

C. DERECHO PENAL	SUPUESTOS EN RELACIÓN CON LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL	Núm. 129/2004
-----------------------------	--	--------------------------

Casto PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Durante unos meses AX y BX fueron vigilados por la policía ante las sospechas de que se dedicaban al tráfico de drogas, conclusión a la que llegaron por las continuas visitas que les realizaban personas consumidoras y el elevado nivel de vida que últimamente llevaban, con cuyos argumentos solicitaron al Juez de instrucción de la localidad, el cual basándose en el oficio de la petición acordó la intervención telefónica pedida. Posteriormente se solicitó la prórroga de la misma, que recaía sobre el mismo número, a la que se accedió mediante remisión al oficio de la policía solicitante. Al día siguiente de la resolución acordando la misma se recibieron las cintas, procediéndose a su audición y cotejo con las transcripciones igualmente aportadas. Días posteriores fueron detenidos con 20 kilos de hachís, 10 de los cuales fueron entregados a otra persona previamente condenada, CX, que los trasladó en su vehículo, sustancia que resultó ser hachís, sin determinar su pureza. Los imputados declararon ante el Juez de Instrucción, con asistencia de letrado, su implicación en los hechos. En el Juicio oral se solicitó el testimonio de la sentencia condenatoria de CX, que así mismo declaró como testigo, para unirla a las actuaciones, declarando los policías que intervinieron como testigos. Los acusados hicieron uso de su derecho a no declarar.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Intervenciones telefónicas: condiciones de validez.
2. Facultades del Tribunal en orden a la proposición de pruebas.
3. Declaración judicial del imputado: derecho a no declarar en el Plenario.
4. Alcance de la inexistencia de la determinación de la pureza de la droga.
5. Conclusión.

• **SOLUCIÓN:**

Si durante la tramitación del proceso penal, se realiza una investigación encaminada a acreditar los hechos y las personas responsables, salvo las excepciones de la prueba anticipada y preconstituida, en esa fase procesal las diligencias realizadas no tienen carácter de prueba. Sin embargo en el juicio oral se desarrolla plenamente la prueba, que deberá ajustarse a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad; éste es el momento procesal en el que las partes, de acuerdo con el principio de igualdad de armas, deberán tratar de lograr la convicción del órgano juzgador. En el caso que se propone, se plantean diferentes cuestiones, que relacionadas con la prueba, se resuelven por los Tribunales y que tienen indudable carácter práctico.

1. En primer lugar se plantea la posible licitud constitucional de la intervención telefónica. Prevista en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), queda en manos del Juez de instrucción,

que ha de atender a la proporcionalidad, por ser necesaria para la investigación de un delito grave, la especialidad, por lo que ha de ir referida a un delito concreto, y a la excepcionalidad en cuanto no es posible otro medio de investigación menos perjudicial para los derechos fundamentales del sujeto investigado, debiendo someterse a un plazo de duración preciso. La resolución ha de ser motivada (art. 120.3 de la CE) en cuanto a los hechos que justifican la intervención pudiendo remitirse en orden a los supuestos fácticos al contenido del oficio policial. Han de constar los indicios en ella, en cuanto datos objetivos, susceptibles de valoración posterior, en cuanto accesibles a terceros que proporcionen una base real respecto a que se ha cometido o se va a cometer el delito. Por tanto según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) en orden a la solicitud inicial de intervención de las comunicaciones telefónicas, que efectúa la policía, exige datos suficientes, no vagas sospechas o insinuaciones, sino datos que acrediten una previa investigación policial. A partir de aquí la resolución del Juez de Instrucción, el auto autorizante debe estar motivado, es decir, debe contener una explicación justificativa de la intervención que autoriza, las razones de la misma, que puede realizarse por remisión al oficio policial de petición de la intervención. También se exige una diligencia judicial encaminada al control de la medida durante su vigencia, tanto de las inicialmente acordadas, como de las prórrogas, mediante la remisión de las grabaciones así como de las respectivas transcripciones, para su audición y cotejo (SSTC de 27 de septiembre de 1999 y 18 de septiembre de 2002).

Así pues, cumplido el primero de los requisitos, es decir, el órgano judicial autoriza la intervención de las comunicaciones, con carácter excepcional, respecto de un hecho grave, como es el del tráfico de estupefacientes, téngase en cuenta, además, la importante cantidad de hachís mencionada, pero respecto del cual no existe un control posterior, y eso viene demostrado por el hecho de que la prórroga de la medida se realiza con anterioridad al recibo de las cintas y de las transcripciones, únicos medios que permiten al Juez realizar una labor de vigilancia en torno a la medida restrictiva de los derechos fundamentales, que debe estar presente tanto en las autorizaciones iniciales como en las prórrogas que se acuerden. En el supuesto del caso que se plantea hubo una prórroga carente de control, que originaba la nulidad de las intervenciones telefónicas, que arrastra las pruebas derivadas de ella.

2. En segundo lugar, se abordan los límites a las facultades iniciativas del Tribunal que juzga los hechos, que permite el artículo 729 de la LECrim. que «se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior... 2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. 3.º Las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles».

