



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 77/2014, de 11 de febrero de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1822/2013

SUMARIO:

Intervención de comunicaciones. Intervención de teléfono. Valoración de prueba. La fase de investigación del proceso penal no tiene por objeto «materializar las sospechas» que se vierten en el oficio policial mediante el que se interesa una medida de investigación. Este agota su funcionalidad expresando, de forma razonada y atendible, los motivos que justifican el alzamiento del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones. El oficio mediante el que los agentes pretenden justificar la legitimidad de la medida de injerencia no integra el objeto del recurso de casación. La validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la acusada, ante la posibilidad de alcanzar una convicción judicial sin necesidad de un dictamen pericial previo. La intervención de letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el artículo 17.3 de la Constitución ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, estando circunscrita como obligatoria tan solo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que él mismo sea objeto. Se rechaza la tesis de que la falta de notificación al Ministerio Fiscal del auto de intervención de comunicaciones integre una vulneración del contenido sustancial del derecho proclamado en el art. 18.3 de la CE. Es lógico que la defensa busque arrojar dudas sobre el significado críptico de algunas de las expresiones que fueron objeto de interceptación y que luego resultaron «interpretadas» por los agentes de Policía. Es evidente que estos funcionarios que han ejecutado la orden de interceptación de las conversaciones telefónicas, no pueden asumir, sin más, la condición de pseudotraductores oficiales de los fragmentos que se consideran más o menos incriminatorios. También lo es que todo aquel que profesionaliza el ejercicio de una actividad delictiva y se sabe potencial destinatario de una posible medida de interceptación, va a intentar camuflar, mediante el empleo de una terminología más o menos críptica los mensajes. La suficiencia probatoria de esas conversaciones solo podrá proclamarse, bien por su carácter explícito, bien por la existencia de inequívocos actos corroboradores de que lo escuchado e interpretado en una determinada dirección, ha sido luego confirmado. De no ser así, toda resolución condenatoria que se basara exclusivamente en la imaginativa propuesta de traducción policial del contenido de conversaciones interceptadas, estaría construyendo la autoría a partir de bases de escasa o nula suficiencia incriminatoria. **Entrada y registro. Inviolabilidad de las comunicaciones postales:** intervención policial de una carta, ya



www.civil-mercantil.com

abierta por su destinatario, en el transcurso de un registro judicialmente autorizado, no afecta al derecho a la inviolabilidad de comunicaciones.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.1, 21.1, 2 y 7, 66.1 y 6, 368 y 369 bis.

Constitución Española, arts. 17.3, 18, 24 y 120.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 142, 299, 306, 384, 520, 741, 772, 773, 777, 851.3 y 884.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 248.3.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por las representaciones procesales de Horacio Jesus ; Jesus Jorge ; Jesus Torcuato ; Africa Bernarda e Cornelio Desiderio , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Primera) de fecha 26 de julio de 2013 en causa seguida contra Africa Bernarda , Horacio Jesus ; Jesus Torcuato ; Jesus Jorge ; Cornelio Desiderio ; Florian Severino ; Teresa Africa ; Romualdo Maximiliano y Domingo Maximo , por delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y los recurrentes representados por los procuradores y procuradoras D./Dña. Miguel García-Montón González; Juan Luis Navas García; Miguel Ángel del Álamo García; Ana Díaz Cañizares y Maravillas Briales Rute. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Central de instrucción núm. 1, instruyó sumario 6/2011, contra Africa Bernarda , Horacio Jesus ; Jesus Torcuato ; Jesus Jorge ; Cornelio Desiderio ; Florian Severino ; Teresa



www.civil-mercantil.com

Africa ; Romualdo Maximiliano y Domingo Maximo y, una vez concluso, lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Primera) rollo de Sala nº 18/2011 que, con fecha 26 de julio de 2013, dictó sentencia nº 53/2013 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" Africa Bernarda , alias " Ladrona " y " Gatita ", súbdita colombiana, en los meses finales de 2009 y hasta el momento de su detención el cinco de marzo de 2010, se dedicaba al tráfico de cocaína en las provincias de Cádiz y Sevilla. Con dicha finalidad Africa Bernarda adquiría la cocaína en Madrid que era remitida desde Colombia, sin que conste la forma de envío, por el denominado " Mangatoros " en ignorado paradero. En Madrid colaboraban con Africa Bernarda en la recepción, corte y distribución de la droga Jesus Torcuato , alias " Perico " y Jesus Jorge . Una vez conseguida la sustancia estupefaciente, con la ayuda de Horacio Jesus la transportaba al domicilio común de ambos en Cabezas de San Juan (Sevilla) donde la adulteraba con diferentes productos y la distribuía entre otros traficantes en la zona de Sevilla y Cádiz, quienes la revendían a terceros y la hacían llegar a los consumidores directos de la misma. Entre éstos traficantes, Africa Bernarda abastecía de cocaína a Cornelio Desiderio , quien a su vez distribuía la sustancia en Jerez de la Frontera. Teresa Africa colaboraba con Africa Bernarda en la búsqueda de clientes para la distribución de la droga en la localidad de Cabezas de San Juan donde residían ambas a cambio de una comisión.

Tras la detención de Africa Bernarda , Florian Severino , quien con anterioridad había vivido en España, se desplazó desde Colombia para interesarse por su situación, visitarla en la cárcel y recoger su ropa y efectos personales. " Mangatoros ", con el que había convivido cuando se encontraba en España, le pidió que recogiese también algunos efectos de su propiedad. No se ha probado participase en el tráfico.

Romualdo Maximiliano era amigo de Jesus Jorge . Era titular de un locutorio al que acudía este sin que se haya probado que el locutorio se emplease para el tráfico de la droga y que Romualdo Maximiliano participase en dicho tráfico.

Domingo Maximo , con domicilio en Talavera de la Reina (Toledo), regentaba el locutorio "Orbitel" de la misma localidad y residió en la misma vivienda en la CALLE000 nº NUM000 en la que con anterioridad lo habían hecho el citado " Mangatoros ", Florian Severino , Africa Bernarda y Horacio Jesus , sin que haya quedado acreditada su participación en el tráfico de la cocaína.

El día 4 de marzo de 2010, con ocasión de que Africa Bernarda y Horacio Jesus volvían de Madrid, de negociar sobre la sustancia estupefaciente que iban a adquirir, hacia la localidad en la que ambos residían, Cabezas de San Juan, viajando cada uno en un vehículo, en funciones de seguridad el de Africa Bernarda (Citroën XaraNNN); una vez interceptados, en el vehículo



www.civil-mercantil.com

que conducía Horacio Jesus (Ford Tourneo ZQY), preparado al efecto, o "caleteado" para esconder sustancia estupefaciente o cualquier otra sustancia, la policía les ocupó ocultos, concretamente en el interior del embellecedor de plástico, en la parte trasera izquierda del citado vehículo, cinco paquetes rectangulares de plástico debidamente precintados numerados con las letras F1, F2, F3, F4 Y M, de una sustancia, que, una vez analizada, resultó ser sustancia para realizar el corte de la cocaína. Así mismo, a Jesus Torcuato , se le ocupó un papel manuscrito en el que constan diversas direcciones, entre la que aparece " DIRECCION001 NUM004 , Jerez, Cornelio Desiderio " domicilio de Cornelio Desiderio .

En la entrada y registro efectuada en el domicilio de Africa Bernarda -donde convivía con Horacio Jesus -, sito en la CALLE001 nº NUM001 de la localidad de Cabezas de San Juan (Sevilla), se ocuparon entre otros efectos, 285 gramos de una sustancia, que, una vez debidamente analizada, resultó ser cocaína, con una pureza del 27,8%; y 219 gramos de una sustancia que, debidamente analizada, resultó ser cocaína, con una pureza del 31,4%; así como 46.870 Euros, producto del ilícito comercio, tres balanzas de precisión, distintas bolsas y botes con más de un kilo de sustancia para el corte; un pequeño laboratorio para manipular sustancia estupefaciente integrado por una prensa hidráulica, sellador térmico, varios moldes de acero y madera, productos químicos, mascarillas, guantes; una pistola detonadora modificada BBM, modelo 315 8 mm con nº de serie NUM002 , en mal estado, no apta para el disparo y seis proyectiles; tres agendas, con anotaciones sobre cantidades de cocaína y dinero, apareciendo algunas de ellas referencias a un acusado rebelde y a Horacio Jesus ; una cartilla de la entidad bancaria Banesto a nombre de la persona conocida como " Mangatoros ". La sustancia intervenida tendría un valor en el mercado de 30.651 euros.

A Jesus Torcuato le ocuparon, entre otros efectos, 30.600 euros, en su domicilio producto de la ilícita venta. En el locutorio en el que trabajaba se intervinieron 4.830 euros. Se le ocupó también en dicho locutorio una carta de Africa Bernarda , en la que se informaba de las detenciones y de que la policía se encontraba detrás, advirtiéndole que tuviera cuidado con el negocio, que empezara con cantidades de 400 grs.; y que no hablara por teléfono.

A Jesus Jorge se le ocuparon entre otros efectos, 2500 euros, en su vehículo más 1330 euros en su domicilio, producto de los ilícitos negocios, dos balanzas de precisión y unos 100 gramos de sustancia de corte.

A Romualdo Maximiliano se le ocuparon, entre otros efectos, la cantidad de 14.315 euros; y a Florian Severino 940 euros.



www.civil-mercantil.com

Africa Bernarda , Jesus Jorge , Teresa Africa , e Cornelio Desiderio eran en la fecha de los hechos consumidores de cocaína sin que conste la intensidad de su adicción y que dicho consumo afectase a su inteligencia y voluntad.

Florian Severino ha sido diagnosticado en abril de 2011 de al(sic) enfermedad de Alzheimer sin que conste como dicha enfermedad alteraba su conocimiento y voluntad en la fecha de los hechos.

Todos los acusados son mayores de edad sin antecedentes penales salvo Cornelio Desiderio ha sido condenado en sentencia de 24/04/2007 dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz por un delito de tráfico de drogas a la pena de tres años de prisión" (sic).

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: ABSOLVEMOS a Romualdo Maximiliano , Domingo Maximo y Florian Severino delito de tráfico de drogas del que habían sido acusados.

CONDENAMOS Teresa Africa como autora de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo y multa de 40.000 y al pago de una novena parte de las costas procesales.

CONDENAMOS a Africa Bernarda , Jesus Jorge , Jesus Torcuato y Jesus Jorge , como autores de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de cuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durane (sic) y multa de 50.000 euros a cada uno de ellos y al pago de una novena parte de las costas procesales cada uno de ellos.

