



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 931/2013, de 14 de noviembre de 2013

Sala de lo Penal

Rec. n.º 642/2013

SUMARIO:

Intervención de comunicaciones. Prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Prueba irregular. Tráfico de drogas. Falta de plazo en la autorización de intervenciones de comunicaciones. Asiste la razón a la defensa cuando impugna la falta de señalamiento de un plazo de duración de la medida limitadora del derecho fundamental a la intervención de la comunicación por correo electrónico. Pues aquí sí que se precisa aplicar lo dispuesto en el art. 579.3 LECr., que fija para la intervención de toda clase de comunicaciones un plazo máximo de tres meses, prorrogable por iguales periodos, siendo lo cierto que en los autos cuestionados no se señala límite temporal alguno para las intervenciones de los correos electrónicos. Así las cosas, es claro que las intervenciones de los correos electrónicos infringen el límite legal y vulneran también el principio de proporcionalidad al no cumplimentar un requisito imprescindible para cercenar un derecho fundamental, ya que ha de fijarse siempre un plazo por parte del juez ponderando a tal efecto las circunstancias del caso concreto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida. De todas formas, la parte recurrente no determina cuáles son en el caso concreto las consecuencias procesales de la nulidad de tales intervenciones de los correos electrónicos con respecto al resultado probatorio, pues no hace referencia alguna en su escrito de recurso ni a fuentes de prueba ni a medios probatorios que se habrían obtenido a través de la intervención de los correos electrónicos. Por consiguiente, carece de relevancia la alegación de la parte.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 56, 66.1, 368.1 y 369.1.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 579.3y 584.

Código Civil, art. 1.253.

Constitución Española, arts. 18.3, 24.1, 25.1 y 120.3.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, art. 6.

**PONENTE:**

Don Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

SENTENCIA

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

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta, de fecha 11 de diciembre de 2012 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, los acusados Jon y Severino , representados por la Procuradora Sra. Clemente Mármol; Ovidio , representado por el Procurador Sr. Lanchares Perlado; Gloria , representada por el Procurador Sr. Ruiz Benito; Tatiana , representada por el Procurador Sr. De Paula Martín Fernández; Arcadio representado por el Procurador Sr. Pérez de Rada González de Castejón y Felipe representado por la procuradora Sra. Domínguez Ledo. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES**Primero.**

El Juzgado de Instrucción número 1 de Arona instruyó sumario 2/09, por delito contra la salud pública, contra Jon , Severino , Ovidio ,, Gloria , Tatiana , Arcadio , Felipe y otros, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife cuya Sección Sexta dictó sentencia en fecha 11 de diciembre 2012 con los siguientes hechos probados:

"A.- En el mes de Agosto de 2007, el Grupo Especial de Respuesta contra el Crimen Organizado de Madrid (G.R.E.C.O - Madrid.), a consecuencia de una investigación que estaba realizando sobre una organización criminal colombiana dedicada al transporte de grandes cantidades de cocaína a España que operaba en Colombia y Venezuela con diversas ramificación en varios países europeos entre ellos España, investigación que se judicializó en la Audiencia Nacional, tuvo conocimiento que un grupo de personas, que nada tenía que ver con la organización investigada, podía estar concertándose para introducir cocaína en Tenerife desde el África subsahariana, circunstancia que puso en conocimiento de G.R.E.C.O,- Tenerife para que lo investigase.

Fruto de esa comunicación y averiguaciones tal Grupo en esta isla tuvo noticias que una de las personas podía estar preparando dicho envío podía ser Genaro , quien se encuentra en situación procesal de rebeldía por esta causa y que era conocido de la policía por haber sido ya



condenado por un delito contra la salud pública, y que para ello podía contar con la colaboración del ciudadano colombiano Emilio , ajeno a esta pieza y por tanto no enjuiciado en el presente, y del también ciudadano libanés Mariano , Alias " Zurdo " , ya fallecido, quienes, al igual que rebelde Genaro , eran conocidos por los efectivos policiales por tener antecedente por delito contra la salud pública, por lo que solicitaron la intervención y escucha de los teléfonos por ellos usados ante el Juzgado nº 1 de los de Arona en funciones de guardia el cual lo acordó por auto de 23 de agosto de 2007.

A raíz de la intervención judicial de tales teléfonos y los demás que a lo largo de la investigación fueron surgiendo, se tuvo constancia que Gloria (sic), también conocida como " Picarona " , y su pareja sentimental, Arcadio , ambos naturales de Colombia, mayores de edad y sin antecedentes penales, recibían correos que llegaban a Madrid procedentes de Sudamérica y gestionaban envíos de droga a Tenerife y a otras provincias españolas.

Así, el día 16 de Octubre de 2.007, Gloria (sic) se dispuso a recibir una cantidad de cocaína cuya venta tenía concertada, una parte, con un individuo de Granada, llamado policialmente como " Santo " , el cual no llegó a ser identificado por lo que no es objeto de enjuiciamiento en esta causa; y, la otra, con Jon por Jeronimo , y su hijo Severino , hijo del llamado Jeronimo , nacido en Venezuela el NUM000 -87, con NIE. NUM001 y sin antecedentes penales para su distribución en Tenerife. Para hacerse cargo de tal droga viajó Jon a Madrid desde Tenerife el día 16 de octubre, en el vuelo de la compañía Spanair NUM002 . Tal droga sería transportada a Tenerife por Francisca , natural de Colombia, también mayor de edad, sin antecedentes penales y cuyas medidas corporales había facilitado previamente por Jeronimo a Gloria (sic) para que le preparara una faja para camuflar con ella la droga que portearía adosándola a su cuerpo.

Una vez en Madrid, Jon , conocido por Jeronimo , se dirigió al Hostal Prin de Torrejón de Ardoz, donde se entrevistó con Gloria (sic) y Arcadio y además les abonó 20.000 euros que les debía de otra remesa de droga anterior que les había adquirido y así salvar las cortapisas que estos le ponían para la entrega de la que había ido a adquirir.

Para la obtención de la cocaína que Gloria (sic) y Arcadio pensaban vender al conocido por " Santo " y a Jon , contactaron con Felipe , natural de Venezuela y mayor de edad, quien la había traído desde Sudamérica, quedando los tres en verse para su entrega en las proximidades del centro comercial de "El Corte Inglés" de Alcalá de Henares (Madrid), sobre las 12 horas del día 17 de Octubre de 2.007, llegando Gloria (sic) y Arcadio al lugar y hora convenida en el vehículo marca Toyota Yaris, matrículaHHH , al aproximarse Felipe a la puerta trasera de tal vehículo citado para entregarles la bolsa que llevaba consigo, motivó que Arcadio se percatara de la



presencia policial emprendiendo la huida en el vehículo que conducía a gran velocidad. En esos instantes los efectivos policiales que habían montado el servicio de vigilancia detuvieron a Felipe incautándole la bolsa que portaba alojando en su interior 1.998,7 grs. de la sustancia estupefaciente conocida por cocaína, la cual causa grave 5 daño a la salud, con un pureza del 68,9 %, un teléfono marca Nokia, 1.160 euros y 77.000 bolívares en efectivo procedentes del tráfico de drogas y 2 tarjetas telefónicas y anotaciones manuscritas.

Ese mismo día, sobre las 18 horas, la policía judicial detuvo a detener Jon y Francisca cuando se encontraban juntos en el intercambiador de autobuses de Avda. América de Madrid, y a donde habían acudido para desde allí ir a recoger la cocaína que iban a transportar a Tenerife, interviniendo en poder del primero 700 euros, 2 tarjetas telefónicas y anotaciones manuscritas con números de teléfonos.

Igualmente, sobre las 20.55 horas de ese mismo día 17 de Octubre de 2.007, fueron detenidos Gloria (sic) y su compañero sentimental Arcadio cuando ambos llegaban a su domicilio, sito en la CALLE000 , nº NUM003 , de Torrejón del Rey (Guadalajara), interviniendo en poder de Arcadio 415 euros en efectivo y teléfono móvil marca Sony Ericsson, y en poder de Gloria (sic) 4.620 euros en efectivo, 2 teléfonos móviles marcas Nokia y Samsung, documentación bancaria y anotaciones manuscritas con números de teléfonos.

Ante las sospechas más que fundadas que en el interior del mentado domicilio pudiesen existir sustancias estupefacientes y efectos de ellas provenientes, solicitaron un mandamiento judicial de entrada y registro de la misma, el cual fue concedido por el auto de 17 de octubre de 2007 Juzgado nº 1 de los de Arona y llevado a cabo con todas las formalidades legales sobre las 0,20 horas del día 18, fueron hallados en él otros 361,5 grs. de cocaína con pureza del 71,9 %, 26.890 euros en efectivo producto de su venta y dos Flat TV, marca Philips, adquiridos con benéficos procedentes del tráfico de drogas.

Asimismo, teniendo noticias los efectivos policiales que Felipe , frecuentaba el piso sito en el nº NUM004 , de la C/ DIRECCION000 , portal NUM005 , planta NUM006 , de Madrid, también solicitaron autorización judicial para su registro, el cual le fue concedida por auto de idéntica fecha 17 de octubre de 2007 y por idéntico juzgado 1 de Los de Arona, el cual se llevó a cabo sobre las 1,10 del día 18 de Octubre, donde la policía judicial intervino varias bolsas conteniendo cocaína: una con 778,4 grs. con una pureza del 71,6 %, otra con 1.466,0 grs. con una pureza del 56,9 %, otra con 53,4 grs. con una pureza del 69,7 %, otra con 172,6 grs. con una pureza del 55,7 %,; otra con 2,0 grs. con una pureza del 43,9 %, otra portando 204,5 grs. Con una pureza del 43,3 %, y otra con 36,1 grs. con una pureza del 65,7 %, la cual querían para



distribuir, tras su distribución y venta ilícita en el mercado de consumidores habría alcanzado la suma de 189.218,4 euros.

B).- Fruto de las mismas intervenciones telefónicas llevadas a cabo en el marco de este procedimiento se supo que el procesado Severino se dedicaba en Tenerife a vender a proveedores en pequeña escala y consumidores la sustancia estupefaciente conocida por hachís, la cual no causa grave daño a la salud, siendo uno de estos proveedores Ovidio , al igual que el mayor de edad y sin antecedentes penales, quien contactó telefónicamente con Severino para ver si le podía suministrar un kilo de dicha sustancia para proceder a su posterior venta.

Teniendo noticias los efectivos policiales que Severino solía quedarse en la casa de su novia, Felisa , también mayor de edad y sin antecedente penales, sito en la CALLE001 nº NUM007 , NUM008 - NUM009 , NUM008 - NUM005 - NUM010 , del Puerto de la Cruz, y que en tal domicilio podía guardar hachís, solicitaron autorización judicial para su entrada y registro, que fue concedido por auto de 18 de octubre de 2006, por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Arona y que se llevó a cabo ese mismo día (18 de Octubre 2007) hallándose en él una bolsa conteniendo 38 pastillas de hachís con un peso total de 7.349,9 grs. y una riqueza del 7,5%, que hubiera alcanzado en el mercado ilícito 25.724,65 euros, una balanza electrónica marca IMATSU y 720 Euros en efectivo producto de tal ilícita actividad.

