

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 892/2013, de 27 de noviembre de 2013

Sala de lo Penal

Rec. n.º 674/2013

SUMARIO:

Tráfico de drogas. Proposición de prueba. Sustancias psicoactivas. La clorofenilpiperazina es una sustancia del grupo de las piperazinas, que se vende frecuentemente como «éxtasis», debido a sus propiedades estimulantes del sistema nervioso central, se incluye entre las denominadas NSP (Nuevas sustancias psicoactivas): «sustancias de abuso, ya sea en forma pura o en preparado, que no son controladas por la Convención Única de 1961 ni por el Convenio de 1971, pero que pueden suponer una amenaza para la salud pública». Si la validez de un medio probatorio depende de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otra causa, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.

PRECEPTOS:

[Ley Orgánica 10/1995 \(CP\), arts. 368, 369, 369 bis, 370.2 y 570 bis.](#)

[Ley Orgánica 6/1985 \(LOPJ\), art. 264.](#)

PONENTE:

Don Cándido Conde-Pumpido Touron.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil trece.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Gerardo y por infracción de precepto constitucional por Juan , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la



Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 21 de febrero de 2013 , en causa seguida a los mismos por delitos de tráfico de drogas y falsedad documental, 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. Candido Conde-Pumpido Tournon, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por las Procuradoras D^a M^a Elisa Alcantarilla Martín y D^a Angustias del Barrio León.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Central num. 5, instruyó Sumario con el num. 9/2010, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 21 de febrero de 2013, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"I.- Se encuentran en situación de rebeldía, además de los no comparecidos en el día del comienzo del juicio oral Raúl ; Simón y Jose Antonio , los también procesados Luis Francisco (conocido como Pedro Miguel), Amador (conocido como Benito) y Florinda (conocida como Laura), a los que por lo tanto no afecta ese enjuiciamiento.

II.- En los primeros meses el año 2008 se comienza a investigar a un grupo de ciudadanos chinos que se estaban dedicando a la importación y distribución de pastillas de metilendioximetanfetamina (MDMA) y del anestésico veterinario conocido ketamina.

Se concretó por la UCRIF de la Policía Nacional, como consecuencia de sus propias investigaciones, la existencia de un grupo organizado de personas (que más adelante se escindiría en dos), inicialmente liderado por Gerardo (o Florencio o Hipolito) y por otra persona a quien no afecta este enjuiciamiento por encontrarse en rebeldía en esta causa y a efectos identificativos Luis Angel (Benito).

Las sustancias antedichas se vendían fundamentalmente en Madrid.

Ya en el mes de abril de 2008 se produce la división de la organización en dos grupos diferenciados, dedicándose ambos a las mismas actividades.

El primero de los grupos organizados separadamente lo lideraría Gerardo y el segundo estaría a cargo del rebelde denominado a efectos aclaratorios Luis Angel , los cuales ejercían la jefatura de los mismos impartiendo órdenes a los restantes miembros de su respectiva organización.



Organización de Gerardo (o Florencio o Hipolito).

En su constante actividad de distribución de MDMA y ketamina Gerardo , dirige una organización con la finalidad de transportar, almacenar y comercializar sustancia estupefaciente en forma de pastillas que se abastece fundamentalmente en Holanda transportándola a Madrid, donde la venderá.

Cuenta como hombre de confianza con una persona en situación de rebeldía, a quien denominaremos a efectos aclaratorios A Qiang el cual junto a su esposa, almacena parte de la sustancia a distribuir, organiza esta distribución, y tiene capacidad para negociar precios y controlar a distribuidores a menor escala.

Tanto para la importación como para la venta y reparto, Gerardo cuenta asimismo, entre otros, con el procesado rebelde que llamaremos a efectos identificativos Cecilio y con la esposa del identificado como Pedro Miguel a la que denominamos Raúl , asimismo rebelde en esta causa.