CONDENAMOS a Cornelio Desiderio como autor de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, con la agravante de reincidencia, a la pena de cinco años de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo y multa de 70.000 euros y al pago de una novena parte de las costas procesales.

DECLARAMOS de oficio las tres novenas partes de las costas procesales.

DECRETAMOS el comiso de sustancia estupefaciente intervenida y las sustancias de corte; los móviles y demás efectos intervenidos a los que han resultado condenados a los que se dará el destino legal; el comiso del dinero intervenido a Jesus Torcuato en su domicilio (30.600 euros); el dinero intervenido a Jesus Jorge , los 2.500 euros intervenidos en su vehículo y los 1.330



www.civil-mercantil.com

euros en su domicilio. Se devolverá el dinero, móviles y otros efectos ocupados a los acusados absueltos.

Para el cumplimiento de las penas impuestas de privación de libertad se abonará el tiempo que los condenados han estado privados cautelarmente de libertad por esta causa" (sic).

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación legal de la recurrente Africa Bernarda , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I y II.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del art. 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24.2 (derechos al Juez predeterminado por la ley y a la presunción de inocencia), del art. 18.3 (derecho al secreto de las comunicaciones) y del art. 18.2 (derecho a la inviolabilidad del domicilio, en relación con el art. 120.3, todos los preceptos de la CE . III.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción de los arts. 368, 20.1 y 21.1 y 7 del CP . IV.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos. V.- Al amparo del art. 851.3 de la LECrim , por falta de resolución de las cuestiones planteadas por la defensa.

Quinto.

La representación legal del recurrente Horacio Jesus , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 de la CE . II.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18 de la CE . III.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción de los arts. 66.6 y 368 del CP .

Sexto.



www.civil-mercantil.com

El representante legal de Cornelio Desiderio , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim , por vulneración del art. 18.3 de la CE , en relación con el art. 11.1 de la LOPJ . Y también por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE). II.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24 de la CE . III.- Al amparo del art. 849 de la LECrim , por infracción de los art. 142 de la LECrim y 248.3 de la LOPJ , en relación con los arts. 24 y 120 de la CE . IV.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del art. 368 e inaplicación indebida del art. 21.1 del CP .

Séptimo.

La representación legal del recurrente Jesus Torcuato , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I y II.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 de la CE , en relación con el art. 11.1 de la LOPJ . III.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, reconocido en el art. 18.2 de la CE , en relación con el art. 11.1 de la LOPJ . IV.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim , por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, reconocidos en el art. 24 en relación con el art. 9.3, ambos preceptos de la CE .

Octavo.

La representación legal del recurrente Jesus Jorge , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la valoración de la prueba, basado en documentos. II.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 de la CE . III.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ , por inaplicación del art. 66.1 en relación con los arts. 21.1 y 2 y 20.1 del CP .

Noveno.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 30 de octubre de 2013, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión del recurso que, subsidiariamente, impugnó.



www.civil-mercantil.com

Décimo.

Por providencia de fecha 21 de enero de 2014 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

Decimoprimer.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 4 de febrero de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 53/2013, dictada con fecha 26 de julio de 2013 por la Sección Primera de la Audiencia Nacional, condenó, entre otros, a los acusados Africa Bernarda, Horacio Jesus, Jesus Jorge, Cornelio Desiderio y Jesus Torcuato, como autores responsables de un delito contra la salud pública, sustancias que causan grave daño a la salud, a las penas que se han reflejado en los antecedentes de esta resolución.

Se interpone recurso de casación. Con el fin de evitar repeticiones innecesarias, se van a efectuar las remisiones precisas cuando la coincidencia argumental de los motivos formalizados por cada uno de los recurrentes así lo aconseje.

RECURSO DE Africa Bernarda

Segundo.

Los dos primeros motivos son objeto de tratamiento conjunto por el propio recurrente. Se formalizan al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. En ellos se denuncian tres vulneraciones de alcance constitucional.

A) La primera de ellas sostiene infracción del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE. El auto de fecha 13 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Jerez de la Frontera en los autos DP 3000/09, adolecería de un déficit de motivación porque, en palabras de la defensa, se produjo una "... falta de materialización de las sospechas".

No tiene razón el recurrente.



www.civil-mercantil.com

Como apunta la sentencia recurrida, al resolver esta alegación en la instancia, la resolución judicial que la defensa considera vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones se dicta por el Juzgado de instrucción después de una primera decisión denegatoria por parte del órgano judicial, frente a la inicial solicitud por parte de la Policía. En efecto, la Unidad de Drogas y Crimen Organizado presentó escrito de fecha 28 de octubre de 2009, que fue rechazado por el titular del Juzgado de instrucción núm. 1 de Jerez de la Frontera, al considerar que no se habían ofrecido elementos de juicio suficientes para estimar que Cornelio Desiderio ejerciera el liderazgo de una organización delictiva destinada al tráfico de drogas.

Dos semanas después los agentes presentaron a la consideración del Juez instructor una segunda petición en la que se dejaba constancia de los viajes efectuados por Cornelio Desiderio a la localidad de Dos Hermanas -Sevilla- con el fin de adquirir la droga que luego era objeto de distribución clandestina. Se informaba del papel de la esposa del sospechoso, que también participaría en esa actividad. Se daba cuenta también de una trayectoria delictiva relacionada con el tráfico de drogas y del significativo contraste entre la falta de ingresos procedentes de cualquier actividad laboral y el alto nivel de vida de la pareja.

El auto que está en el origen de la queja del recurrente -no se olvide, respuesta jurisdiccional a la segunda de las peticiones cursadas por la Policía- incorpora en su fundamentación jurídica buena parte de la información ofrecida por los agentes. Su lectura es la mejor muestra de la falta de justificación de la queja que inspira el motivo: "... Cornelio Desiderio vendría dedicándose al tráfico de cocaína, sustancia que vendría adquiriendo en la localidad sevillana de Dos Hermanas, la traería a Jerez, donde, tras su "corte", es vendida a terceros. En esta actividad, le auxiliaría su esposa, Delfina Violeta , dedicada, presuntamente, a tareas de custodia y realización de alguna entrega. Como "guardería" de la sustancia en cuestión, y según la investigación policial, se utilizaría el domicilio sito en esta Ciudad, C/ DIRECCION000 núm. NUM003 . [...] Por otra parte, según el oficio Policial, al investigado le constan antecedentes policiales, habiendo sido detenidos en diversas ocasiones, por su presunta implicación en delitos contra la salud pública. [...] De igual modo, consta que el investigado carece de actividad laboral conocida, -tampoco su esposa-, estando ambos dados de alta en el Servicio Andaluz de Empleo como demandantes de empleo. Pese a ello, Cornelio Desiderio figura como titular de dos viviendas en esta ciudad, -una de ellas, la anteriormente referida que no utiliza como domicilio, sino, que sería el lugar en el que presuntamente guardaría la sustancia estupefaciente para su preparación y ulterior venta-, así como consta que vendría pagando el correspondiente impuesto municipal en relación a otra tercera vivienda en la que residen sita en C/ DIRECCION001 NUM004 de Jerez. Por otra parte, resulta titular de tres vehículos, -dos turismos, una furgoneta-, y de una motocicleta, siendo que por su parte Delfina Violeta es titular de un ciclomotor.



www.civil-mercantil.com

Pese a ello, hacen uso de otros cuatro vehículos, que utilizan con asiduidad, y de los que no son titulares ninguno de los dos. Frecuentemente el investigado conduce el Seat León FNC , que consta a nombre de, adoptando, según informan los agentes intervinientes, numerosas medidas de seguridad para evitar ser seguido y observado, incluso en sus seguimientos a pie, llegando a contactar con terceras personas, presuntamente, para tratar sobre la actividad ilícita a la que se vendría dedicando " (sic).

Es difícil adjudicar a esa resolución un menoscabo del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones o, en su caso, a la tutela judicial efectiva. La fase de investigación del proceso penal no tiene por objeto " materializar las sospechas" que se vierten en el oficio policial mediante el que se interesa una medida de investigación. Éste agota su funcionalidad expresando, de forma razonada y atendible, los motivos que justifican el alzamiento del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones. El oficio mediante el que los agentes pretenden justificar la legitimidad de la medida de injerencia -pese a lo que, de ordinario, parece sugerir la línea argumental que inspira buena parte de los recursos ante esta Sala- no integra el objeto del recurso de casación. En las SSTs 884/2012, 8 de noviembre ; 596/2012, 6 de julio y 121/2011, 14 de noviembre , por citar sólo algunas, nos hacíamos eco de la jurisprudencia constitucional sobre el extremo controvertido, con cita de la STC 253/2006, 11 de septiembre , en la que se recuerda que, a tales efectos, los indicios a los que se alude 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 dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8 ; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4 ; 14/2001, de 29 de enero, F. 5 ; 138/2001, de 18 de junio, F. 3 ; y 202/2001, de 15 de octubre, F. 4). Bastarán -como ha precisado el TEDH - " datos fácticos, buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones se han cometido o están a punto de cometerse " (cfr. STEDH, 6 de septiembre de 1978 , " Caso Klass ").

Tampoco es acogible la censura del auto de fecha 28 de diciembre de 2009, que no tuvo otro objeto que rectificar un error deslizado en dos de los dígitos del número de teléfono de " Ladrona ", cuya intervención ya había sido autorizada, colmando el canon de motivación constitucionalmente exigido, por el auto de fecha 18 de diciembre del mismo año.

Igual suerte desestimatoria merece la queja relacionada con la falta de una verdadera prueba de cotejo de voces, que hubiera permitido descartar dudas acerca de la autoría de la recurrente respecto de los hechos imputados. Respecto de la ausencia de una prueba pericial que acredite las voces de los acusados, conviene tener presente -decíamos en las SSTs 75/2012, 28 de septiembre , 412/2011, 11 de mayo y 593/2009, 8 de junio , entre otras- que la validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella



www.civil-mercantil.com

persona a la que esa voz se atribuye por la investigación. La posibilidad de alcanzar una convicción judicial sin necesidad de un dictamen pericial previo ha sido ya defendida por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS 1286/2006, 30 de noviembre), que también ha proclamado la no exigencia, con carácter general, de una comparecencia previa al juicio oral, con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido objeto de grabación (cfr. STS 537/2008, 12 de septiembre).

