

Roj: STS 4016/2012
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1923/2011
Nº de Resolución: 492/2012
Fecha de Resolución: 14/06/2012
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Prueba fonométrica de reconocimiento de voz.- No es exigible para la validez como prueba de cargo del contenido de las intervenciones telefónicas judicialmente autorizadas y adecuadamente incorporadas al juicio oral . La identificación de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal sentenciador alcanzando su convicción probatoria en virtud de la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes que ponen de relieve la intervención de los acusados en las comunicaciones.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de dos mil doce.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Avelino** y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Hernan contra lasentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, de fecha 8 de julio de 2011, en causa a los mismos y otro por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del primero de los indicados Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente por las Procuradores D^a M^a Concepción Hoyos Moliner y D^a Patrocinio Sanchez Trujillo.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Villajoyosa instruyó Procedimiento Abreviado con el Nº 23/2010 y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima que, con fecha 8 de julio de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Se inició investigación policial por un delito contra el patrimonio en virtud de atestado de la Guardia Civil de Villajoyosa NUM000 que da origen a las Diligencias Previas 637/09 del Juzgado de Instrucción Nº 2 de Villajoyosa, en las que se autoriza, con fecha 26-05-09, la intervención de los siguientes teléfonos: NUM001 y

NUM002 , utilizados por Hernan y los NUM003 , NUM004 y NUM005 correspondientes a Avelino , y, del resultado de dicha intervención se vino en conocimiento de la posible implicación en un delito de tráfico de drogas por parte de Bruno , Avelino y Hernan , todos ello mayores de edad y sin antecedentes penales, por lo que el Juzgado competente dedujo testimonio de particulares, que fueron turnados y dieron lugar la incoación de Diligencias previas 1.018/09 del Juzgado de Instrucción Nº 1 de Villajoyosa, seguidas por un delito de tráfico de drogas, donde por la Guardia Civil se solicitó, mediante oficio de fecha 1-07-09 la intervención de varios teléfonos. Los teléfonos cuya observación se pide son NUM002 de Hernan , el NUM005 y NUM006 , de Avelino y el NUM007 cuyo usuario es Bruno y se autoriza su observación y escucha en virtud de auto de la misma fecha, es decir de 1-07-09, dictado por el Juzgado de Instrucción Nº 1 de Villajoyosa.

Mediante oficio 6-07-09, se interesa ampliación de la intervención al teléfono NUM008 al haber cambiado de terminal Hernan , siendo atendida dicha petición mediante auto de 6-07-09.

Por oficio de fecha 13-07-09 se solicita la ampliación también al teléfono NUM009 que utilizan para comunicarse Avelino y Bruno . El auto de 13-07-09 autoriza la ampliación al anterior teléfono.

Por cambio nuevamente de terminales telefónicos se interesa por oficio de fecha 16-07-09 la intervención de los teléfonos NUM010 de Bruno y NUM011 de Hernan , y el auto de 16-07-09 dispone la autorización para la observación y escucha de los indicados números.

En oficio de fecha 4-08-09 se solicita la ampliación también al teléfono NUM012 que Avelino identifica a otro interlocutor como su nuevo número telefónico. El auto de 5-08-09 autoriza la ampliación al anterior teléfono.

La solicitud policial de intervención telefónica del teléfono NUM013 como nuevo terminal de Avelino , fue autorizada por auto de fecha 7-08-09.

Como consecuencia de la observación de las conversaciones y mensajes entrantes y salientes en dichos teléfonos se advirtió que Bruno , Avelino y Hernan , se venían dedicando a la venta de cocaína en las localidades de Villajoyosa, Benidorm, Denia y limítrofes, siendo los beneficios obtenidos en dicha actividad destinados a financiar nuevas adquisiciones de droga para seguir comerciando con la misma. Asimismo, estando Bruno en la localidad madrileña de Collado Villalba, adquirió cocaína, conviniendo el 11 de agosto de 2.009 con Avelino que Hernan se desplazara a encontrarse con el citado Bruno en la localidad madrileña, con el fin de que le entregara cocaína y la trasladara a Denia, lo que hizo inmediatamente. La cocaína que tanto Bruno como Avelino se dedicaban a "cocinar", en colaboración con Hernan que la distribuía y les facilitaba productos para adulterarla, iba a destinarse a la venta de otros consumidores.

Los acusados Julián , Vidal y Anselmo , mayores de edad y sin antecedentes penales, recibían la cocaína adquirida por Bruno , Avelino y Hernan , con ánimo de distribuirla a terceros, y la vendían.