No consta que Felisa colaborara con su novio Severino , depositando o vendiendo hachís ni siquiera supiera que aquel se dedicara a tal actividad.

Asimismo, en el registro autorizado por igual juzgado el mismo día 18 de octubre de 2007 en el domicilio de Severino , sito en el nº NUM011 de la CALLE002 nº NUM011 de Guamasa, término municipal de La Laguna, le fueron halladas otras dos pastillas de hachís, con peso un de 495,1 grs. y 1,8 % de riqueza, que hubiera alcanzado en el mercado ilícito de consumidores un precio de 1.732,85 euros, al igual que 205 euros procedentes del citado tráfico de drogas.

En el momento de la detención de Severino le fueron intervenidos 2 teléfonos móviles marca Nokia que usaba en sus contactos criminales y 370 euros procedentes del tráfico de drogas.

C.- No consta que Eleuterio nacido en Líbano el NUM012 -71, N.I.E. número NUM013 , sin antecedentes penales, estuviere en connivencia o colaborara con ninguno de los anteriores procesados en el ilícito tráfico".

Segundo.



La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Eleuterio y a Felisa de los hechos de los que venían siendo acusados, devolviéndosele a esta última los 720 Euros encontrados en el registro de su vivienda

Que debemos condenar y condenamos a

1º.- A Gloria y Arcadio como autor responsable (sic) de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368.1 en relación con el Art. 369.1.5ª ambos del Código Penal , en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio. Procediendo imponerle (sic) la pena de siete años de prisión y multa de 300.000 euros, y la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y al pago por 7/9 partes de las costas procesales causadas en esta instancia.

2º.- A Felipe como autor responsable de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368.1 en relación con el Art. 369.1.5ª ambos del Código Penal , en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio. Procediendo imponerle la pena de siete años de prisión y multa de 500.000 euros, accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y al pago por 7/9 partes de las costas procesales de esta instancia.

3º.- Jon , Francisca y Severino como autores responsable de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368.1 del Código Penal , modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio. Procediendo imponerle a cada uno de los tres la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de 150.000 euros a Francisca y Jon , ello con arresto sustitutorio caso de impago de 75 días. La multa a imponer a Severino será de 180.000 Euros, con arresto sustitutorio caso de impago de 90 días. Se impondrá a cada uno de los tres la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y al pago por 7/9 partes de las costas procesales causadas en esta instancia

4º.- Ovidio como autor responsable de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368.1 del Código Penal , en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio. Procediendo imponerle la pena de un año y nueve meses de prisión y multa de 4.000 euros, ello con arresto sustitutorio caso de impago de 2 días. Además se le impone la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y al pago por 7/9 partes de las costas procesales causadas en esta instancia.



www.civil-mercantil.com

Se decreta igualmente el comiso de:

- a.- La totalidad de la droga intervenida para su posterior destrucción. Se decreta igualmente el comiso del dinero intervenido, al que se dará el destino legal.
- b.- un teléfono marca Nokia, 1.160 euros, 77.000 bolívares y dos tarjetas telefónicas, intervenidos al procesado Felipe .
- c.- 700 euros y dos tarjetas telefónicas, intervenidos a Jon .
- d.- 415 euros, un teléfono móvil marca Sony Ericsson, 4.620 euros, dos teléfonos móviles marcas Nokia y Samsung, 26.890 euros en efectivo y dos Flat TV marca Philips, intervenidos a los procesados Gloria y Arcadio .
- e.- 2 teléfonos móviles Nokia y 575 euros, intervenidos al procesado Severino .

Para el cumplimiento de la pena abónese a los procesados el tiempo de prisión provisional sufrido por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación, con los requisitos previstos en los artículos 855 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ".

Tercero.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta, dictó auto de fecha 25 de enero de 2013 en el que consta los siguientes Antecedentes de Hecho:

"Primero.- En el procedimiento reseñado al margen practicadas cuantas diligencias se estimaron pertinentes se celebró la Vista oral con respecto de Gloria . Arcadio , Felipe , Francisca , Jon , Severino , Eleuterio , Ovidio y Felisa , dictándose sentencia en fecha 11 de diciembre de 2012 .

Segundo.

Que por presentado el anterior escrito por el/la Procurador/a D./Dña. Miguel Rodríguez Berriel solicitando aclaración de la Sentencia dictada por cuanto en los Antecedentes de Hecho 3º.4 establece para Francisca la pena de cuatro años de prisión y multa de 100.000 euros si bien en el Fallo de la misma sentencia en el párrafo 3º impone a Jon , Francisca y Severino la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de 150.000 euros".



www.civil-mercantil.com

La Parte Dispositiva del referido auto dice:

"La Sala resuelve: Aclarar la sentencia, subsanando el error del fallo conforme a lo expuesto, tanto en cuanto a la pena privativa de libertad, como a la multa, modificando la pena allí contenida respecto de Francisca que se fijaba en cuatro años y seis meses de prisión y multa de 150.000 euros, por la de cuatro años de prisión y multa de 100.000 euros con arresto sustitutorio caso de impago de 50 días.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas a las que se hará saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno".

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los respectivos Procuradores de los acusados Jon , Severino , Ovidio , Gloria , Tatiana , Arcadio y Felipe 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.

Quinto.

Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Gloria : PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE . SEGUNDO.- (Se desistió de este segundo motivo). TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 120.3 de la Constitución . CUARTO.- Por infracción de Ley en base al art. 849.1º de la LECr ., por aplicación indebida del art. 368 del C.P. en relación con la circunstancia 5ª del art. 21 del mismo texto legal . QUINTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración de precepto constitucional, en concreto el art. 18.3 que recoge el Derecho al Secreto de las comunicaciones y a la tutela judicial efectiva. SEXTO.- Por error en la valoración de la prueba con fundamento en el art. 849.2º de la LECr . por aplicación indebida de los arts. 368 y 369 del CP .

B) Arcadio : PRIMERO.- Por infracción de ley por inaplicación del art. 368 y 369.5º del C.P . en virtud del art. 24.1 º y 2º, así como por no aplicación del art. 18.2 º y 3º todos ellos de la CE . SEGUNDO.- Por infracción de ley en base a lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECr .

C) Felipe : PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1, por infracción de Ley y vulneración del art. 248.2 de la LO 6/85 de 1 de julio de Poder Judicial . SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 por



infracción de Ley y vulneración del art. 563 y 566.1 de la LECr ., y el anunciado con num. 3, relativo a la vulneración del art. 554.2 de la LECr . TERCERO.- Al amparo del art. 849 de la LECr ., por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del procedimiento, recogidas en el art. 21.6 del CP . CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , en relación con el art. 852 de la LECr ., por infracción del art. 24 de nuestra Constitución , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. QUINTO.- Al amparo del art. 852 de la LECr ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del derecho al secreto de las telecomunicaciones recogido en el art. 18.3 de nuestra Carta Magna , y los artes. 24.1 y 24.2 que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a un proceso con todas las garantías.

D) Jon : PRIMERO.- Al amparo del art. 852 y 849.2 de la LECr ., por infracción de los arts. 18.3 , 24.1 y 24.2 de la C.E . y 5.4 de la LOPJ al entender que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones y también del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva. SEGUNDO.- Al amparo de la LECr., art. 852.2 ; 5.4 LOPJ y 24.2 de la C .E. por vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia. TERCERO.- Por infracción de la Ley del art. 849.1 de la LECr ., por no aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. CUARTO.- (señalado como tercero).- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECr ., al resultar infringido el art. 66.1.1 del C.P . en relación con el art. 25.1 de la C.E .

E) Severino : PRIMERO.- Al amparo del art. 852 y 849.2 de la LECr ., por infracción de los arts. 18.3 , 24.1 y 24.2 de la CE . y 5.4 de la LOPJ al entender que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones y también el derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva. SEGUNDO.- Al amparo de la LECr art. 852 ; 5.4 LOPJ y 24.2 de la CE por vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia. TERCERO.- Por infracción de Ley del art. 849.1 de la LECr ., por no aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. CUARTO.- (señalado como tercero).- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECr ., al resultar infringido el art. 66.1.1 del C.P . en relación con el art. 25.1 de la C.E .

F) Tatiana : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 5, apartado 4º de la Ley Orgánica 6/85 de 1 de julio, del Poder Judicial por infracción del art. 24.2 de la CE que establece el derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Por error en la apreciación de la prueba, por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECr . TERCERO.- Por infracción procesal, al amparo del art. 849.1 de la LECr ., por haberse extralimitado el límite de la sentencia, en relación al principio acusatorio, y art. 789.3 LECr . CUARTO.- Por infracción del precepto constitucional en cuanto a la infracción del art. 18.3 de la CE que establece el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. QUINTO.- (Séptimo del recurrente) Al amparo del art. 849.1 de la LECr ., por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del procedimiento recogida en el art. 21.6 CP . SEXTO.- (Octavo del



www.civil-mercantil.com

recurrente) Al amparo del art. 849.1 de la LECr ., por infracción de ley por vulneración del art. 248.2 de la LO 6/85 de 1 julio del Poder Judicial .

G) Ovidio : PRIMERO.- Por vulneración de los Arts. 24.1 y 24.2 de la CE conforme autoriza el art. 5.4 de la LOPJ , en lo concerniente al derecho del recurrente la presunción de inocencia y la aplicación del principio "in dubio pro reo", así como por vulneración del art. 18.3 en lo relativo al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del num. 1 del art. 849 de la LECr ., por aplicación indebida del art. 368.1 del C.P ., al no concurrir los presupuestos fácticos para ello, sin contemplar la posibilidad de la tentativa, en su caso, inaplicado los arts. 16 .y 62 de la Ley penal sustantiva.

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 30 de octubre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife condenó, en sentencia dictada el 11 de diciembre de 2012 , a los siguientes acusados por los delitos y penas que se refieren a continuación:

1º Gloria y Arcadio como autores responsables de un delito contra la salud pública previsto en el art. 368.1 en relación con el art. 369.1.5ª, ambos del Código Penal , en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio. Se les impuso la pena de siete años de prisión y una multa de 300.000 euros, y la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y el pago por 7/9 partes de las costas procesales causadas en esta instancia.

2º Felipe como autor responsable de un delito contra la salud pública previsto en el artículo 368.1 en relación con el art. 369.1.5ª, ambos del Código Penal , en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/10, de



22 de junio. Se le impuso la pena de siete años de prisión y una multa de 500.000 euros, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y el pago por 7/9 partes de las costas procesales de esta instancia.

3º Jon y Severino como autores responsables de un delito contra la salud pública previsto y penado en el art. 368.1 del Código Penal , modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Se les impusieron a cada uno la pena de cuatro años y seis meses de prisión; y una multa de 150.000 euros a Jon , con arresto sustitutorio en caso de impago de 75 días; y otra multa a Alí de 180.000 euros, con arresto sustitutorio caso de impago de 90 días. Se impondrá a cada uno la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y el pago por 7/9 partes de las costas procesales causadas en esta instancia.