En el presente caso, tiene toda la razón el Fiscal cuando recuerda, para descartar cualquier incertidumbre al respecto, que a la recurrente se le ocupó en su poder el teléfono NUM005 , desde el que se habían mantenido conversaciones con los coacusados Cornelio Desiderio y el Mangatoros . Por las grabaciones, la Policía conoció que, junto a Horacio Jesus , proyectaba realizar un viaje a Madrid para comprar cocaína, que realizaron ambos y que desencadenó su detención, más allá de que lo aprehendido fuera una sustancia de corte. Ninguna duda, por tanto, albergó el Tribunal a quo respecto de la autenticidad de las voces, conclusión reforzada por el hecho de que a Africa Bernarda era conocida por Gatita y por Ladrona y en las conversaciones varios interlocutores se refieren a ella por ese nombre.

B) La infracción del derecho constitucional al Juez predeterminado por la ley se habría producido -aduce la defensa- por el hecho de que el órgano jurisdiccional que dictó el auto de 26 de noviembre de 2009, fue el Juzgado de instrucción núm. 4 de Jerez, cuando el órgano competente era, había venido siendo y seguiría siéndolo después de ese auto, el Juzgado de instrucción núm. 1 de la misma localidad.

La Sala no puede sino hacer suyo el razonamiento del Fiscal cuando, con cita de la jurisprudencia constitucional al respecto, recuerda el verdadero alcance de la vulneración denunciada. Como ya apuntábamos en las SSTS 435/2008, 27 de junio y 822/2013, 6 de noviembre -con cita de la STS 1377/2001, 11 de julio-, el Tribunal Constitucional viene recordando que las cuestiones de competencia reconducibles al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/1984, de 26 de marzo , 8/1998, de 13 de enero , 93/1998, de 4 de mayo y 35/2000, de 14 de febrero , entre otras). El derecho al Juez predeterminado por la ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la Sentencia 35/2000, del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero , recogiendo lo ya expresado en el ATC 262/1994, de 3 de octubre .



www.civil-mercantil.com

En definitiva, ambos Juzgados de instrucción -más allá de que no consten las razones concretas que motivaron esa firma por un órgano jurisdiccional distinto del que venía conociendo la causa- comparten la misma competencia objetiva, territorial y funcional. Ninguna anomalía pudo existir cuando el titular del Juzgado de instrucción núm. 1 de Jerez retomó las investigaciones y dictó toda una serie sucesiva de resoluciones que no hacían sino confirmar la corrección de lo acordado. En consecuencia, ya se trate de un error en el formato del folio empleado, ya de una sustitución reglamentaria no documentada, esa resolución aislada, cuya procedencia es incuestionable, no puede reputarse contraria al derecho que se dice vulnerado.

D) Tampoco se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 CE), que habría quedado afectado -se razona- como consecuencia de la aplicación de la teoría de los árboles del fruto envenenado, al tener que declararse la nulidad de las escuchas, que permitieron conocer y acordar el acto de entrada y registro. Se añade a la queja la falta de presencia del Letrado de la defensa en el momento de la práctica del registro.

El argumento es inviable.

Descartada en el primero de los apartados la nulidad de las escuchas, huelga cuestionarse la afectación asociada al derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Tampoco puede considerarse acertada la censura derivada de la ausencia del Letrado. Respecto de la presencia de Letrado en la práctica de la diligencia de entrada y registro, la jurisprudencia de esta Sala es unánime al respecto. En efecto, la STS 697/2003, de 16 de mayo , citando la STS 1116/98, 30 de septiembre , razona que "la intervención de letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el artículo 17.3 de la Constitución ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, estando circunscrita como obligatoria tan sólo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que él mismo sea objeto. En consecuencia, la no asistencia letrada al registro practicado en los domicilios del recurrente no constituyó infracción de su derecho a un proceso con todas las garantías, habiéndose dado cumplimiento a las exigencias constitucionales de resolución judicial motivada así como a las de la legislación ordinaria que la desarrollan". Esta idea es reiterada en otros muchos pronunciamientos que destacan cómo la asistencia letrada se circunscribe a la práctica de diligencias de carácter personal, en los términos a que se refiere el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , sin afectar a la diligencia de entrada y registro (cfr., por todas SSTS 953/2010, 27 de octubre; 1134/2009, 17 de noviembre y ATS 599/2010, 17 de junio).

E) La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la vincula el recurrente a la no apreciación de la eximente del art. 20.1 del CP o, cuando menos, la atenuante del art. 21.2 del mismo texto penal, a la vista de la drogodependencia que, como quedó acreditado, padecía Africa Bernarda .



www.civil-mercantil.com

Desde esta perspectiva que, si bien se mira, lo que denuncia es un error de subsunción, no detecta la Sala quiebra alguna del contenido material del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE . La Audiencia explica de forma razonada y lógica por qué rechaza esa alegación. Con ello se colman las exigencias implícitas en aquel derecho.

Los motivos primero y segundo han de ser desestimados (art. 885.1 y 2 LECrim).

Tercero.

El tercero y cuarto de los motivos son susceptibles de consideración sistemática unitaria. Por distinta vía, ambos comparten la queja, a saber, la no apreciación de la alteración de la imputabilidad que se habría derivado del consumo de drogas por parte de la recurrente.

A) Al amparo del art. 849.1 de la LECrim se denuncia indebida aplicación de los arts. 368, 20.1 y 21.1 y 7 del CP . Debería haber sido acogida, ya la eximente completa de drogadicción, ya la atenuante que diera respuesta a la grave adicción de Africa Bernarda .

Desde la perspectiva del error de derecho en el juicio de subsunción, como es sabido, la vía procesal empleada exige como presupuesto metodológico -so pena de incurrir ex art. 884.3 y 4 de la LECrim en una causa de inadmisión/desestimación- un esfuerzo argumental que no se aparte de lo que la Audiencia ha proclamado como probado. Pues bien, en el juicio histórico se limitan los Jueces de instancia a afirmar que Africa Bernarda era consumidora de cocaína "... en la fecha de los hechos (...) sin que conste la intensidad de su adicción y que dicho consumo afectase a su inteligencia y voluntad". Con ese enunciado fáctico, mal puede reivindicarse una erosión penalmente relevante de la capacidad de culpabilidad.

B) Por el cauce que proporciona el art. 849.2 de la LECrim , se denuncia error de hecho en la valoración de la prueba, con fundamento en los documentos que obran en la causa -informe del médico forense, ratificado en la vista por la doctora Aida Lourdes e informe del Proyecto Hombre de 8 de agosto de 2011- y que, añadidos al factum, demostrarían la concurrencia de las alteraciones en la imputabilidad a las que nos venimos refiriendo. Estos documentos, más que prueba pericial, acreditarían el error valorativo en que habría incurrido el Tribunal a quo .

Ya consideremos esos informes como simples documentos -criterio del recurrente-, ya como prueba pericial, el motivo no puede prosperar. En efecto, esos informes sirvieron de presupuesto documental a la prueba pericial practicada en el plenario. Lo que ahora sugiere la defensa es una interpretación alternativa -tan legítima como inviable- de lo que reflejan tales dictámenes. Como apunta el Fiscal, el relato de hechos probados no discrepa de las indicaciones de los peritos, en la medida en que se acepta el consumo pero se destaca la falta de prueba sobre las características y la intensidad de la adicción, así como su influencia en las



www.civil-mercantil.com

facultades mentales de Africa Bernarda . Sin prueba acogible de los efectos de esa dependencia respecto de la capacidad de recepción del mensaje imperativo de la norma penal, mal puede derivarse una alteración de la imputabilidad.

Al margen de ello, la ofensa del bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, empujado por la adicción a las drogas o el deterioro psicossomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -como recordábamos en nuestras sentencias 209/2008, 28 de abril y 4457/2007, 12 de junio - ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquéllas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece (cfr. STS 28/2004, 1 de marzo). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente reivindicada por el recurrente, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del artículo 21.2 del CP , a saber, su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado. Y todo apunta a que la aplicación de la atenuante a Africa Bernarda supondría conferir a aquélla un carácter puramente objetivo, ligado a la simple constatación de la presencia de droga en el organismo, al margen de su verdadera influencia en la capacidad de culpabilidad. Con ello se propugna una concepción de la atenuante de aplicación automática, ligada al segmento de la población que, en uno u otro momento ha podido tener contacto con alguna sustancia estupefaciente. Y ello implica, desde luego, apartar la atenuación del fundamento que le es propio. Esta Sala ha dicho en numerosas ocasiones -apuntábamos en nuestra STS 537/2008, 12 de septiembre - que la atenuación exige que el impulso para satisfacer la adicción sea el único o, al menos, el principal motivo de la actuación delictiva. Cuando se superponen otras motivaciones prevalentes, no es apreciable la atenuante. Singularmente ha de excluirse ésta cuando junto al deseo de obtener dinero para satisfacer las necesidades de abastecimiento de droga, está presente un ánimo de lucro adicional que sólo busca el enriquecimiento a costa del patrimonio y de la salud colectiva ajena (STS 510/2000, 28 de marzo).

Los motivos tercero y cuarto han de ser desestimados (art. 884.3 y 4 y 885.1 y 2 LECrim).

Cuarto.

El motivo quinto alega que la Audiencia ha incurrido en fallo corto, incongruencia omisiva, al no haber dado respuesta a alegaciones defensivas que fueron oportunamente deducidas en juicio (art. 851.3 LECrim).

La explicación ofrecida respecto del hecho de acompañar a Horacio Jesus en sus desplazamientos a Madrid, es perfectamente acogible, pues el viaje estaba justificado por su

ejercicio de la prostitución y el desconocimiento de la capital. Del mismo modo, el Tribunal habría silenciado su argumento exculpatario referido a que la sustancia de corte podía servir para otras finalidades.

La jurisprudencia de esta Sala no deja margen para la duda. Es preciso que la falta de decisión recaiga sobre una verdadera pretensión y no sobre un concreto argumento ni sobre cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica. Además, ni siquiera constituye la omisión con trascendencia constitucional la preterición de un enunciado fáctico de los alegados sino que ha de referirse a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas (cfr. SSTs 940/2013, 13 de diciembre ; 1067/2009, 3 de noviembre y 995/2009, 23 de septiembre).

En palabras del Fiscal, en realidad se queja el recurrente porque no ha sido asumida la versión exculpatoria frente a la tesis de la acusación, cuestión propia de la valoración de prueba atribuida al Tribunal de instancia (art. 741 LECrim).

En suma, procede la desestimación del recurso.

RECURSO DE Horacio Jesus

Quinto.

Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , se formaliza un primer motivo que denuncia el menoscabo del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

La prueba sobre la que se ha formulado el juicio de autoría es manifiestamente insuficiente. Así, por ejemplo, se denuncia que sin la interpretación forzada por parte de la Policía de las escuchas "... para demostrar sus teorías, para justificar sus peticiones de intervenciones telefónicas, así como para argumentar el atestado (...), las conversaciones de mi defendido son insustanciales y nada demuestran sobre la ejecución (...) de un delito contra la salud pública". El recurrente fue detenido -se razona- en el momento en el que conducía su furgoneta, pero conducir un coche no es delito. Tampoco lo es llevar en el coche una sustancia de corte de la cocaína que, como es sabido, puede ser adulterada con otras muchas sustancias. Respecto de la droga aprehendida en el inmueble de Cabezas de San Juan, él sólo vivía temporalmente en la casa y sólo tenía control sobre su cuarto.

La queja no puede prosperar.

En el desarrollo del motivo se procede a un examen individualizado de algunos de los indicios tomados en consideración -junto a prueba directa- por el Tribunal de instancia. Sin embargo,



www.civil-mercantil.com

ya hemos dicho en otros precedentes -cfr. SSTS 744/2013, 14 de octubre ; 593/2009, 8 de junio y 527/2009, 27 de mayo - que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

La Audiencia exterioriza el proceso de valoración probatoria que le ha llevado a concluir, más allá de toda duda razonable, que Horacio Jesus es autor de un delito contra la salud pública. Se refiere así a las conversaciones telefónicas mediante las que se pudo conocer que aquél, junto a la coacusada Africa Bernarda , proyectaba un viaje a Madrid para la adquisición de cocaína. Se fijaron los correspondientes dispositivos de seguimiento y vigilancia. En el momento de la detención se encontraron cinco paquetes ocultos de una sustancia que, si bien se pensó en un primer momento que podría ser cocaína, resultó ser un adulterante usualmente utilizado para el corte de esa sustancia. Sin embargo, en el registro efectuado por los agentes en el domicilio por ambos compartido, en la CALLE001 , en la localidad de Cabezas de San Juan, vivienda a la que se dirigían cuando fueron interceptados, se ocuparon, mediante el correspondiente mandamiento judicial de entrada y registro, 285 gramos de cocaína, con una pureza del 27,8%, y un segundo paquete con otros 219 gramos de la misma sustancia estupefaciente, en este caso, con un índice de pureza del 31,4%. Además, fueron aprehendidos en la vivienda 46.870 euros en dinero metálico, fruto de anteriores transacciones. Se hallaron, además, un "... pequeño laboratorio para manipular sustancia estupefaciente del que formaban parte tres balanzas de precisión, distintas bolsas y botes con más de un kilo de sustancia para el corte, una prensa hidráulica, un sellador térmico, varios moldes de acero y madera, productos químicos, mascarillas y guantes". A esos objetos, cuyo valor incriminatorio está fuera de dudas, habría que sumar la aprehensión de agendas ocupadas con anotaciones sobre cantidades y dinero, así como explícitas referencias a sustancias de corte, como manitol y fena.

La defensa busque arrojar dudas sobre el significado críptico de algunas de las expresiones que fueron objeto de interceptación y que luego resultaron "interpretadas" por los agentes de Policía. Es evidente -decíamos en la STS 943/2011, 8 de septiembre - que estos funcionarios que han ejecutado la orden de interceptación de las conversaciones telefónicas, no pueden asumir, sin más, la condición de pseudotraductores oficiales de los fragmentos que se consideran más o menos incriminatorios. También lo es que todo aquel que profesionaliza el ejercicio de una actividad delictiva y se sabe potencial destinatario de una posible medida de

interceptación, va a intentar camuflar, mediante el empleo de una terminología más o menos críptica -o simplemente figurada-, los mensajes e indicaciones que se vea obligado a transmitir para la realización de los actos de distribución clandestina. Y la suficiencia probatoria de esas conversaciones sólo podrá proclamarse, bien por su carácter explícito, bien por la existencia de inequívocos actos corroboradores de que lo escuchado e interpretado en una determinada dirección, ha sido luego confirmado. De no ser así, toda resolución condenatoria que se basara exclusivamente en la imaginativa propuesta de traducción policial del contenido de conversaciones interceptadas, estaría construyendo la autoría a partir de bases de escasa o nula suficiencia incriminatoria.

En el presente caso, sin embargo, todo cuanto estaba siendo objeto de escucha y contextualizado por los agentes con el fin de desentrañar su significado, era luego corroborado por actos concretos que evidenciaban la realidad de lo interpretado. Desde el viaje emprendido a Madrid, hasta la referencia a "... los niños en el coche (...) ya tengo la ropa de ellos", todo apuntaba -de hecho así se confirmó en el momento de la detención- a que la línea de información que proporcionaban esas conversaciones en clave estaba siendo perfectamente analizada. La sentencia recurrida pone de manifiesto, por ejemplo, que no había niños ni ropa infantil en el vehículo en el que se desarrollaron las conversaciones. A partir de ese dato, la conclusión de que aquel enunciado encerraba un mensaje oculto, no puede reputarse, desde luego, irracional.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Sexto.

La cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , sirve de vehículo para denunciar en un segundo motivo la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE), en el que se desliza también una queja sobre la quiebra del derecho al Juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

La coincidencia en los argumentos de impugnación con las tesis defendidas por la recurrente Africa Bernarda , permite a la Sala remitirnos a lo ya resuelto en los apartados A) y B) del FJ 2º de esta misma resolución, acordando ahora la desestimación del motivo por las mismas razones allí expuestas.

Séptimo.

El tercer motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , sostiene vulneración de lo dispuesto en los arts. 66.6 y 368 del CP , por falta de proporcionalidad de la pena impuesta.



www.civil-mercantil.com

Se alega por la defensa que la pena de 4 años de prisión es excesiva, pues no tiene en cuenta la ausencia de antecedentes penales y el resto de circunstancias personales, que justificarían una pena que no excediera en un año del mínimo posible.

No existe la quiebra del principio de proporcionalidad que se denuncia. La sentencia de instancia justifica la imposición de una pena de 4 años -no se olvide, en la mitad inferior del arco punitivo posible- en la gravedad del hecho, al estimar que la droga intervenida "... sin ser de notoria importancia, es relativamente importante" y que, si bien no llegó a ser apreciada la organización criminal -tal y como postulaba el Fiscal en la instancia- sí quedó acreditada la existencia de un grupo criminal, cuya potencial peligrosidad para el bien jurídico no necesita ser razonada.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

RECURSO DE Cornelio Desiderio

Octavo.

La vía que conceden los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , da pie al recurrente a denunciar la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE , así como del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 del mismo texto constitucional.

Entiende la defensa que los autos habilitantes de las intervenciones telefónicas son nulos de pleno derecho, lo que determinaría la exclusión probatoria de las conversaciones que fueron objeto de grabación. El escrito inicial de los agentes de policía, con entrada en fecha 28 de octubre de 2009, fue rechazado por el Juzgado de instrucción de Jerez de la Frontera, al entender la titular que era indispensable ofrecer una información ampliada sobre aspectos relacionados con la situación patrimonial y laboral de las personas afectadas. Pues bien, con fecha 12 de noviembre de 2009, un segundo oficio de la UDYCO vuelve a reiterar la solicitud que, pese a no añadir nada nuevo susceptible de ser valorado, determinó la autorización judicial. El auto de fecha 13 de noviembre de 2009 , por tanto, es "... incongruente con lo sostenido por la propia instrucción en su auto denegatorio de las intervenciones de fecha 28 de octubre de 2009".

Añade a su queja la defensa que no ha existido un verdadero control judicial de las escuchas, pues en el auto habilitante se dispuso que se aportaran al Juzgado, a la mayor brevedad posible, "... las grabaciones de las conversaciones telefónicas objeto de intervención para su cotejo por la Sra. secretaria judicial". Sin embargo, la policía se limitó a enviar las transcripciones de las conversaciones que tuvo por conveniente. Sólo días antes de las



www.civil-mercantil.com

detenciones se remitieron las grabaciones, lo que quiere decir "... que las mismas han estado durante meses a disposición de la policía y sustraídas al control judicial pertinente y obligado. Además, hay que añadir que el cotejo de las grabaciones por el secretario judicial se produce antes de que se remita la causa al Juzgado de instrucción central de la Audiencia Nacional". No existió tampoco un traslado al Ministerio Fiscal, al que se le habría impedido actuar como garante de los derechos fundamentales.

El motivo es inviable.

A) Sobre la suficiencia constitucional del auto habilitante, que permitió la intervención de las conversaciones de Cornelio Desiderio , ya nos hemos pronunciado en el FJ 2º, apartado A) de esta misma resolución. A lo allí expuesto nos remitirnos. Baste ahora apuntar que la inicial denegación de la solicitud policial, lejos de actuar como indicio de la posterior ilicitud probatoria, es la mejor garantía de que el control jurisdiccional de la medida de injerencia se activó conforme a las exigencias constitucionales. La petición de nuevas informaciones fue atendida por los servicios policiales y el nuevo oficio, pese a la insistencia de los recurrentes, no era una simple reproducción de lo inicialmente comunicado al instructor.

B) Respecto al control judicial, la censura del recurrente no estaría relacionada con la ausencia de cotejo o la no aportación de las grabaciones, sino con su extemporaneidad. Sin embargo, la defensa se limita a señalar la existencia de un paréntesis temporal -tampoco especialmente dilatado- como fuente de la erosión de su derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones. La Sala no puede identificarse con ese razonamiento. El cotejo del Secretario se orienta a preservar la autenticidad de las transcripciones. Ese cotejo se produjo, antes de remitir las actuaciones al órgano judicial finalmente competente, y ninguna objeción formula el recurrente a su integridad. Las grabaciones se aportaron al proceso días antes de la detención y tampoco se suscita duda alguna sobre su incolumidad, más allá del simple transcurso del tiempo.

C) La falta de constancia de una notificación expresa al Ministerio Fiscal tampoco puede erigirse en argumento de ilicitud.

El contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones -hemos dicho en las SSTS 694/2011, 24 de junio ; 385/2011, 5 de mayo y 309/2010, 31 de marzo , entre otras- es ajeno a la exigencia de un acto formal de comunicación al Ministerio Fiscal. El razonamiento en contrario desconoce que el Fiscal no necesita de un acto formal de invitación al proceso. Su presencia es institucional, por más que adopte la condición de parte formal. Conviene tener presente que conforme al art. 306 de la LECrim , los Jueces de instrucción formarán los sumarios bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente. Añade el art. 308 que



www.civil-mercantil.com

"... inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieren noticia de la perpetración de un delito, lo pondrán en conocimiento del fiscal de la respectiva Audiencia ". Basta, en fin, una lectura del espacio funcional que el art. 773 de la LECrim atribuye al Ministerio Fiscal para concluir que su presencia en la fase de investigación y, por tanto, el eficaz ejercicio de las funciones que le incumben, no puede condicionarse al hecho de que exista constancia en la causa de un acto formal de comunicación. La presencia del Ministerio Fiscal en la fase de investigación de un proceso penal incoado para el esclarecimiento de delitos públicos, no está condicionada a que el Juez de instrucción tenga a bien convocar al Fiscal para hacerle partícipe de las resoluciones interlocutorias que vaya adoptando. Confirma esta idea el art. 777 de la LECrim , que impone al instructor el deber institucional de dar cuenta al Fiscal de la incoación de las diligencias previas y de los hechos que la determinen o el art. 772 de la misma ley procesal , que exige de la Policía, en el momento de extender el atestado, remitir copia al Ministerio Fiscal. En definitiva, no es la existencia de un acto formal de comunicación, practicado conforme a las reglas generales, la clave para entender si el Fiscal ha tenido noticia del acto limitativo de la inviolabilidad de las comunicaciones y, por tanto, para concluir si la legitimidad constitucional de las escuchas puede o no proclamarse.

Esta Sala ya ha resuelto alegaciones en el mismo sentido, (cfr. SSTS 578/2009, 22 de mayo , 1013/2007, 26 de noviembre , 793/2007, 4 de octubre , 138/2006, 31 de enero y 1246/2005, 31 de octubre), en línea con la jurisprudencia constitucional (cfr. STC 197/2009, de 28 de septiembre , FJ 7 -luego recordada en otras SSTC posteriores, como la 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 6 ; 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 6 , y 26/2010, de 27 de abril , FJ 5), que rechaza la tesis de que la falta de notificación al Ministerio Fiscal del auto limitativo integre una vulneración del contenido sustancial del derecho proclamado en el art. 18.3 de la CE . A la doctrina sentada en aquéllas conviene ahora remitirse.

El motivo, por tanto, carece de fundamento y ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

Noveno.

El segundo motivo de casación alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE). No ha existido una verdadera prueba de cargo de los hechos imputados.

La defensa emprende un laborioso esfuerzo por ofrecer una glosa alternativa a los testimonios ofrecidos por los agentes de policía que testificaron en el plenario. Con ello desborda, claro es, el contenido material del derecho a la presunción de inocencia, cuando es invocado en casación, que no permite a esta Sala desplazar o sustituir la apreciación probatoria del órgano de instancia por la valoración suscrita por el recurrente. Nuestra función se agota en la



www.civil-mercantil.com

constatación de la licitud, la suficiencia y la racionalidad del proceso de valoración probatoria sobre el que se ha construido el juicio de autoría. Pues bien, en el presente caso, sobre la suficiencia incriminatoria de las pruebas ponderadas por la Audiencia Nacional, hablan la declaración de los agentes que efectuaron los seguimientos, el contenido de las conversaciones telefónicas -cuya licitud hemos proclamado expresamente supra- y la racionalidad de un proceso valorativo que no incluye extravagancias ajenas a las máximas de experiencia.

El motivo enfatiza la ausencia de drogas en poder de Cornelio Desiderio y la falta de pruebas sobre su participación en algún acto de distribución. Varias precisiones resultan obligadas. De una parte, que el tipo objetivo descrito en el art. 368 del CP no exige un contacto material con la droga que es objeto de difusión. Basta una lectura de la acción típica - promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas -, para concluir el rechazo del argumento. El acusado, encargó la adquisición de importantes cantidades de cocaína con el fin de proceder a su distribución clandestina. En definitiva, la tesis exoneratoria de la defensa, llevada a sus últimas consecuencias, alentaría la impunidad de una forma de criminalidad, relacionada con el tráfico de estupefacientes, en la que aquellos que se limitan a financiar las grandes partidas, sin contacto material con la droga finalmente aprehendida, quedarían al margen de cualquier reproche penal (cfr. SSTS 777/2009, 24 de junio y 309/2010, 31 de marzo , entre otras).

La sentencia de instancia (FJ 3.5, pág. 17) razona el papel de Israel en la estructura de distribución. Negó en juicio conocer a los restantes acusados. Sin embargo, esa afirmación - estratégicamente defensiva- estaba en franca contradicción con el resultado de las vigilancias policiales, que permitieron dar por probado -a partir del testimonio de los agentes que las practicaron- sus encuentros con Africa Bernarda , en el propio domicilio del recurrente, sito en la DIRECCION001 , uno de ellos, posterior a una conversación en la que Cornelio Desiderio le pedía a Africa Bernarda "... le llevase 15" . Además, esa falta de contacto contradice el contenido de algunas de las conversaciones interceptadas, en las que la relación entre Africa Bernarda e Cornelio Desiderio queda fuera de dudas. Por si fuera poco, en el domicilio de Horacio Jesus , lugar en el que fue aprehendido medio kilo de cocaína, fue intervenido un papel con la dirección de Cornelio Desiderio .

El razonamiento de la Audiencia Nacional es inobjetable desde el punto de vista de su coherencia: "... fue la solicitud de intervención de sus teléfonos la que da inicio a las actuaciones judiciales. Las conversaciones que sostuvo con Irene Mariola permitieron identificar a ésta y a través de las llamadas realizadas con el teléfono que le fue ocupado a Africa Bernarda a los demás encausados. Desde ese teléfono, el móvil nº NUM005 , Africa Bernarda mantiene distintas conversaciones con Cornelio Desiderio que fueron oídas en el acto del juicio oral (f. 459 y ss). El día 4 de enero de 2010 hablan ambos de comprar los "reyes



a los niños" Africa Bernarda dice a Cornelio Desiderio que le dará "los reyes mañana". Ese mismo día Cornelio Desiderio le dice que "no le deje que se tiene que buscar la vida". Dado que no existe motivo para los "reyes a los niños", la conversación sugiere que tratan de ocultar lo que Africa Bernarda va a dar a Cornelio Desiderio , aunque la posterior conversación indica que Africa Bernarda no puede darle lo acordado en ese momento. El día 10 de enero Africa Bernarda dice a Cornelio Desiderio que del "original" no tiene pero que de lo otro sí. Fijan una cita para que Africa Bernarda le entregue un par. En conversaciones del 19 de enero Cornelio Desiderio dice a Africa Bernarda que en vez de 10 pueden ser quince a lo que este accede. A esta conversación sigue la cita entre ambos más arriba relatada en el domicilio de la DIRECCION001 , en lo que es razonable interpretar como una reunión para la entrega de la droga a la que se referían en la conversación. En las de 14 de febrero hablan de llevar "la niña". Y es significativa la que se produce el mismo día de la detención de Africa Bernarda , fecha en la que se le ocupa a ella y a Horacio Jesus el medio kilo de cocaína, en la que concierta una cita para entregarle "perfume nuevo", "original", lo que debe interpretarse como una referencia a la sustancia con la que Africa Bernarda traficaba. Recuérdese además que a Horacio Jesus se le intervino en el momento de su detención un papel con la dirección de Cornelio Desiderio , una prueba más de la relación entre ambos" .

Se intenta cuestionar la participación de Cornelio Desiderio en esas llamadas. Sin embargo, el hecho de no ser el titular de las terminales desde las que se efectuaban las conversaciones o el dato de que no se haya incorporado a la causa la ubicación geográfica de algunas de esas terminales, no neutralizan el significado incriminatorio que se deriva de su contenido, de los testimonios de los agentes y, en fin, del documento interceptado en la vivienda en la que fue hallada la droga.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Décimo.

El tercer motivo, fundado en el art. 849 de la LECrim -no se especifica apartado- denuncia infracción de los arts. 142 de la LECrim y 248.3 de la LOPJ , en relación con la vulneración de los preceptos constitucionales contenidos en los arts. 24 y 120 de la CE .

Más allá de la cuestionable idoneidad de los preceptos citados -referidos al modo de redactar las sentencias- para fundar un error de derecho, el desarrollo del motivo da a entender que la objeción que formula el recurrente está relacionada con la omisión de cualquier referencia a Cornelio Desiderio en la relación de hechos probados, con la única excepción de que tiene antecedentes penales.

No tiene razón el recurrente.



www.civil-mercantil.com

El juicio histórico le atribuye la distribución, en Jerez de la Frontera, de la cocaína que le proporcionaba la coacusada Africa Bernarda . Se sumaba así el recurrente al grupo del que se valía ésta para distribuirla "... entre otros traficantes de la zona de Sevilla y Cádiz, quienes la revendían a terceros y la hacían llegar a los consumidores directos de la misma".

La relevancia típica de esa conducta no es cuestionable. De ahí la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Undécimo.

El cuarto motivo sirve de vehículo para denunciar, por la vía que proporciona el art. 849 de la LECrim , la indebida aplicación del art. 368 del CP , así como la inaplicación del art. 21.1 del CP .

El motivo no puede prosperar.

Sobre la corrección del juicio de tipicidad que ha proclamado la Audiencia Nacional, al estimar los hechos subsumibles en el art. 368 del CP , la Sala se considera exenta de grandes esfuerzos argumentales. Lo que se describe es la existencia de una estructura -que no ha merecido la aplicación del tipo agravado del art. 369 bis del CP -, encargada de la distribución en determinadas zonas de Andalucía de la droga que se importaba desde Madrid. El acusado recurrente era una de las piezas que asumía el papel de enlace con el consumidor. La relevancia típica de esa conducta -de obligada aceptación cuando se denuncia el error de derecho del art. 849.1 de la LECrim - resulta incuestionable.

También ha de ser rechazada la tesis referida a la improcedencia de la pena de multa impuesta, basada en el argumento de que a Cornelio Desiderio no le fue intervenida ninguna cantidad de droga. Como señala el Fiscal en su informe de impugnación, estamos en presencia de un supuesto de codelincuencia y al haberse ocupado a uno de los partícipes cocaína valorada en 30.551 euros, la pena de multa legalmente prevista es de obligada imposición.

Por último, sobre la inaplicación de la eximente de drogadicción, ningún apoyo encuentra esta alegación en el relato de hechos probados, que se limita a señalar que el acusado era, a la fecha de los hechos, consumidor de cocaína, "... sin que conste la intensidad de su adicción y que dicho consumo afectase a su inteligencia y voluntad" .

Sobre las premisas aplicativas de esta pretendida alteración de la capacidad de culpabilidad, baste remitirnos a lo ya razonado supra, en el FJ 3º de esta misma resolución.

Se impone la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

RECURSO DE Jesus Torcuato



www.civil-mercantil.com

Duodécimo.

