

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 425/2014, de 28 de mayo de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1137/2013

SUMARIO:

Responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa. Tráfico de drogas. Autoría y participación. Entradas y registros. Prueba pericial. La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP. El límite de cinco años, sólo tendrá lugar para la pena privativa de libertad y pecuniaria, conjuntamente previstas por la comisión de un delito, pero no debe operar la suma de las penas privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar este tope, y si no puede sumarse a estos efectos las penas privativas de libertad en todos los delitos, tampoco podrá sumarse una responsabilidad personal subsidiaria acordada para el impago de la pena de multa de un delito distinto del sancionado con la pena privativa de libertad. Complicidad en el delito de tráfico de drogas: Aunque hubiera tenido conocimiento de la actividad delictiva de su pareja no podría ser considerada autora ya que la mera convivencia no implica la autoría del delito contra la salud pública al no tener la condición de garante. Naturalmente que en el delito de tráfico de drogas, es posible compartir la tenencia y que esto es posible también cuando se la comparte entre cónyuge o entre padres e hijos, o demás moradores de la vivienda, pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirán que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas. En el tipo delictivo del art. 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con esta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino. La mera referencia a informaciones «confidenciales» no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas. La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y solo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas. La fórmula habitual de «dar por reproducida», que las partes suelen utilizar a la hora de proponer la actividad probatoria documental, no puede entenderse, por sí misma, causante de indefensión alguna, siempre que el material probatorio haya sido plenamente accesible para la parte para someterlas a contradicción. No es necesaria la comparecencia del perito cuando el dictamen ya emitido en fase sumarial es aceptado por el acusado expresa o tácitamente.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 1, 28, 29, 53.3, 63, 64, 75 a 78, 368, 369.5, 454 y 563.



www.civil-mercantil.com

Constitución Española, arts. 9.1, 18.3, 24, 117.3 y 120.3.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11, 238 y 240.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 268, 287, 384, 416, 726, 729.2, 730, 741, 779.3, 788.2 y 903.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 8.

PONENTE:

Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Mayo de dos mil catorce.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Franco Teodulfo , Victoriano Hilario , Serafina Remedios , Celso Luciano , Celestino Lucas , Maria Tomasa , Valeriano Jacinto , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Gil Segura, Murga Florido, Gonzalez Sanchez., Hurtado Perez, Bellon Marin, Reynolds Martinez, Montojo Ripoll, Aranda Varela, Moreno Perona, .

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 11 de Palma de Mallorca, instruyó sumario con el número 43 de 2012, contra Franco Teodulfo , Victoriano Hilario , Serafina Remedios , Celso Luciano , Celestino Lucas , Maria Tomasa , Valeriano Jacinto , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, cuya Sección Primera, con fecha 26 de marzo de 2013, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: 1º.- Los acusados, Moises Diego (alias " Mangatoros "), mayor de edad, en cuanto nacido en Cali, Colombia, el NUM000 de 1.968, hijo de Felix Fabio y de Flora Inocencia , indocumentado, con domicilio en la CALLE000 , nº NUM001 , NUM002 - NUM003 , de Palma de Mallorca, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 y hasta el 15 de febrero de 2.013, Franco Teodulfo , mayor de edad, en cuanto nacido el NUM004 de 1.977, en La Dorada, Colombia, hijo de Samuel Imanol y de Flora Inocencia , con NIE NUM005 y domicilio en la CALLE001 , nº NUM006 , NUM007 , NUM008 , de Palma de Mallorca, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, Victoriano Hilario (alias "



www.civil-mercantil.com

Patatero "), mayor de edad, en cuanto nacido el NUM009 de 1.973, en Palma de Mallorca, hijo de Evaristo Julian y de Adriana Julia , con DNI NUM010 y domicilio en la CALLE002 , nº NUM011 NUM012 , NUM002 - NUM007 ', de Palma, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, Serafina Remedios , apodada " Flaca ", mayor de edad, en cuanto nacida el NUM013 de 1.974, en la Dorada, Colombia, hija de Ambrosio Raimundo y de Azucena Zaida , con NIE NUM014 y domicilio en la CALLE001 , nº NUM006 , de NUM007 - NUM003 , de Palma, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, Amadeo Ovidio , mayor de edad, en cuanto nacido en Cali, Colombia, el NUM015 de 1.975, hijo de Esther Zaira , con NIE NUM016 y domicilio en la CALLE003 , nº NUM017 , NUM002 - NUM003 , de Palma de Mallorca, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, Celso Luciano , mayor de edad, en cuanto nacido el NUM018 de 1.966, en Cali, Colombia, hijo de Alejo Lucas y de Brigida Justa , con NIE NUM019 y domicilio en la CALLE004 , nº NUM020 , NUM021 , sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, Celestino Lucas , mayor de edad, en cuanto nacido el día NUM022 de 1.966, en Circasia, Colombia, con NIE NUM023 , sin antecedentes penales y en libertad de la que ha estado privado por esta causa desde el 14 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, Olegario Urbano , mayor de edad, en cuanto nacido en Madrid, el NUM024 de 1.965, hijo de Jacinto Vicente y de Delfina Teodora , con DNI NUM025 y domicilio en la CALLE005 , nº NUM026 , NUM027 ', NUM008 , de Palma, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, Maria Tomasa , mayor de edad, en cuanto nacida el NUM028 de 1.974, con DNI NUM029 , sin antecedentes penales y privada de libertad por esta causa desde el 16 de junio de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, y Valeriano Jacinto (alias " Canicas "), mayor de edad, en cuanto nacido el NUM030 de 1.977, en Colombia, con NIE NUM031 , sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 2 de octubre de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, desde, por lo menos, finales de 2.010 y hasta que fueron detenidos, se dedicaron y colaboraron a la introducción y distribución en España de cocaína, realizando en concreto lo siguientes actos:

I- Moises Diego y Franco Teodulfo organizaron la introducción en España, a través de correos, "mulas", procedentes de Colombia, de cocaína, organizando en concreto dos viajes, sin llegar a lograr su objetivo, al ser detenidos ambos correos, Hernan Bernardino , y Cipriano Esteban , en fechas 30 de diciembre de 2.010 y 15 de enero de 2.011, respectivamente, en el aeropuerto de Bogotá, posteriormente condenados por Juzgados de lo Penal de dicha capital. Valeriano Jacinto facilitó a Franco Teodulfo una persona de contacto en Colombia, " Diamante ", que fue quien, a su vez, consiguió allí los dos correos humanos, a la postre detenidos. Al propio tiempo, Valeriano Jacinto , puso a Franco Teodulfo en contacto con una familiar suya residente en Colombia, la cual facilitó allí el encuentro y contacto entre dichos correos humanos la droga. Por su parte, Victoriano Hilario y los proveedores de Mir , en fecha 31 de diciembre de 2.010, viajó a Madrid, al objeto de a Hernan Bernardino , en su vuelo procedente de Bogotá.

II- El acusado Celestino Lucas , fue desplazado por el también acusado Moises Diego a Colombia el día 18 de abril de 2.011, en concreto, a Bogotá, al objeto de traer cocaína de aquél país a España, lo que verificó en fecha 14 de mayo de 2.011, aterrizando en Barcelona, donde fue detenido portando una maleta en cuyo interior llevaba sustancia que resultó ser cocaína, 2276,4 gramos con una pureza de 66%, 345,8 gramos al 47%, 343,5 gramos, al 50%, 150,1 gramos al 64%, 398 gramos al 40%, 362,7 gramos al 49%, 271,2 gramos al 45% y 1538,5 gramos al 64%, cuyo valor en el mercado ascendía a la suma de 707.212 euros. Así mismo, portaba un móvil Samsung. Por su parte, el acusado Celso Luciano , con conocimiento



www.civil-mercantil.com

de lo anterior y del objeto del viaje, puso en contacto a Moises Diego con la agencia de viajes "Soller Tours", de la que era cliente habitual, a fin de que Moises Diego pudiese comprar los billetes de viaje necesarios y de que se le facilitase y fraccionase el pago.

III-En fechas similares y con igual objetivo, se desplazó a Colombia el acusado Amadeo Ovidio y otro individuo hoy fallecido (Lucho), siendo en este caso los procesados Moises Diego y Franco Teodulfo los que organizaron el mismo, a fin de que realizasen los preparativos necesarios para enviar vía postal a España sustancias estupefaciente ocultas en un dispositivo informático.

Mientras uno de los individuos indicados, Chillon , se desplazó a Colombia, su pareja sentimental, la también procesada Maria Tomasa , facilitó el contacto entre su pareja y Franco Teodulfo , así como el intercambio de información entre ellos y el pase de cuentas entre uno y otro.

Por su parte, la procesada Serafina Remedios , pareja sentimental de Franco Teodulfo , consiguió hacerse con un DNI que había extraviado Salvadora Magdalena , y lo facilitó a su pareja, el procesado Franco Teodulfo , que, a su vez, facilitó los datos contenidos en dicho documento a Chillon (fallecido), a fin de remitir un dispositivo informático desde España a Colombia, y luego, desde Venezuela a España, a nombre de dicha persona.

El individuo hoy fallecido remitió en fecha 6 de mayo de 2.011, un paquete a través de MRW desde Venezuela, cuyo destinatario era Salvadora Magdalena , si bien se hizo constar como domicilio de entrega el del también procesado Olegario Urbano , sito en la CALLE005 , n° NUM026 , NUM027 '- NUM032 , de esta ciudad.

Olegario Urbano había aceptado el ofrecimiento que le había hecho el también procesado Victoriano Hilario en orden a recibir un paquete en su domicilio a cambio de la suma de 1.000 euros.

Después de un intento fallido, derivado del hecho de que Olegario Urbano no había sido avisado por Victoriano Hilario de que iba a llegar el paquete a nombre de la Sra. Salvadora Magdalena , el día 16 de mayo de 2.011, después de ya recibir la información adecuada, Olegario Urbano aceptó el paquete que a su domicilio fue enviado, exhibiendo al efecto el DNI de la Sra. Salvadora Magdalena (entregado previamente por Victoriano Hilario), siendo detenido en ese momento e interviniéndosele un teléfono Nokia, dado que se había acordado previamente la entrega controlada.

En las inmediaciones del domicilio de Olegario Urbano se hallaban supervisando la recepción del paquete por Olegario Urbano , del que éste les iba a hacer inmediata entrega, los procesados Moises Diego , Franco Teodulfo y Victoriano Hilario , que también fueron detenidos, siéndoles intervenidos un teléfono Samsung al primero, dos al segundo y un Nokia al tercero.

Procedida a la apertura del paquete, en su interior se hallaron camuflados entre distintos dispositivos electrónicos, 17 paquetes con un peso de 522,34 y de 218,46 gramos de sustancia que posteriormente analizada resultó ser cocaína con una pureza del 76,4% y del 75m2%, respectivamente, y con un valor en el mercado de 117.998,92 euros.

En el momento de su detención los procesados Amadeo Ovidio y Celso Luciano portaban sendos teléfonos Samsung.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: 1- Que debemos condenar y condenamos a Moises Diego como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación a sustancia que



www.civil-mercantil.com

causa grave daño a la salud, y agravado por la notoria importancia de la cantidad de droga, a las penas de siete años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa de 1.650.422 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un año de privación de libertad.

2- Que debemos condenar y condenamos a Franco Teodulfo como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa de 235.998 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de diez meses.

Que debemos condenar y condenamos a Victoriano Hilario como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas de tres años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa de 176.997 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de cuatro meses.

4- Que debemos condenar y condenamos a Celestino Lucas como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación a sustancia que causa grave daño a la salud, y agravado por la notoria importancia de la cantidad de droga, a las penas de seis años y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa 707.212 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de once meses.