En el domicilio de Virginia , también acusada, mayor de edad y

sin antecedentes penales, entonces pareja sentimental de Hernan , sito en el PASEO000 N° NUM014 , NUM015 . NUM016 de la localidad de Denia, se autorizó mediante auto de fecha 13 de agosto de 2009, una entrada y registro que tuvo lugar el mismo día, encontrándose en la vivienda 267 gramos de cocaína con una pureza expresada en base de 18'3% con un valor en el mercado ilícito de 9.011'78 €, hallándose igualmente los siguientes efectos:

- prensa hidráulica
- molde de prensa
- marco de prensa
- llave inglesa
- llave curva de tubo
- balanza de precisión
- rollo de papel film
- caja balanza de precisión
- alambre plastificado; y
- papeles de bolsa de plástico confeccionados a modo de envoltorio.

Estos útiles servían para la manipulación de la sustancia estupefaciente y Virginia era conocedora de que su vivienda iba a albergar la droga y los útiles, prestándose voluntariamente a ello".

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

"FALLAMOS: "Que debemos condenar y condenamos a los acusados en esta causa Bruno , Avelino y Hernan , como autores responsables de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el art. 368.1 del Código Penal(sustancia que causa grave daño a la salud) sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de cuatro años de prisión con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cada uno de ellos y al pago de multa de 18.022 € por cada condenado, fijando para el caso de impago de la multa un arresto sustitutorio de un mes, así como al pago de una séptima parte de las costas procesales a cada uno.

Asimismo condenamos a los acusados en esta causa Julián , Vidal , Anselmo y Virginia , los tres primeros como autores de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el art. 368.2 del Código Penal(sustancia que causa grave daño a la salud, subtipo atenuado), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y la última de los condenados como cómplice de un (sic) contra la salud pública, previsto y penado en el art. 368.1 del Código Penal(sustancia que causa grave daño a la salud), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de un año y nueve meses de prisión a cada uno

de ellos, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 2.250 euros, con arresto sustitutorio de un mes en caso de impago, con condena a cada uno de una séptima parte de las costas.

Se declara el comiso y destrucción de la sustancia intervenida.

Abonamos a dichos acusados todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Se decreta la inmediata puesta en libertad de Bruno , con obligación de comparecer "apud acta" los días 1 y 15 de cada mes y de comunicar a este Tribunal su domicilio y los cambios que pueda realizar del mismo. Líbrese mandamiento de libertad al Centro Penitenciario de Foncalent así como los demás despachos oportunos.

Requírase a los condenados Bruno , Avelino , Hernan , Julián , Vidal , Anselmo y Virginia , de pago de la multa impuesta.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248.4º de la L.O.P.J., informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el término de cinco días ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hasta tanto se dicten las leyes de procedimiento a que hace referencia la Disposición Final Segunda de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, en relación con el artículo 73.3.c) de la misma Ley.

Conforme al artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, notifíquese, en su caso, la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Avelino** y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Hernan , 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.- La representación de Avelino , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por infracción del art. 24.2 de la Constitución. SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación del secreto de las comunicaciones, art. 18.3 de la Constitución Española. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art. 368 del Código Penal. CUARTO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La representación de Hernan , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., y del art. 849.1º de la L.E.Crim., por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la

presunción de inocencia y al secreto de las comunicaciones de los arts. 24.2 y 18.3 de la Constitución Española. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación del art. 368.1º del Código Penal. TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24 C.E. CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos expresó su conformidad con la resolución de los mismos sin celebración de vista y los impugnó por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 7 de junio pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 8 de julio de 2011, condena a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud, a las penas de cuatro años de prisión y multa. Frente a ella se alzan los presentes recursos, cada uno de ellos fundado en cuatro motivos, por vulneración de derechos fundamentales e infracción de ley.

RECURSO DE AVELINO .

SEGUNDO .- El primer motivo de recurso, por infracción del art. 24 2º de la CE, al amparo del art. 5 4º de la LOPJ, alega vulneración del derecho a la presunción constitucional de inocencia en los delitos de secuestro y torturas por los que ha sido condenado el recurrente.

Es fácil constatar que el recurrente no ha sido condenado por los referidos delitos, por los que difícilmente se puede haber vulnerado su presunción de inocencia en relación con ellos. En cualquier caso, si se refiere al delito objeto de condena, contra la salud pública, la concurrencia de prueba es manifiesta.

El derecho a la presunción de inocencia, según la doctrina de esta Sala, alcanza a la ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejada actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente, adecuadamente valorada y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales y constitucionales.

Igualmente, en reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observancia por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Por el contrario ha dicho esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la intermediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación, salvo que se aprecie arbitrariedad en su valoración.