El primer motivo, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE . En la medida en que su desarrollo argumental se extiende también a consideraciones relacionadas con la insuficiencia probatoria y que el cuarto de los motivos tiene por específico objeto la queja por el menoscabo de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ambos motivos van a ser objeto de tratamiento unitario, sin perjuicio de la debida separación sistemática.

A) Reivindica la defensa la nulidad del auto de fecha 17 de marzo de 2010, dictado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Jerez de la Frontera , en el marco de las DP 3000/09, mediante el cual se autorizó la intervención del teléfono 622626960, perteneciente al acusado recurrente.

La nulidad de esta intervención sería añadida a la del auto inicial, dictado en respuesta a dos oficios policiales carentes de información objetiva que hubiera justificado el alzamiento del derecho al secreto de las comunicaciones. No ha existido un verdadero control judicial y el Ministerio Fiscal, en ningún momento, ejerció la misión constitucional que de él se espera.

Estas alegaciones, sin embargo, ya han sido contestadas supra, al resolver en los FFFJ 2º, apartado A) y 8º, quejas en el mismo sentido suscritas por otros recurrentes. A lo allí expuesto nos remitimos ahora.

El motivo se enriquece con la queja referida a la falta de información "... a lo largo de los más de 3.500 folios de actuaciones cómo se obtiene el teléfono de Jesus Torcuato ". También se impone el rechazo de esta línea de impugnación.

De entrada, la validez constitucional de una medida de injerencia como la adoptada en el presente procedimiento, no puede hacerse depender de que la policía explique el origen de todas y cada una de las informaciones que los agentes ofrecen al Juez instructor. Es indudable que éste podría haber exigido esas explicaciones para el caso en que abrigara la sospecha de su ilegitimidad. Sin embargo, nada existe en la causa que sugiera la inobservancia de las reglas para el acopio de esos datos ni, por supuesto, para la obtención de las averiguaciones ofrecidas a la consideración del órgano jurisdiccional. Los números de teléfono usados por los imputados pueden ser obtenidos de muy distintas fuentes. Y no necesariamente ilícitas. Esta Sala ha señalado, es cierto, que cuando se acredita la injerencia de los poderes públicos en el ámbito protegido por un derecho fundamental, aquellos deben estar en condiciones de acreditar la legitimidad de su actuación, pues la regla general es la vigencia del derecho, y



constituyendo su restricción una excepción, ésta debe estar debidamente justificada (cfr. STS 130/2007, 19 de febrero). Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no existe ningún indicio que permita afirmar razonadamente que tal injerencia se haya producido, habida cuenta que, pudiendo haberse obtenido el número de teléfono del sospechoso por múltiples vías legítimas, nada indica que la utilizada no lo haya sido. Y así como no es posible presumir la legalidad de la injerencia, obligando al afectado a demostrar que su derecho ha sido restringido indebidamente, tampoco es posible presumir la ilegalidad de dicha injerencia, si caben otras opciones respetuosas con la Constitución y la ley, como pueden ser las noticias recibidas de confidentes, agentes infiltrados, colaboradores, u otras intervenciones telefónicas. Dicho de otra forma, 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 (cfr. SSTs 751/2012, 28 de septiembre ; 596/2012, 6 de julio ; 412/2011, 11 de mayo , 309/2010, 31 de marzo y 509/2009, 13 de mayo).

Tampoco detecta la Sala ilicitud alguna por el hecho de rectificar el nombre de la operadora que prestaba el servicio de telefonía móvil. La interceptación del teléfono usado por Jesus Torcuato es el resultado del avance de las investigaciones, que ya ponía de manifiesto la relación del recurrente con quienes luego resultaron coimputados. No ha habido, por tanto, el déficit de motivación que se denuncia. Los autos que afectaban al recurrente -12 y 17 de marzo de 2010 -, incorporaron -como destaca el Fiscal en su informe- una motivación explícita y suficiente. Existe una grabación de una conversación de 9 de marzo, procedente de un teléfono intervenido al acusado Jesus Jorge , en el que éste recibe instrucciones de " Mangatoros " para recoger a una persona de la organización y llevarla hasta " Perico ". Es evidente, por tanto, que la simple mención al carácter de miembro de la organización, mencionado como tal en una conversación mantenida por uno de los líderes de esa estructura, justifica -en el plano indiciario que es propio de esta fase del proceso- la decisión jurisdiccional de interceptar su teléfono.

Cuestión distinta es que la defensa centre todos sus esfuerzos dialécticos en negar que el tal " Perico " sea el recurrente. Sin embargo, el testimonio del agente que efectuó uno de los seguimientos a Africa Bernarda y, de modo especial, la propia declaración del recurrente ante el Juez de instrucción, reconociendo que es conocido por " Perico ", avalan la corrección de los datos puestos por la Policía a disposición del órgano jurisdiccional. En este razonamiento de censura, encaminado a alimentar la duda acerca de quién era el tal " Perico ", el recurrente prescinde de las conversaciones mantenidas por otros imputados, en los que al titular del teléfono NUM006 se le denomina " Picon " o " Perico " (cfr. último párrafo del FJ 3.8 de la sentencia de instancia).



www.civil-mercantil.com

B) Desde el punto de vista de la supuesta falta de consistencia probatoria para respaldar el juicio de autoría, la defensa ofrece a esta Sala una personal interpretación del bagaje probatorio que ha sido tomado en consideración en la instancia para fundamentar la condena del recurrente. Sin embargo, como ya hemos apuntado supra, no es esa nuestra misión casacional ante la alegación de una posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia. No nos incumbe optar por dos propuestas probatorias enfrentadas, la del Tribunal a quo y la de la defensa. Lo que se pide de nosotros es que analicemos si la ponderación de las pruebas verificada por la Audiencia -a quien incumbe en exclusiva la apreciación probatoria, ex art. 741 de la LECrim - es lícita, de signo incriminatorio y ha sido valorada sin apartarse de los dictados lógicos exigibles al razonamiento judicial.

Conforme a esta premisa, basta una lectura del FJ 3.8 de la sentencia cuestionada (págs. 20 y 21) para excluir cualquier atisbo de vulneración del derecho que se dice lesionado. Jesus Torcuato , alias " Perico ", era uno de los coordinadores principales de la organización, que trabajaba directamente a las órdenes de su máximo responsable, Basilio Urbano , alias " Mangatoros ". De hecho, abastecía de droga a Africa Bernarda y bajo su dirección actuaban también Jesus Jorge y Romualdo Maximiliano .

De su relación con Mangatoros , ninguna duda puede admitirse, pues fue reconocido por el propio recurrente, que admitió conocer a aquél, pues tuvo una habitación en el mismo domicilio que ambos compartían. En su poder fueron hallados 4.830 euros. Su relación con otros miembros del clan - Africa Bernarda y Jesus Jorge - fue reconocida también por el recurrente. Además, como expresan los Jueces de instancia "... reconoció haber recibido la carta que Africa Bernarda envió desde prisión para que se la entregara a su destinataria Ladrona y cree que la referencia de la carta a los 400 gramos era una propuesta de Africa Bernarda para trabajar con droga". Sus contactos con Africa Bernarda y sus encuentros con Jesus Jorge , ya fueran en su domicilio o en el Centro Comercial Plenilunio, fueron observados en seguimientos por agentes de la policía. A ello se suma el signo inequívocamente incriminatorio de algunas de las conversaciones destacadas por la Audiencia Nacional, tales como la mantenida entre Africa Bernarda y " Mangatoros ", en las que éste pregunta "...cuántos pesos le ha dado a Pepe" o la que tuvo lugar entre aquél y otra persona en la que se pide "... un galón", conversación en la que vuelve a hablarse del tal Perico .

Sobre la suficiencia probatoria de los elementos de cargo ofrecidos por el Fiscal al Tribunal de instancia y la racionalidad de sus inferencias, habla por sí solo el siguiente párrafo de la resolución recurrida: "... no existe por lo tanto duda de que Florian Severino es el titular del teléfono NUM007 y de que Perico los es del NUM008 . Pues bien, en conversación mantenida el 31 de marzo de 2010 con un desconocido desde ese número NUM008 Perico se refiere a los años de la niña esa "tiene 33 añitos, tu entiendes, barato" (f.975) conversación que permite



www.civil-mercantil.com

inferir que se están hablando del precio de la droga; en el mismo sentido la de 24 de marzo (f. 973) referida a una operación de compra; o la de 31 de marzo (f. 976) referida a una operación de compra. Del conjunto de estas conversaciones no cabe duda que Perico participa en operaciones clandestinas de compra y venta que a la vista de sus relaciones con " Mangatoros " y con Africa Bernarda , de la carta encontrada y del propio sentido lógico de las conversaciones se refieren a la droga con la que Africa Bernarda traficaba, parte de la cual le fue ocupada ".

La defensa pretende reforzar su línea de censura llamando la atención de la Sala acerca de la falta de correlación entre lo que aparecía inicialmente como el objeto de una investigación policial y lo que luego resultó ser el desenlace jurisdiccional, con distintos protagonistas y con una cantidad de droga no especialmente significativa para los parámetros cuantitativos que suelen ser usuales en este tipo de operaciones.

Tampoco este argumento puede tener acogida. El objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias. Esta idea la expresa con absoluta claridad, en el ámbito de la fase de investigación, el art. 299 de la LECrim , cuando recuerda que durante esa etapa del proceso se practican las actuaciones encaminadas a "... averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos ". Ninguna vulneración de derechos constitucionales puede asociarse a una actuación jurisdiccional que entronca con la esencia misma del proceso penal. El hecho de que algunas de las personas que, durante la fase de instrucción de la causa sufrieron una medida de imputación material, cual fue la intervención de sus comunicaciones, no resultaran luego acusadas, lejos de expresar el fracaso de las garantías de nuestro sistema constitucional, es la mejor evidencia de que el proceso penal del que trae causa el presente recurso se ajustó a sus principios legitimadores. Nuestro sistema constitucional se reafirma cuando el juicio de acusación o fase intermedia ajusta su funcionalidad a lo que constituye su esencia, esto es, la selección de aquellos imputados que, a la vista de las investigaciones practicadas han de asumir la condición de acusados. La idea de que toda imputación -sea ésta material o formal- convierte al imputado en obligado destinatario de la acción penal, no tiene acogida en nuestro sistema (cfr. STS 385/2011, 5 de mayo). Lo mismo podemos decir, claro es, de la normalidad que encierra el hecho de que uno o varios imputados sean absueltos de la acusación inicialmente promovida contra ellos. Ningún elemento de duda puede este hecho proyectar sobre la fundabilidad de las condenas de quienes finalmente han sido declarados autores.



www.civil-mercantil.com

El desarrollo del motivo incluye una laboriosa alternativa probatoria que el Letrado de la defensa ofrece a la consideración de esta Sala. Sin embargo, para ello, se adentra en una valoración personal, tan legítima como interesada, que parte de una premisa metodológica no aceptada por la jurisprudencia, a saber, la fragmentación de los indicios para debilitar la fuerza dimanante de su consideración interrelacionada. En efecto, ya hemos dicho en otros precedentes -cfr. SSTs 744/2013,14 de octubre ; 593/2009, 8 de junio y 527/2009, 27 de mayo - que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

Por cuanto antecede, los motivos primero y cuarto, han de ser desestimados (arts. 885.1 y 2 LECrim).