5- Que debemos condenar y condenamos a Celso Luciano como cómplice criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación a sustancia que causa grave daño a la salud, y agravado por la notoria importancia de la cantidad de droga, a las penas de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa 353.606 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de cinco meses de privación de libertad.

6- Que debemos condenar y condenamos a Serafina Remedios como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa de 117.998,92 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses.

7- Que debemos condenar y condenamos a Maria Tomasa como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas de tres años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa de 117.998,92 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses.

8- Que debemos condenar y condenamos a Amadeo Ovidio como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y multa de 200.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de cinco meses.

9- Que debemos condenar y condenamos a Olegario Urbano como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en grado de tentativa, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, a la pena de un año y seis meses y un día de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, multa de 58.999 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses.

10- Que debemos condenar y condenamos a Valeriano Jacinto como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que



www.civil-mercantil.com

causa grave daño a la salud, a las penas de tres años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

Que debemos absolver y absolvemos a Sabina Tomasa de toda responsabilidad penal derivada de los hechos enjuiciados.

Se decreta el comiso y destrucción de la droga intervenida, y el comiso de los efectos e instrumentos intervenidos.

Se imponen a los condenados, en proporción a su responsabilidad, las costas procesales causadas. Se declaran de oficio una onceava parte.

Para el cumplimiento de las penas impuestas abónese a los procesados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa.

Conclúyanse conforme a derecho las correspondientes piezas de responsabilidad civil.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Franco Teodulfo , Victoriano Hilario , Serafina Remedios , Celso Luciano , Celestino Lucas , Maria Tomasa , Valeriano Jacinto que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

Las representaciones de los recurrentes , basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

Recurso de Franco Teodulfo

MOTIVO PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , y art. 18.3 de la CE .

MOTIVO SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , 24.2 de la CE .

MOTIVO TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 24.2 de la CE .

Recurso de Victoriano Hilario

MOTIVOS PRIMERO y SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 24 de la CE .

MOTIVOS TERCERO y CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 24.2 de la CE

Recurso de Serafina Remedios

MOTIVO PRIMERO: Al amparo del art. 15.4 de la LOPJ y art. 24.1 y 2 de la CE .

MOTIVOS SEGUNDO y CUARTO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 24.1 y 2 de la CE .

MOTIVO TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 24.2 de la CE .

Recurso de Celso Luciano



www.civil-mercantil.com

MOTIVO PRIMERO: Al amparo de los arts 849.1 de la LECrim y art. 63 y 64 del C.penal .

Recurso de Celestino Lucas

MOTIVO PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la LECrim , art. 5.4 de la LOPJ y art. 18.3 de la CE .

MOTIVO SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1 de la LECrim y arts. 368 y 369.5 , y 53.3 del C.Penal .

Recurso de Maria Tomasa

MOTIVO PRIMERO: Se basa el recurrente en quebrantamiento de forma.

MOTIVO SEGUNDO: Al amparo del art. 851.1 de la LECrim .

MOTIVO TERCERO: Al amparo del art. 849.1 y 2 de la LECrim y art 5.4 de la LOPJ y art. 24.2 de la CE .

Recurso de Valeriano Jacinto

MOTIVO PRIMERO: Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida de los arts. 368 y 28 y 29 del C.Penal

MOTIVO SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la LECrim , art. 5.4 de la LOPJ y art. 24.2 de la CE .

MOTIVOS TERCERO, CUARTO Y SEXTO: Renuncia a los mismos.

MOTIVO QUINTO: Al amparo del art. 852 de la LECrim y art. 5.4 de la LOPJ y art. 18.3 de la CE .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la admisión del recurso interpuesto por el recurrente Celestino Lucas , e inadmisión respecto del resto de los recurrentes y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día diecisiete de trece de mayo de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Franco Teodulfo

Primero.

El motivo primero por vulneración de derechos fundamentales al amparo del art. 5.4 LOPJ , al considerarse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el



www.civil-mercantil.com

derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE , al haberse intervenido inicialmente la línea de un tercero ignoto en el proceso y a resultas de esta la intervención de la línea de la que era titular y usuario el recurrente, sin que la resolución habilitante dictada al efecto reúna los cánones mínimos exigidos por la jurisprudencia.

Se sostiene en el motivo que en el oficio inicial de 19.8.2010, dirigido al Juzgado por el Inspector Jefe del GRECO de Palma de Mallorca, solicitando la primera intervención telefónica, se limitó a hacer constar como en observancia de su misión de investigación de organizaciones nacionales e internacionales dedicadas al tráfico de estupefacientes, y en virtud de intercambios de informaciones recibidas a través de investigaciones propias y de otras plantillas del Cuerpo Nacional de Policía y autoridades policiales extranjeras, se tuvo constancia de una organización dirigida por quien ha podido ser identificado plenamente como Felicísimo Demetrio , dedicada al tráfico de cocaína en Palma de Mallorca. Se adiciona con la gratuita aseveración de que a esta persona le constan numerosos antecedentes policiales desfavorables, destacando por relevantes un delito de tráfico de drogas del año 1999 y un delito de asociación ilícita del año 2007 y se insiste en que a través de un seguimiento se han detectado tres envíos de sustancia adulterante gestionados por miembros de la organización de Felicísimo Demetrio , siendo los productos adquiridos al distribuidor de productos químicos ubicado en Madrid, denominado Manuel Riesgo SA, sita en calle Real de Pinto nº 142.

Consecuencia del anterior oficio, no completado con comparecencia alguna, el Juzgado cito auto de intervención telefónica, asumiendo acríticamente lo referido en el mismo.

Vicisitudes policiales y judiciales reseñadas que ponen de manifiesto que todo lo aportado por la policía se redujo a mera sospecha de que un individuo en relación con otros podría estar implicado en actividades de importación de cocaína destinada al mercado ilegal. La policía transmitió al Juzgado tal sospecha, pero sin trasladar antecedente alguno de la investigación supuestamente en curso, por lo que en vista de este modo de operar policial, el Juez de instrucción debería haber rechazado de pleno la petición, o en otro caso, solicitado una ampliación de los elementos de juicio, y al no hacérselo así se ha visto negativamente afectado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones art. 18.3 CE .

Como hemos recordado en recientes SSTs. 285/2014 de 8.4 , 233/2014 de 25.5 , 209/2014 de 20.3 , 503/2013 de 19.6 , entre las más recientes, el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3. °. La Declaración Universal de los Derechos Humanos , artículo 12, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , artículo 17, se refieren al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y en la correspondencia, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en el artículo 8.1 que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH. Añade el Convenio Europeo , en el artículo 8.2, que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho", [respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia], "sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

Este derecho, por lo tanto, no tiene carácter absoluto, pues puede estar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas, es preciso que, partiendo de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y



www.civil-mercantil.com

que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Ello implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida.

La decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos exclusivamente del poder judicial, concretamente, en el Juez de instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá expresarse en una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal. Bien entendido que las exigencias de motivación (artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución), reforzada cuando se trata de restricción de derechos fundamentales, imponen que no sea suficiente la intervención de un Juez, sino que es exigible que tal intervención esté razonada y justificada de forma expresa y suficiente.

En el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, necesariamente a varios aspectos. En primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no solo es preciso atender a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar.

En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este sentido, los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial.

En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida mediante la precisión del hecho que se está investigando, y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Para ello es preciso que el Juez cuente con indicios suficientes de la comisión del delito y de la participación del investigado.

Y, en tercer lugar, a la necesidad, excepcionalidad e idoneidad de la medida, ya que, partiendo de la existencia de indicios de delito y de la intervención del sospechoso, suficientemente consistentes, solo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y, potencialmente, también útiles para la investigación.

Desde el punto de vista de la motivación del auto inicial acordando la intervención telefónica y ausencia de los datos necesarios para restringir el derecho al secreto de las comunicaciones es necesario tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, SS. 26/2010 de 27.4 , 197/2009 de 28.9 , y de esta misma Sala, SS. 116/2013 de 21.2 , 821/2012 de 31.10 , 629/2011 de 23.6 , 628/2010 de 1.7 , que viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre ; 167/2002, de 18 de septiembre).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que "la

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal Constitucional, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 49/1999, de 5 de abril ; 166/1999, de 27 de septiembre ; 171/1999, de 27 de septiembre ; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio ; 202/2001, de 15 de octubre ; 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 261/2005, de 24 de octubre ; 220/2006, de 3 de julio ; 195/2009 de 28 de septiembre ; 5/2010 de 7 de abril).

A este respecto no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 184/2003, de 23 de octubre , 261/2005, de 24 de octubre).

Junto con tales datos objetivos, debe determinarse con precisión el número o números de teléfonos que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quien ha de llevarla a cabo y los periodos en los que deba darse al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo ; 49/1999, de 5 de abril ; 167/2002, de 18 de septiembre ; STC 184/2003, de 23 de octubre ; 259/2005, de 24 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo).

En todo caso y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 259/2005, de 24 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo , SSTS de 6 de mayo de 1997 , 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000 y 11 de mayo de 2001, núm. 807/2001 , entre otras), han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en su caso del Ministerio Fiscal, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica.

Como señalan las sentencias de 26 de junio de 2000 , 3 de abril y 11 de mayo de 2001 , 17 de junio y 25 de octubre de 2002 , entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el Órgano Jurisdiccional carece por sí mismo de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial".

Como se recuerda en la STC 167/2002, de 18 de setiembre , aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con



www.civil-mercantil.com

posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva.

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular, y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con la que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

Asimismo el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo cánones de suficiencia razonadora en autos con motivación "lacónica" e incluso cuando se extiende el auto sobre impresos estereotipados, mínimamente adecuados a las circunstancias del caso particular, siempre que permitan reconocer unos mínimos razonadores que den satisfacción a la exigencia constitucional (AT. 145/99 u SSTC. 239/99 y 8/2000), y recogiendo esta misma doctrina constitucional, esta Sala Tribunal Supremo ha venido a sostener que esta exigencia motivadora no es incompatible con una economía de razonamientos ni con una motivación concisa, escueta y sucinta, porque la suficiencia del razonamiento no conlleva necesariamente una determinada extensión, ni determinado vigor lógico o una determinada elegancia retórica (STS. 4.3.99).

Segundo.

En el caso presente la sentencia recurrida rechaza la nulidad interesada con argumentos que debe asumirse en su totalidad.

1.- En efecto que la inicial información recibida por la Policía sobre el sujeto sospechoso y su actividad fuese una noticia confidencial no supone sin más tal nulidad. Así en relación a las noticias confidenciales esta Sala tiene declarado (SSTS. 246/2014 de 2.4 , 457/2010 de 25.5), que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del ETD. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989 , Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionales de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 setiembre 1997 y 4 marzo 1999 .

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.

Doctrina reiterada en las SSTs. 1488/2005 de 13.12 y 28.2.2007 que precisan que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciado, como exige el art. 268 LECrim . pero puede ser un medio de recepción de la noticia criminis que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim . elevándolas al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental.

Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido la STC. 8/2000 de 17.1).

En esta dirección la sentencia 416/2005 de 31.3 , ya precisó que la existencia de una información anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental a personas que ni siquiera consta su mención nominativa en aquella, pues un anónimo "no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión, STC. Pleno 23.10.2003 .

Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a "fuentes o noticias confidenciales". Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación.

Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Por lo tanto es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez.