El citado como Cecilio hacía las funciones de transportista, repartidor de la droga y recogería los "pedidos" vía telefónica y la denominada como Raúl , se encargaba de almacenar determinadas cantidades de sustancia y recogería también diversos "pedidos" de distintos compradores.

El día 15-04-08 Gerardo por sí o por intermediario, reserva sendos billetes de avión (Madrid-Amsterdam-Madrid) en la agencia "Viajes Despejado" (número de reserva conjunto NUM000).

A finales de abril viajan efectivamente a Amsterdam, Gerardo y el denominado Cecilio donde adquieren pastillas de MDMA. A su regreso, el día 7-5-08 son detenidos en el aeropuerto de Barajas cuando portaban de común acuerdo una maleta (facturada por el denominado Cecilio , 5.076 pastillas de MDMA las cuales analizadas dieron como resultado tener un peso medio por comprimido de 0'3 grs. y una riqueza del 44'8% y 55 sellos de ácido lisérgico [LSD (total 3380 mg.)]. Asimismo en el interior de la maleta se encontraba documentación identificativa personal de Gerardo .

A Gerardo se le ocupan en el momento de la detención dos teléfonos móviles con los números NUM001 y NUM002 los que habían sido intervenidos judicialmente y a través de los cuales realizaba sus contactos e impartía sus órdenes. Asimismo se le intervine un pasaporte y una carta de identidad de Hong Kong con su fotografía a nombre de Maximino . Al pasaporte, auténtico en origen, se le había sustituido la página biográfica, insertando su fotografía. Esta carta de identidad había sido íntegramente elaborada de forma fraudulenta.



www.civil-mercantil.com

Al denominado Cecilio se le intervienen en su detención 3.375,00 euros.

El día 8-5-08 la denominada Raúl se disponía a hacer una de las habituales ventas, y tras ser detenida por funcionarios policiales arrojó al suelo subrepticamente una pequeña cantidad de ketamina y dos pastillas de MDMA.

Practicado registro en el domicilio de la CALLE000 NUM003 , NUM004 NUM005 de Madrid (donde habitaban los identificados como A. Luis Francisco y Raúl) se intervinieron 78 pastillas de MDMA las cuales analizadas dieron como resultado tener un peso medio por comprimido de 0.3 grs. Y una riqueza del 28'0%, así como 225 gramos de ketamina. En posesión directa y a disposición de ambos entre otros efectos se encontró en el registro gran cantidad de pequeñas bolsas de plástico y una balanza de precisión. Se intervinieron 660,00 euros.

Practicado registro en el domicilio del identificado como Cecilio en la c/ DIRECCION000 NUM006 . NUM007 de Madrid se intervinieron 29.523 pastillas de MDMS las cuales analizadas dieron como resultado tener un peso medio por comprimido de 0,3 gr. Y una riqueza del 27'7 %. También se intervino una pequeña cantidad de marihuana y de ketamina. Asimismo se intervino la tarjeta telefónica SIM del num. NUM008 .

La totalidad de droga intervenida a este grupo ha sido valorada en la cantidad de 408.806,33 euros.

Las cantidades dinerarias y efectos aprehendidos eran producto de la ilícita actividad de los procesados o instrumentos para la misma.

Organización del identificado como Luis Angel - Benito - (en situación de rebeldía).

Esta organización dirigida por el denominado Simón (Benito) se abastece de MDMA y ketamina en Holanda transportándola a Madrid, a donde la transportará desde Holanda principalmente; donde la almacenará en domicilios ocupados por otros ciudadanos chinos y venderá a través de otras personas.

Este tiene contactos en Holanda que le suministran las sustancias referidas, y una vez en Madrid las distribuye para su venta entre dos de sus colaboradores, un procesado declarado rebelde que a efectos identificativos denominaremos como Oscar , sin perjuicio de que el propio Luis Angel (Benito) y su mujer que denominaremos Erica , también en situación de rebeldía, reciban directamente "pedidos" de sus clientes a los que les suministrarían en el domicilio de aquellos o en sus alrededores y por el enjuiciado Juan (conocido como Jose Ignacio).