Decimotercero.

El segundo motivo, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en especial, de las comunicaciones postales, toda vez que los funcionarios de Policía procedieron a la apertura de una carta o misiva que se encontró en el registro del locutorio sito en la calle Valderrobres 21, sin dar cuenta a la autoridad judicial y, por tanto, sin autorización alguna, infringiendo así los preceptos reguladores de la apertura de correspondencia.

No tiene razón el recurrente.

A) Esa carta -suscrita por Africa Bernarda y dirigida a Ladrona - fue incorporada a la causa en el transcurso de un registro judicialmente acordado, practicado en el locutorio sito en el núm. 21 de la calle Valderrobres. No se trata, por tanto, de una aprehensión fruto de una incontrolada actividad policial. Esa carta, además, fue descrita en el acta suscrito por el Secretario judicial, junto al resto de los materiales que fueron objeto de intervención. El propio recurrente -según se desprende del desarrollo del motivo- admite que el sobre podía estar ya abierto. Incluso, como destaca el Fiscal-, en el acta nada se dice acerca de que se hubiera procedido a su apertura, lo que parece avalar la idea de que se hallaba abierta en el momento de su intervención. Y resulta decisivo que su destinatario reconociera en el plenario haber recibido la carta que Africa Bernarda le había remitido para entregar a Ladrona y que declarara sobre su



www.civil-mercantil.com

contenido, lo que constituye la prueba inequívoca de que esa carta había sido ya abierta y leída.

El hecho de que esa carta ya hubiera sido abierta y leída por su destinatario tiene una influencia decisiva en el análisis de la relevancia constitucional de su contenido. Es indudable que la apertura de la correspondencia y la lectura de su contenido por su destinatario introducen un elemento definitivo a la hora de fijar límites al significado constitucional de la protección formal del secreto de las comunicaciones, en este caso, postales (art. 18.3 CE). Este derecho brinda precisamente una protección reforzada que actúa a manera de garantía de que ni el contenido de la comunicación -sea cual fuere éste- ni algunos de los datos asociados que pueden incidir directamente en el espacio de exclusión que es propio de toda comunicación bidireccional, van a verse afectados por injerencias ajenas, ya provengan éstas de un tercero, ya del propio Estado.

La duda surge cuando se trata de fijar los límites a esa protección formal inherente al secreto de las comunicaciones, o lo que es lo mismo, cuando se trata de responder a la cuestión de si el mismo vigor constitucional que dispensa el art. 18.3, cuando protege frente a injerencias en la conversación entre dos personas o en lo comunicado mediante un mensaje postal todavía no abierto, debe mantenerse cuando el proceso comunicativo ya ha terminado. No es tarea fácil, desde luego, señalar un momento de finalización del proceso comunicativo, sobre todo, a la vista de los diferentes formatos tecnológicos mediante los que éste puede llevarse a cabo. Dejando a un lado supuestos de comunicación telemática -en los que la desconexión de uno de los interlocutores podría actuar como punto de referencia-, en el caso que nos ocupa todo apunta a que la lectura de la misiva señalaría el fin de esa protección dispensada por la vía del art. 18.3 de la CE .

Sin embargo, el agotamiento de la protección formal garantizada por el derecho al secreto de las comunicaciones, no deja sin tutela al contenido de lo comunicado. Se produce tan solo una mutación del estándar de protección constitucional. En función del formato, convencional o tecnológico, que haya servido de vehículo a la comunicación ya agotada, serán el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) o el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) los que tomen el relevo.

B) La jurisprudencia constitucional y de esta Sala no ha sido lo suficientemente uniforme a la hora de fijar el alcance y límites de la protección formal dispensada por el derecho al secreto de las comunicaciones.

La STC 114/1984, 29 de noviembre , con la clara inspiración de la STEDH Caso Malone, (2 agosto 1984), prolongó la protección formal del derecho a la inviolabilidad de las



www.civil-mercantil.com

comunicaciones más allá de la interrupción del proceso comunicativo: "... el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)".

La STC 70/2002, 3 de abril, sin embargo, asoció los términos de la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, al momento en el que aquél resulta especialmente vulnerable, es decir, mientras la comunicación se encuentra en tránsito o en poder de un tercero encargado de su remisión o envío. De acuerdo con esta idea, la aprehensión por agentes de la Guardia Civil de una carta que se hallaba en el interior de un agenda, no implicó la vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, "... pues tal intervención no interfiere un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal (como efectos del delincuente que se examinan y se ponen a disposición judicial) y no en el marco del secreto de las comunicaciones. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos".

Ello implicaba, por tanto, la proclamación de un criterio funcional que estaría en el fundamento de la vigorosa protección constitucional que ofrece la garantía formal inherente al secreto de las comunicaciones. De ahí que, una vez concluido el proceso comunicativo, la tutela de los derechos que convergen para la protección de lo comunicado, adquiriría una dimensión distinta a través del derecho a la privacidad (art. 18.1 CE) o del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE).

Esta doctrina fue confirmada por la STC 123/2002, 20 de mayo y, en buena medida, por la STC 173/2011, 7 de noviembre ; "... el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o «email», escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado".

Sin embargo, la STC 230/2007, 5 de noviembre, con la inspiración ofrecida por la STEDH Caso Copland (3 abril 2007) se situó de nuevo en la línea que proclamara la STC 114/1984, 29 de noviembre, admitiendo una vulneración sobrevenida del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones "... por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado". De acuerdo



www.civil-mercantil.com

con esta idea, por tanto, la protección formal como instrumento de tutela sobrevive al momento en el que ambos protagonistas de la comunicación deciden ponerle término.

La jurisprudencia mayoritaria de esta Sala se adscribe a la tesis defendida en la STC 70/2002, 3 de abril, de suerte que, finalizada la comunicación, el contenido de lo comunicado y los datos asociados quedan fuera del ámbito de protección del art. 18.3 de la CE. Con distintos matices en función del vehículo, técnico o convencional, empleado para la comunicación, las SSTs 1235/2002, 27 de junio; 1647/2002, 1 de octubre; 1231/2003, 25 de septiembre; 14/2008, 18 de enero; 1273/2009, 17 de diciembre; 1315/2009, 18 de diciembre; 247/2010, 18 de marzo y 266/2010, 31 de marzo, serían expresión de este entendimiento. Sin embargo, la idea de conservación prolongada de la protección formal, en línea con lo defendido por la STC 230/2007, 5 de noviembre, ha sido defendida por otros pronunciamientos, como las SSTs 156/2008, 8 de abril; 90/2010, 5 de febrero; 193/2010, 2 de marzo y 465/2010, 13 de mayo.

C) En el supuesto que nos ocupa -intervención, en un registro judicialmente autorizado, de una carta ya abierta- hemos de descartar la afectación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. La protección formal que dispensa el secreto constitucionalmente garantizado, había ya agotado su funcionalidad en el momento de la apertura del sobre en el que se contenía la carta y en el de su lectura por el destinatario. Era la protección de la intimidad, como ámbito de exclusión de terceros frente a lo ya comunicado, lo que estaba verdaderamente en juego. Y no se olvide que -como hemos apuntado supra- el hallazgo de la carta no se produjo como consecuencia de una actuación policial por propia iniciativa, sino en ejecución de un mandamiento judicial de entrada y registro. En definitiva, la limitación de la intimidad -al menos, en su vertiente de intimidad domiciliaria- ya había sido judicialmente ponderada -y justificada- en la resolución dictada por el Juez de instrucción.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Decimocuarto.

El tercer motivo denuncia vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), ahora desde la perspectiva de la ausencia de Letrado y de otros interesados en la práctica del registro, así como la ausencia de motivación del auto habilitante.

No tiene razón el recurrente.

A) Respecto de la ausencia de Letrado, la jurisprudencia de esta Sala es unánime al declarar su irrelevancia constitucional. En efecto, la STS 697/2003, de 16 de mayo, citando la STS 1116/98, 30 de septiembre, razona que " la intervención de Letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el artículo 17.3 de la Constitución ni por los Pactos Internacionales suscritos por



España, estando circunscrita como obligatoria tan sólo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que él mismo sea objeto. En consecuencia, la no asistencia letrada al registro practicado en los domicilios del recurrente no constituyó infracción de su derecho a un proceso con todas las garantías, habiéndose dado cumplimiento a las exigencias constitucionales de resolución judicial motivada así como a las de la legislación ordinaria que la desarrollan ". Esta idea es reiterada en otros muchos pronunciamientos que destacan cómo la asistencia letrada se circunscribe a la práctica de diligencias de carácter personal, en los términos a que se refiere el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , sin afectar a la diligencia de entrada y registro (cfr, por todas SSTS 1134/2009, 17 de noviembre y ATS 599/2010, 17 de junio).

B) Añade a su queja el recurrente el hecho de que la diligencia de entrada y registro se practicara en ausencia de otros interesados, cuyas habitaciones fueron registradas sin que se hallaran presentes.

Se trata, como puede apreciarse, de una reivindicación relacionada con la supuesta vulneración de la intimidad domiciliaria de otros moradores, respecto de los cuales, sostiene la defensa, se desconocía "... si existía conflicto de intereses". Como indica el Fiscal, en el acta de la diligencia de registro consta que éste se practicó en presencia del recurrente y Lorena Lucia , "...quien manifiesta que el contrato de alquiler está a su nombre y a Carmelo Segundo ". Cuando se practicó el registro, ninguno de los presentes, esto es, ni el recurrente ni la propia Lorena Lucia manifestaron que esa casa constituyera el domicilio de terceras personas. De hecho, en el motivo no se concreta la existencia de terceros identificados.

Recordemos que en los supuestos de pluralidad de moradores esta Sala ha declarado que no es necesario que la autorización parta de todos ellos o que todos se hallen presentes (cfr. SSTS 472/2008, 42 de junio y 968/2010, 4 de noviembre). Y es que nuestro sistema procesal no exige la presencia litisconsorcial de todos los moradores como presupuesto de legitimidad de la entrada y registro judicialmente autorizadas. Todo ello, claro es, sin perjuicio de reconocer que el consentimiento del titular del domicilio al que la Constitución se refiere no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa (Cfr, SSTS 22/2003, 10 de diciembre 777/2000, 24 de junio).