4º. Francisca , como autora responsable de un delito contra la salud pública previsto en el art. 368.1 del C. Penal , modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, una pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y una multa de 100.000 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago de 50 días y el pago por 7/9 partes de las costas procesales causadas en esta instancia.

5º Y Ovidio como autor responsable de un delito contra la salud pública previsto en el artículo 368.1 del Código Penal , en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud hachís, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio. Se le impuso la pena de un año y nueve meses de prisión y multa de 4.000 euros, con arresto sustitutorio caso de impago de dos días. Además se le impone la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y el pago por 7/9 partes de las costas procesales causadas en esta instancia.

De otra parte absolvió a Eleuterio y a Felisa de los delitos de los que venían siendo acusados, devolviéndosele a esta última los 720 Euros encontrados en el registro de su vivienda.

Contra esa sentencia recurrieron en casación los siete condenados.

Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos de los recursos de cada uno de los recurrentes a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por los que atañen al quebrantamiento de forma y a la violación de derechos fundamentales de carácter procesal, para proseguir después por los que corresponden al apartado probatorio de la sentencia, y



www.civil-mercantil.com

terminar, finalmente, por las cuestiones de derecho penal sustantivo que susciten las partes recurrentes.

A) Recurso de Gloria

Primero.

1. En el motivo quinto denuncia, con sustento procesal en el art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La parte recurrente cuestiona el auto en que se iniciaron las intervenciones telefónicas, dictado el 23 de agosto de 2007 (folios 9 y ss. de la causa), quejándose de que se trata de una simple copia de los oficios policiales de 22 y 23 de agosto, sin que contuviera ningún juicio crítico y ponderado sobre la procedencia de la medida limitadora del derecho fundamental. Los datos que contiene sobre un barco con 200 kilos de cocaína no se acabarían corroborando en el curso de la investigación, por lo que rebate la veracidad de la información y considera que se tratan de meras conjeturas y suposiciones. Tilda la decisión judicial de estereotipada y falta de motivación relativa al caso concreto. Y en el mismo sentido argumenta con respecto al auto de intervención telefónica que se dictó en segundo lugar, que lleva fecha de 27 de agosto de 2007 (folios 30 y ss. de la causa).

2. El Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002 ; 167/2002 ; 184/2003 ; 165/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; y 26/2010).

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica, constituye un prius lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3 ; 165/2005, FJ 4 ; 219/2006 ; 220/2006 ; 239/2006 ; y 253/2006).

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, "sospechas fundadas" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 299/2000 ; 14/2001 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 167/2002 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 253/2006 ; 148/2009 ; 197/2009 ; 5/2010 ; y 26/2010).

Matiza el Tribunal Constitucional que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000 ; 167/2002 ; y 197/2009). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 138/2001 y 167/2002).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, esta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 126/2000 ; 299/2000 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 184/2003 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; 5/2010 y 26/2010).

Por su parte, este Tribunal de Casación, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 77/2007, de 7-2 ; 610/2007, de 28-5 ; 712/2008, de 4-11 ; 778/2008, de 18-11 ; 5/2009, de 8-1 ; 737/2009, de 6-7 ; 737/2010, de 19-7 ; 85/2011, de 7-2 ; 334/2012, de 25-4 ; y 85/2013, de 4-2) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las



comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las " buenas razones " o " fuertes presunciones " a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi - 5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998-. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECrim .

3. Al descender ya al caso concreto se aprecia que la autorización de la intervención telefónica responde al oficio policial que fue remitido al Juzgado con fecha 22 de agosto de 2007 (folios 2 y ss. de la causa). Figura remitido por el GRECO (Grupo Especial de Respuesta contra el Crimen Organizado), integrado en la UDYCO. El referido Grupo tiene como misión la coordinación a nivel nacional e internacional de los esfuerzos de las distintas agencias antidroga en la lucha contra el tráfico organizado de estupefacientes, agencias entre las que está la UDYCO CENTRAL.

En el oficio policial se da cuenta de que se está llevando a cabo una investigación sobre una importante organización criminal colombiana dedicada al transporte de grandes cantidades de cocaína a España que opera en Colombia y Venezuela. Se afirma también que la investigación está judicializada en la Audiencia Nacional, habiendo tenido conocimiento la Brigada Central de Estupefacientes de la existencia de una organización paralela, distinta de la anterior, que se halla asentada en las Islas Canarias.

Esa organización paralela estaría a punto de introducir un barco pesquero con 200 kilos de cocaína en las Islas Canarias, barco que partiría de Guinea Conakry o de Gambia de forma



inminente. Seguiría, pues, la nueva ruta africana como alternativa a la del Atlántico Norte y a la de las rías gallegas.

Después reseña quiénes son los integrantes de ese grupo radicado en España y África, proporcionando los nombres y apellidos, además de diversos datos personales y la constancia de diferentes antecedentes penales y policiales. También se aportan los números de teléfonos móviles que utilizan. En concreto el oficio policial señala a tres sujetos como los miembros destacados de ese grupo: Genaro , venezolano; Emilio , alias " Gotico " , colombiano; y Mariano , alias " Zurdo " , libanés, que sería el coordinador de la organización en África.

Se informa también de que por las investigaciones practicadas se ha comprobado que Genaro ha realizado varios viajes en los últimos meses a Guinea Conakry (la última vez la semana pasada) para reunirse con Mariano , por lo que los funcionarios prevén que estuvieron ultimando los detalles de la operación del barco pesquero anteriormente referida, operación que habría de ejecutarse de forma inmediata. Esa última reunión tuvo lugar en una zona residencial de Gambia que se halla vigilada por las Fuerzas Armadas de ese país.

En vista de todo lo precedente, se acaba solicitando la intervención de los teléfonos móviles de Genaro y de Emilio , ya que, al parecer, el tercer sujeto se encontraba huido e ilocalizable.

El oficio que se acaba de relacionar aparece complementado por otro que lleva fecha del día siguiente (folios 7 y 8 de la causa), en el que se aporta un nuevo teléfono de Emilio y se proporcionan los datos personales de Faustino , libanés, a quien consideran como posible hermano de Mariano , y que dicen haber localizado el mes de mayo pasado en la localidad de la Laguna cuando contactaba con Genaro y Emilio .

A tenor de lo expuesto, es claro que a la Juez de instrucción le proporcionó el grupo policial una información muy concreta sobre personas identificadas con todos sus datos personales, además de numerosos antecedentes policiales y algunos judiciales, refiriéndole también contactos que habían tenido en determinados países y la probabilidad de una inminente operación de transporte de cocaína con un barco pesquero, según se desprendería de las vigilancias realizadas en los días previos a la solicitud de la medida de intervención telefónica.

Todo ello se vio corroborado en gran medida por las declaraciones prestadas en la vista oral del juicio por los funcionarios que intervenían en la investigación. Y así, tal como explica el Tribunal sentenciador, el policía nacional NUM014 , jefe del GRECO en Tenerife, manifestó que se habían detectado "en abril una serie de personas que querían introducir cocaína." La UDYCO central estaba realizando una investigación y les señalaron dos personas, Genaro y Emilio , ubicadas en el sur de Tenerife, que podían estar preparando la entrada de droga en esa isla,



por lo que se las comenzó a investigar. Vieron que hacían viajes cortos a Madrid. Una vez Genaro vino de Madrid y fue a recogerle Emilio y se reunieron después con Jon . Genaro buscaba contactos aquí para traer un barco, siendo sus movimientos los típicos para ultimar la introducción de una partida de droga. En la investigación se advirtió que había una rama (varias personas) que gestionaba la entrada del barco y buscaba fondos para su financiación. El testigo policial afirmó que "habitualmente despachaba con la Juez de Instrucción, sobre todo al principio, cuando es más importante explicar bien los hechos. Y si no iba personalmente lo hacía por teléfono".

De otra parte, el funcionario policial NUM015 manifestó que a partir de que la Unidad Central de Madrid que investigaba una operación judicializada en la Audiencia Nacional les informó de la existencia de un grupo de venezolanos y libaneses asentados en Tenerife, la investigación se desgajó y se les mandó que ellos realizaran averiguaciones sobre esa rama de Canarias. Localizaron en Tenerife a Emilio , mientras que Genaro vivía en Madrid y el "tercero" sería el encargado del transporte. " Zurdo " era conocido delincuente en Tenerife y se encargaría de la distribución de la droga. El funcionario especificó que intervino, además de en otras investigaciones, en la vigilancia del día 30 de mayo de 2007 y se envió un oficio al juzgado añadiendo un nuevo teléfono del investigado. Sabían que " Gotico " (Emilio) estaba en Tenerife, adonde iba a desplazarse Genaro para contactar con él. Les localizan en la terminal de Llegadas del Aeropuerto Tenerife Norte, viendo a Genaro introducir sus maletas en un vehículo Audi. Van a La Laguna y entran en un local, conversan, se despiden y se dirigen hasta los Apartamentos Mareverde (Adeje), residencia de Genaro , siguiendo después a " Gotico ".

Así las cosas, resulta patente que no se está ante una intervención telefónica prospectiva, sino que en los meses anteriores al auto de 23 de agosto de 2007 los funcionarios policiales practicaron seguimientos y vigilancias de los que extrajeron sospechas fundadas de que se iba a practicar una operación inmediata de traslado de una partida importante de cocaína desde un país africano hasta las Islas Canarias. Y también se constató a través del funcionario policial que llevaba la investigación que la Juez que instruía el caso tenía información puntual de primera mano de cómo iban evolucionando las pesquisas realizadas a través de las líneas telefónicas.

Y en lo que respecta a la motivación del auto en el que se acuerdan las primeras intervenciones telefónicas, de 23 de agosto de 2007, su lectura permite comprobar que en el apartado de los hechos se recogen todos los datos relevantes aportados por la policía para solicitar la escucha telefónica. Por lo tanto, no se limita a efectuar una mera remisión a los oficios policiales, sino que concreta y describe su contenido en la resolución que ahora se cuestiona.



En consecuencia, debe concluirse que la Juez contó con sospechas fundadas o fuertes presunciones de que era probable que se produjera una inminente operación de transporte de cocaína a tenor de la existencia de un grupo estructurado formado por sujetos de Venezuela, Colombia y El Líbano, con antecedentes penales y policiales muy ilustrativos, que estaban realizando contactos y viajes a países africanos que inducían a inferir la realidad de la operación de tráfico de cocaína denunciada. Y como el delito que se estaba investigando era de incuestionable gravedad, ha de estimarse que la medida acordada cumplimentaba el principio de proporcionalidad y también el de necesidad dada la dificultad de hallar otras vías alternativas que hicieran avanzar una investigación tan compleja como la que se había emprendido.

Un último tema queda por abordar con respecto a estas intervenciones telefónicas iniciales, y es el relativo a la investigación judicial que se había estado llevando en la Audiencia Nacional. La defensa de la recurrente y también la de algún otro acusado han hecho hincapié en el desconocimiento que tuvieron en todo momento del contenido de las diligencias que se tramitaron con carácter previo en la Audiencia Nacional. Y refirieron que precisaban haber conocido el contenido de las diligencias previas 131/2007 del Juzgado de Instrucción Central nº 3 con el fin de verificar cuál fue el origen de la investigación policial practicada en Canarias.