Dicho con palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 167/2002 - cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones "lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación".



www.civil-mercantil.com

Situación que sería la contemplada en las presentes diligencias tal como precisa la sentencia impugnada, dado que aquella inicial noticia confidencial dio lugar a una concreta actividad de seguimiento y vigilancia, cuyos resultados positivos se plasman en el oficio. Así el 11 de junio de 2010, teniéndose conocimiento de que se va a recibir en las oficinas de SEUR un paquete procedente de una empresa de productos químicos (noticia confidencial o sospecha), y de que Felicísimo Demetrio suele utilizar personas de su organización para la recepción de los mismos, se establece un dispositivo en el que se identifica a Víctor Eutimio, el cual, en un vehículo Renault Megane Coupé, recoge el paquete y lo introduce en su vehículo, y posteriormente accede con él al número NUM021 de la CALLE006, de esta ciudad; en el mismo sentido, el 23 de julio de 2010, siendo que por igual persona y en igual vehículo se procede a la recogida del paquete, acompañado esta vez del sospechoso Felicísimo Demetrio, llevándolo ambos esa misma tarde, en compañía de otra persona, e introduciéndolo en el mismo inmueble, detectándose esta vez por los agentes que, en concreto, en la puerta del primer piso de la izquierda; investigado Víctor Eutimio, el 27 de julio de 2010, se produce un encuentro entre éste y Felicísimo Demetrio, en el que Víctor Eutimio acude a la CALLE006, regresando después y entregando una bolsa a Felicísimo Demetrio, que abandona entonces el lugar; de nuevo, establecida vigilancia el día 13 de agosto, al tener la fuerza actuante noticias de la llegada de otro envío, es recogido el mismo por Lázaro Florentino, que llega al lugar en moto y se marcha del mismo en un vehículo Golf NUM033, conducido por tercera persona, acudiendo al número NUM021 de la CALLE006, de donde salen Víctor Eutimio con el conductor del vehículo, sacan la caja del coche y la introducen en el inmueble, para introducirse nuevamente los dos en el Golf, junto con Lázaro Florentino y su hijo, que después bajan y abandonan el lugar a pie, siendo que al poco tiempo el conductor, Víctor Eutimio, una tercera persona y Felicísimo Demetrio se reúnen, llevándose en su vehículo dicha tercera persona una bolsa de color rojo que saca previamente del vehículo Volkswagen Golf en el que circulaba Víctor Eutimio con un conductor, y la introduce en su vehículo, abandonando el lugar, en el que quedan Víctor Eutimio, Felicísimo Demetrio y el conductor, apeándose Víctor Eutimio en la plaza Orson Weiles, en la que también está Lázaro Florentino, que habla recogido el paquete a las siete y había abandonado el lugar, al que había accedido en moto, a pie, siendo recogido en las inmediaciones por el Golf, para después abandonarlo. Se añade que adoptan medidas de seguridad, especialmente en la conducción, que carecen de actividad laboral alguna y, en especial, ninguna relacionada con el ámbito clínico y científico, por lo que no está justificada la compra de las sustancias, no pudiéndose avanzar en la investigación sino con la intervención solicitada.

2.- Siendo así el motivo debe ser desestimado. EL estudio objetivo de los datos objetivos contenidos en el oficio policial, al que se remite el auto inicial, permite comprobar la necesidad y proporcionalidad de la medida, al no basarse solo en aquellas noticias confidenciales sino en las investigaciones realizadas para su confirmación, debiendo recordarse que el auto que acuerda la intervención telefónica se trata de una diligencia que requiere la existencia de indicios que se investigan, pero cuya exigencia no puede equipararse a la de otras resoluciones que requieran una fundamentación de una imputación objetiva y subjetiva (arts. 384 y 779.3 LECrim). La resolución judicial que autoriza la injerencia debe motivar su adopción comprobando si los hechos para cuya investigación se solicita, revistan caracteres de hecho delictivos y que la solicitud y la adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado.

Una exigencia mayor sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, pues cuando se solicita y se expide la autorización, se trata de acreditar un hecho delictivo y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia. Por ello no es preciso que el Juez mediante una investigación complementaria a la de la Policía, proceda a



www.civil-mercantil.com

comprobar la existencia de los datos objetivos que la Policía menciona como base de su solicitud.

3.- Por último la queja del recurrente de que el auto inicial acordó la intervención telefónica de una persona que no ha sido acusada en esta causa, es cierto que como hemos dicho en SSTs. 209/2004 de 20.3 , 83/2013 de 13.2 , 974/2012 de 5.12 , en los autos que restringen derechos fundamentales, el tipo de juicio requerido cuando, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de la medida limitativa y la corrección jurídica de su autorización ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva ex ante , o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajudicial e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla. Lo contrario, es decir, la justificación ex post , sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11.1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24 CE . (STS. 926/2007 de 13.11). Esa obligada disociación del resultado finalmente obtenido de sus antecedentes, para analizar la adecuación de éstos, considerados en sí mismos, al paradigma constitucional y legal de pertinencia en razón de la necesidad justificada, es, precisamente, lo que tiñe de dificultad la actividad de control jurisdiccional y, con frecuencia, hace difícil también la aceptación pública de eventuales declaraciones de nulidad. Como ponía de manifiesto la sentencia de esa misma Sala de 21 de septiembre de 1999 , que, a la vez, señalaba el alto significado pedagógico de decisiones de esa clase cuando dictarlas resulte obligado en una correcta lectura de los preceptos de referencia. Por ello, en el caso presente el auto inicial de la intervención telefónica debe valorarse a la vista de los elementos y datos disponibles en el momento de su adopción, sin que la insuficiencia de los resultados obtenidos o la existencia posterior de otras pruebas, que desvirtúen su contenido incriminador o incluso su misma relevancia jurídica, afecten a la legitimidad inicial de la medida restrictiva del derecho fundamental, lo que implica que carezca de relevancia en orden a la legitimidad de la medida que los primeros investigados no hayan sido imputados en el presente procedimiento.

Tercero.

El motivo segundo por vulneración de derechos fundamentales al amparo del art. 5.4 LOPJ . Al considerarse infringido el derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24 CE , al haberse aceptado como pruebas de cargo diligencias judiciales no aportadas al proceso con todas las garantías y requisitos señalados en nuestro ordenamiento jurídico.

El recurrente sostiene en que la Sala sustenta el juicio de culpabilidad al resultado de la intervención telefónica descrita en el motivo anterior y del resultado de los registros materializados como consecuencia de la meritada inferencia e insiste en que ésta se realizó contraviniendo el ordenamiento jurídico por ausencia de motivación en la resolución habilitante, dando por reproducido íntegramente los argumentos esgrimidos en el primer motivo del recurso por lo que nos remitimos a lo ya expuesto en el análisis de este motivo en orden a su desestimación.

Cuarto.



www.civil-mercantil.com

El motivo tercero por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE , por la vía del art. 5.4 LOPJ .

El motivo es alternativo de los dos anteriores y pone de manifiesto la ausencia total de prueba de cargo aportada al proceso con las debidas garantías con la que sustentar el fallo condenatorio dictado, por cuanto confirmada la inconstitucionalidad de la resolución judicial habilitante de las intervenciones telefónicas por falta de indicios que justifiquen el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones, debe declararse la nulidad radical e insubsanable de las pruebas obtenidas con esas intervenciones así como las derivadas de las mismas que quedan contaminadas también de inconstitucionalidad (art. 11.1 LOPJ), al tratarse de elementos probatorios conseguidos con las informaciones alegadas por la Policía de aquellas escuchas ilegítimas.

El motivo se desestima.

Cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en casación ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar debe analizar el " juicio sobre la prueba ", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

-En segundo lugar, se ha de verificar " el juicio sobre la suficiencia ", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad " , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En el caso presente descartada la ilicitud de las intervenciones telefónicas, la Sala considera probado que este recurrente en unión con Moises Diego , organizaron, a través de los acusados Amadeo Ovidio y otro individuo hoy fallecido, el envío postal de 17 paquetes de cocaína con un peso de 522,34 y 228,46 gramos y pureza del 76,4 y 75.2%, ocultos en un dispositivo informático, paquete que debía recibir en España el coacusado Olegario Urbano en su domicilio, y en cuyas inmediaciones fue detenido Franco Teodulfo y otro acusado cuando se hallaban supervisando la recepción del paquete por Olegario Urbano , valorando para ello las conversaciones telefónicas que mantuvo con Chillón , y su pareja sentimental María Tomasa , las mantenidas con Victoriano Hilario (folios 125, 170), y con Amadeo Ovidio (folio 126), y con el otro organizador " Mangatoros " (Moises Diego (folios 156 y ss.) sobre el viaje de vuelta, las mantenidas por él y Mangatoros con Benito Cosme sobre el envío del paquete (folios 60 y ss), así como la testifical del trabajador de la agencia de viajes Mondadori sobre la venta de billetes de avión a Colombia a Franco Teodulfo y Victoriano Hilario , y de los agentes de policía que intervinieron en las diligencias que fueron detallados por el instructor de la operación GC. NUM034 , en particular sobre el dispositivo montado que culminó con la detención de Moises Diego , Franco Teodulfo y Victoriano Hilario cuando realizaban labores de contravigilancia.

Consecuentemente ha existido prueba lícita suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

RECURSO INTERPUESTO POR Victoriano Hilario



www.civil-mercantil.com

Quinto.

El motivo primero a tenor del art. 5.4 LOPJ . Por entender vulnerado el derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías ocasionando una situación de indefensión.

Se afirma en el motivo que durante la práctica de la prueba se dio una situación anómala como consecuencia de la imposibilidad de comparecer al plenario uno de los letrados defensores. Una vez que otro letrado asumió la defensa con un fin determinado, se acordó la audición de determinados paisajes de las conversaciones intervenidas, acto que se realizó con las debidas garantías para todos los procesados al finalizar la escuchas de las conversaciones, la Presidencia dio la palabra al Ministerio -fiscal para que se pronunciara sobre el resto de la documental y el representante del Ministerio Fiscal se limitó a proponer "el resto de las conversaciones que no hayan sido reproducidas como documental".

Dada la palabra al resto de las partes se propuso la que se consideró conveniente, y al llegar al turno del Letrado que actuaba como sustituto interesó la suspensión del acto al no poder pronunciarse sobre la cuestión (prueba documental) al no haber sido autorizado para ello ni por su eventual defendido ni por el letrado al que también eventualmente sustituía. La Sala acordó la suspensión. Reanudando la sesión, la Sala, en aplicación del art. 238.4º LOPJ , acordó la nulidad del tramite de la sesión anterior, dando la oportunidad al Ministerio Fiscal, para que propusiera de nuevo prueba documental, que consideró oportuno y que no coincidía con la que había propuesto inicialmente.

Declaración de nulidad que, según el recurrente, no tenía ningún sentido, al no haber causado aquel tramite ningún tipo de indefensión material sobre el procesado defendido por el letrado sustituto y que permitió que el Ministerio Fiscal pudiera introducir documento que hasta ese momento no había introducido, ocasionando una evidente situación de indefensión a las defensas en cuanto la declaración de nulidad efectuada permitió un doble tramite de proposición de prueba del Ministerio Fiscal.

1º Ciertamente, como hemos dicho en SSTs. 802/2007 de 16.10 y 566/2008 de 2.10 , la tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos fundamentales contenidos en el párrafo 2 del art. 24 CE , se concibe como la negación de la expresada garantía (SSTC. 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11).

Por ello, la noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1 LOPJ , se convierte en elemento decisivo y trascendental, que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque resulte acreditado que el interesado, pese a ello, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.



www.civil-mercantil.com

La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83 , 48/84 , 48/86 , 149/87 , 35/89 , 163/90 , 8/91 , 33/92 , 63/93 , 270/94 , 15/95 , 91/2000 , 109/2002).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88 , 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE . Así la STS 31.5.94 , recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/90 , 106/93 , 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88 , 290/93).

Ello es así porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de un material realidad y no solo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de derechos reconocidos en la Constitución que la parte, interesadamente, les asigna.

