

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063487

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 397/2018, de 11 de septiembre de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10231/2017

SUMARIO:

Apertura de paquetes postales. Secreto de las comunicaciones. Juicio oral. Delitos de tráfico de drogas. Pertenencia a grupo criminal. La apertura de paquetes postales, no está sujeta al estricto régimen de la intervención de correspondencia. Eso marca una diferencia esencial que venía proclamada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional y que, además, en la actualidad ha sido traspasada a la letra de la ley: art. 579.4 LECrim, modificado en 2015. No hay un proceso de comunicación y, por tanto, no entra en juego el art. 18.3 CE cuando se contemplan envíos de paquetes postales destinados a albergar no correspondencia (mensajes), sino objetos o mercancías. El derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección. La presunción de inocencia obliga a tener a toda persona como inocente en tanto no concurran pruebas que acrediten su culpabilidad; pero no conduce a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no quede acreditado de manera plena lo contrario.

Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida.

La falta de accesibilidad por el letrado en casación a la grabación de alguna de las sesiones del juicio oral, es irrelevante si no se constata efectiva indefensión. Se denuncia la falta de disponibilidad exclusivamente de la grabación de la sesión destinada a la práctica de la prueba documental -que obra en la causa-; y los informes orales cuya detallada expresión no ha constituido nunca contenido necesario del acta a levantar.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 2.2, 16.1, 29, 84, 89, 368 y 570 ter.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 579.4, 743 y 788.6.

LO 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.

Constitución española, arts. 9.3, 18.3 y 24.2.

PONENTE:*Don Antonio del Moral Garcia.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don VICENTE MAGRO SERVET

RECURSO CASACION (P) núm.: 10231/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 397/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 11 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 10231/2017 interpuestos por Jose María , Gabriela , Jose Enrique , Carlos Alberto , Luis Angel , Marí Juana y Luis Pablo representados por los procuradores Sres. María Jesús González Díez, María Irene Arnes Bueno, Sonia Casqueiro Álvarez, Ana María Aparicio Carol, Ramón Valentín Iglesias Arauzo, María Natalia Martín de Vidales Llorente y Alfonso de Murga Florido, bajo la dirección letrada de D. Juan Franco Rodríguez, D. Juan Ignacio del Álamo Gómez, D. Antonio Agúndez López, D. Carlos Aguirre de Cárcer, D. Antonio Freire Magdaleno, D. Oscar Bravo Ramos y D. Alberto Parrondo Ortega, respectivamente contra sentencia de fecha 13 de febrero de 2017 dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra los recurrentes por delitos contra la salud pública, pertenencia a grupo criminal, falsedad de documento oficial. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Hospitalet de Llobregat (Barcelona) incoó DP con el nº 82/16, contra Luis Pablo y otros. Una vez concluidas las remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Octava) que con fecha 13 de febrero de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«PRIMERO.- Los acusados Luis Pablo , mayor de edad y carente de antecedentes penales, Carlos Alberto , ciudadano colombiano mayor de edad con autorización de residencia en España y carente de antecedentes penales, Marí Juana , ciudadana colombiana mayor de edad con autorización de residencia en España y carente de antecedentes penales, Jose María , ciudadano colombiano mayor de edad con autorización de residencia en España y carente de antecedentes penales, Jose Enrique ciudadano colombiano mayor de edad con autorización de residencia en España y carente de antecedentes penales, junto con Gabriela , mayor de edad, previa y ejecutoriamente condenada en fecha de 17/1/2008 por un delito contra la salud pública por tráfico de drogas a pena de 9 años de prisión (que extinguió el 8/6/2015), a lo largo del año 2014 y hasta el mes de noviembre de 2015 constituían una trama coordinada y dedicada a introducir sustancia estupefaciente cocaína, adquiriéndola de ignorados proveedores en Colombia para su transporte y distribución final en la zona de L'Hospitalet de Llobregat, donde la mayoría de los referidos acusados residían.

SEGUNDO.- En concreto Carlos Alberto , su pareja sentimental Marí Juana , junto con Jose Enrique y Luis Pablo proyectaron el viaje, en la fecha que se dirá, hasta Bogotá (Colombia) de Gabriela , de quien se ignora su

situación económica o familiar en esa época, para traer a España determinada cantidad de cocaína, contando con el apoyo estratégico de Jose María y Luis Angel , mayor de edad y carente de antecedentes penales,.

TERCERO.- Días antes de la proyectada introducción desde Colombia, los agrupados planificaron un traslado de idéntica sustancia estupefaciente cocaína, ya poseída por ignotas vías, desde Barcelona a Valencia, ciudad de residencia del acusado Jose Enrique .

A tal fin contactaron con el también acusado Marcelino , ciudadano colombiano mayor de edad con autorización de residencia en España y carente de antecedentes penales, persona que no consta interviniera en operaciones distintas y ajena a la referida agrupación, quien se comprometió a acudir al lugar que le fuese indicado para recibir un paquete de la mercancía ilícita y trasladarla en el camión con matrículaQNH que conducía para los "Supermercados DIA" a través de una empresa subcontratada de la que era empleado y cuyos responsables desconocían por completo el uso proyectado.

A tal fin, en hora no concretada del día 13 de noviembre de 2015, acudió a la ciudad de Tarragona, en concreto a la Avda. Severo Ochoa a la espera del encuentro, pero por circunstancias desconocidas nadie acudió, optando el mencionado Marcelino por retornar hacia Valencia de nuevo, coincidiendo en el trayecto con el acusado Jose María , que iba a indeterminada distancia de él en el mismo sentido conduciendo el automóvil marca Citroen modelo C4 de matrícula TSH , en el que portaba un paquete que contenía cocaína y que sería posteriormente incautado por una dotación policial, manteniendo frecuente contacto telefónico en el que se expresaban recíprocamente el lugar por donde transitaban, sin que conste en ningún momento que lo hiciese a escasa distancia o que incluso llegasen a hacer el recorrido en todo momento por la misma vía pública.

