 compró y pagó en metálico la vivienda sita en la urbanización000 "calle002 núm. 006 de Vélez-Málaga, ascendiendo el precio a la cantidad de dieciséis millones de pesetas; además venía utilizando como segundo vehículo el turismo marca Chrysler modelo Stratus LX, matrícula KE-....-KL sin que por la defensa se haya justificado la procedencia del dinero para realizar todas estas adquisiciones, lo que evidencia que procede del ilícito tráfico con sustancias estupefacientes."

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

"Que debemos condenar y condenamos a los acusados Jesús Luis, José y Víctor Manuel, como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, relativo a sustancia que causa grave daño a la salud y en cuantía de notoria importancia, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]"

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por las representaciones legales de los procesados Jesús Luis, José y Víctor Manuel [...]"

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

[...] El recurrente, con un larguísimo desarrollo expositivo, trata de refutar las pruebas practicadas en el juicio oral, como si de una segunda instancia se tratara este grado jurisdiccional extraordinario. Sin embargo, el motivo invocado no permite sino examinar si se han practicado pruebas de cargo, en condiciones de regularidad procesal y constitucional, y que su valoración lo haya sido en términos de racionalidad.

Hacemos nuestras las argumentaciones probatorias que se recogen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, en donde se citan las declaraciones de los agentes policiales actuantes, los seguimientos efectuados, el encuentro anterior, al que

ya nos hemos referido, pero, sobre todo, el hallazgo de casi un kilogramo de cocaína, fruto de la intervención policial en el momento en que todos ellos son detenidos.

Que habían concertado una cita es algo tan evidente como se refleja en las llamadas telefónicas incorporadas a la memoria de los teléfonos móviles de los implicados, que desbarata la tesis ofrecida por el recurrente de que se trataba de un encuentro casual, fruto de ayudar a Víctor Manuel en la avería que, en su versión, éste, un desconocido, había sufrido en la carretera. No se explicarían de esa forma las llamadas obrantes al folio 151 de las actuaciones, sobre las que ninguna objeción procesal puede oponerse, al tratarse de un medio de investigación procesal, sobre una especie de agenda electrónica, que incorporan los teléfonos móviles, respecto a las llamadas recibidas o realizadas desde el mismo.

Del propio modo que en un registro domiciliario (o de un vehículo o de una maleta), no se invade el ámbito del secreto de las comunicaciones porque se hallen varias cartas cerradas, en donde se haga constar, en lugar visible del sobre, el nombre del remitente y del destinatario y la fecha del matasellos, por poner solamente un ejemplo. Si no se abre la carta, no hay invasión en el secreto de las comunicaciones, que es lo que protege el art. 18.3 de la Constitución española. Distinto será el indicio probatorio razonado que se podrá construir con tales elementos, que es lo que ha llevado a cabo la Sala sentenciadora de instancia. Como ha dicho la Sentencia de esta Sala, número 316/2000, de 3 de marzo, “es indudable que en este caso, no habiendo conversación ni manifestación de hechos por el interlocutor, no se interfirió en el ámbito propio que el secreto de las comunicaciones protege. La visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que tenga a la vista el aparato no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación; ni tampoco lo es la previa comprobación de la memoria del aparato, que tiene a tal efecto el simple carácter de una agenda electrónica y no la consideración de un teléfono en funciones de transmisión del pensamiento dentro de una relación privada de comunicación entre dos personas”.

En el domicilio del recurrente, se halló la nada despreciable cantidad en metálico de 1.395.000 pesetas (8.384,12 euros), que se encontraba tras el cajón de una mesita del dormitorio.

El dictamen pericial sobre la droga incautada fue ofrecido por dos peritos del laboratorio oficial en donde se practicó el análisis, siendo en consecuencia plenamente regular, por asistencia de quien, en unión del equipo, había llevado a cabo la pericia, aunque solamente uno de aquellos fuera sustituido por otro para la asistencia al juicio oral. Con esta argumentación se desestima igualmente el motivo cuarto, que también reprocha el muestreo con el que se determinó el grado de pureza, al formular en este apartado el modo concreto cómo se practicó el peritaje, sin impugnación alguna por parte de esta defensa, y sin exista un acreditamiento documental sobre los extremos expresados por el recurrente. No corresponde al Tribunal sentenciador analizar los métodos utilizados por los especialistas que comparecen al juicio oral, sino únicamente sus conclusiones. Volveremos sobre esta cuestión al dar respuesta al motivo único de los dos restantes recurrentes.

En definitiva, la entrevista previa, el encuentro con la droga, los seguimientos a los que fueron sometidos, las cantidades de metálico en su poder, las llamadas telefónicas, y el nivel de vida del recurrente, con -a lo sumo- muy esporádicos trabajos, son datos

indiciarios suficientes para enervar la presunción de inocencia del ahora recurrente, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar [...]

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado Jesús Luis [...] Dando por reproducidos todos los pronunciamientos del fallo de instancia, hemos dejar sin efecto el decomiso de los siguientes bienes: vivienda sita en la calle002 núm. 006 de la urbanización000 de Vélez-Málaga y los vehículos matrículas R-....-AR y KE-....-KL. En lo restante, se mantiene la resolución judicial recurrida, en tanto sea compatible con este pronunciamiento.