Por último, es también unánime la precisión de la jurisprudencia que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

2º En el caso presente la sentencia recurrida, fundamento derecho primero, analiza la nulidad planteada y descarta cualquier tipo de indefensión producida a las partes, con argumentos que deben ser asumidos. Así admite que el principio de conservación de los actos procesales hubiera posibilitado el mantenimiento de aquellos no viciados de nulidad, en concreto el tramite de documental en lo que afectase al acusado Valeriano Jacinto y la retroacción podría haberse limitado a dar la palabra al Ministerio Fiscal respecto a cualquier documental que le afectase y también a su defensa pero concluye que la nueva introducción de documental en este tramite era factible, de un lado -y esta Sala no lo considera irrazonable- por entender como la autorización dada por el acusado Valeriano Jacinto a la sustitución de un letrado lo era solo para las escuchas de las grabaciones telefónicas, la primera propuesta de documental del Ministerio Fiscal, se limitó a correspondiente a las escuchas, cuya efectiva



www.civil-mercantil.com

audición no se había producido, y de otro, porque toda la documental que introdujo el Ministerio Fiscal en la segunda sesión ya había sido propuesta por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, conociéndola por tanto, las defensas, y había sido admitida por la Sala por auto de 30.10.2012, por lo que su introducción en el plenario en el tramite previo al tramite de conclusiones definitivas no puede considerarse sorpresivo ni se trataba de documental que no obrase ya en el sumario a disposición de cualquiera de las partes, ni causante de real y material indefensión.

Sexto.

El motivo segundo a tenor del art. 5.4 LOPJ . Por entenderse vulnerado el derecho fundamental a la defensa y un procedimiento con todas las garantías ocasionando una situación de indefensión por cuanto con ocasión de la practica del segundo tramite de prueba documental que se genera como consecuencia de las vicisitudes explicitadas en le Motivo anterior, el Ministerio Fiscal se limitó a interesar que se dieran por reproducidos determinados folios de la causa, sin especificar su contenido, manifestando solo el folio en el que se encontraban.

En lo relativo a la práctica de la prueba documental en el acto del juicio oral debe distinguirse entre los documentos propiamente dichos y las pruebas o diligencias sumariales documentadas. Los primeros dice la STS. 914/2000 de 30.5 , carentes de regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero perfectamente admisibles sin estar sujetos además en su apreciación (artículo 741 LECrim) a las formalidades exigidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparecen únicamente referidos en el artículo 726 LECrim cuando determina que " el Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad ", de forma que con independencia de que se proceda a su lectura en el juicio oral, inexcusable cuando se trata de diligencias o declaraciones sumariales documentadas, lo cierto es que el Tribunal puede proceder a su examen directo como señala el artículo mencionado más arriba, y sin perjuicio de la facultad que asiste a las partes ex artículo 730 LECrim .

Doctrina esta que ha sido matizada en STS. 974/2012 de 5.12 ., en el sentido de que la extendida costumbre de dar por reproducidas las actuaciones sumariales que las partes suelen utilizar a la hora de proponer la actividad probatoria, pretendiendo de esta manera convertir en "documentos" todas las actuaciones anteriores y posibilitar así que el órgano jurisdiccional, a través del art. 726 LECrim , pudiera emplearlas para formar su convicción, debe entenderse poco respetuosa con los derechos constitucionales, especialmente el de defensa, -así el Tribunal Constitucional, sentencia 149/87 de 30.9 , señaló que la expresión "tener por reproducidas ", "por habitual que puede ser en el uso forense, carece de cobertura legal y de un contenido técnico preciso" y en S. 161/90, de 19-10, señala que esta expresión del uso forense "equivale a tener por hecho lo que no se ha realizado, es decir, considerar suplido lo no efectuado" , pero esa pretendida invalidación de tal fórmula se refiere propiamente a un indebido tratamiento como documento de lo que no es, por ejemplo, una declaración de imputado o testigo, caso Barberá, Messegué y Labardo, STEDH de 6.12.88 , y en este punto es doctrina del Tribunal Constitucional, que la lectura de las declaraciones que no es prueba documental sino, lo que es distinto documento, documentada o con "reflejo documental" (STC. 303/93) "debe hacerse no como una formula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formulismos de frecuente uso forense" (SSTC.80/86 , 149/87 , 22/88 , 137/88 , 10/92) y también se ha declarado reiteradamente que no es infrecuente que se dé por reproducida en el juicio oral.

Ahora bien cuando de verdadera prueba documental se trata -propuesta y admitida como prueba- la formula habitual de "dar por reproducida", no puede entenderse, por sí misma,



www.civil-mercantil.com

causante de indefensión alguna (SSTC. 233/2005 y 258/2007), siempre que el material probatorio haya sido plenamente accesible para la parte, argumento de mayor importancia que el hecho de que se consintiera omitir la lectura con esa fórmula.

Así, la citada STC 233/2005, de 26.9 , señala: "Cómo resulta evidente, el hecho de dar por reproducida en el acto del juicio oral la prueba documental sin darse lectura de cada uno de los documentos que la integran tampoco vulnera el derecho constitucional alegado, no sólo porque la propia representación procesal del recurrente no se opuso a ello, sino, además, porque, dado que tuvo acceso a todos y a cada uno de los documentos y la oportunidad de impugnarlos" no se aprecia que "indefensión material ha podido provocar que no se diera lectura a los distintos documentos aportados en la causa" (SSTC 12/2004, de 9.2, 130/2002 de 3.6).

Y es que la lectura en sí misma de un material probatorio documental conocido por las partes, caracterizado por su permanencia e inmutabilidad, es difícil entender que añada algún activo en términos de defensa, aunque indudablemente introduce garantía adicional de publicidad.

Por otra parte, la renuncia a la lectura que constituye un derecho de la parte no implica automáticamente una correlativa renuncia a cuestionar el contenido de aquello que no se lee. Como se indica en la misma sentencia TEDH de 6-17-88 porque la renuncia a un derecho reconocido por el Convenio, siempre que sea permisible, debe realizarse de manera inequívoca y el procedimiento de "dar por reproducida" significaba que la defensa aceptaba que no era necesario dar lectura pública al contenido de los folios de la causa, pero lo que de ello no puede deducirse es que aceptara no impugnar ese contenido, aunque la acusación se basase en él.

Por último conviene recordar que el art. 726 LECrim , no significa que el tribunal haya de leer por sí mismo, todos los documentos incorporados al proceso sino que tan solo debe leer por sí mismo y considerar aquellos documentos propuestos como prueba documental por las partes. Por consiguiente el tribunal ha de supeditarse a las concretas peticiones de las partes en materia de prueba documental y ha de estar solo a los documentos indicados por las partes como integrantes de su respectiva prueba documental. Señalándose como único supuesto en que el tribunal sentenciador puede examinar de oficio otros documentos diversos de los presentados o designados por las partes como integrantes de su respectiva prueba documental, aquél en que ha hecho uso de la facultad prevista en el art. 729.2 LECrim , pero advierte que este precepto debe ser interpretado adecuadamente, cuidando de no valorar de oficio documentos que puedan tener una significación incriminatoria y con la que se puede ocasionar alguna indefensión.

En todo caso debe insistirse en que el art. 726 no autoriza formula alguna de examen privado por el Juez de "prueba" no propuesta y de alguna manera sometida a contradicción, ni a la conclusión entre prueba documental y otro tipo de prueba documentada. No caben conceptos intermedios en cuanto a lo que puede o no puede ser valorado en sentencia: o es prueba y debe ser introducido por las partes y no por quien juzga, so pena de parcialidad o no puede ser valorado, por más que se considere afecte a la llamada "verdad material".

Septimo.

El motivo tercero al amparo del art. 5.4 LOPJ . Por haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE . Falta de motivación del pronunciamiento condenatorio relativo a este recurrente, Victoriano Hilario .

Se argumenta en el motivo que en ningún caso el tribunal de instancia razona en base a que medio probatorio llega a la convicción que el envío que se realiza el 16.5.2011 contiene sustancia estupefaciente y el valor que tiene en el mercado dicha sustancia y asimismo las



www.civil-mercantil.com

razones que llevan a la convicción de la Sala sobre la participación del recurrente en tal envío tampoco colman los mínimos de motivación que exige el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

1º El desarrollo argumental del motivo -que termina solicitando la nulidad de la sentencia de instancia- hace necesario recordar que ciertamente la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado ene. art. 24.1 CE .

La STS. 24/2010 de 1.2 , recoge la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en SS. 160/2009 de 29.6 , 94/2007 de 7.5 , 314/2005 de 12.12 subrayando que el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; pero el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener en la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC. 14/91 , 175/92 , 105/97 , 224/97), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (STC. 165/79 de 27.9) y en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC. 147/99 de 4.8 y 173/2003 de 19.9), bien entendido que la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales , sino que es necesario examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC. 2/97 de 13.1 , 139/2000 de 29.5 , 169/2009 de 29.6).

Del mismo modo el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de alcanzar una respuesta razonada y fundada en Derecho dentro de un plazo prudente, el cual se satisface si la resolución contiene la fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo saber cuáles son los argumentos que sirven de apoyatura a la decisión adoptada y quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad, pero no comprende el derecho a obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

En definitiva, como precisa la STS. 628/2010 de 1.7 , podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho , lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión . Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2 , 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni



www.civil-mercantil.com

corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93 , 158/95 , 46/96 , 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9 , 1009/96 de 30.12 , 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4 , han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1 , 199/96 de 4.6 , 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento ".

En el caso presente la sentencia describe en el hecho probado el contenido del envío del día 16.5.2011 - 17 paquetes camufladas entre distintos dispositivos electrónicos con un peso de 522,34 y 218,46 gramos de sustancia que posteriormente analizada resultó ser cocaína con una pureza del 76,4% y 75,2% respectivamente y con un valor en el mercado de 117.998,92 E.- en base a los informes periciales cuya introducción en el plenario analiza en el fundamento jurídico primero -informes analíticos de las sustancias- cuyos resultados no fueron impugnados por el recurrente, quien en ningún momento cuestionó que la sustancia intervenida fuese cocaína ni menos aun su valor, recogido desde el primero momento en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Y en cuanto a la participación del recurrente valora su propia declaración, admitiendo haber presentado a Rondón a un amigo suyo Olegario Urbano a quien ofreció un trabajo consistente en la recepción del paquete ganando 1000 E, imaginando que se trataba de cocaína, la declaración de Olegario Urbano coincidente con este extremo, las conversaciones telefónica con Franco Teodulfo (folios 161 a 164, 170-171) utilizando un lenguaje críptico e incoherente, y la testifical del instructor del atestado sobre su actitud vigilante junto con Franco Teodulfo y Moises Diego el día de la detención de Olegario Urbano .

Consecuentemente la Sala si ha expuesto las razones que le llevan a su convicción. La cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en las sentencias, no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), efecto



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El Tribunal Constitucional ha reiterado que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio, como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6 , existe "una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a este supuesto, en los supuestos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre ; 120/1999, de 28 de junio ; 249/2000, de 30 de octubre ; 155/2002, de 22 de julio , 209/2002, de 11 de noviembre ; 163/2004, de 4 de octubre).

Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación, sin retroacción, de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6 para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE . y convierte el problema de motivación, reparable con una sentencia nueva, en un problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva. Es decir el incumplimiento de dicho deber o su cumplimiento defectuoso ya no sólo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia, sino la absolución del inculpado (SSTC. 5/2000 , 1391/2000 , 149/2000 , 202/2000).

Consecuentemente en el juicio de culpabilidad ha de estar precedido por la expresión del proceso lógico que lleva al juzgador a superar la duda inicial inherente a la presunción de inocencia, la motivación, viene a ser una exigencia más del derecho a que dicha presunción sea respetada, lo que implica, en el caso concreto que la denuncia del recurrente de la conculcación del derecho a obtener una resolución fundada en derecho por entender insuficiente el razonamiento del tribunal debe analizarse desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, lo que constituye el objeto de los motivos 5º y 4º.

Octavo.