Pues bien, sobre este particular se advierte que, tal como depusieron los funcionarios policiales en el plenario, los datos relevantes relativos a la operación marítima de transporte de droga que se iba a realizar se obtuvieron a través de los meses de investigación que se practicaron en Tenerife, sin que pudieran concretar los teléfonos que les pudo proporcionar en un primer momento la Brigada Central de Madrid.

Además, tal como señala el Tribunal de instancia, el secreto de las actuaciones se alzó en la presente causa el 19 de diciembre de 2008, sin que desde esa fecha hasta septiembre de 2011 en que se formularon los escritos de calificación se hubiera interesado por ninguna de las partes la aportación de un testimonio de las diligencias previas que se tramitaban en la Audiencia Nacional. Es más, tampoco en los escritos de calificación se hace referencia alguna a la necesidad de aportar un testimonio de esas diligencias, sino que algunas de las partes se limitaron a impugnar de forma genérica las intervenciones telefónicas alegando simplemente que se había vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Solo al inicio de la vista oral del plenario, y cuando la aportación del testimonio ya suponía dilatar la celebración del juicio, cuestionaron formalmente su falta y alegaron la necesidad de que fuera aportado para conocer la investigación practicada en la Audiencia Nacional.



Así pues, no constando que las diligencias previas practicadas en la Audiencia Nacional fueran necesarias para resolver la presente causa, toda vez que los funcionarios policiales manifestaron que no les constaba que los aquí imputados fueran investigados en aquellas, y no concurriendo indicios de que lo aquí instruido tuviera relación con alguna intervención telefónica practicada en la Audiencia Nacional, no cabe cuestionar la ilicitud de las escuchas practicadas en la presente causa debido a un hipotético vicio de origen derivado de otro proceso, vicio que ni siquiera denuncian los recurrentes.

También impugna la defensa de la acusada el segundo auto de intervención telefónica dictado en las actuaciones, de fecha 27 de agosto de 2007 (folios 30 y ss. de la causa). En este caso los funcionarios policiales presentaron un oficio en el que se dejaba constancia de que a través de las primeras escuchas telefónicas se había averiguado la existencia de nuevas ramificaciones de la organización que estaban investigando, aflorando contactos con dos sujetos: Fausto y un tal Hermenegildo, que aparentaban estar implicados en los hechos delictivos. Con base en ello, solicitaron y se les concedió por la Juez la autorización para escuchar sus teléfonos.

El auto se remite a esos contactos telefónicos con sujetos vinculados a una posible ramificación de la organización en el ámbito de Gran Canaria, a lo que ha de sumarse la circunstancia antes referida de que el funcionario policial declaró en la vista oral que se comunicaba personalmente con la Juez para ir dándole cuenta de la marcha de las intervenciones telefónicas. Sin olvidar tampoco que el escaso tiempo transcurrido desde que se acordó la primera intervención telefónica, cuatro días antes, impedía prácticamente transcribir lo declarado telefónicamente para presentarlo con urgencia en el Juzgado.

El auto, pues, es una mera continuación del desarrollo de la investigación y de los contactos efectuados telefónicamente por los implicados, sirviendo ello de base para obtener la identidad de nuevos sujetos relacionados con los hechos. Y a esto se refiere el auto de 27 de agosto como complemento del dictado unos días antes.

Por último, se queja la defensa de la forma en que se iban concediendo las prórrogas de las distintas intervenciones telefónicas. Se trata de una protesta sucinta e inespecífica en la que ni siquiera se concreta auto judicial alguno en el que se vulneraran principios sustanciales en el otorgamiento de la medida. Frente a ello procede contraargumentar que los diferentes autos se fueron dictando previa aportación de los correspondientes oficios policiales, debiendo también recordarse que el funcionario policial habló de sus contactos personales y telefónicos con la juez para ir dándole cuenta de la marcha de las investigaciones.



www.civil-mercantil.com

A tenor de todo lo que antecede, no cabe declarar la nulidad de las intervenciones telefónicas ni la de las fuentes de prueba obtenidas en virtud de las mismas.

4. En el mismo motivo quinto del recurso impugna la defensa el auto dictado por la Juez de Instrucción el 11 de octubre de 2007 (folios 302 a 308 de las actuaciones) mediante el que se autorizó la intervención de un correo electrónico sin plazo de vigencia y sin la presencia en la diligencia del Juez ni del Secretario. Y en igual sentido se cuestiona el auto de 24 de octubre de 2007 (folios 767 a 774 de la causa) por el que se autorizó la intervención de otro correo electrónico.

En lo que se refiere a la presencia del Juez y del Secretario en la apertura de los diferentes correos electrónicos que exige la parte, acudiendo así a una interpretación analógica de lo dispuesto para la apertura de la correspondencia postal en la LECr. (arts. 584 y ss .), no puede acogerse en los términos en que se expone en el recurso. La naturaleza singular que tienen los correos electrónicos por su remisión por vía telemática permite asimilarlos en importantes aspectos a las comunicaciones por vía telefónica más que a la correspondencia postal. Por ello no resulta irrazonable que su procedimiento de intervención, control y apertura se asemeje en gran medida al de las escuchas telefónicas, en las que, una vez autorizadas, no interviene el Juez y el Secretario en el instante en que se están produciendo y almacenando mediante los medios técnicos procedentes, y sí en cambio una vez que se van aportando sus resultados al Juzgado, momento en que se practica realmente el control de las escuchas. Y otro tanto cabe decir en cuanto a la intervención del sujeto afectado en su derecho fundamental, pues su presencia en el momento en que los funcionarios toman conocimiento del contenido de los correos electrónicos haría fracasar toda la investigación.

No cabe, pues, que se practique la apertura del correo electrónico a su presencia en el curso de la investigación, sino que será después, cuando la intervención de los correos haya finalizado y se alcance el secreto de las diligencias, cuando se le dé cuenta de la intrusión de que ha sido objeto su correo electrónico.

No puede, por tanto, compararse la asimilación que hace la parte recurrente entre la recogida y apertura de la correspondencia postal y la de los correos electrónicos, ni tampoco la intervención que en uno y otro caso tienen el Juez, el Secretario y las partes interesadas.

Mayor razón asiste a la defensa cuando impugna la falta de señalamiento de un plazo de duración de la medida limitadora del derecho fundamental a la intervención de la comunicación por correo electrónico. Pues aquí sí que se precisa aplicar lo dispuesto en el art. 579.3 de la LECr ., que fija para la intervención de toda clase de comunicaciones un plazo



máximo de tres meses, prorrogable por iguales periodos, siendo lo cierto que en los autos cuestionados no se señala límite temporal alguno para las intervenciones de los correos electrónicos.

Así las cosas, es claro que las intervenciones de los correos electrónicos infringen el límite legal y vulneran también el principio de proporcionalidad al no cumplimentar un requisito imprescindible para cercenar un derecho fundamental, ya que ha de fijarse siempre un plazo por parte del juez ponderando a tal efecto las circunstancias del caso concreto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida.

De todas formas, la parte recurrente no determina cuáles son en el caso concreto las consecuencias procesales de la nulidad de tales intervenciones de los correos electrónicos con respecto al resultado probatorio, pues no hace referencia alguna en su escrito de recurso ni a fuentes de prueba ni a medios probatorios que se habrían obtenido a través de la intervención de los correos electrónicos. Por consiguiente, al no aportar la parte datos específicos relacionados con los efectos de una posible nulidad de la referida intervención y, en concreto, sobre su repercusión en el material utilizado para configurar la convicción fáctica de la Audiencia, ni constar tampoco en la sentencia, carece de relevancia probatoria en este caso la alegación de la parte.

5. Por último, impugna también la recurrente las entradas y registros en los domicilios de la DIRECCION000 de Madrid, nº NUM004 , portal NUM005 , planta NUM006 , piso NUM016 , perteneciente a Felipe (folios 388 a 396), y de la CALLE000 , nº NUM003 , de Torrejón del Rey, en Guadalajara (folios 388 a 405 de la causa), vivienda habitual de la recurrente. Fueron practicadas en virtud de los dos autos dictados el 17 de octubre de 2007 (folios 388 a 405).

La defensa alega que ambos registros judiciales son nulos por haberse practicado sin la correspondiente autorización judicial, puesto que los autos no aparecen firmados por la Juez de Instrucción.

Ciertamente, los dos autos que autorizaron los registros no aparecen suscritos por la Juez y la Secretaria (folios 396 y 405); sin embargo, tal omisión aparece suplida por la firma que ambas extendieron en los respectivos mandamientos judiciales mediante los que se ejecutaron las resoluciones en que se acordaban los registros. Pues ha de sopesarse que en ambos mandamientos se plasma la parte dispositiva de los respectivos autos autorizando la entrada y registro, por lo que no puede albergarse duda alguna que la Magistrada autorizó los dos registros, siendo ello la única explicación de que suscribiera con su firma unos mandamientos que incluyen la parte dispositiva de la resolución en que se acuerdan.



Por consiguiente la irregularidad omisiva de no suscribir los respectivos autos que legitiman los registros no es causa suficiente para anular las diligencias de entrada y registro de los dos domicilios desde el momento en que la decisión se encuentra reproducida en los dos mandamientos judiciales que sí contienen las firmas de la Juez y la Secretaria. No entenderlo así supondría convertir una omisión formal en una nulidad procesal de suma trascendencia, en un caso en que la falta de firma ha quedado suficientemente solventada por un mandamiento judicial cuyo contenido no deja lugar a dudas sobre que ha sido la Magistrada la que dictó el auto cuya parte dispositiva asume en el mandamiento con su firma.

Visto lo argumentado en todos los apartados precedentes, no puede acogerse el motivo quinto del recurso.

Segundo.

En el motivo primero denuncia la defensa, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Sin embargo, la lectura del motivo demuestra que lo que realmente está cuestionando es la calificación jurídica del delito como consumado y no como una mera tentativa .

En efecto, si bien en la primera parte del motivo argumenta la recurrente con una serie de generalidades sobre la prueba de cargo y la presunción de inocencia aplicables a cualquier supuesto enjuiciable, hablando incluso en un inciso del objeto del veredicto, lo cierto es que ya desde el primer momento señala que su discrepancia se refiere a que la acusada no llegó a recoger la bolsa de cocaína ni a tomar contacto con ella, por lo que entiende que su conducta delictiva ha de ser apreciada en fase de tentativa.