Entre las funciones de la denominada Erica estaba el ser almacenista de la mercancía en el domicilio que compartía con su marido el citado como Luis Angel (Benito) en la CALLE001 núm. NUM009 . NUM010 de Madrid.

Asimismo tanto Juan como el denominado Oscar tenían entre sus funciones la del transporte de la droga desde Holanda a España.

El 29-08-08 son detectados regresando de uno de sus viajes a Holanda los denominados Luis Angel (Benito) y Oscar , dirigiéndose al domicilio de la c/ CALLE001 num. NUM011 de Madrid.

A finales de septiembre de 2008, el citado como Luis Angel organiza un viaje a Holanda para abastecerse de diversas sustancias, enviando a Juan y Oscar . Tras diversas negociaciones -vía telefónica- dirigidas por Luis Angel (Benito), surgieron algunos problemas con el suministro y Juan y Oscar regresan a Madrid el 30-09-08 donde son detenidos.

Al denominado Oscar se le intervienen 24 gramos en pastillas de clorofenilpiperazina (m-CPP) (sustancia no fiscalizada).

En el registro practicado en el domicilio de Luis Angel (Benito) y Erica sito en la c/ CALLE001 NUM009 , NUM010 de Madrid se intervinieron 312 pastillas de MDMA con un peso neto total de 109 gramos (39% de riqueza) y pequeñas cantidades de hachís y anfetaminas.

También se intervino entre otros objetos cierta cantidad de ketamina preparada para la venta y una balanza de precisión.

Practicado registro en la vivienda de la c/ DIRECCION001 NUM012 , NUM010 de Madrid, domicilio de Juan se intervino 18 gramos de hachís y 0'7 gramos de anfetamina.

Entre las pertenencias de Luis Angel (Benito) se interviene el móvil NUM013 , siendo el teléfono con el que se pone en contacto con los miembros de su organización a los que había enviado a Holanda, y al que llama Juan desde Holanda para solicitar instrucciones de Luis Angel , en cuento a la adquisición de la sustancia estupefaciente y requiere el envío de dinero para su adquisición, interviniéndosele también en su detención 1.250,00 euros.

A Juan se le intervienen en su detención 1.145,00 euros.

Al denominado Oscar se le interviene en su detención 1.940,00 euros.

La totalidad de droga intervenida a este grupo ha sido valorada en la cantidad de 4.818,15 euros".



www.civil-mercantil.com

Segundo.

La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: "A.- Que debemos condenar y condenamos a:

I.- Gerardo , a) Como autor responsable de un delito ya definido en los términos citados de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, en el seno de organización en la que ostenta jefatura, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de doce años y un día de prisión y multa de 410.000 euros.

Asimismo le corresponde la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

b) Como autor responsable de un delito ya definido de falsificación documental en documento oficial a la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses a razón de 10 euros día, con responsabilidad personal de carácter subsidiario, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

II.- Juan .- Como autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, en el seno de organización, a la pena de nueve años de prisión y multa de 5.000 euros.

Asimismo le corresponde la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Les será de aplicación en ambos casos la pena sufrida como preventiva para el cómputo de la pena impuesta.

B) Se declara el comiso de objetos, joyas y demás bienes intervenidos que han sido reseñados en el fundamento correspondiente.

C) Se imponen las costas a los procesados condenados proporcionalmente".

Tercero.

Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Gerardo y por infracción de precepto constitucional por Juan , 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 los recursos.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo la representación de Gerardo , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim ., en relación con el artículo 5.4 L.O.P.J ., por vulneración del derecho fundamental del art. 18.3 de la Constitución Española , secreto de las comunicaciones y derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española . SEGUNDO: Al amparo del art. 851.1 por indebida aplicación del art. 369 bis del Código Penal y del artículo 570 bis. del Código Penal . TERCERO: Al amparo del art. 851.1 por indebida aplicación del art. 370.2º del Código Penal . CUARTO: Al amparo del art. 851.1 por inaplicación de la atenuante del art. 21.6 sobre dilaciones indebidas. QUINTO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 C.E .