El motivo cuarto a tenor del art. 5.4 LOPJ . Por entenderse vulnerado el principio de presunción de inocencia, inexistencia de prueba obtenida con las debidas garantías, introducida y practicada de conformidad con los principios y garantías procesales.

El motivo insiste en la falta de prueba de cargo suficiente sometida a las reglas de la sana crítica que permita inferior el juicio de culpabilidad expresado en la sentencia, no existe prueba de cargo obtenida con pleno respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales que justifiquen un pronunciamiento condenatorio, dado que la prueba documental no fue debidamente introducida en el debate, toda vez que el Ministerio Fiscal, se limitó a "dar por reproducida" una serie de folios sin interesar la lectura de los mismos. Cuestiones todas que ya han sido analizadas en motivos precedentes y que deben llevar a la desestimación del motivo, máxime cuando este acusado ha admitido que cuando propuso al coacusado Indart su participación en la recepción del paquete, pues pese a no tener conocimiento del contenido del paquete sí que imaginaba que se trataba de droga, en concreto cocaína. En este punto



www.civil-mercantil.com

debemos recordar que, quien se pone en situación de ignorancia deliberada, o mejor de consciente desconocimiento, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está animando y aceptando todas las consecuencias del ilícito actuar en que voluntariamente participa (SSTS. 464/2008 de 2.7 , 357/2007 de 3.5 , 126/2007 de 5.2). En efecto el acusado no muestra un conocimiento equivocado, sino mera indiferencia -como mínimo, con consentimiento en la participación fuese cual fuese la droga objeto del trafico ilícito-. Así pues, cuando el supuesto desconocimiento de la existencia o cantidad de la droga es consecuencia de la indiferencia del autor, no se excluye el dolo pues en estos casos el autor solo tiene una duda pero no obra por error o ignorancia, ya que sabe que los hechos pueden ser delictivos y sin embargo acepta realizar la acción (SSTS. 164/2006 de 22.2 , 145/2007 de 28.2 , 349/2008 de 5.6).

RECURSO INTERPUESTO POR Serafina Remedios

Noveno.

El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ , por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia en relación a un proceso con todas las garantías constitucionales que garantiza el art. 24.1 y 2 CE (presunción de inocencia y tutela judicial efectiva) y el derecho al secreto comunicaciones, art. 18.3 CE .

El motivo en cuanto cuestiona la motivación suficiente el auto inicial autorizante de las intervenciones telefónicas al descansar en un oficio policial que adolece de ambigüedad y vaguedad que en modo alguno puede justificar la intromisión del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE , debe ser desestimado dando por reproducido lo ya argumentado en el motivo primero del recurrente Rondón.

Decimo.

El motivo segundo al amparo del art. 5.4 LOPJ , por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia en relación a un proceso con todas las garantías constitucionales que garantiza el art. 24.1 y 2 CE , (presunción de inocencia y tutela judicial efectiva)

El motivo considera nula la prueba documental debido a la introducción de la misma por parte del Ministerio Fiscal de forma tardía y extemporánea. Cuestión ya analizada en los motivos primero y segundo del recurso interpuesto por el procesado Victoriano Hilario , remitiéndonos a lo ya razonado en aras de su desestimación.

Decimo primero.

El motivo tercero al amparo del art. 5.4 LOPJ , por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia en relación a un proceso con todas las garantías constitucionales que garantiza el art. 24.2 CE (presunción de inocencia y tutela judicial efectiva) al haber sido condenada la recurrente en virtud de una prueba pericial de análisis de la sustancia intervenida que no puede tenerse en cuenta, al infringirse los principios de inmediación, contradicción y publicidad, en su introducción en el juicio oral.

1º El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar la doctrina jurisprudencial, como recuerdan las SSTS. 291/2012 de 26.4 , 963/2011 de 27.9 , que realiza un análisis muy pormenorizado de los criterios jurisprudenciales en relación con la práctica en el juicio de la prueba pericial toxicológica en delitos de tráfico de estupefacientes y sobre el valor probatorio de los dictámenes emitidos por Laboratorios oficiales en estos supuestos, con anterioridad a la Ley 38/2002, de 24 de octubre con entrada en vigor el 28 de abril de 2.003,

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

que modificó el art. 788.2 de la LECrim , la doctrina tradicional y mayoritaria de esta Sala del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, se plasmaba en numerosas resoluciones, entre otras la STS de 14 de noviembre de 2002 en la que, con cita de otras precedentes, señalaba que en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los Gabinetes y Laboratorios Oficiales se propicia la validez "prima facie" de sus dictámenes e informes sin necesidad de su ratificación en el Juicio Oral siempre que no hayan sido objeto de impugnación expresa en los escritos de conclusiones en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria (sentencias de 26 de febrero de 1.993 , 9 de julio de 1.994 , 18 de septiembre de 1.995 o 18 de julio de 1.998 , entre otras).

El fundamento de este criterio se encuentra en la innecesariedad de la comparecencia del perito cuando el dictamen ya emitido en fase sumarial es aceptado por el acusado expresa o tácitamente, no siendo conforme a la buena fe procesal la posterior negación de valor probatorio del informe documentado si éste fue previamente aceptado.

La posibilidad que el acusado tiene de pedir la citación del perito al Juicio Oral para que allí emita su informe bajo los principios de contradicción e inmediación debe entenderse como una mera facultad, y no como una carga procesal del acusado para desvirtuar su eficacia: en efecto, siendo la regla general que la prueba pericial se practique en el Juicio Oral, y siendo lo contrario la excepción fundada en la aceptación expresa o tácita del informe obrante como documental en los Autos, al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general despliegue toda su eficacia; por lo tanto podrá tanto pedir la comparecencia del perito, si así lo estima oportuno, como impugnar el dictamen documentado -aún sin necesidad de interesar la citación de quien lo emitió- si así lo considera mejor. En ambos casos, y solo en estos casos, el peritaje debe practicarse en el Juicio Oral, siendo en los demás suficientes los informes oficiales documentados.

El problema radicaba en perfilar los términos de la impugnación: a este respecto la doctrina jurisprudencial entendía que no necesitaba motivarse explicitando las razones de la discrepancia o de la impugnación, y que en caso de no motivarse no deja de ser tal la impugnación, en tanto que por sí misma desmiente su aceptación tácita, cualquiera que sea la causa en que se apoye.

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 21 de mayo de 1999, ratificado el 23 de febrero de 2001, aprobó que siempre que exista impugnación se practicará el dictamen en el Juicio Oral aunque aquélla se funde en la negación de presupuestos de validez que en verdad concurren en el caso de que se trate.

La Ley 38/2002, citada anteriormente, estableció una nueva redacción del art. 788.2 LECrim , según la cual en el ámbito del procedimiento abreviado tienen carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.

Esta disposición legal ha sido objeto de dos corrientes interpretativas como recuerda la reciente STS núm. 963/2011, de 27 de septiembre : la primera reitera los criterios que han quedado consignados. Así, la STS de 21 de enero de 2.004 expone que " aun cuando la práctica de la prueba en el juicio oral admite salvedades excepcionales, y entre éstas se han incluido jurisprudencialmente los supuestos de análisis de droga realizados durante la Instrucción por laboratorios oficiales, esta excepción a la regla general procede cuando la defensa no ha cuestionado expresamente el resultado de los análisis, es decir cuando la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia analizada sea una cuestión tácitamente admitida, por lo que la práctica de la prueba en el acto del juicio oral no se hace necesaria... En consecuencia, en el caso de que la defensa impugne expresamente el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste su discrepancia con dichos análisis, el documento sumarial pierde su eficacia probatoria autónoma, y la prueba pericial debe

CEF.-**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal" . Y añadía "El Fiscal, que sin duda alguna conoce este criterio jurisprudencial, puede y debe prever que si los analistas o alguno de ellos que formen parte del equipo de especialistas que los elaboró no comparecen al Juicio Oral para ratificar esos dictámenes, la defensa del acusado impugne o repudie los análisis periciales practicados en instrucción por los laboratorios oficiales, lo que, por cierto, no es nada inhabitual, por lo que, en tal caso, tales dictámenes carecerán de eficacia probatoria en las mismas condiciones que cualquier prueba pericial".

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial se dictó en el Ministerio Fiscal la Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre, sobre " Citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública ", que partiendo del criterio general de que " La doctrina del Tribunal Constitucional elaborada a partir de su Sentencia 31/1981, de 28 de julio establece como regla general que la prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia ha de desarrollarse en el juicio oral, como premisa básica para la legitimidad del proceso con las garantías debidas, conforme al art. 24.2 de la Constitución " así como de la doctrina jurisprudencial citada, establece como conclusiones que en el ámbito del proceso ordinario por delitos cuando ya durante la fase de instrucción la Defensa haya impugnado el informe pericial, los Fiscales habrán de interesar en su escrito de calificación la práctica de la prueba pericial con citación de los autores del informe y, en otro caso, los Fiscales, con carácter general, al proponer la prueba en las conclusiones provisionales, interesarán la citación como peritos de los autores del informe de análisis de droga, pero a esa petición de prueba añadirán por que en caso de que la Defensa no impugne en sus conclusiones provisionales la prueba pericial, se renuncia a su práctica y se interesa expresamente que no sean citados los peritos a juicio. Y en el ámbito del procedimiento abreviado y de los juicios rápidos habrá de partirse de que el dictamen sobre la sustancia intervenida recibe el tratamiento procesal de prueba documental, por lo que como tal deberá proponerse en el escrito de acusación, especificando el folio de las actuaciones donde se encuentra y en el supuesto de que el informe pericial sobre análisis de drogas sea impugnado por la Defensa, los Fiscales valorarán los aspectos cuestionados y en función de la entidad o razonabilidad de la impugnación propondrán, en su caso, la comparecencia de los peritos al acto del juicio.

Asimismo, en la STS de 27 de julio de 2009 , se dice: Los informes sobre naturaleza, peso y pureza de sustancias estupefacientes han tenido hasta ahora casi exclusivamente el tratamiento de prueba pericial. Y como tal la reiterada doctrina de esta Sala ha venido declarando la necesidad de su práctica en el Juicio oral, quedando sometida a las garantías propias de los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, con la comparecencia del perito al acto de la vista oral. Tal principio general ha sido matizado por esta Sala (SS de 26 de enero de 1993 , 29 de abril y 9 de julio de 1994 , 5 de mayo , 18 de septiembre y 1 de diciembre de 1995 , 15 de enero de 1996 , 18 de julio de 1998 y 10 de junio de 1999 , entre otras muchas) al precisar en relación con los informes de laboratorios o instituciones oficiales que la falta de objeción del análisis pericial supone el tácito consentimiento al mismo, siendo entonces criticable la conducta de quien formula una extemporánea reclamación cuando no hay posibilidad de rectificar la situación que anticipadamente consintió o asumió; y que los dictámenes policiales procedentes de órganos o departamentos especiales del Ministerio de Sanidad, en atención a las garantías técnicas y a la imparcialidad que los respectivos centros y laboratorios oficiales ofrecen, han de merecer la consideración formal de pruebas válidas a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia aunque no fueran ratificadas en el Juicio Oral, siempre que las partes prestaran su consentimiento expreso o tácito por ausencia de impugnación en tiempo hábil respecto del resultado o de la competencia o imparcialidad profesional de tales peritos. La impugnación en

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

su caso, no necesita motivarse explicitando las razones de discrepancia, ya que ésta, por sí misma desmiente la aceptación tácita del dictamen sumarial, cualquiera que sea la causa en que aquélla se apoye".