De acuerdo con el número segundo lo que no puede hacer el Tribunal es sustituir a la acusación en su obligación constitucional de aportación de la prueba de cargo, ya que en ese caso se quebraría el principio acusatorio, se excedería con mucho de la neutralidad y dirección de los debates, lo que debería impedir que una sentencia condenatoria estuviera fundada en la prueba de cargo realizada a instancia del Tribunal sentenciador (STS de 21 de marzo de 1994). Lo que sí es posible es que el Tribunal acuerde la realización de pruebas encaminadas a verificar o contrastar otras aportadas por las partes, es decir, realizar prueba sobre prueba, facultad de iniciativa que respetaría el derecho al Juez imparcial (STS de 29 de septiembre de 1998).

Además, otra posibilidad legalmente prevista, y es a la que se refiere el caso, es a petición del Fiscal, parte acusadora pública, que solicita un testimonio de una sentencia condenatoria y con la cual se quería verificar la veracidad de lo declarado por el testigo CX, en el Plenario. Por tanto no es una nueva prueba, ya que la prueba realizada fue la testifical, sino un testimonio que sólo pretendía la credibilidad o no de lo declarado por el testigo. Resulta evidente que no puede dudarse de la imparcialidad del Tribunal, por haber accedido a incorporar el testimonio de una sentencia condenatoria; dicho proceder no ocasiona indefensión.

3. La negativa de los acusados a declarar en el Plenario y sus consecuencias ha sido resuelta por el TS, dando soluciones en función de las diferentes circunstancias que concurren en cada caso. En el supuesto

de hecho planteado, los imputados ante el Juez de Instrucción reconocieron con asistencia de letrado su implicación en los hechos, y éste es un dato relevante aunque posteriormente se negaran a declarar en el Plenario. Se ha declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que el silencio del acusado, puede ser objeto de valoración por el Tribunal sentenciador, cuando el cúmulo de pruebas reclame una explicación de los hechos, de forma que su negativa a declarar suponga una ratificación del contenido incriminatorio de otras pruebas (STEDH de 2 de mayo de 2000). Resulta pues que el silencio tiene una relevancia y así el TEDH ha dicho que la decisión de no declarar o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporte el imputado, han de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial, en cuanto puede suponer una corroboración de lo que ya está probado y que reclama una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas, por lo que la omisión de declaración equivale a inexistencia de explicación posible y que en consecuencia el acusado es culpable. Además la prueba es autónoma y no deriva de la nulidad de las intervenciones telefónicas, porque la declaración se prestó ante el órgano judicial, asistidos de letrado y con lectura de derechos, entre ellos el de guardar silencio, y sin que pueda considerarse prueba, refleja o derivada. Es decir, no existe conexión de antijuridicidad entre lo declarado por los acusados espontáneamente y las intervenciones telefónicas nulas. Es válida por tanto la confesión efectuada para provocar la quiebra de la presunción de inocencia, pues tal confesión se efectuó con respecto de las garantías procesales. Es una declaración voluntaria y por tanto disponible por el sujeto a su voluntad. El conjunto del acervo probatorio, así como las pruebas indiciarias y corroboraciones unidas a la negativa a declarar, que surge en el plenario, y sin conexión alguna con la intervención de las comunicaciones acordada, refuerza la credibilidad de aquel testimonio, y todo ello integra la prueba de cargo suficiente.

En este sentido se ha manifestado el TC en Sentencias 161/1999 y 8/2000, entre otras muchas, así como el TS de 24 de mayo y 20 de septiembre de 2000 entre otras.

4. En torno a la inexistencia de determinación del grado de pureza del hachís, debe decirse que el TS ha declarado que la agravación por notoria importancia de la cantidad de droga, no es preciso determinar el porcentaje de principio activo. Los derivados del cáñamo índico (marihuana, hachís, aceite de hachís) son productos extraídos del vegetal mediante unos mecanismos más o menos simples o manuales, a diferencia de otros estupeficientes, en que mediante procedimientos químicos se obtiene el principio activo de la sustancia de que se trate y luego se mezcla con otros elementos ajenos, por lo que el criterio de la pureza o concentración del principio activo no se utiliza en nuestros Tribunales para los productos derivados del cáñamo índico (STS de 2 de diciembre de 2002). Se trata, además, de cantidades muy superiores a los 2.500 gramos que el TS ha establecido como límite para la determinación de esta agravación en el Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, para el hachís.

5. En conclusión, resulta claro que una sentencia condenatoria por delito contra la salud pública, por tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud, con la agravante de la notoria importancia (arts. 368 y 369 del CP), sería la resolución más acorde con los argumentos esgrimidos, tomando en consideración las declaraciones de los acusados durante la instrucción, las testificales así como el resto de la prueba, e igualmente, la documental recabada por el Tribunal a instancia de la acusación pública, en cuanto no supone vulneración del principio al Juez imparcial teniendo en cuenta la finalidad perseguida, acreditar la credibilidad de un testimonio.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 579 y 729.**
- **SSTC de 27 de septiembre de 1999 y 18 de septiembre de 2002.**
- **SSTS de 21 de marzo de 1994, 29 de septiembre de 1998, 24 de mayo y 20 de septiembre de 2000 y 2 de diciembre de 2002.**
- **STEDH de 2 de mayo de 2000.**