La representación de Juan , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 849.1º, por aplicación indebida de los arts. 368 , 369.1, circunstancia 5 y 369 bis del Código Penal y en relación con el art. 24 de la Constitución Española . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1 por aplicación indebida de los artículos 368 , 369.1, circunstancia 5 y 369 bis del Código Penal y en relación con el art. 24 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 e impugnó los recursos por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 14 de noviembre pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha 21 de febrero de 2013 , condena a los recurrentes Gerardo y Juan , como autores de sendos delitos de tráfico de drogas, a las penas de doce años y un día y nueve años



de prisión, respectivamente. Frente a ella se alzan los recursos de ambos condenados fundados en cinco y dos motivos, respectivamente.

Segundo.

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Gerardo , al amparo del art 5 4º de la LOPJ , por vulneración de derecho fundamental, alega vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones telefónicas, y como consecuencia del derecho a la presunción de inocencia. Considera que las intervenciones son nulas porque fueron acordadas en otra causa diferente (DP 372/2007) y no se incorporaron a las presentes actuaciones (DP 428/2008, convertidas después en el sumario 9/2010) testimonios de las resoluciones judiciales que acordaron dichas escuchas en la referida causa, pese a haber impugnado formalmente la parte recurrente su validez al comienzo del juicio oral.

Tercero.

En relación con los supuestos en los que la autorización judicial para la intervención telefónica se ha producido en otra causa, hemos recordado en la STS 44/2013, de 24 de enero , que la restricción de un derecho fundamental, como es el secreto de las comunicaciones, exige una justificación previa explícita y fundada para que no exista duda acerca de la licitud de la misma, justificación que ha de estar documentada en la causa, pues la ausencia de esta justificación hace imposible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados.

Como hemos señalado en la referida resolución 44/2013, de 24 de enero, entre otras, cuando se trata de injerencias que han sido adoptadas en otra causa, de la que se ha desgajado la que es objeto de enjuiciamiento, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio "in dubio pro reo" autoriza a cuestionar la licitud a lo allí actuado , es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las intervenciones acordadas en el otro proceso, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados .

La solución jurisprudencial a los problemas planteados en estos supuestos debe ser uniforme, para garantizar la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, la seguridad jurídica y el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley.

Para la unificación de criterios en esta materia se reunió el Pleno de esta Sala el 26 de mayo 2009, al amparo del art 264 de la LOPJ , en el que se adoptó el siguiente acuerdo: " En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones



es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad".

En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación.

Sigue expresando el referido acuerdo que "... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada . Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba ".

Cuarto.

La lectura íntegra del acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva, según explica la Sentencia de 26 de junio del mismo año que desarrolla el Acuerdo, lo siguiente:

- a) que no existen nulidades presuntas;
- b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora;
- c) que pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

En la presente causa el cuestionamiento de la injerencia fue oportunamente interesado por la defensa de Gerardo en la instancia, al comienzo del juicio oral. Conforme al acuerdo anteriormente citado, ante tal impugnación incumbía a la acusación pública aportar la documentación que legitima la intervención, trayendo a las presentes actuaciones, mediante testimonio, la documentación procedente obrante en la causa donde se adoptó la medida. O expresar, en su caso, que la documentación suficiente ya obraba en la causa, identificándola debidamente.

La doctrina jurisprudencial admite la validez de las resoluciones judiciales limitativas de un derecho fundamental motivadas por remisión a los antecedentes policiales, pero con el



condicionamiento de que los afectados puedan, en todo caso, ejercer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por la vía de los recursos, sometiendo a la fiscalización y al control jurisdiccional de esta Sala si la fundamentación de la injerencia dispone de una justificación previa explícita y fundada, para lo que es imprescindible que dicha justificación esté documentada en la causa.