El episodio de los hechos probados a que se refiere la recurrente cuando cuestiona la consumación del delito es el siguiente:

"Para la obtención de la cocaína que Gloria (sic) y Arcadio pensaban vender al conocido por " Santo " y a Jon (sic), contactaron con Felipe , natural de Venezuela y mayor de edad, quien la había traído desde Sudamérica, quedando los tres en verse para su entrega en las proximidades del centro comercial de "El Corte Inglés" de Alcalá de Henares (Madrid), sobre las 12 horas del día 17 de Octubre de 2.007, llegando Gloria (sic) y Arcadio al lugar y hora convenida en el vehículo marca Toyota Yaris, matrículaHHH , al aproximarse Felipe a la puerta trasera de tal vehículo citado para entregarles la bolsa que llevaba consigo, motivó que Fausto se percatara de la presencia policial emprendiendo la huida en el vehículo que conducía a gran velocidad. En esos instantes los efectivos policiales que habían montado el servicio de vigilancia detuvieron a Felipe incautándole la bolsa que portaba alojando en su interior 1.998,7



grs. de la sustancia estupefaciente conocida por cocaína, la cual causa grave daño a la salud, con un pureza del 68,9 %, un teléfono marca Nokia, 1.160 euros y 77.000 bolívares en efectivo procedentes del tráfico de drogas y 2 tarjetas telefónicas y anotaciones manuscritas".

La recurrente argumenta que el contacto que se iba a establecer entre ella y su compañero con Felipe no llegó a materializarse debido a la intervención policial, que impidió que este último llegara a introducir la bolsa con la cocaína en el coche en que se hallaban aquellos, instante en que se dieron a la fuga en el vehículo Toyota Yaris, sin que llegara a detenerlos en ese momento la policía. Los funcionarios solo detuvieron al portador-vendedor de la sustancia. En virtud de lo cual, alega la impugnante que no llegó a tener la disponibilidad de la cocaína, circunstancia que habría de valorarse a los efectos de excluir la consumación del delito y la aplicación del subtipo agravado del art. 369.1.5ª del C. Penal , computándose así solo la sustancia estupefaciente que se le intervino en el interior de la vivienda.

Dejando pues a un lado la impugnación formal y genérica del derecho a la presunción de inocencia, que realmente no desarrolla la recurrente dada la contundente versión policial de los hechos sobre la presencia de los recurrentes en el lugar de la entrega, debemos centrarnos, por consiguiente, en el auténtico contenido del motivo: el cuestionamiento de la consumación delictiva.

Pues bien, este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas , pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, según se especifica en las SSTS 335/2008, de 10-6 ; 598/2008, de 3-10 ; 895/2008, de 16-12 ; 5/2009, de 8-1 ; 954/2009, de 30-9 ; 960/2009, de 16-10 ; 1047/2009, de 4-11 ; 1155/2009, de 19-11 ; 191/2010, de 23-2 ; y 565/2011, de 6 de junio , y en las que en ellas se citan, en los siguientes apartados:

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995 , la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si este no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o



una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

Al proyectar los criterios precedentes al caso que se enjuicia es claro que no cabe degradar la calificación jurídica de los hechos a una mera tentativa de delito. Pues, una vez que hemos ratificado los hechos declarados probados, debe ponderarse que en ellos se afirma que la recurrente y su compañero habían ya pactado con anterioridad la compra de la droga a Felipe, quien la transportó hasta el establecimiento de El Corte Inglés de Alcalá de Henares (desde el piso de Madrid donde la tenía depositada), siendo detenido cuando se disponía a introducir el paquete con la cocaína en el vehículo de los dos compradores.

Así pues, la droga fue transportada por Felipe hasta el lugar de entrega que había convenido con la recurrente y su pareja. Viajó por tanto desde Madrid hasta Alcalá de Henares debido a la operación de compra convenida con los dos ocupantes del vehículo Toyota, uno de los cuales era la ahora impugnante. Al ser la acusada destinataria de la cocaína que trasladó aquel, no cabe cuestionar que cuando se iba a producir la entrega de lo previamente adquirido ya era



coautora del delito contra la salud pública. Sin que para ello se precise que llegue a detentar la posesión inmediata o material de la sustancia estupefaciente.

Al estimar consumado el delito debe excluirse la mera tentativa que postula la recurrente. Con lo cual, el motivo se desestima.

Tercero.

Tras desistir del motivo segundo de su recurso, la parte alega en el motivo tercero, por el cauce del art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración del art. 120.3 de la Constitución, al considerar que la sentencia no ha sido debidamente motivada en cuanto al hecho de la notoria importancia dado que la acusada no llegó a recibir materialmente la bolsa con la cocaína.

Incide aquí de nuevo en el tema de la consumación delictiva, reiterando la posibilidad de la condena por una mera tentativa del subtipo agravado al no haberse materializado la entrega de la cocaína. Hemos, pues, de remitirnos a lo argumentado en el fundamento anterior de esta sentencia, evitando así reiteraciones innecesarias.

Y en cuanto a la cuantía de la pena, siete años de prisión, le ha sido impuesta en el tercio inferior del marco legal, lo que se considera proporcionado atendiendo a las circunstancias del caso; en concreto la intervención y el protagonismo de la acusada a la hora de coordinar la adquisición y distribución de la cocaína dentro del grupo de personas con el que operaba en el ilícito tráfico.

El motivo resulta así inacogible.

Cuarto.

1. En el motivo cuarto denuncia la recurrente, por el cauce procesal del art. 5.4 de la LOPJ, la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, en virtud de lo dispuesto en el art. 21.6ª del C. Penal.

Argumenta al respecto que la tramitación de la causa se inició en el año 2007, pero no se celebró la vista oral del juicio hasta el mes de septiembre de 2012, tiempo que considera excesivo, quejándose también de que estuvieran declaradas secretas las actuaciones durante más de un año.

2. La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001 , 177/2004 , 153/2005 y 38/2008 ; y SSTS 1733/2003, de 27-12 ; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11 ; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3 ; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6 , entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2 ; 269/2010, de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011, de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3).



La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga (SSTS 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6).

Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6^a las dilaciones indebidas en los siguientes términos: " La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa ".

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

3. Al descender ya al caso enjuiciado , se aprecia en primer lugar que la parte recurrente no singulariza lapsos temporales concretos de paralización de la tramitación de la causa ni tiempos muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. No se especifican por tanto datos relativos al proceso que permitan hablar de dilaciones indebidas en sentido estricto.



Y en lo que se refiere a la infracción del plazo razonable, si bien es cierto que la tramitación de la causa hasta que se dictó la sentencia de la primera instancia se extendió durante un tiempo de cinco años, ha de calibrarse la complejidad de la misma, pues contiene un total de más de 9.000 folios de tramitación y, aunque el juicio oral se celebró contra nueve acusados, en el sumario fueron procesadas 22 personas y el Ministerio Fiscal acusó a un total de 20, si bien contra algunas de ellas no se pudo celebrar el juicio por diferentes circunstancias. Visto lo cual, no puede considerarse desproporcionado el periodo de cinco años que se invirtió en el proceso, máxime si se repara en que los primeros meses de la tramitación estuvieron destinados únicamente a la práctica de las intervenciones telefónicas, esto es, a actos que tienen un componente más bien de investigación policial que judicial.

Por último, se queja la defensa de que el sumario estuviera declarado secreto durante más de un año. Sin embargo, lo cierto es que una parte importante de ese tiempo estuvo dedicada a la tramitación y materialización de las intervenciones telefónicas, investigación que conllevaba necesariamente por razones obvias el secreto sumarial.

En virtud de lo expuesto, el motivo se muestra inviable.

Quinto.

En el sexto motivo invoca , con sustento procesal en el art. 849.2º de la LECr ., el error en la valoración de la prueba . Sin embargo, la lectura del recurso constata que su argumentación y pretensión nada tienen que ver con un error en la apreciación de la prueba.

En efecto, la impugnante centra todas sus alegaciones en argumentar que debió ser condenada por una tentativa de delito y no por un delito agravado de tráfico de cocaína en razón de la cuantía de la droga. De modo que en su discurso impugnatorio no cita documentos que evidencien el error fáctico de la Sala de instancia y tampoco cuestiona específicamente los hechos declarados probados. Sino que, tal como ya sucedió con el primer motivo, se aparta de las cuestiones fácticas e incide reiteradamente en que al no haber dispuesto materialmente del paquete con los casi dos kilos de cocaína no debió ser penada por el delito consumado del art. 369.1.5ª del C. Penal .

Así las cosas, hemos de remitirnos a todo lo argumentado en el fundamento segundo de esta sentencia y también al criterio desestimatorio que se adoptó con respecto a la pretensión de la parte.

Ello comporta la desestimación del motivo y con él también de todo el recurso de esta acusada, a la que se le imponen las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).



www.civil-mercantil.com

B) Recurso de Arcadio

Sexto.

En el primer motivo que formula, por la vía de la infracción de ley, la parte recurrente, bajo el rótulo de la vulneración de la tutela judicial efectiva, expone un revoltijo de submotivos en el que se incluyen la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, de la presunción de inocencia y la existencia de dilaciones indebidas.

Como el supuesto fáctico incriminatorio de este recurrente coincide en sus aspectos sustanciales con el de la coacusada Gloria , su compañera sentimental, y los argumentos que ahora esgrime son los mismos que los de esta, nos remitimos a todo lo que se ha expuesto a los efectos de desestimar los submotivos relativos a la vulneración del secreto de las comunicaciones y de las dilaciones indebidas en los fundamentos primero y cuarto de esta sentencia.

Y otro tanto debe decirse en cuanto a lo alegado sobre la vulneración de la presunción de inocencia, pues también aquí se muestran contundentes las declaraciones de los funcionarios policiales que establecieron la vigilancia junto al establecimiento de "El Corte Inglés" de Alcalá de Henares, quienes comprobaron cómo el acusado huía conduciendo el vehículo Toyota Yaris al percatarse de la presencia policial en el momento en que Felipe se disponía a introducir la bolsa con los casi dos kilos de cocaína en el turismo que pilotaba el acusado (folios 32 y 33 de la sentencia recurrida).

Por lo demás, consta también la convivencia del recurrente con su compañera Gloria en el piso de esta, donde se hallaron 361,5 gramos de cocaína, de una riqueza del 71,9%, y 26.890 euros en efectivo producto de su venta.

El motivo debe por tanto rechazarse.

Séptimo.

En el segundo motivo , con sustento procesal en el art. 829.2º de la LECr ., cuestiona la validez del primer auto en que se autorizaron las intervenciones telefónicas, y también el auto que autorizó el registro del domicilio de la acusada Gloria , y, por último, la utilización de las pruebas constitucionalmente ilícitas.

En lo que atañe al auto de autorización de las intervenciones telefónicas dictado el 23 de agosto de 2007, sí consta en él la firma de la Juez y de la Secretaria (folio 14 de la causa).



En lo que respecta al auto judicial mediante el que se autorizó el registro del domicilio de la CALLE000 , nº NUM003 , de Torrejón del Rey (Guadalajara), y en concreto a la falta de firma de la juez (folios 936 a 939 de la causa), nos remitimos para desestimar la impugnación a lo ya argumentado en el fundamento primero de esta sentencia con motivo del examen de la entrada y registro en el domicilio de la coacusada Gloria .