Junto a esta corriente jurisprudencial convive otra, más estricta en cuanto a las exigencias a la defensa respecto del contenido de su impugnación pero más laxa desde el punto de vista probatorio, amparada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 que decidió que " la manifestación para la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por organismos oficiales, no impide la valoración del resultado de aquéllos como prueba de cargo cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental.... ". Esta segunda línea jurisprudencial, manteniendo las mismas líneas generales en cuanto a la exigencia de ratificación de los peritos en el juicio cuando se impugne su informe por la defensa, considera sin embargo que el dictamen pericial documentado en las actuaciones, elaborado por organismos oficiales, tendrá aptitud para configurar prueba de cargo documental suficiente para acreditar la naturaleza, cantidad y pureza de las sustancias si la defensa del acusado se limita a expresar su impugnación a secas, sin exponer, siquiera mínimamente, las razones de su no aceptación o no propone la práctica de alguna prueba sobre el particular. De manera que si la defensa del acusado consigna en su impugnación los motivos o circunstancias que sustenten su rechazo a los dictámenes oficiales, o propone prueba al respecto, será necesaria la comparecencia de los peritos al Juicio Oral para que, sometidos a contradicción y con la exigible intermediación, ratifiquen sus previos dictámenes.

En esta otra línea se expresan distintas sentencias de esta Sala, de entre las más recientes, la STS núm. 534/2009, de 1 de junio que desestima el recurso de casación interpuesto por la acusada y en la que cabe mencionar algunas consideraciones: "La defensa de la acusada, hoy recurrente, en su escrito de calificación, impugnó expresamente el análisis de la sustancia intervenida, en lo relativo al resultado del dictamen practicado, manifestando su discrepancia respecto de la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia analizada. Consecuentemente no cuestionó la capacidad técnica de los peritos informantes, ni los métodos seguidos, no se solicitó ampliación o aclaración alguna de éstos, ni se propuso un nuevo análisis contradictorio de aquél. En efecto en relación a las exigencias del fundamento material de la impugnación existen, ciertamente, algunas fluctuaciones jurisprudenciales, pudiéndose detectar dos tendencias: una más laxa que otorga operatividad a la impugnación pura y simple y otra estricta que exige que la impugnación sea acompañada de una argumentación lógica. La impugnación tuvo carácter meramente formal, pues ni en el momento de llevarla a cabo, ni en Juicio ni, incluso, en este Recurso, se explican las razones materiales por las que tal impugnación se produce, los defectos advertidos, las dudas interpretativas, etc. que le hacen a la Defensa ver la necesidad de la solicitud de comparecencia de los peritos informantes para poder someterles al interrogatorio correspondiente, en cumplimiento del principio de contradicción que se alega...", añadiendo que "...de acuerdo con doctrina ya reiterada de esta Sala, en ese mismo sentido, SSTS 04/07/2002 , 05/02/2002 , 16/04/2002 , la argumentación del recurrente, en este punto, no puede admitirse, ya que, como dicen las SSTS de 7 de julio de 2001 , y 1413/2003 de 31 de octubre, una cosa es que la impugnación no esté motivada y otra distinta que la declaración impugnatoria sea una mera ficción subordinada a una preordenada estrategia procesal, cuyo contenido ni siquiera se expresa en el trámite del informe subsiguiente a elevar las conclusiones a definitivas, pudiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 11.1 y 2 LOPJ ... lo que permite corregir los abusos procesales como pueden ser las impugnaciones ficticias y meramente oportunas carentes de cualquier fundamento".

La STS núm. 704/2009, de 29 de junio , abunda en este criterio y reitera que "La impugnación de la defensa debe dejar claro el extremo impugnado y la razón de la



www.civil-mercantil.com

impugnación, pues sólo cuando se ataca la competencia o capacidad profesional de los peritos o se interesan ampliaciones o aclaraciones sobre el contenido técnico del dictamen, puede considerarse como impugnación de prueba pericial".

2º En el caso actual, tal como recuerda el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo, la recurrente en su escrito de defensa, folios 311, 314, Rollo Audiencia, se limitó a impugnar de forma genérica los folios en los que figuraba el informe del Servicio de Química del Instituto Nacional de Toxicología de Barcelona (folios 2157 y ss. Tomo VI) en los que se analiza, por dos facultativas y Jefe del Servicio de Química, las muestras remitidas de los paquetes intervenidos en los que se precisa la naturaleza (cocaína), peso (522,34 y 218,46 gramos), y calidad (pureza del 74,6% y 75,2%), sin determinar la parte los puntos concretos con los que estuviera su desacuerdo, siendo aun más trascendente que ni siquiera propuso a los peritos para ser citados al juicio oral e interrogados acerca de los peritos disconformes del dictamen realizado -ni menos aun la práctica de un nuevo análisis contradictorio-.

Asimismo el Ministerio Fiscal interesó en su escrito de acusación y fue admitido como prueba por la Audiencia, la declaración pericial del Director del Departamento de Toxicología que dio el visto bueno del informe y que fue citado a juicio para declarar por videoconferencia -figurando al folio 406 del Rollo que dicho perito informe a la Sala no haber intervenido en el análisis de la droga y por ello en la elaboración del dictamen, dándose traslado al Fiscal y al resto de las partes proponentes a lo que, en su derecho conviniera por providencia de 30.11.2012 (folio 407), renunciándose en el acto del juicio oral, como destaca la sentencia recurrida, por el Ministerio Fiscal a la practica en el juicio de la pericial, indicándose por las defensas que no impugnaban el contenido de los informes periciales y si en cuanto derivaban de unas intervenciones telefónicas cuya nulidad postulaban. Por ello los informes periciales, con los análisis que contienen, quedaron así introducidos en el plenario.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado.

Decimo segundo.

El motivo cuarto al amparo del art. 5.4 LOPJ . Por infracción del derecho a la presunción de inocencia, en relación a un proceso con todas las garantías constitucionales, art. 24.1 y 2 CE , (presunción de inocencia y tutela judicial efectiva), al haber sido condenada por el solo hecho de ser la pareja sentimental del acusado Rondón, por cuanto nunca se la encontró sustancia alguna, ni se ha acreditado su participación en la comisión del delito por el que ha sido condenada, al no saber para qué se iba a utilizar el DNI y no tener por ello, el dominio del hecho.

Como ya hemos indicado en motivos anteriores cuando en esta vía casacional se alega infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del juzgador de instancia, porque a éste no corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que efectivamente, el tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de cargo de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción, y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos, en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (SSTS. 1125/2001 de 12.7 , 702/2006 de 3.7).



www.civil-mercantil.com

En el caso presente, la sentencia de instancia considera probado que Serafina Remedios , pareja sentimental de Franco Teodulfo , consiguió hacerse con un DNI, que había extraviado Salvadora Magdalena y lo facilitó a su pareja, el procesado Franco Teodulfo , que a su vez, facilitó los datos contenidos en dicho documento a " Chillon " (fallecido) a fin de remitir un dispositivo informático desde España a Colombia, y luego desde Venezuela a España a nombre de dicha persona. Y en la fundamentación jurídica destaca las conversaciones mantenidas por ésta con un tercero al que solicita que lleven un ordenador al hermano de " Mangatoros " (Moises Diego) que está en Colombia, que pesa un kilo, que lo pueden ir a comprar juntos, con su pareja Franco Teodulfo al que facilita los datos de identificación de la titular del DNI, Salvadora Magdalena , y la utilización con éste en sus conversaciones habituales de un lenguaje muy confuso y ambiguo, lo que unido a la testifical del instructor de la operación GC. NUM034 en el sentido de que fue Serafina Remedios quien consiguió los datos de la destinataria del envío, pruebas suficientes para enervar su presunción de inocencia.

El motivo por lo expuesto se desestima.

RECURSO INTERPUESTO POR Celestino Lucas

Decimo tercero.

El motivo primero en virtud de lo dispuesto en el art. 852 LECrim . y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

El motivo en cuanto coincide con la vulneración alegada en el ordinal primero del recurso interpuesto por el coacusado Franco Teodulfo debe ser desestimado, dando por reproducido lo ya argumentado para evitar innecesarias repeticiones.

Decimo cuarto.

El motivo segundo en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim . por infracción de Ley plantea dos cuestiones:

a) por indebida aplicación de los arts. 368 , y 369.5 CP , al no haber sido introducido el Dictamen del Instituto Nacional de Toxicología relativo al análisis de las sustancias estupefacientes, debidamente por el Ministerio Fiscal en fase documental.

b) infracción del art. 53.3 CP , en cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria de 11 meses prisión para el caso de impago de la multa.

A') La primera cuestión ya ha sido analizada en los motivos primero y segundo del recurso interpuesto por Victoriano Hilario , y tercero de Serafina Remedios , remitiéndonos a lo ya argumentado en orden a su desestimación.

B') La segunda queja del recurrente, que es apoyada por el Ministerio Fiscal si debe merecer favorable acogida.

En efecto como hemos dicho en SSTS. 901/2009 de 24.9 , 826/2008 de 12.12 , 252/2008 de 22.5 , entre otras, esta Sala sobre este punto habría seguido criterios interpretativos distintos:

1º) Un primer criterio que interpretaba que la limitación del apartado 3º del art. 53 debía extenderse a todos aquellos arresto sustitutorios derivados de multas, aunque sean por delitos sancionados con penas inferiores, siempre que alguno de ellos o la suma penológica de los apreciados en la sentencia exceda del limite de 5 años, pues se trata de una de las limitaciones



www.civil-mercantil.com

que tienen las penas privativas de libertad en que, al igual que lo dispuesto en los arts. 75 a 78 CP , ha de tenerse en cuenta tanto la conexidad material como la procesal (SSTS. 19.12.85 , 12.9.86 , 22.12.87 , 8.6.88 , 15.4.91 , 13.4.94 , 1.12.94 y 16.1.95).

2º) Una postura más restrictiva que entiende que la limitación solo procede cuando la multa sea pena conjunta, en el mismo delito y la pena de prisión, por sí sola, supere el límite del art. 53.3 CP .

Podemos citar la STS. 693/2000 de 24.4 que en su caso, en que se había impuesto responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa, no obstante que la pena privativa de libertad establecida era de 4 años de duración -es decir el límite del art. 53.3 en su anterior redacción-- desestimó el motivo, que habría sido apoyado por el Ministerio Fiscal, argumentando:"...Los precedentes citados por el recurrente (SSTS 13-4-93 ; 1-2-94 ; 16-1-95 y 23-4-96) se refieren a cuestiones diversas de las aquí planteadas. Se trata en ellas de si el condenado a varias penas privativas de la libertad de ejecución acumulativa, pero menores cada una del límite legal que excluye la responsabilidad subsidiaria y mayores conjuntamente consideradas, permitiría establecer un arresto sustitutorio en caso de impago de la multa.

En el presente caso, la única pena impuesta no supera los cuatro años y, por lo tanto, la decisión del Tribunal a quo es correcta, dado que la Ley aplicada no ha sido infringida. Es cierto que existen precedentes en el sentido de entender que el arresto sustitutorio, sumado a la pena privativa de libertad impuesta, no debe superar el límite de 4 años (SSTS. 119/94 de 1.2 , 357/96 de 23.4 , 629/96 de 26.9 , 772/97 de 30.5). Sin embargo, es indudable que de esta manera, en los casos en los que la pena alcance a los cuatro años, el cumplimiento de la multa solo dependería de la voluntad del acusado. Por un lado, el legislador no puede haber querido renunciar al cumplimiento de las penas de multa conjuntas establecidas para cada delito en particular en forma conjunta con la de prisión, sino solo cuando se superan los cuatro años. Si así fuera podría haberlo dicho claramente sin ninguna dificultad. Por otro lado, una renuncia de esta naturaleza no aparece impuesta por ningún principio concerniente a la aplicación de las penas.

c) Finalmente una postura intermedia parece limitar la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa, cuando dicho arresto sustitutorio unido a la pena de prisión rebase aquel límite, en la actualidad de 5 años, (SSTS. 1.2.94 , 14.4.95 , 23.4.96 , 26.9.96 , 6.3.97 , 30.5.97 y 803/2000 de 16.5) que explica esta postura en los siguientes términos:

"El segundo motivo del recurso, por infracción de Ley al amparo del número 1º del art. 849 de la L.E.Criminal , denuncia la infracción del art. 53.3º del Código Penal de 1995 , por estimar que al imponerse una pena de cuatro años de prisión no debió establecerse adicionalmente el cumplimiento de dos meses adicionales de arresto sustitutorio en caso de impago de la multa.