Esta exigencia no alcanza a los supuestos en los que los acusados, pudiendo hacerlo, no han impugnado en momento procesal hábil la fundamentación de las escuchas. En consecuencia, el motivo casacional no puede prosperar cuando la alegación de nulidad de las intervenciones por no haber aportado documentación obrante en otra causa se realiza, "per saltum", en esta alzada.

Y tampoco puede prosperar si se alega en la instancia cuando ya ha transcurrido el período de prueba, en la calificación definitiva o en el informe oral, pues en tal caso ya ha concluido el debate probatorio y el silencio anterior de la parte permite concluir que ha considerado suficiente la documentación obrante en la causa.

Quinto.

Pero cuando, como consta en el caso actual, la parte acusada ha impugnado expresamente al comienzo del juicio oral, como cuestión previa, la validez de las escuchas telefónicas, invocando precisamente como motivo de nulidad la falta de fundamentación de las resoluciones judiciales al no constar en la causa la documentación necesaria, es claro que dicho cuestionamiento, expresado en tiempo hábil, impone a la acusación la carga de aportar la documentación pertinente al proceso, para acreditar que la injerencia en el derecho fundamental de los acusados se ha producido motivadamente.

El juicio oral se celebró el 21 de febrero de 2013, casi cuatro años después del Acuerdo Plenario de esta Sala. Constaba, por tanto, al Ministerio Público, como acusación, y a la Sala sentenciadora, como órgano de enjuiciamiento, el contenido de la doctrina unificada de esta Sala en esta materia. En consecuencia, lo procedente era permitir la impugnación, concretar la documentación cuya ausencia de la causa la fundamentaba, y, como se expresa en el acuerdo de esta Sala, interesar al Ministerio Público que "justificase de forma contradictoria la legitimidad cuestionada", bien poniendo de relieve la constancia en la causa de la documentación justificativa de la injerencia o bien solicitando una breve suspensión para aportar la documentación necesaria.

Sin embargo, no se actuó de este modo. La Sala sentenciadora, según consta en el acta del juicio oral (folio 488, tomo II del Rollo de Sala), desestimó la impugnación alegando que no



admitía la posibilidad de plantear como cuestión previa la impugnación de las cintas, y que era procedente practicar la prueba y, en su caso, impugnarla en la calificación definitiva, resolviendo sobre su validez en la sentencia. Pero esta forma de proceder, en los casos en que la intervención se ha practicado en otro procedimiento y se impugne su fundamentación, impide que se constate en un momento anterior a la práctica de la prueba la concurrencia en la causa de la documentación justificadora de la injerencia, así como la posibilidad de que el Ministerio Público incorpore la documentación necesaria en momento procesal hábil.

No puede ser excusa para ello que se trate de un procedimiento ordinario, pues esta Sala ha admitido que en el procedimiento ordinario pueda celebrarse una audiencia preliminar para resolver cuestiones previas por analogía con el trámite prevenido en el procedimiento abreviado (por ejemplo STS 465/2011, de 31 de mayo y STS 722/2012, de 2 de octubre), y si en algún caso se hace necesario dicho planteamiento previo es precisamente cuando se trata de cuestiones que afectan a derechos fundamentales y que necesariamente, como sucede en el caso actual, han de plantearse antes del trámite probatorio.

En consecuencia, el rechazo de la impugnación, sin permitir que se concretase y, en su caso que se aportase a la causa, la documentación justificativa de la injerencia, ha impedido al recurrente ejercer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por la vía de los recursos, sometiendo a la fiscalización y al control jurisdiccional de esta Sala si la fundamentación de la injerencia disponía o no de una justificación previa explícita y fundada, para lo que era imprescindible que dicha justificación estuviese identificada y documentada en la causa.