Y en igual sentido desestimatorio se ha de responder a la alegación de que el registro se practicó al día siguiente de la autorización judicial, pues esta lleva fecha de 17 de octubre de 2007 y el registro se practicó el día 18 de octubre. La objeción carece de toda base argumental, habida cuenta que resulta razonable y lícito que el registro se practique en las 24 horas siguientes al otorgamiento del auto judicial.

Por último, al no haber sido declaradas ilícitas las pruebas que impugna el recurrente, es claro que procedía su valoración por la Audiencia, careciendo así de fundamento la impugnación del recurrente sobre este extremo.

Visto lo que antecede, el recurso no puede acogerse, imponiéndole al recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

C) Recurso de Felipe

Octavo.

En el primer motivo invoca, con cita del art. 849.1º de la LECr ., la vulneración del art. 248.2 de la LOPJ , por haberse dictado el auto de 17 de octubre de 2007, en el que se acuerda la entrada y registro en el domicilio de la DIRECCION000 nº NUM004 , portal NUM005 , planta NUM006 , piso NUM016 , de Madrid, sin la firma del juez que acordaba (folios 388 al 396 de la causa).

Esta cuestión ya ha sido resuelta en sentido desestimatorio con respecto a los dos recurrentes anteriores. Nos remitimos, pues, a lo argumentado en el fundamento primero de esta resolución, apartado 5, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.

El motivo no puede, pues, prosperar.

Noveno.

En el motivo segundo denuncia, también por la vía del art. 849.1º de la LECr ., la vulneración de los arts. 563 , 566 , y 554.2 de la LECr ., por haberle atribuido como domicilio el de la DIRECCION000 nº NUM004 , de Madrid, ya que su domicilio siempre ha sido el del Hotel Convención de Alcalá de Henares.



Como puede comprobarse, el contenido del motivo no se refiere a una infracción de ley, sino a cuestiones de carácter probatorio, pues lo que cuestiona es que viviera o residiera en el piso que dice la sentencia que sí vive o cuando menos que utiliza.

La vía procesal utilizada ya sería suficiente para desestimar el motivo por tener que ceñirnos a la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida. Sin embargo, a mayor abundamiento, debe rechazarse su argumento probatorio puesto que los funcionarios policiales NUM017 y NUM018 declararon que al acusado se le intervinieron las llaves del referido apartamento, signo inequívoco de que era él quien lo utilizaba, aunque fuera para residir u ocuparlo temporal o transitoriamente.

Y en cuanto a la queja de que no le fue notificado el auto en que se acordaba la entrada y registro, consta en el folio 2190 de la causa que sí se le notificó, si bien se negó a firmar el acta.

Por lo demás, los casi dos kilos de cocaína que le intervino la policía al recurrente junto al establecimiento de "El Corte Inglés" de Alcalá de Henares, presentaba el mismo aspecto que la sustancia que se intervino en el referido inmueble.

Visto lo anterior, el motivo ha de rechazarse.

Décimo.

En el motivo tercero invoca, por el trámite de la infracción de ley, la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª del C. Penal).

Todo lo relativo a esa atenuante ya ha sido analizado y decidido en sentido desestimatorio en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia. Damos, pues, por reproducido lo allí razonado y decidido, evitando así repeticiones innecesarias.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

Undécimo.

En el motivo cuarto invoca, al amparo de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia .

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución;



pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

En contra de lo que aduce el recurrente, la prueba de cargo que figura contra él resulta diáfana y concluyente. No se puede afirmar otra cosa después de examinar los folios 27 a 29 de la sentencia recurrida, pues los funcionarios policiales que practicaron la detención del acusado en Alcalá de Henares narraron cómo llevaba encima una bolsa con casi dos kilos de cocaína que se disponía a entregar a otros dos acusados que se dieron a la fuga: los también condenados Gloria y Arcadio .

Al margen de lo anterior, consta también la intervención en el piso de la DIRECCION000 , de Madrid, de otra partida muy importante de cocaína, cuyas características coincidía con la que se le intervino en Alcalá de Henares. No debiendo olvidarse que él utilizaba ese piso, tal como queda avalado por el hecho de que le intervinieran las llaves del mismo.

Por último, también contó la Sala de instancia con las conversaciones telefónicas que se reseñan en el folio 28 de la sentencia recurrida en relación con la operación de entrega de la droga aprehendida al acusado en Alcalá de Henares.

Dado lo anterior, es claro que ha quedado palmariamente enervada la presunción de inocencia, haciendo ello improsperable el motivo.

Duodécimo.

En el motivo quinto , con apoyo procesal en los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , se invoca la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y también del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2 CE).

Todas las cuestiones concernientes a las intervenciones telefónicas, que es el tema que ocupa toda la impugnación del presente motivo, han sido ya tratadas y resueltas en sentido desestimatorio en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, que damos ahora por reproducido con el fin de no incurrir en reiteraciones improcedentes.

El motivo por tanto se desestima y también la totalidad del recurso, con imposición al recurrente de la costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).



www.civil-mercantil.com

D) Recurso de Jon

Decimotercero.

En el primer motivo , formulado al amparo de los arts. 852 y 849.2º de la LECr ., invoca la infracción de los arts. 18.3 , 24.1 y 2 de la Constitución y del art. 5.4 de la LOPJ , señalando que se han vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones , a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Todas las alegaciones del motivo se circunscriben a argumentar la nulidad de las intervenciones telefónicas por la inexistencia de indicios suficientes para acordarlas y por no ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, y también por falta de control judicial a la hora de practicarlas. Pues bien, como todas esas cuestiones han sido ya examinadas y desestimadas en cuanto a sus pretensiones de fondo en el fundamento primero de esta sentencia, nos remitimos a lo ya argumentado y resuelto en la presente resolución.

El impugnante incide también en los autos de intervención telefónica dictados los días 5, 7 y 12 de septiembre de 2007, señalando la falta de explicación de tales intervenciones y la identificación de algunas de las voces por parte de los funcionarios policiales sin que conste el origen de ello, así como el hecho de que conocieran que uno de los teléfonos era utilizado también por la esposa del recurrente. Sin embargo, todos esos extremos han sido tratados ya en el folio 16 de la sentencia recurrida, argumentando el Tribunal de instancia con las declaraciones de los funcionarios policiales NUM014 y NUM015 , sin que ahora se aporten argumentos a mayores que desvirtúen la argumentación de la Audiencia.

Por lo demás, esta Sala tiene establecido que no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, pues es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho (SSTS 509/2009, de 13-5 ; y 309/2010, de 31-3). Y es que no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos en tal sentido (STS 85/2011, de 7-2).

Dicho lo anterior, es claro que el motivo no puede atenderse.

Decimocuarto.

En el motivo segundo , con apoyo procesal en los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).



La base argumental del motivo se centra únicamente en la conexión de antijuridicidad entre la ilicitud probatoria y las aserciones que constan contra el recurrente en la premisa fáctica de la sentencia. Sin embargo, una vez que se han declarado lícitas en el fundamento precedente las intervenciones telefónicas, las razones probatorias del recurso se quedan sin fundamento a tenor del concluyente contenido incriminatorio de las conversaciones (folios 30 a 32 de la sentencia recurrida), que ni siquiera es analizado por la parte recurrente.

El motivo resulta así inacogible.

Decimoquinto.

En el motivo tercero , por la vía procesal del art. 849.1º de la LECr ., se postula la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas .

La atenuación punitiva que pretende la defensa ha sido ya tratada en profundidad en el fundamento cuarto de esta sentencia y resuelta en sentido desestimatorio, dando aquí por reproducido en sus propios términos lo allí argumentado y decidido.

El motivo, consiguientemente, se desestima.

Decimosexto.

Por último, en el motivo cuarto aduce el recurrente, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECr ., la infracción del art. 66.1.1ª del C. Penal , en relación con el art. 25.1 de la Constitución .

La objeción se centra aquí en cuestionar la individualización judicial de la pena . Dice el recurrente que se le ha impuesto una pena de cuatro años y seis meses de prisión, y esa cuantía la considera improcedente, desproporcionada e inmotivada, por alcanzar el límite máximo de la pena imponible, ya que entiende que esta comprende una horquilla que va desde tres años a cuatro años y medio de prisión, sin que se justifique en este caso la aplicación del techo punitivo.

La alegación de la defensa parte, sin embargo, de un error de base, que no es otro que no cuantificar debidamente el marco legal punitivo, error que obedece en gran medida a que la redacción del recurso de este acusado es literalmente la misma que la del recurso de su hijo, Severino , y por lo tanto está operando con argumentos punitivos que pudieran tener relación con el tráfico de hachís pero no con el de cocaína.



En efecto, a este recurrente se le atribuye en la sentencia recurrida el haber apalabrado la compra de una partida de cocaína a la coacusada Gloria , trasladándose a Madrid para recoger la sustancia estupefaciente convenida (folios 6 y 7 de la sentencia), sustancia que en la motivación de la resolución recurrida se cifra en un kilo de cocaína (folio 33 de la sentencia). La operación se puso en marcha y se materializó con el transporte de la cocaína hasta Alcalá de Henares, tal como ya se ha argumentado al resolver el recurso de Gloria (fundamento segundo), si bien al final no puede realizarse la entrega de la cocaína destinada en parte al ahora recurrente debido a la intervención policial.

Así las cosas, resulta incuestionable que, según lo dispuesto en el art. 368 del C. Penal , penúltimo inciso, la pena imponible al acusado abarca un marco legal que alcanza un mínimo de tres años y un máximo de seis años de prisión, y no como se dice en el recurso un máximo de cuatro años y seis meses de prisión, dado que se está ante la compra de una sustancia que causa grave daño a la salud.

Aclarado el error de que parte la cuantificación punitiva de la parte recurrente, y una vez que la cuantía de cocaína que había apalabrado el acusado no era escasa sino más bien todo lo contrario, la imposición de la pena en el límite máximo de la mitad inferior resulta proporcionada y adecuada a la gravedad del hecho, quedando así sin fundamento el argumento impugnativo del recurrente.

El motivo por tanto se rechaza, y con él también el recurso de este acusado, imponiéndole las costas causadas en esta instancia (art. 901 de la LECr .).

E) Recurso de Severino

Decimoséptimo.

Para resolver el recurso de este acusado es importante partir de algo que ya se advirtió en el fundamento anterior: que el recurso de este impugnante y el de su padre, Jon , son literalmente iguales. Por lo tanto, coinciden los cuatro motivos en su redacción y en sus pretensiones, circunstancia que tiene no poca relevancia debido a los equívocos y confusiones que genera en lo que respecta al cuarto motivo, pues al ahora recurrente se le atribuye la intervención tanto en la compra de cocaína que hizo su padre como en un tráfico de hachís en cantidad de notoria importancia que no se le imputa en la sentencia recurrida a su padre y sí en cambio a él.

Partiendo de la importante premisa de que ambos recursos son literalmente iguales, es claro que lo argumentado con respecto al recurrente anterior, Jon , ha de darse por reproducido



para su hijo en lo que respecta a la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la denegación de la atenuante de dilaciones indebidas. Y también en lo que atañe a la presunción de inocencia, ya que este motivo se fundamenta únicamente en la conexión de antijuridicidad entre las intervenciones telefónicas y el resultado probatorio, de modo que, tras declararse lícitas aquellas, el motivo queda huérfano de fundamento alguno.