En el supuesto sobre el que centramos nuestra atención, ni siquiera se insinúa la existencia de ese posible conflicto. El recurrente se limita a reprochar a las fuerzas de orden público el que no hubieran indagado si tal incompatibilidad de intereses pudo haber llegado a existir. La idea de que la práctica de toda diligencia de entrada y registro exige la realización de unas diligencias preliminares, anticipadas cronológicamente a su ejecución, con el fin de indagar,

descubrir y, en su caso, neutralizar todo conflicto de intereses que pueda perturbar la efectividad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, carece de sentido.

C) En lo afectante a la supuesta falta de motivación, con carácter general hemos señalado que para que la motivación pueda considerarse suficiente en cuanto a los hechos, es preciso -decíamos en las SSTs 478/2013, 6 de junio y 367/2009, 3 de abril - que el Juez disponga de indicios acerca de la comisión de un delito y de la relación de tal conducta con el domicilio de la persona. Tales indicios, como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, no pueden consistir en meras sospechas, pero tampoco se requiere que se trate de los indicios racionales de criminalidad exigidos en el art. 384 LECrim para el procesamiento de una persona, bastarán -como ha precisado el TEDH- "datos fácticos, buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones se han cometido o están a punto de cometerse" (v. STEDH, de seis de septiembre de 1978 , " Caso Klass "). Por lo demás, nunca debe olvidarse que esta medida constituye un medio de investigación criminal.

El auto de 12 de abril de 2010, mediante el que fue autorizada la entrada y registro en la vivienda sita en la PLAZA000 núm. NUM009 , escalera NUM010 , NUM011 - NUM012 , no fue una resolución aislada, ni siquiera sirvió para la incoación de la presente causa. Antes al contrario, culminó todo un proceso de investigación en el que ya habían sido transcritas numerosas conversaciones telefónicas que evidenciaban las conexiones entre el recurrente y otros imputados.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

RECURSO DE Jesus Jorge

Decimoquinto.

El primero de los motivos se formaliza por la vía del art. 849.2 de la LECrim , infracción de ley, error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que demuestran la equivocación del juzgador.

Como documento para respaldar el error valorativo que se atribuye a la sentencia de instancia se cita el pasaporte del recurrente, cuyos sellos oficiales de entrada y salida de España acreditan -se arguye- que se encontraba en Colombia desde el día 1 de diciembre de 2009 al 2 de febrero de 2010, y que por ello no era el interlocutor de las llamadas producidas desde el teléfono NUM013 , cuyo usuario era abastecedor de sustancias de Africa Bernarda , y a cuyo fin se encontraron en Madrid el 4 de enero de 2010.



www.civil-mercantil.com

Recordábamos en las SSTs 326/2012, 26 de abril ; 1129/2011, 16 de noviembre y 1023/2007, 30 de noviembre , entre otras muchas, que el documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo. Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el tribunal. Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. La autosuficiencia probatoria tiene que traducirse en que el documento, por sí solo, ha de proyectar su intrínseco significado jurídico frente a todos, sin necesidad de otros medios probatorios. Dicho en palabras de la STS 166/1995, 9 de febrero , resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Pues bien, los Jueces de instancia no han prescindido de la valoración de este argumento exoneratorio. En el FJ 3.9 de la sentencia cuestionada se precisa que la ausencia de tales sellos no permite, desde luego, concluir la ausencia de España del acusado. No ya por una elemental máxima de experiencia, que indica que no siempre se coloca el sello de entrada o salida en un determinado país, sino porque esas llamadas pudieron perfectamente practicarse desde el extranjero. Precisamente, en la primera de las conversaciones del día 4 de enero, Jesus Jorge dice a Africa Bernarda "... que ha estado de viaje", lo que hace razonable, concluye el Tribunal a quo, pensar "... que podía haber estado en Colombia y regresado para la fecha de esta conversación ". Sea como fuere, con independencia de esas llamadas, lo cierto es que consta acreditada su presencia en la reunión mantenida en el Centro Comercial de Plenilunio, habiendo sido identificado en conversaciones posteriores con " Mangatoros ". La ocupación en su domicilio de sustancias de corte como manitol, así como dos balanzas de precisión, acreditan los estrechos lazos de colaboración criminal con Africa Bernarda para contribuir al tráfico clandestino de cocaína.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Decimoquinto.

El segundo de los motivos, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

En el desarrollo del motivo, la defensa reitera el valor probatorio de los sellos obrantes en el pasaporte que tuvo que exhibir para cruzar las fronteras de Colombia y España. Sobre las



www.civil-mercantil.com

razones que podían explicar esa ausencia de sellos de control, ya nos hemos pronunciado supra, al analizar la queja que anima el motivo precedente. Pone el acento en la ausencia de conversaciones, actos de entrega o cualquier otro elemento incriminatorio que sirva para sostener el juicio de autoría.

La Sala no puede acoger el motivo.

La estrecha relación entre el recurrente y el resto de los coimputados está reconocida por él mismo. Como destaca la sentencia recurrida (FJ 3.9), Jesus Jorge admitió ante el Juez de instrucción conocer a Jesus Torcuato -alias Perico -, quien tenía un locutorio en Madrid. Aceptó también que conocía a Basilio Urbano -" Mangatoros "-, antes de que éste se marchara a Colombia. De hecho, trabajó para él en una empresa de construcción en una obra de Talavera de la Reina. A Africa Bernarda también la conoce "...de haberla visto en alguna ocasión porque es familia de Basilio Urbano ". La identifica por sus apodos, " Gatita " o " Ladrona ". Conoce también a Romualdo Maximiliano , titular de un locutorio en Madrid.

Es claro que el simple dato de la relación con los principales encausados en este procedimiento -pese al intenso valor indiciario que encierra- no puede reputarse suficiente para cimentar sobre él el juicio de autoría. Lo mismo podría decirse del hecho aislado de la tenencia en su domicilio de sustancias de corte de la cocaína. Sin embargo, los Jueces de instancia destacan la existencia de conversaciones telefónicas de inequívoco sentido incriminatorio: "...habla con Africa Bernarda en el teléfono incautado a ésta, el NUM014 , el día 4 de enero de 2010 con la que establece una cita y de quien recibe un mensaje en el que se hace constar la cantidad de 33.200 que coincide con el precio de la cocaína en el mercado ilegal (f. 485). Conversaciones y Sms con Africa Bernarda del 4 de enero de 2010 en las que Jesus Jorge le pregunta ¿quieres?, contestando Africa Bernarda afirmativamente y estableciendo una cita. Le dice que el primo ya está y le pide que no dé ningún número de teléfono de ellos, Jesus Jorge recibe de Africa Bernarda un mensaje diciendo que el precio fue 33200. [...] Jesus Jorge utiliza el móvil NUM013 . El titular de este móvil permaneció inicialmente sin identificar, aunque de las conversaciones intervenidas se infería que era un proveedor de droga a Africa Bernarda . La investigación policial determinó que el titular de este móvil usaba también el número NUM015 . Jesus Jorge es identificado el día 11 de febrero cuando concierta una cita con Irene Mariola en el Centro Plenilunio de Madrid utilizando el teléfono NUM015 . Establecida una vigilancia policial se constata que Africa Bernarda y Perico se reúnen con el conductor del vehículo Renault Megane--MQM (f. 316). Diligencias de investigación posteriores permiten establecer que dicho conductor es Jesus Jorge . Recordemos que Perico en su declaración judicial admitió que acudió al Centro Comercial Plenilunio con Jesus Jorge . [...] Precisamente desde ese teléfono NUM015 , el 9 de marzo Jesus Jorge habla con quien la policía identifica con " Mangatoros " (f. 957) quien le dice que ha preguntado a Perico por su amiga de la que



www.civil-mercantil.com

hace tres días no sabe nada (se refiere a Irene Mariola detenida 5 días antes). Hablan de cómo la operaron (detuvieron), del huevoncito que la acompañaba (Horacio Jesus)) y el denominado " Mangatoros " le dice que recoja a uno que va a venir. En la conversación " Mangatoros " cuenta a Jesus Jorge la detención de Africa Bernarda y le dice que no fue tan grave. Luego le habla de Florian Severino <que va con esa ambición>".

No existió, por tanto, vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La autoría del recurrente puede proclamarse más allá de cualquier duda razonable, sin que el discurso inculpatario de la Audiencia Nacional pueda considerarse alejado del canon de razonabilidad inherente a nuestro sistema constitucional. La defensa lamenta la ausencia de descripción de actos concretos ejecutivos, por parte de Jesus Jorge . Se olvida, sin embargo, que esa aportación queda claramente descrita en el juicio histórico y desarrollada en la fundamentación jurídica. La elasticidad con la que el art. 368 del CP plasma la acción típica - promover, favorecer, facilitar- ofrece un marco de subsunción en el que pueden encajarse, sin dificultad alguna, los actos contributivos imputados al recurrente.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Decimosexto.

El tercero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , denuncia infracción de ley, inaplicación del art. 66.1 del CP , en relación con los arts. 21.1 y 2 y 20.1 del CP .

La defensa reivindica la aplicación de la atenuante, simple o muy cualificada, de drogadicción. Enfatiza para ello el informe prestado por la perito que dictaminó sobre el grado de dependencia y las propias declaraciones del recurrente.

El motivo no puede prosperar.

En el juicio histórico sólo se puntualiza que Jesus Jorge , en la fecha de los hechos era consumidor de cocaína, "... sin que conste la intensidad de su adicción y que dicho consumo afectase a su inteligencia y voluntad".

Es claro que con un enunciado de esa naturaleza, en el que se concreta la valoración de la prueba pericial efectuada por el Tribunal a quo , resulta imposible admitir la alteración de la capacidad de la culpabilidad que afirma el recurrente. Las razones ya expuestas supra en el FJ 3º, referidas al carácter funcional de la actividad delictiva desplegada por esa drogadicción, que ha de estar orientada a la adquisición de las dosis indispensables para atender a la propia dependencia, refuerzan la corrección del criterio de la Audiencia Nacional al rechazar la petición del recurrente.



www.civil-mercantil.com

Decimoséptimo.

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Africa Bernarda , Horacio Jesus , Jesus Jorge , Cornelio Desiderio y Jesus Torcuato , contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2013, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional , en la causa seguida por un delito contra la salud pública y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia.

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando 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.