La referencia que se dedica al tema en el texto de la sentencia es puramente retórica, sin concreción alguna sobre la resolución judicial en la que se adoptó la injerencia, ni sobre el oficio policial previo, que no se identifican en las actuaciones, ni se concreta en absoluto su fecha o su contenido.

No pudiendo comprobarse dicha justificación procede la estimación del motivo, declarando la nulidad de las intervenciones telefónicas, a los efectos de esta causa, y la ineficacia de la prueba derivada de las mismas.

En el caso actual, dicha prueba afecta exclusivamente al subtipo agravado de organización. En efecto la ocupación en una maleta del acusado de una elevada cantidad de MDMA, cuando se registró en la aduana del aeropuerto de Barajas a la llegada de Ámsterdam, se encuentra desvinculada de dichas intervenciones, que solo se han utilizado probatoriamente en la sentencia a los efectos de acreditar la condición del acusado como jefe de una organización. En



www.civil-mercantil.com

consecuencia, los únicos hechos objeto de valoración deben ser los relativos a la ocupación de la referida droga en la maleta, donde se encontraban también la documentación del recurrente, pero no los derivados de las referidas intervenciones.

Sexto.

El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, denuncia la aplicación del subtipo agravado de organización, y el tercero, por el mismo cauce, la de jefe de la misma. Ambos deben ser estimados, pues el acogimiento del motivo primero ha hecho desaparecer el sustrato fáctico de dicha aplicación.

Séptimo.

El cuarto motivo de recurso, por quebrantamiento de forma al amparo del art 851 1º denuncia la falta de resolución por la Sala de la eventual concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, propuesta durante el plenario por la parte recurrente.

El motivo carece de fundamento pues aunque es cierto que dicha atenuación se propuso formalmente en las conclusiones definitivas (lo que no se recoge en el apartado correspondiente de la sentencia, que formalmente es muy deficiente , pero si consta en el acta del juicio, 2ª sesión del 30 de noviembre de 2012, folio 513, tomo II del Rollo de Sala) y también es cierto que la Sala de Instancia no ha examinado y desestimado expresamente esta propuesta en la fundamentación jurídica de la sentencia (déficit de motivación ciertamente reprochable), también es claro que no concurre la atenuante planteada dada la elevada complejidad de la causa y la falta de denuncia de períodos concretos de paralización, por lo que la estimación formal del motivo únicamente daría lugar a una nueva e injustificada dilación.

Octavo.

El quinto motivo, por vulneración de la presunción de inocencia, debe asumirse parcialmente en lo que se refiere a la condena del recurrente como jefe de una organización criminal, pues las únicas pruebas que pueden existir de ello derivan de las intervenciones telefónicas.

Sin embargo debe ser desestimado en lo que se refiere a la condena por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, apoyada en la ocupación dentro de la maleta del recurrente de más de cinco mil pastillas de MDMA, a su regreso de Ámsterdam. Ocupación que no se encuentra relacionada con dichas conversaciones, pues es fruto del control ordinario de los equipajes en la aduana del aeropuerto, máxime los pertenecientes a pasajeros



www.civil-mercantil.com

extracomunitarios, y de la vigilancia a la que estaba sometido el recurrente con independencia de la intervención de sus comunicaciones.

Procede, por todo ello, la estimación parcial del recurso de esta parte recurrente, dictando segunda sentencia en la que se condene al acusado Gerardo como autor de un delito contra la salud pública en relación con sustancias que causen grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, excluyendo la acusación como jefe de organización.

Noveno.

El recurso interpuesto por la representación del recurrente Juan , por infracción de precepto constitucional al amparo del art 852 de la Lecrim , plantea en sus dos motivos la vulneración del derecho fundamental a la presunción constitucional de inocencia.