Desestimados así los tres primeros motivos, solo resta por examinar el relativo a la individualización judicial de la pena . Sin embargo, una vez que el acusado ha sido condenado no solo por su intervención en un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en su modalidad básica (sustancia que causa grave daño a la salud), sino también por un tráfico de hachís, en este caso con la agravación del art. 369.1.5ª del C. Penal (folio 35 de la sentencia recurrida), pues se le ocuparon más de siete kilos de hachís, es patente que la pena impuesta de cuatro años y seis meses de prisión resulta adecuada a la gravedad del hecho cometido y a la reprochabilidad personal de su conducta.

Se desestiman, en consecuencia, los cuatro motivos formulados en el recurso, imponiéndose al recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr).

F) Recurso de Tatiana

Decimoctavo.

El motivo cuarto lo dedica a denunciar la vulneración del art. 18.3 de la Constitución , al estimar que las intervenciones telefónicas infringen el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones .

Como el tema ya ha sido resuelto en sentido negativo en el fundamento primero de esta sentencia y la parte no aporta ningún argumento nuevo ni diferente a los ya proporcionados por otros recurrentes anteriores, damos aquí por reproducido todo lo razonado en el referido fundamento de derecho con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo, por consiguiente, se desestima.

Decimonoveno.

En el motivo octavo se denuncia, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECr ., la vulneración del art. 248.2 de la LOPJ , por no haber sido firmados por la Juez de Instrucción los autos en los que acuerda la entrada y registro en distintos domicilios de los coacusados.



www.civil-mercantil.com

La cuestión suscitada ha sido ya examinada y resuelta en el fundamento primero, apartado 5, de esta sentencia en sentido desestimatorio, sin que ahora la recurrente refiera nuevos argumentos que desdigan lo allí razonado y decidido.

El motivo no puede por tanto asumirse.

Vigésimo.

1. En el motivo primero , apoyándose procesalmente en lo que dispone el art. 5.4 de la LOPJ , invoca la defensa la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia .

Alega esta parte que la única prueba de cargo que se recoge en la sentencia para condenarla es una llamada telefónica de la que no se desprende que interviniera en la adquisición de la sustancia estupefaciente ni en el acuerdo para su transporte. Además señala que ni se le interviene sustancia estupefaciente alguna ni tampoco una supuesta faja que iba a servir para transportar sobre su cuerpo la cocaína que pudieran adquirir otros implicados en los hechos.

El otro dato que se señala en la sentencia es que fue detenida en compañía del coacusado Jon en el intercambiador de autobuses de la Avenida de América, en Madrid. Sin embargo, también cuestiona ese indicio por no aparecer vinculado con ningún transporte de sustancia estupefaciente, ya que no le fue ocupado con tal motivo ningún objeto o instrumento que la relacionara con el transporte de cocaína.

La impugnación de la recurrente ha de acogerse en este caso, una vez examinada la argumentación que contiene la sentencia para fundamentar que ella era la persona que iba a transportar la droga desde Madrid a Tenerife.

En efecto, en lo que respecta a los indicios que integran el núcleo de la prueba de cargo, se afirma en el folio 36 de la sentencia lo siguiente:

"...no deja ser altamente raro que coincida uno de los investigados en la presente causa, Jon (Jeronimo), en una ciudad como Madrid, con la que además no tenía ningún tipo de relación, pues ni siquiera se conocían, y de la que él tenía su número de teléfono en el momento de su detención y que por las conversaciones interceptadas sólo cabe deducir que era una de las encargadas de traer a Tenerife la cocaína que Jeronimo había ido a adquirir allí. Es especialmente relevante la mantenida entre Jeronimo y ella desde su teléfono número NUM019 , el 4 septiembre 2007, sobre las 23:49:14 horas donde ella (Francisca) le indica a Jeronimo , ser una de las chicas de las Palmas y le pregunta "si puede hablar" y Jeronimo le dice que "le llamará el día siguiente, a las 10 u 11 de la mañana", hablan de donde están cada



uno de ellos y ella expone a Jeronimo que se va al día siguiente a Madrid, apuntándole Jeronimo él ira el sábado o domingo a Madrid desde donde la llamaría. Directamente conexas con la anterior conversación, al día siguiente, 5 septiembre a las 21:45:19 Jeronimo conversa con Gloria (folios 812 a 813) donde tras saludarla y ella le pregunta si la llamó su hijo (Severino), le dice que sí y que iría éste, al día siguiente temprano y que "precisa tomar medidas para solucionar algo" (Jeronimo le dice "que midió 82" e insiste en que tome medidas para que vea que le va servir a la señora que entendemos a la vista de la conversación del día anterior que se está refiriendo a Francisca ".

Esa es toda la prueba de cargo en que fundamenta la condena la Sala de instancia. No cabe duda que se trata de dos indicios contra la Francisca referentes a una doble conversación telefónica y a la estancia de la acusada en una estación de intercambio de autobuses de una zona de Madrid en compañía del coacusado Jon , momento en que ambos son detenidos. Sin embargo, la cuestión se centra en dilucidar si ambos indicios son suficientemente sólidos para constatar probatoriamente la autoría delictiva de la recurrente.

2. Sobre la naturaleza y estructuración de la prueba indiciaria tiene establecido el Tribunal Constitucional que el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia ha de estar "asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre , 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003)".

Y también ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el



hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega; es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998 , 220/1998 , 124/2001 , 137/2002 , 229/2003 , 111/2008 , 109/2009 y 126/2011 , entre otras).

Este Tribunal de Casación tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional: a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia; y b), desde una perspectiva material, el control casacional se contrae a la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTs. 1085/2000, de 26-6 ; 1364/2000, de 8-9 ; 24/2001, de 18-1 ; 813/2008, de 2-12 ; 19/2009, de 7-1 ; y 139/2009, de 24-2 ; 322/2010, de 5-4 ; 208/2012, de 16-3 ; y 690/2013, de 24-7 , entre otras).

3. En virtud de esta doctrina jurisprudencial, es claro que no puede compartirse el razonamiento inferencial del Tribunal sentenciador . Pues se está ante un supuesto en que el potencial explicativo de los indicios incriminatorios y el grado de conclusividad del razonamiento inferencial de la acusación que une el hecho indiciario con el indiciable o hecho consecuencia que integra la hipótesis acusatoria del Ministerio Fiscal, deja abiertas otras hipótesis alternativas favorables a la tesis exculpatoria de la defensa.

Por consiguiente, el Tribunal de instancia operó con unos indicios inculpatórios que muestran una notable debilidad argumental y carecen de la unidireccionalidad, convergencia e inequívocidad necesarias para verificar la hipótesis fáctica que sustenta la acusación.

Desde la perspectiva de la apreciación global o de conjunto del cuadro indiciario, debe subrayarse que, según la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, la fuerza de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los diferentes indicios, que convergen y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTs 1088/2009, de 26-10 ; 480/2009, de 22-5 ; y 569/2010, de 8-6 , entre



otras). No es adecuado por tanto efectuar un análisis aislado de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, pues pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos insuficientes, pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción incriminatoria no extraíble de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria sobre la que esta Sala únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (SSTS. 260/2006, de 9-3 ; 1227/2006, de 15-12 ; 487/2008, de 17-7 ; 139/2009, de 24-2 ; y 480/2009, de 22-5).

Ahora bien, en este caso , tal como se anticipó, la Sala de instancia solo recoge un doble indicio: una conversación telefónica, que complementa con otra mantenida al día siguiente, y la presencia de la acusada en compañía del coimputado Jon en un intercambiador de autobuses de una zona de Madrid el día 17 de octubre de 2007, momento en que ambos son detenidos. Estos indicios, aunque presentan alguna consistencia, se estiman de todas formas carentes de la enjundia y solidez necesarias para alcanzar una verificación fáctica con un índice de probabilidad que permita concluir que la recurrente haya ejecutado el delito contra de tráfico de drogas que se le imputa.

En primer lugar, porque la conversación telefónica mantenida con el coacusado Jon el día 4 de septiembre de 2007 no contiene datos indiciarios concluyentes sobre la intervención de la acusada en la operación que se iba a ejecutar nada menos que un mes y medio más tarde, esto es, el día 17 de octubre. En el curso de esa conversación, según se plasma en la sentencia recurrida, Francisca le indica a aquel ser una de las chicas de las Palmas y le pregunta "si puede hablar" y Jon le dice que "le llamará el día siguiente, a las 10 u 11 de la mañana"; hablan de donde están cada uno de ellos y ella le dice que se va al día siguiente a Madrid, apuntándole Jon que él ira el sábado o domingo a Madrid desde donde la llamaría.

Se trata, pues, de una conversación en que ambos acusados hablan sobre un viaje a Madrid esa misma semana; es decir, mucho antes del día 17 de octubre siguiente, que es la fecha de la operación de venta de cocaína que se juzga en la presente causa, circunstancia que devalúa la relevancia de esa conversación en cuanto al hecho concreto que se está juzgando. Máxime si se le suma el escasísimo contenido incriminatorio que la propia conversación contiene por los términos en que se produce.

Es cierto que al día siguiente, 5 de septiembre de 2007, Jon mantiene una conversación telefónica con la coacusada Gloria en el curso de la cual esta le pregunta si lo llamó Severino (el hijo de aquel), respondiéndole Jon que sí le llamó y que le dijo que el propio Severino iría al



día siguiente temprano y que "precisa tomar medidas para solucionar algo". Jon le dice "que midió 82" e insiste en que tome medidas para que vea que le va servir a la señora.

De ahí infiere la Sala, conectando esta conversación con la del día anterior, que Jon se está refiriendo a Francisca , y que se trata de tomar las medidas para confeccionar una faja para que esta transporte la droga. Sin embargo, se trata, como fácilmente puede comprenderse, de una inferencia muy abierta, tanto en lo que respecta a que era Francisca la persona a la que había tomarle las medidas, como a que el objeto de las medidas era confeccionarle una faja para que transporte una partida de cocaína desde Madrid a Tenerife un mes y medio más tarde.

Entendemos, pues, que se está ante meras conjeturas o elucubraciones, tanto en lo que respecta a la confección de una faja, como a que estuviera relacionada con Francisca , como, en fin, que tuviera por objeto un transporte de droga a realizar un mes y medio más tarde. Y sin que esa inferencia tan abierta, ambigua y equívoca quede después suficientemente reforzada y potenciada por el segundo dato indiciario: que el día 17 de octubre la acusada fuera detenida en Madrid en compañía de Jon . Pues ni en el momento de la detención la acusada llevaba puesta faja alguna ni se le intervino después. Y desde luego tampoco se le ocuparon otros enseres o instrumentos indicativos de que ese día se dispusiera a transportar sustancia estupefaciente alguna desde Madrid a Tenerife.