El art. 53.3º del Código Penal de 1995 establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años. Una interpretación literal o meramente formal de la norma conllevaría la desestimación del recurso, como interesa el Ministerio Fiscal, pues en el caso actual la pena privativa de libertad impuesta no es "superior" a cuatro años, sino justamente de cuatro años, pero si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesoria como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos



www.civil-mercantil.com

que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.

Es por ello por lo que la doctrina de esta Sala (Sentencias nº 872/1993, de 13 de abril de 1993 , nº 886/1993, de 14 de abril del mismo año, nº 1994, de 1 de febrero de /1994 , ó nº 629/96 de 26 de septiembre de 1996 , entre otras), ha estimado, en relación con el Código Penal anterior, que" cuando la pena privativa de libertad no alcance los 6 años, si existe arresto sustitutorio de una pena de multa, dicho arresto no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, a los seis años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 6 años y 1 día que el que lo fue a pena, por ejemplo, de 5 años y 11 meses, sin arresto sustitutorio aquélla y con un posible arresto sustitutorio ésta que pudiera exceder en su cómputo de los 6 años y 1 día" (S.T.S. 872/1993), lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad, doctrina que resulta igualmente de aplicación respecto del Código Penal de 1995, al subsistir las razones que la fundamentan.

En consecuencia el art. 53.3º del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal". (Criterio reiterado en STS. 1184/2003 de 18.9).

Estos distintos criterios interpretativos han resultado unificados en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 1.3.2005, que acordó: "La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP ".

Acuerdo que ha sido desarrollado en la STS. 358/2005 de 22.3 , en el sentido de considerar que el límite de cuatro años (ahora 5), sólo tendrá lugar para la pena privativa de libertad y pecuniaria, conjuntamente previstas por la comisión de un delito, pero no debe operar la suma de las penas privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar este tope, y si no puede sumarse a estos efectos las penas privativas de libertad en todos los delitos, tampoco podrá sumarse una responsabilidad personal subsidiaria acordada para el impago de la pena de multa de un delito distinto del sancionado con la pena privativa de libertad (STS. 131/2007 de 16.2).

En el caso presente el recurrente fue condenado por un delito contra la salud pública, sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, a las penas de seis años y 1 día prisión y multa de 707.212 E con responsabilidad personal subsidiaria de 11 meses, lo cual no era posible al haber sido impuesta una pena de prisión que ya superaba el actual límite de 5 años del art. 53.3 CP .

El motivo por lo expuesto, debe ser estimado suprimiéndose referida responsabilidad personal subsidiaria de 11 meses. Estimación que debe hacerse extensiva en base a lo dispuesto en el art. 903 LECrim , al recurrente Franco Teodulfo condenado a pena de prisión de 4 años y 6 meses de prisión y multa de 2351948 E, con responsabilidad subsidiaria de 11 meses, que deberá reducirse a 6 meses, y al acusado, no recurrente Moises Diego , condenado a 7 años y 6 meses de prisión y multa de 1.650.422 E, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 año de privación de libertad, cuya imposición no resulta procedente.

RECURSO INTERPUESTO POR Celso Luciano

Decimo quinto.



www.civil-mercantil.com

Renunciándose al motivo primero del recurso por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el motivo segundo por es por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 y 851 LECrim , por indebida aplicación de los arts. 63 y 64 CP , en relación con el art. 368 del mismo Cuerpo Legal .

Cuestiona en primer lugar que su actuación pueda calificarse de complicidad, y en segundo lugar, la pena impuesta, que debió ser la mínima de un año, aplicando la rebaja en grado de complicidad el motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

La vía casacional elegida obliga al respecto del hecho probado, por cuanto no se denuncian errores de hecho sino de derecho, esto es, una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia, y en el factum se recoge como el acusado Celso Luciano "con conocimiento de lo anterior y del objeto del viaje -esto es el transporte por el acusado Celestino Lucas , organizado por Moises Diego , desde Bogotá a Barcelona de más de 5,5 kgs. De cocaína- puso en contacto a Moises Diego con la agencia de viajes "Solertows", de la que era cliente habitual, a fin de que Moises Diego pudiese comprar los billetes de viaje necesarios y de que se le facilitase y fraccionase el pago", conducta ésta secundaria y subordinada a la acción principal, correctamente calificada de complicidad.

Y en cuanto a la pena impuesta el recurrente ha sido condenado como cómplice de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, cuya pena, art. 369.1 CP , es de 6 años y 1 día a 9 años prisión, lo que conlleva que rebajada la pena en un grado, conforme lo dispuesto en el art. 63 CP , la impuesta, tres años prisión, es la mínima imponible, art. 701.2º CP .

RECURSO INTERPUESTO POR Maria Tomasa

Decimo sexto.

El motivo primero por quebrantamiento de forma se fundamenta en la "denegación de nulidad de la documental introducida por el Ministerio Fiscal una diligencia de prueba" señalándose como testimonio el acta de la vista del juicio, donde consta que todas las defensas pidieron la nulidad de la prueba aportada en el debate contradictorio de la vista, sin tener en cuenta su origen nulo y en algunos casos la ilegalidad de la misma al haber sido obtenida sin las debidas garantías procesales. En este sentido, se dejó expresa protesta de la admisión de la prueba reproducida en el plenario, así consta en el soporte videográfico de la vista (sic).

El motivo es confuso en su planteamiento y desarrollo, al no concretar en que precepto lo sustenta, si bien en el apartado genérico "Fundamento procesales del recurso" hace referencia al quebrantamiento de forma del art. 850.1 LECrim ; denegación de alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y en forma por las partes, se considera pertinente, vicio in procedendo que nada tiene que ver con la denegación de una nulidad de actuaciones planteadas por las defensas al momento de la vista, y que en todo caso ha sido analizada en los recursos de los anteriores acusados.

Decimo septimo.

El motivo segundo por quebrantamiento de forma, art. 851.2 LECrim , al no expresarse con claridad en la sentencia, cuales eran las actividades delictivas en las que la recurrente participaba. El solo hecho de ser conviviente y/o tener una hija con un investigado por la policía (Lucho) que no legaliza la intervención de las comunicaciones, no solo trae consigo la nulidad planteada, sino que hace un ejercicio contrario a lo que debe informar la presunción de



www.civil-mercantil.com

inocencia, ya que en ningún momento ha quedado establecido que Maria Tomasa conociera la actividad ilegal de su conviviente.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos dicho en STS. 209/2014 de 20.3 , La falta de claridad sólo deberá apreciarse cuando el Tribunal haya redactado el relato fáctico utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no sea posible conocer con precisión qué es lo que el Tribunal declara probado y por tanto, resulte imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS. 1006/2000 de 5.6 , 471/2001 de 22.3 , 717/2003 de 21.5 , 474/2004 de 13.4 , 770/2006 de 13.7) hacen viable a este motivo son los siguientes:

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión por el juzgador de lo que considera probado, debe ser interna y no podrá oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) La incomprensión, la ambigüedad, etc. del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, y es claro que toda sentencia penal tiene que contener junto al relato de hechos probados, la oportuna referencia a cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, al menos con referencia aproximada, sino es posible una precisión concreta, como sería deseable, su incomprensión por falta de acreditamiento no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello que, efectivamente, resulte acreditado.

Ahora bien la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 235/2000, 24.3.2001 , 23.7.2001 , 1.10.2004 , 2.11.2004 , 12.11.2004 , 28.12.2005).

Por ello se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el Tribunal puede no considerar probados o meramente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto (SS. 31.1.2003 , 28.3.2003 , 2.7.2003 , 7.10.2003 , 12.2.2004).

En efecto, la solución a las omisiones en los Hechos Probados no viene por el cauce de la -falta de claridad art. 851.1- sino por la vía del art. 849.2 LECrim . En este sentido la STS. 4.5.99 precisa que la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto



www.civil-mercantil.com

invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente, S. 6.4.92 , porque las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia - SS. 18 y 28.5.92 - o como dicen las SS. 375/2004 de 23.3 y 1265/2004 de 2.11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECrim .

Resulta evidente que las cuestiones planteadas por la recurrente no tienen cabida en la vía casacional elegida y son propias de un motivo por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Decimo octavo.

El motivo tercero por infracción de Ley, art. 849.1.2 LECrim , al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo al no valorarse la condición de conviviente de la recurrente con uno de los procesados fallecido antes del juicio, sin que existan intervenciones telefónicas de la recurrente y aunque hubiera tenido conocimiento de la actividad delictiva de su pareja no podría ser considerada autora ya que la mera convivencia no implica la autoría del delito contra la salud pública al no tener la condición de garante.

Ciertamente entre los principios fundamentales del Derecho Penal -hemos dicho en SSTs. 158/2014 de 12.3 , 465/2011 de 31.5 - ha sido reconocido sin excepciones el de responsabilidad personal. De acuerdo con este principio la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. El Tribunal Constitucional sentencia 131/87 ha sostenido que "el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad". De la vigencia de este principio se derivan exigencias para la interpretación de la Ley Penal. En particular se impone al interprete establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, ello es lo que ocurre indudablemente en los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar, naturalmente, aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellas (tenencia de armas, art. 563 CP , y de drogas, art. 368 CP).

En estos delitos en el supuesto de la tenencia de drogas con propósito de tráfico, el acceso a la droga que tiene el cónyuge, padre o hijo que conviven, no puede comportar por sí solo, la realización del tipo penal. Naturalmente -dice la STS. 1227/2006 de 15.12 - Naturalmente que en este delito es posible compartir la tenencia y que esto es posible también cuando se la comparte entre cónyuge o entre padres e hijos, o demás moradores de la vivienda Pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirán que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas.

Estas circunstancias pueden ser muy diversas, en cada caso y difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, no obstante lo cual exigirán una comprobación positiva de los elementos que diferencian la convivencia familiar con el autor respecto de la coautoría misma, pues la sola relación familiar no puede ser fundamento válido de la coautoría de la tenencia.



www.civil-mercantil.com

En efecto la posesión ilícita no puede deducirse del solo hecho de la convivencia bajo el mismo techo, aunque en el domicilio se ocupen drogas y determinados útiles para su manipulación, si no aparecen otras pruebas o indicios. En el Derecho Penal instaurado y basado en el principio de culpabilidad, art. 1 CP , no puede admitirse ningún tipo de presunción de participación por aquella vida en común, incluso por el conocimiento que uno de los convivientes tenga del tráfico que el otro realiza.

De otra manera en dichos delitos se burlaría por esta vía de exclusión de la obligación de denunciar a los allegados o de declarar contra el pariente, art. 416 LECrim ., o incluso de la prohibición de encubrir, art. 454 CP , que ha dispuesto el legislador, reemplazándola por una autoría fundada en la mera convivencia familiar.

En definitiva, es preciso que, saliendo de una actitud de pasividad, se participe en alguna actividad que por su tendencia pueda ser calificada de facilitación del tráfico o consumo (STS. 196/2000 de 4.4). Pero no por ser cónyuge o conviviente queda ésta siempre amparado por la exención de responsabilidad, si su comportamiento no se limita a conocer y padecer la actividad del otro y se demuestra que el ilícito negocio lo llevan entre ambos y en definitiva el compañero o compañera realiza aportaciones causales, al hecho delictivo que denotan un concierto o coordinación (STS. 1274/2009 de 18.12).