Alega la parte recurrente la ausencia de prueba suficiente para considerar al recurrente miembro de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes, pues no se encontró droga en su poder al volver de un viaje a Ámsterdam y la que se encontró en su domicilio era muy escasa, alegando además que no era suya, no se han acreditado viajes previos a Holanda y no consta fehacientemente una relación con la persona acusada como supuesto jefe de la organización, que se encuentra en rebeldía.

El motivo debe ser estimado. En efecto, la prueba de cargo practicada no permite concluir que el acusado se dedicase, como miembro de una organización criminal, al tráfico habitual de estupefacientes.

En primer lugar únicamente se ha acreditado la realización de un viaje a Ámsterdam, de lo que no puede deducirse que se trasladase a dicha ciudad de modo habitual a comprar droga para la organización. En segundo lugar no consta que trajese de dicha ciudad droga alguna, pues el registro realizado en la estación de autobuses a su llegada a España, tanto del acusado como de su equipaje, resultó absolutamente infructuoso. En tercer lugar no consta la realización de ningún acto de venta, o distribución de droga. Y, por último, la droga hallada en su domicilio, aun cuando se considere de su propiedad, y no de los otros ocupantes de la vivienda como alega el recurrente, es muy escasa (solo 0,7 gramos de anfetamina), lo que no permite deducir su destino al tráfico.

Las conversaciones interceptadas cuando se encontraba en Ámsterdam tampoco permiten deducir su pertenencia a una organización, sino más bien lo contrario. Es cierto que habla con otro de los encausados para pedirle dinero, al parecer para comprar droga. Pero lo cierto es que no se lo envían, y no consta en el relato fáctico que llegue a adquirir droga alguna. No



concuera con las normas de experiencia que las organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes envíen a los compradores a adquirir droga en el extranjero sin dinero suficiente, o sin un procedimiento para que reciban el dinero necesario en su destino.

En definitiva, solamente consta que el recurrente se trasladó a Holanda, al parecer para comprar droga, pero no consta que la comprase, por lo que la prueba de cargo practicada resulta insuficiente para desvirtuar su presunción constitucional de inocencia.

El recurso, en consecuencia, debe ser estimado.

Décimo.

- Al acompañante del recurrente se le ocuparon 24 pastillas de clorofenilpiperazina a la llegada de Holanda, sustancia que el Tribunal sentenciador no considera estupefaciente, pues no está fiscalizada.

Según la UNODC (Oficina de la Naciones Unidas para la droga y el delito) la clorofenilpiperazina es una sustancia del grupo de las piperazinas, que se vende frecuentemente como "éxtasis", debido a sus propiedades estimulantes del sistema nervioso central. Los miembros más conocidos de este grupo de las piperazinas son la benzilpiperazina (BZP) y la m-Clorofenilpiperazina (m CPP). Estas sustancias se incluyen entre las denominadas NSP (Nuevas sustancias psicoactivas), que se definen como "sustancias de abuso, ya sea en forma pura o en preparado, que no son controladas por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes ni por el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, pero que pueden suponer una amenaza para la salud pública".

El término "nuevas" aplicado a las NSP no se refiere necesariamente a que se trate de sustancias inventadas recientemente, pues varias NSP fueron sintetizadas por primera vez hace más de 40 años, sino a que son sustancias que han aparecido recientemente en el mercado y que no han sido incorporadas en las Convenciones Internacionales.

En los últimos años el mercado de los estimulantes de tipo anfetamina se caracteriza por la aparición de sustancias que tienen propiedades químicas y/o farmacológicas similares a las controladas internacionalmente. Su variedad es muy amplia y son conocidas mediáticamente como drogas de diseño, aunque con el fin de promover una terminología clara, UNODC utiliza únicamente el término "Nuevas sustancias psicoactivas (NSP)".