TERCERO .- En el caso actual, el Tribunal sentenciador dedica el fundamento jurídico segundo a relacionar y valorar la prueba de cargo existente contra los condenados. Con respecto al recurrente señala expresamente que Blanca relata en su testimonio que el recurrente Avelino le ha facilitado droga y que supo que se dedicaba a dicha actividad por la novia del propio Avelino . Dicho testimonio, que constituye una prueba legítima de cargo, unido a las declaraciones de los coimputados Hernan y Virginia , corroborado por la anteriormente referida declaración testifical, así como al resultado de las intervenciones telefónicas, razonadamente valoradas por el Tribunal sentenciador, imponen la radical desestimación del motivo.

CUARTO .- El segundo motivo de recurso, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, interesa la anulación de las intervenciones telefónicas.

Como recuerda la reciente sentencia 248/2012, de 12 de abril, la doctrina jurisprudencial en esta materia parte del principio de que el secreto de las comunicaciones telefónicas constituye un derecho fundamental que está garantizado en el art. 18, párrafo tercero de la Constitución de 1978.

La declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 12º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17º y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 8º, que constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10 2º, garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación (art. 8º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial.

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel

de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta manera en la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales, **sin la intervención absolutamente imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, que tiene atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales** (STS 248/2012, de 12 de abril).

Para la validez constitucional de esta medida de intervención telefónica es necesario que concurren los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su proporcionalidad, f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica. Elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988; casos Kruslin y Huvig, sentencias ambas de 24 de abril de 1990; caso Ludwig, sentencia de 15 de junio de 1992; caso Halford, sentencia de 25 de junio de 1997; caso Kopp, sentencia de 25 de marzo de 1998; caso Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998, caso Prado Bugallo, sentencia de 18 de febrero de 2003, entre otras muchas).

En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención (STC 253/2006, de 11 de septiembre), **y que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada** (Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo 1240/98, de 27 de noviembre, 1018/1999, de 30 de septiembre, 1060/2003, de 21 de julio y 248/2012, de 12 de abril, entre otras), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.

Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio, 165/2005, de 20 de junio, 26/2006, de 30 de enero, 146/2006, de 8 de mayo, SSTS de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998, 19 de mayo del 2000, 11 de mayo de 2001, 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004, 13 y 20 de junio de 2006, 9 de abril de 2007, y 248/2012, de 12 de abril, entre otras) **han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial**, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado (STS 248/2012, de 12 de abril).

QUINTO .- Aplicando dicha doctrina al caso actual

procede la desestimación del motivo. En efecto la parte recurrente sostiene que la intervención de un determinado número de teléfono perteneciente al condenado Sr. Avelino se realizó amparándose en un auto judicial de 1 de julio de 2009 que respondía a una solicitud policial referida a unos números distintos. Esta alegación ya ha quedado adecuadamente respondida en la sentencia impugnada, que dedica el primer fundamento jurídico a analizar y rechazar razonada y razonablemente esta misma impugnación, y a cuyo contenido nos remitimos.

Como señala la sentencia impugnada esta impugnación pretende sacar partido de un mero error material en la fecha de una diligencia en la que se consigna el tres de julio cuando se quiere decir tres de agosto, como se deduce de la fecha obrante en la carátula del atestado. Error, muy frecuente en los primeros días de un mes, al consignar correctamente el día pero haciéndolo corresponder al mes anterior, que es absolutamente irrelevante, porque si acudimos a la fecha consignada en las transcripciones de las conversaciones que se han utilizado como prueba, se constata que todas ellas corresponden a una fecha posterior a la de la intervención del teléfono correspondiente.

Las conversaciones utilizadas como prueba, producidas entre Bruno , Hernan y el recurrente, el 11 y el 12 de agosto de 2009, fueron intervenidas y grabadas al amparo de una autorización judicial otorgada por auto de 16 de julio, para el teléfono de Bruno , el 12 de agosto, para el teléfono de Hernan y el 5 de agosto para el teléfono del recurrente, todas ellas suficientemente fundadas y adaptadas a las exigencias constitucionales. Esta alegación, en consecuencia, carece de fundamento.

SEXTO .- Alega también el recurrente, en este mismo motivo, deficiente motivación del auto de cinco de agosto, por el que se extiende la intervención de las comunicaciones del recurrente a un nuevo número telefónico.

La ampliación instrumental de la intervención, es decir su extensión a un nuevo teléfono del mismo titular, ya tiene una justificación material en la resolución inicial, por lo que la motivación que se exige en estos casos no necesita extenderse de forma redundante a lo que ya se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino que puede limitarse a ponderar la vigencia en el tiempo de la misma necesidad o la información proporcionada por la policía judicial acerca de la utilización por el sospechoso de otros terminales telefónicos.