Por consiguiente, ni los términos ambiguos y opacos en que se producen las dos conversaciones telefónicas que se citan como indicios relevantes en la sentencia, ni la dilación temporal que existe entre esas conversaciones y la operación de compra de una partida de cocaína, ni la ausencia de datos objetivos indiciarios confirmatorios de la hipótesis acusatoria, permiten inferir con el grado de certeza exigible en el proceso penal que la acusada hubiera convenido con los restantes coimputados ser la persona que iba a transportar la cocaína hasta las Islas Canarias.

A este respecto, es importante resaltar, tal como se ha dicho en otros precedentes de esta Sala (SSTS 208/2012, de 16-3 ; y 531/2013, de 5-6), que si bien cualquier hecho indiciario deja siempre abierta cierta holgura propiciatoria de alguna contrahipótesis alternativa favorable a la defensa, lo relevante y decisivo es que esa holgura no presente una plausibilidad ni un grado de verificabilidad que ponga en cuestión la probabilidad que apuntan los hechos indiciarios a favor de la hipótesis acusatoria.

Todo juicio de inferencia deja un espacio de apertura hacia alguna otra hipótesis, espacio que desde luego no tiene por qué desbaratar necesariamente la consistencia sustancial del



razonamiento inferencial convirtiéndolo en inconsistente o poco probable. Lo relevante es que esa posibilidad alternativa sea nimia en comparación con el grado de probabilidad incriminatoria que traslucen los datos indiciarios inculpatorios.

En este caso el juicio de inferencia que hace la Audiencia no permite que fluya con naturalidad la conclusión fáctica incriminatoria que se pretende acreditar, al no cumplimentarse los " cánones de la lógica o cohesión" y de la "suficiencia o concludencia" que exige la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución (STC 155/2002 , reiterado en SSTC 300/2005 y 123/2006) .

Aquí, por tanto, los argumentos con que opera la parte recurrente generan una duda que no puede decirse que sea irrazonable, a tenor del grado probabilístico del juicio de inferencia que presentan los indicios establecidos por el Tribunal de instancia. Pues el margen de duda que permanece sobre la autoría de la acusada convierte en imprecisas y excesivamente abiertas o débiles las inferencias que hace la Sala de instancia, lo que permite hablar de la existencia de una duda razonable que desvirtúa la hipótesis acusatoria.

En vista de todo lo cual, ha de estimarse el motivo de esta recurrente y concluir que no ha resultado enervada la presunción de inocencia que acoge el texto constitucional, conclusión que determina que se deje sin efecto su condena, estimándose así el recurso de casación sin que se precise ya entrar a examinar los restantes motivos del recurso, y con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

G) Recurso de Ovidio

Vigésimo primero.

Este recurrente, que ha sido condenado solo por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud (hachís), en su modalidad básica, denuncia como primer motivo , con sustento procesal en el art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que pone en relación también con la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

En lo concerniente a la cuestión previa relativa a la nulidad de las intervenciones telefónicas no expone la defensa otros argumentos a mayores que los ya esgrimidos por otros coacusados. Esto significa que hemos de remitirnos a lo razonado y decidido en el fundamento primero de esta sentencia, donde se desestimó la pretensión de nulidad de la referida prueba y otras que pudieran hallarse conectadas con la misma.



De otra parte, y en lo que hace a la presunción de inocencia, las alegaciones de la parte recurrente nos obligan a examinar cuál es la prueba de cargo en que fundamenta la sentencia recurrida la enervación de la presunción constitucional de inocencia. Y sobre este particular se dice en el folio 36 de la sentencia que su intervención en los hechos quedó adverbada, además de por el contenido de las escuchas telefónicas reseñadas al ponderar la participación de Severino en tal ilícito penal, por las propias manifestaciones del recurrente en la fase instructora cuando prestó declaración indagatoria (folio 7378 de la causa), declaración que fue leída en la vista oral a petición del Ministerio Fiscal. Admitió en ella que conocía a Severino y que le llegó a comentar que quería un kilo (sin concretar de qué droga), pero ni se la encargó ni tenía intención de comprarla, justificándolo como "un cometario por el mal momento que pasaba". Afirmó que compraba droga para su propio consumo o conjuntamente con otros, pero solo para el autoconsumo.

Y en cuanto a las conversaciones telefónicas con Severino, la Audiencia destaca en el folio 35 de la sentencia la mantenida a través del teléfono número NUM020 perteneciente a aquel, a las 18:48:02, el día 2-10-2007, en la que el ahora recurrente le pregunta si tiene hachís y Severino le contesta que para mañana, diciéndole Ovidio que mirase a ver para el pive ese. Severino pregunta si le pagaron la otra ayer y Ovidio le contesta que todavía no, que tiene que esperar un poco porque está muy mal hasta que vaya al banco... cobrar lo del taxi y subírselo.

Igualmente resalta la Audiencia la conversación del día 4-10-2007, a las 20:10:16, desde el mismo teléfono móvil (folio 523), en la que Ovidio (el ahora recurrente) le dice a Severino que necesita uno ya. Severino le responde que ya le avisa. Ovidio le comenta que se entere de quién tiene uno sobre la marcha ya hoy y Severino le contesta que vale. Ovidio le refiere que se mueva, que hoy uno rápido.

Por último, la conversación mantenida en idéntico teléfono entre ambos interlocutores a las 20:53:08, el día 7-10-2007, preguntándole Severino si la policía estaba ahí. Ovidio le pregunta si se veían en una hora en la Laguna y Severino le propone verse al día siguiente. Ovidio a su vez le dice "si seguro y a qué precio, que quiere dos". Severino queda en que le llamaría ahora.

De las conversaciones telefónicas que se acaban de reseñar se colige con meridiana claridad que el recurrente, tal como se dice en los hechos probados de la sentencia, es un proveedor de hachís a pequeña escala, de modo que solicita de forma reiterada a Severino que le suministre partidas de hachís con el fin de venderlo a consumidores que le apremian para que les venda la referida droga.



El conjunto, pues, de la referida prueba de cargo desvirtúa palmariamente la presunción de inocencia que esgrime el recurrente, haciendo así inviable este primer motivo de impugnación.

Vigésimo segundo.

Y a la misma conclusión ha de llegarse con respecto al motivo segundo, a tenor de lo que se acaba de argumentar en el motivo anterior. En este caso, y por la vía de la infracción de ley del art. 849.1º de la LECr., impugna el recurrente la aplicación en el grado de consumado del delito previsto en el art. 368, último inciso del C. Penal.

Aduce ahora el impugnante que el delito debió ser apreciado en la fase de tentativa dado que el acusado realizó un mero intento de comprar un kilo de hachís a Severino, pero sin que llegara a haber un acuerdo definitivo al respecto y sin que tampoco se materializara finalmente tal operación, por lo que el delito debería haber sido apreciado en fase de tentativa (arts. 16 y 62 del C. Penal).

La tesis atenuadora de la responsabilidad penal del recurrente desde la perspectiva del iter criminis tampoco puede ser acogida en este caso. Pues, partiendo de la concepción jurisprudencial de la tentativa en esta clase de delitos contra la salud pública que ya fue recogida en el fundamento segundo de esta sentencia, lo cierto es que, tal como se advirtió en el fundamento precedente, consta fehacientemente probado que el acusado realizaba con cierta habitualidad actos de venta de hachís a pequeña escala. Por lo cual, si bien es cierto que la operación relativa a la compra de un kilo de hachís no ha quedado consumada, no puede decirse en cambio lo mismo de otras operaciones de venta a menor nivel, que sí han resultado probadas y que permiten catalogar al acusado como un proveedor de hachís a pequeña escala, tal como se dice en la premisa fáctica de la sentencia impugnada.

Así pues, también debe desestimarse este segundo motivo de impugnación y con él la totalidad del recurso de este acusado, a quien se imponen las costas derivadas de esta instancia (art. 901 LECr.).

Vigésimo tercero.

Un último punto queda por tratar para culminar el examen de la sentencia recurrida. Se trata de una cuestión punitiva que no ha sido formulada por ninguna de las partes recurrentes y que se refiere a las penas accesorias de las privativas de libertad impuestas a todos los acusados. En la sentencia recurrida se condena a todos ellos con una pena de inhabilitación absoluta como pena accesoria a la de prisión. Sin embargo, es claro que esto no cabe legalmente, dado



www.civil-mercantil.com

que, según el art. 56 del C. Penal para ello tendrían que haber sido condenados a una pena de prisión de diez o más años, circunstancia que resulta obvio que aquí no se ha dado.

Así las cosas, y por aplicación imperativa del principio de legalidad penal referido en este caso al ámbito estricto de la asignación punitiva, es claro que han de dejarse sin efecto en la sentencia todas las penas accesorias de inhabilitación absoluta y condenar a los acusados con una pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 57 del C. Penal), al no alcanzar ninguna de las penas de prisión aplicadas la cuantía de los diez años.

III. FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de norma constitucional interpuesto por la representación de Francisca contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta, de 11 de diciembre de 2012 , que condenó a la recurrente como autora de un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína, en su modalidad básica, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así anulada, con declaración de oficio de las costas causadas por el recurso en esta instancia.

DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN formulados por las representaciones de Gloria , Arcadio , Felipe , Jon , Severino y Ovidio , contra la referida sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife, imponiéndoles a los recurrentes las costas respectivamente causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa Sumario 2/09 del Juzgado de Instrucción num. 1 de Arona, seguida por contra la salud pública contra Jon , nacido en Líbano el día NUM021 de 1962 con NIE num. NUM022 ; Severino , nacido en Venezuela el NUM000 de 1987, con NIE NUM001 ; Ovidio , nacido el NUM023 de 1966, con D.N.I. NUM024 ; Gloria , nacida en Colombia el día NUM025 de 1.973,



www.civil-mercantil.com

con NIE NUM026 ; Tatiana , nacida en Colombia el día NUM027 de 1.971, con NIE NUM028 ; Arcadio , nacido en Colombia el día NUM029 de 1.967, con NIE NUM030 ; Felipe nacido en Venezuela el día NUM031 de 1.971, con pasaporte venezolano NUM032 y otros, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2012 que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro .

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto en lo que respecta a la intervención en los mismos de la acusada Francisca , que queda excluida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en el fundamento vigésimo de la sentencia de casación, se absuelve en esta instancia a Francisca del delito contra la salud pública que se le atribuye, con declaración de oficio de las costas de la primera instancia, y dejándose sin efecto todas las medidas cautelares personales y reales que hubieran podido ser adoptadas con respecto a ella.

Se sustituyen las penas accesorias de inhabilitación absoluta que se impusieron a los otros seis acusados por la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad.

III. FALLO

Absolvemos a Francisca del delito contra la salud pública de tráfico de sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud (cocaína) en su modalidad básica que se le imputa, declarándose de oficio las costas de la primera instancia y dejándose sin efecto las medidas cautelares personales y reales que hubiera podido adoptarse con respecto a ella.

Se sustituyen las penas accesorias de inhabilitación absoluta que se le impusieron a los otros seis acusados (Gloria , Arcadio , Felipe , Jon , Severino y Ovidio) por la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena privativa de libertad.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.



www.civil-mercantil.com

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, 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.