En el caso enjuiciado la clorofenilpiperazina no se ha ocupado al acusado, sino a su acompañante, y no se ha incluido en la valoración delictiva por el Tribunal de Instancia, por no



estar fiscalizada, es decir incluida en los referidos Convenios Internacionales. En consecuencia, la tenencia de la misma por el acompañante del acusado no afecta a las consideraciones ya efectuadas sobre la ausencia de prueba bastante para desvirtuar su presunción constitucional de inocencia.

Procede, por todo ello, estimar totalmente el recurso interpuesto por la representación de Juan y parcialmente el formulado por la representación de Gerardo , dictando segunda sentencia, con declaración de las costas de oficio.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto por Juan , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 21 de febrero de 2013 , en causa seguida al mismo y a Gerardo , por delitos de tráfico de drogas y falsedad documental.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, al recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por Gerardo contra la anterior sentencia ; y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio de ambos recurrentes.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado Central num. 5 y seguido ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal , Sección Primera con el num. 9/2010 , por delitos de tráfico de drogas y falsedad documental contra Gerardo , nacido en Fujian, China, el NUM014 de 1967, también conocido como Florencio y Hipolito , con pasaporte chino número NUM015 , y sin antecedentes penales computables; y contra Juan , también conocido como Jose Ignacio , nacido el NUM016 de 1980 en Helonjiang (China), con NIE NUM017 ; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal



Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

No se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, que se sustituyen por los siguientes:

El 7 de abril de 2008 el procesado Gerardo , nacido en Fujian, China, el NUM014 de 1967, también conocido como Florencio y Hipolito , con pasaporte chino número NUM015 , y sin antecedentes penales computables, fue detenido en el aeropuerto de Barajas, a su regreso de un viaje a Ámsterdam, portando una maleta que contenía 5.076 pastillas de MDMA, con un peso medio por comprimido de 0,3 gramos y una riqueza del 44,8%, así como 55 sellos de ácido lisérgico (LSD, con un peso total de 3.380 mg), ambas sustancias destinadas al tráfico. En el interior de la maleta se encontraba documentación identificativa personal del acusado.

Asimismo se le ocupó un pasaporte y una carta de identidad de Hong Kong con su fotografía y a nombre de Maximino . Al pasaporte, auténtico en origen, se le había sustituido la página biográfica insertando la fotografía del acusado Gerardo . La carta de identidad era íntegramente fraudulenta.

El 30 de septiembre de 2008 el acusado Juan , también conocido como Jose Ignacio , nacido el NUM016 de 1980 en Helonjiang (China), con NIE NUM017 , fue detenido en la estación de autobuses de Madrid, en compañía de otra persona no enjuiciada, cuando regresaba de un viaje a Ámsterdam, a donde había ido con la intención de adquirir sustancias estupefacientes, sin que portase droga alguna. Realizado un registro en su domicilio se ocuparon 18 gramos de hachís y 0,7 gramos de anfetamina, que no consta estuviesen destinados al tráfico. A su compañero se le ocuparon 24 gramos de clorofenilpiperazina, sustancia no incluida en los Convenios Internacionales sobre sicotrópicos y estupefacientes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas en la sentencia de instancia los hechos realizados por el acusado Gerardo son legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, sin que se le pueda atribuir la condición de miembro o jefe de una organización al no haberse acreditado la base



www.civil-mercantil.com

fáctica para ello. Así como de un delito de falsificación de documento oficial ya definido en la sentencia de instancia.

Los hechos acreditados respecto de Juan no son legalmente constitutivos de delito alguno, por lo que procede declarar su absolución con todos los pronunciamientos favorables.

Al no estar individualizado el valor de la droga ocupada al acusado Gerardo , pues la sentencia de instancia omite indebidamente dicho dato, debe prescindirse de la imposición de la pena de multa.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Gerardo , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, de los arts. 368 , y 369 5º del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, incluida la condena por delito de falsedad.

Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE , con todos los pronunciamientos favorables al acusado Juan , del delito de tráfico de estupefacientes objeto de acusación, dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarda Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo , de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.