En consecuencia, esta impugnación debe ser también desestimada, porque la intervención de las comunicaciones del recurrente ya estaba acordada por auto de uno de julio, apoyado en el informe policial de esa misma fecha, y adecuadamente motivado. Su extensión a un nuevo número telefónico del mismo imputado obedece a la frecuencia con la que cambian de terminales telefónicos quienes se dedican a la venta de estupefacientes, según constituye una regla aportada por la experiencia, que obliga en muchas ocasiones a extender la intervención a otros terminales en la misma investigación, pero no requiere reiterar las razones que han motivado la intervención, pues son las mismas obrantes en el auto inicial.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

SÉPTIMO. - El tercer motivo de recurso, al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega infracción del art 368 del Código Penal.

El cauce casacional elegido impone el respeto del relato fáctico. En éste se describe una actividad indiscutidamente integradora del delito de tráfico de drogas objeto de condena, al relatar que el recurrente se venía dedicando a la venta de cocaína en las localidades de Villajoyosa, Benidorm, Denia y otras limítrofes, en compañía de los otros condenados, dedicando parte de los beneficios a financiar nuevas adquisiciones de drogas para continuar la actividad de venta. Las alegaciones que se introducen en el desarrollo del motivo sobre la práctica de la prueba testifical son absolutamente impropias de este cauce casacional. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

El cuarto y último motivo, por quebrantamiento de forma al amparo del art 850 1º y 3º de la Lecrim, no se desarrolla en el recurso, por lo que su falta de contenido impone su desestimación.

RECURSO DE Hernan .

OCTAVO .- El primer motivo de este recurso, por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y al secreto de las comunicaciones, se centra en la anulación de las intervenciones telefónicas. La parte recurrente, tras una minuciosa y profusa cita de resoluciones jurisprudenciales, no concreta con precisión los motivos por los que interesa dicha anulación, remitiéndose a los "numerosos defectos y numerosos errores" puestos de manifiesto en el acto del juicio oral. Se refiere a la impugnación formulada por el anterior recurrente, ya desestimada de forma perfectamente razonada en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada, relativa a un error de fecha en uno de los numerosos informes policiales, que, como ya hemos señalado, es absolutamente irrelevante.

Alega también la parte recurrente que no se ha practicado una prueba de voz para identificar al Sr. Hernan en las conversaciones incriminatorias.

Esta alegación, que constituye una cuestión nueva, debe ser también desestimada pues es doctrina consolidada de esta Sala que no es exigible para la validez como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia del contenido de las intervenciones telefónicas judicialmente autorizadas y adecuadamente incorporadas al juicio oral, la realización en todo caso, de oficio por el Instructor o a petición de las acusaciones, de una prueba pericial fonométrica de reconocimiento de voces, que dictamine sobre la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que la voz se atribuye en la Instrucción judicial, cuando el material de las grabaciones ha estado a disposición de las defensas, que, si cuestionaban la identidad de los interlocutores, pudieron en el momento procesal oportuno solicitar dicha prueba y no lo hicieron. La doctrina jurisprudencial considera que la identificación de los acusados puede ser apreciada por el propio Tribunal sentenciador en el juicio oral alcanzando su convicción probatoria en virtud de su personal percepción de la voz y, sobre todo, mediante la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes que ponen de relieve la intervención de

los acusados en las comunicaciones (SSTS. 3 de noviembre de 1997,19y26 de febrero de 2000,705/2005 de 6 de junio,1142/2005 de 20 de septiembre,1286/2006, de 30 de noviembre,901/2009, de 24 de septiembre,385/2011, de 5 de mayo y440/2011, de 25 de mayo, entre otras).

En el caso actual las referencias personales a Hernan en las conversaciones, y al apodo con el que era conocido (Birras), como destaca el Tribunal sentenciador, así como las referencias a su pareja sentimental, Virginia , al domicilio de ésta, donde se guardaba la droga y donde el recurrente manifiesta en sus mensajes que se queda ("me quedo en casa de Virginia "), unido todo ello a su propia declaración en la que concreta como la droga llegó al domicilio de Virginia , precisando que era la misma que transporte desde Madrid, viaje al que se refieren los acusados en sus conversaciones telefónicas, son datos más que suficientes para relacionar al recurrente, cuyos teléfonos estaban judicialmente intervenidos, con las conversaciones utilizadas como prueba sin necesidad expresa de una prueba pericial de cotejo de voces que no fué solicitada por ninguna de las partes.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

NOVENO. - El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, alega indebida inaplicación del párrafo segundo del art 368 del Código Penal.