Situación que sería la presente causa en la que, tal como declaró el Instructor de la operación GC. NUM034 , cuando " Chillon " se fue a Colombia en marzo 2011 para solucionar los problemas del envío del paquete con los dispositivos electrónicos y la droga camuflada, es María Tomasa quien queda encargada del negocio y mantiene frecuentes conversaciones con uno de los organizadores, Franco Teodulfo , haciendo de sustituta e intermediaria.

Así comprueba con Franco Teodulfo el estado de cuentas (folios 143 y 147), recibiendo instrucciones de éste y facilitando el intercambio de información entre su pareja (Chillon - y este acusado (folios 149 y ss), hablando del correo electrónico a fin de comunicar la dirección del envío del paquete y que fuera según la comunicación, facilitándole Franco Teodulfo un nuevo número de teléfono (folios 176 a 181 y 184).

Consecuentemente no sustentándose su condena en la mera convivencia familiar el mismo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR Valeriano Jacinto

Decimo noveno.

Renunciándose a la interposición de los motivos tercero, cuarto y sexto, por razones metodológicas procede analizar con carácter prioritario el motivo quinto formulado al amparo del art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, en cuanto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE ., dado que no ha existido el preceptivo control judicial de la medida de intervención telefónica al no constar con medios suficientes para justificar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones en los autos habilitantes 19 y 26 agosto y 12 septiembre 2010, existiendo una conexión de antijuricidad entre dichos autos y además las personas inicialmente investigadas no fueron finalmente acusadas.

Cuestiones que ya han sido analizadas en el motivo primero del recurso interpuesto por Franco Teodulfo , por lo que damos por reproducido lo allí expuesto en orden a su desestimación.

Vigésimo.



www.civil-mercantil.com

Analizando a continuación el motivo segundo formulado al amparo del art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional, en concreto derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE , en relación con la ausencia de prueba de cargo respecto a su condena por delito contra la salud pública.

El motivo se desestima.

Como hemos explicado en sentencias de esta Sala -SSTS. 503/2013 de 19.6 , 210/2012 de 15.3 , 52/2008 de 5.2 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la



www.civil-mercantil.com

valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiéndose por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

La sentencia de esta Sala Segunda nº 131/2010 de 18.1 , hace un compendio de la doctrina jurisprudencial sobre el control casacional de la valoración probatoria, en el sentido de que "ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia". Al objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas validas y lícitas, de contenido incriminatorio, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la proyectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes -lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento subjetivo, que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con



www.civil-mercantil.com

la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba".

Por otro lado a falta de prueba directa, hemos dicho en STS. 391/2010 de 6.5 , que, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- 1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.
- 2) Los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.
- 3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.
- 4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre , (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 , y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de intermediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003 de 18.12 , FJ. 24).

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007 , partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4).

En definitiva el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia - se dice en la STS 1373/2009 de 28-12 - se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador,



www.civil-mercantil.com

en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000; 4-6-2001 , 28-1-2002 , STS 1171/2001 ; 6/2003 ; 220/2004 , 711/2005 ; 476/2006 ; 548/2007 , entre otras-.

Por tanto, no es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro tribunal justifique su decisión, es decir, la función casacional no consiste en seleccionar, entre las distintas versiones sometidas a la consideración de la Sala, cuál de ellas resulta más atractiva, ni siquiera se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama el Tribunal de instancia y la que con carácter alternativo formula el recurrente, sino si en esa valoración la Sala ha respetado las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos.

Vigésimo primero.

En el caso presente la sentencia de instancia considera probado en relación a este recurrente: " Moises Diego y Franco Teodulfo organizaron la introducción en España, a través de correos, "mulas". procedentes de Colombia, de cocaína, organizando en concreto dos viajes, sin llegar a lograr su objetivo, al ser detenidos ambos correos, Hernan Bernardino , y Cipriano Esteban , en fechas 30 de diciembre de 2.010 y 15 de enero de 2.011, respectivamente, en el aeropuerto de Bogotá, posteriormente condenados por Juzgados de lo Penal de dicha capital. Valeriano Jacinto facilitó a Franco Teodulfo una persona de contacto en Colombia, " Diamante ", que fue quien, a su vez, consiguió allí los dos correos humanos, a la postre detenidos. Al propio tiempo, Valeriano Jacinto , puso a Franco Teodulfo en contacto con una familiar suya residente en Colombia, la cual facilitó allí el encuentro y contacto, entre dichos correos humanos y los proveedores de la droga".

Relato fáctico que considera acreditado a partir de las múltiples conversaciones mantenidas con Valeriano Jacinto (Canicas) con Franco Teodulfo , folios 197 y 203 y ss, las resoluciones judiciales recaídas en Colombia e introducidas como documental, así como por la testifical del Instructor de las diligencias sobre ser Valeriano Jacinto quien, además, facilitaba a Franco Teodulfo productos adulterantes y sustancias de corte que adquiriría en Palma en viajes financiados por Franco Teodulfo , quien le pagaba en dinero o sustancias, destacando el viaje de 19.4.2011 en el que entrega algo a la coacusada Maria Tomasa .

Consecuentemente ha existido prueba lícita suficiente para enervar la presunción, sin que la valoración de la Sala pueda considerarse arbitraria.

Vigésimo segundo.

El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECrim . Infracción de ley, precepto constitucional de carácter sustantivo, aplicación indebida art. 368 CP , en relación con los arts. 28 y 29 del mismo Texto legal , al entender que los actos realizados por el recurrente no es posible subsumirlos en la autoría sino en la complicidad por no ser un aporte relevante por el desarrollo del iter criminis.

Como hemos dicho en reciente STS. 115/2014 de 25.2 con cita 821/2012 de 31.10, 561/2012 de 3.7, 960/2009 de 16.10, 120/2008 de 27.2, en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso



www.civil-mercantil.com

concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS. 89/2006 de 22.9).

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10).

En la STS. 699/2005 de 6.6 , se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia , la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2 , la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

-La complicidad - dice la STS. 1216/2002 de 28.6 -, requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos, de mera accesoriadad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98 , 24.4.2000).



www.civil-mercantil.com

Ahora bien, en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS. 10.3.97 y 6.3.98). Por ello la doctrina de esta Sala STS. 1069/2006 de 2.11 , ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP . y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25.2.2003 que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14.6.95 , la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", que no ayudan directamente al tráfico, pero si a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

La sentencia de esta Sala 312/2007 de 20.4 , enumera "ad exemplum" diversos casos calificados de complicidad:

- a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.
- b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15.10.98). En el mismo sentido STS. 28.1.2000 .
- d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10.7.2001).
- e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003).
- f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003).
- g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7.3.2003).
- h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, (STS. 30.3.2004).
- i) prestar el propio coche para transportar la droga, haciéndolo sin ánimo de lucrarse con ello (STS. 699/2005 de 6.6).
- j) acompañar a quien quiere ocultar la droga, portando la mochila en la que se contiene esa droga (STS. 1430/2002 de 24.7).
- k) ayudar a hacer desaparecer la droga ante la presencia policial (STS. 1463/2002 de 9.9).

Conductas que no pueden equipararse a la del recurrente, tal como razona la sentencia recurrida dada la variedad de los actos en que intervino y la importancia de los mismos



www.civil-mercantil.com

facilitando la labor en Colombia de otros acusados -especialmente Franco Teodulfo -, así como los viajes a Palma para adquirir sustancia adulterantes, que exceden de la mera complicidad.

Vigésimo tercero.

Estimándose parcialmente el recurso interpuesto por Celestino Lucas , se declaran de oficio las costas causadas por el mismo y desestimándose los del resto de los recurrentes se les imponen las costas respectivas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación, interpuesto por Celestino Lucas , contra sentencia de 26 de marzo de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera , y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS parcialmente mentada resolución dictando nueva sentencia con declaración de oficio de las costas del recurso.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos interpuestos por Franco Teodulfo , Victoriano Hilario , Serafina Remedios , Celso Luciano , y Valeriano Jacinto , contra la misma sentencia, imponiéndoles las costas de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador 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. Candido Conde-Pumpido Touron D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Andres Palomo Del Arco D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Mayo de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Palma de Mallorca, con el número 43 de 2012, y seguida ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1ª por delito contra la salud pública, contra Moises Diego , mayor de edad, en cuanto nacido en Cali, Colombia, el NUM000 de 1.968, hijo de Felix Fabio y de Flora Inocencia , indocumentado, con domicilio en la CALLE000 , nº NUM001 , NUM002 - NUM003 , de Palma de Mallorca, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; contra Franco Teodulfo , mayor de edad, en cuanto nacido el NUM004 de 1.977, en La Dorada, Colombia, hijo de Samuel Imanol y de Flora Inocencia , con NIE NUM035 y domicilio en la CALLE001 , nº NUM006 , NUM007 , derecha, de Palma de Mallorca, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; contra Victoriano Hilario , mayor de edad, en cuanto nacido el NUM009 de 1.973, en Palma de Mallorca, hija de Evaristo Julian y de Adriana Julia , con DNI NUM010 y domicilio en la CALLE002 , nº NUM011 NUM012 , NUM002 '-la, de Palma, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; contra Serafina Remedios , apodada " Flaca ", mayor de edad, en cuanto nacida el NUM013 de 1.974, en la Dorada, Colombia, hija de Ambrosio Raimundo y de Azucena Zaida , con NIE NUM014 y domicilio en la CALLE001 , nº NUM006 , de NUM007 - NUM003 , de Palma, sin antecedentes



www.civil-mercantil.com

penales y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; contra Amadeo Ovidio , mayor-de edad, en cuanto nacido en Cali, Colombia, el NUM015 de 1.975, hijo de Esther Zaira , con NIE NUM016 y domicilio en la CALLE003 , nº NUM017 , NUM002 - NUM003 , de Palma de Mallorca, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; contra Celso Luciano , mayor de edad, en cuanto nacido el NUM018 de 1.966, en Cali, Colombia, hijo de Alejo Lucas y de Brigida Justa , con NIE NUM019 y domicilio en la CALLE004 , nº NUM020 , NUM021 , sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; contra Amalia Enriqueta , mayor de edad, en cuanto nacida el NUM036 de 1.977, en Palma de Mallorca, hija de Enrique Salvador y de Carlota Eva , con DNI NUM037 y domicilio en la CALLE007 , nº NUM018 , de esta ciudad, sin antecedentes penales y en libertad de la que ha estado privada por esta causa tres días; contra Celestino Lucas , mayor de edad, en cuanto nacido el día NUM022 de 1.966, en Circasia, Colombia, con NIE NUM023 y domicilio..., sin antecedentes penales y en libertad de la que ha estado privado por esta causa desde el 14 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; contra Olegario Urbano , mayor de edad, en cuanto nacido en Madrid, el NUM024 de 1.965, hijo de Jacinto Vicente y de Delfina Teodora , con DNI NUM025 y domicilio en la CALLE005 , nº NUM026 , NUM027 , derecha, de Palma, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 16 de mayo de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; contra Maria Tomasa , mayor de edad, en cuanto nacida el NUM028 de 1.974, con DNI NUM029 , sin antecedentes penales y privada de libertad por esta causa desde el 16 de junio de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013, y contra Valeriano Jacinto , mayor de edad, en cuanto nacido el NUM030 de 1.977, en Colombia, con NIE NUM031 , sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 2 de octubre de 2.011 hasta el 15 de febrero de 2.013; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Tal como se ha razonado en el fundamento jurídico 14º de la sentencia precedente procede excluir la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de la multa impuesta a Celestino Lucas y Moises Diego , y reducir a 6 meses la impuesta a Franco Teodulfo .

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera, de fecha 26 de marzo de 2013 , se modifica la misma en el único extremo de no imponer responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa a Celestino Lucas y Moises Diego y reducir a 6 meses la impuesta a Franco Teodulfo .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Juan Ramon



www.civil-mercantil.com

Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Andres Palomo Del Arco D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

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

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