La nueva redacción del párrafo segundo del artículo 368 es la siguiente: No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.»

Como se ha señalado por esta Sala, STS 32/2011 de 25 de enero entre otras, ésta atenuación prevista en el nuevo párrafo segundo del art 368, responde a la necesidad de facilitar a los jueces y Tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta punitiva, respetuosa con el principio de culpabilidad, permitiendo la imposición de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado.

Como se ha expresado asimismo por esta Sala en nuestra sentencia núm. 33/2011, de 26 de enero, la facultad otorgada en el artículo 368. 2º del Código Penal tiene carácter reglado, en la medida en que su aplicación se asocia a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo ("la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable") y, por tanto, es susceptible de impugnación casacional. De ahí que la falta de relevancia del hecho imputado o la excepcionalidad de las circunstancias que concurran en el sujeto activo, han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida. "De lo que se trata es de que la motivación del proceso de individualización de la pena se ajuste a los parámetros constitucionales que esta Sala viene exigiendo para colmar el derecho constitucional a una resolución motivada de forma razonable"(STS 600/2011, de 9 de junio).

Además, señala la jurisprudencia de esta Sala, (véase, por vía de ejemplo la sentencia 646/2011, de 16 de junio), que la exigencia de que se hagan constar los dos elementos de los que depende la aplicación del artículo 368.2º del Código Penal (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) debe conjugarse, en su distinta jerarquía valorativa, con la exigencia de que ha de ponderarse la distinta intensidad y cualificación que ha de presentar cada uno de ellos.

Sigue diciendo esta misma sentencia, que cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo privilegiado no puede estar condicionada a la existencia de circunstancias personales del culpable, en tanto éstas siempre han de operar en el marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho cometido.

En la interpretación de la concurrencia de esta atenuación, esta Sala ha declarado que se produce la escasa entidad cuando se trata de la venta ocasional de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas, sin que consten otros datos que permitan inferir que existe una dedicación más habitual al tráfico.

Y que, cuando el tipo penal se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está centrándose, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, que son factores que permiten modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, **pero siempre sin olvidar que de los dos elementos, el esencial y que no puede faltar es el de la escasa gravedad** (STS 448/2011, de 19 de mayo).

DÉCIMO .- En el caso actual, es claro que no concurre dicha circunstancia esencial de escasa gravedad de la conducta sancionada. No se trata de la venta aislada de alguna papalina de droga, sino de una actividad reiterada de venta de cocaína en las localidades de Villajoyosa, Benidorm, Denia y poblaciones limítrofes, actividad de tráfico continuado de drogas que causan grave daño a la salud que no tiene encaje en los parámetros jurisprudenciales establecidos para la calificación de una conducta como de escasa entidad. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

UNDÉCIMO .- El tercer motivo de recurso, al amparo del art 5 4º de la LOPJ, alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción constitucional de inocencia, impugnación que en el desarrollo del motivo se centra en la falta de motivación de la sentencia impugnada.

El motivo carece de fundamento. La sentencia impugnada contiene una fundamentación razonada y razonable acerca de todas las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa, tanto en el apartado fáctico como en el jurídico. En el primer fundamento jurídico se desestima razonadamente la impugnación de las intervenciones telefónicas, en el segundo se analiza

motivadamente la prueba de cargo, de modo detallado, así como la calificación de los hechos, en el tercero se valora la prueba de descargo y las alegaciones de los acusados, en el cuarto la eventual concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en el quinto la individualización punitiva, todo ello a través de veinte folios de apretados razonamientos, con los que se podrá discrepar por los recurrentes, pero no negar su existencia ni su suficiencia.

DÉCIMO SEGUNDO .- El último motivo alega nuevamente vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Ya hemos señalado con anterioridad que la invocación de este motivo no implica una nueva valoración probatoria, sino la constatación de que el Tribunal sentenciador dispuso de prueba de cargo suficiente y válida, razonablemente valorada. En el caso actual la condena del recurrente se fundamenta en el contenido de las intervenciones telefónicas, ocupación de la droga y efectos para su tráfico en el domicilio de su pareja, y sus propias declaraciones, que ha ido modificando, pero que son autoincriminatorias. El motivo carece de fundamento.

Procede, por todo ello, la desestimación del recurso interpuesto, con imposición de las costas del mismo a los recurrentes.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recurso de casación, interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Avelino** y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Hernan contra lasentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, de fecha 8 de julio de 2011, en causa a los mismos y otro por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Perfecto Andres Ibañez Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin**Diego Ramos Gancedo**

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