Momentos después de la última llamada entre ellos, que lo fue a las 19:49 horas, por efectivos del Cuerpo Nacional de Policía se dio el alto al acusado Jose María cuando circulaba por la carretera N-340, a la altura de la localidad de Torreblanca (Castellón), incautándose un paquete de cocaína, oculto en un asiento, que llevaba para ilícito comercio con terceras personas, con peso bruto de mil setenta y tres gramos (1.073,0 gramos) y neto de mil un gramos (1.001,0 gramos), con riqueza en base del 87,9% (margen de error de $\pm 2,7\%$), lo que equivale a ochocientos cincuenta y tres gramos (880 gramos ± 27 gramos) de cocaína pura.

CUARTO.- Por su parte, el antes señalado viaje de Gabriela hasta Bogotá se gestó con intervención directa de los acusados Carlos Alberto y Jose Enrique , primos entre sí, quienes contactaron con los desconocidos proveedores y se encargaron de conseguir la financiación precisa para el desplazamiento y estancia de aquella, así como de obtener la actualización de su pasaporte y facilitarle las instrucciones e información necesarias para culminar con éxito su viaje.

Previamente al mismo, tanto el acusado Luis Pablo como la acusada Marí Juana , a instancias de Carlos Alberto , convencieron a Gabriela de la ausencia de riesgo y facilidades, auxiliándola el primero además en sus inmediatamente anteriores desplazamientos entre Barcelona y Valencia, con destino al domicilio de Jose Enrique , mientras Jose María se encargaba del contacto con los proveedores en Colombia así como de facilitar la aludida financiación y la obtención de los pasajes correspondientes al vuelo.

Conforme al plan proyectado para esta operación, el día 11 de noviembre de 2015, sobre las 5:55 horas, la acusada Gabriela tomó un vuelo con salida de Valencia y llegada a Madrid-Barajas a las 6:50 horas, enlazando un vuelo a Bogotá con salida a las 12:00 horas. El regreso se produjo sobre las 10:05 horas del posterior día 18 de noviembre de 2015 al Aeropuerto Internacional de Madrid procedente de Bogotá (Colombia) llevando consigo, en el interior de su equipaje, sesenta y tres (63) envoltorios conteniendo ocho mil ochocientos sesenta gramos (8.860 gramos) brutos de cocaína con peso neto de ocho mil trescientos setenta y ocho gramos y cien miligramos (8.378,1 gramos) con riqueza del 77,3%. La referida mercancía fue intervenida en el aeropuerto por efectivos del Cuerpo Nacional de Policía que practicaron la detención de la acusada así como del acusado Luis Angel , quien había viajado en el mismo vuelo procedente de Bogotá, desempeñando labores de control personal y vigilancia de la sustancia transportada, siendo quien debía conducir a la acusada hasta los ignorados destinatarios finales del transporte.

QUINTO.- Fue llevado a cabo a las 17:00 horas del día 18 de noviembre de 2015, el registro judicialmente autorizado en el número NUM000 , piso NUM001 , puerta NUM002 de la CALLE000 de L'Hospitalet de Llobregat, domicilio a la sazón de Marí Juana y Carlos Alberto , donde se produjo el hallazgo e incautación de los siguientes efectos, entre otros: cuatro papelinas envueltas que contenían metanfetamina con una masa neta de dos gramos y cuatrocientos noventa y siete miligramos (2,947 gramos) con riqueza en metanfetamina base de $28,3\% \pm 1,8\%$ (lo que equivale a la cantidad de seiscientos sesenta miligramos de metanfetamina pura) y una papelina envuelta en plástico que contenía cocaína con una masa neta de un gramo y ciento siete miligramos (1,107 g) con una riqueza $24,5\% \pm 1,3\%$ (lo que equivale a la cantidad de doscientos sesenta miligramos de cocaína pura), sustancias éstas que los dos acusados poseían para la venta o intercambio por efectos valiosos propios de la actividad para la trama

a la que se dedicaban, también treinta y ocho tarjetas de telefonía prepago y dos teléfonos móviles utilizados por los acusados para comunicarse con otros miembros de la trama, una balanza de precisión y sustancias de corte destinada por los acusados a su actividad de tráfico de las sustancias anteriormente indicadas, numerosos papeles con números telefónicos manuscritos y el pasaporte de la República de Colombia a nombre de Marí Juana y una cartilla a nombre de Bibiana .

SEXTO. En el momento de la detención practicada en su referido domicilio, el día 18 de noviembre de 2015, la acusada Marí Juana portaba un pasaporte de Venezuela con núm. NUM003 a nombre de Bibiana pero con su fotografía, confeccionado por la misma acusada o encargado por ella a otra persona.

SÉPTIMO.- Practicada diligencia judicial de entrada y registro el mismo día 18 de noviembre de 2015, a las 19:10 horas, en el domicilio de Jose Enrique , situado en la ciudad de Valencia, CALLE001 , n° NUM004 , piso NUM005 , puerta NUM006 , se hallaron, entre otros, los siguientes efectos: dos teléfonos portátiles, uno de los cuales identificado con IMEI NUM007 que habría sido utilizado por el acusado para comunicarse con otros miembros de la trama, un Blackberry con IMEI es NUM008 y pin NUM009 que habría estado destinado al mismo fin que los anteriores terminales telefónicos y fotocopias del pasaporte legítimo de Colombia perteneciente de Marí Juana junto con otros pasaportes y documentación que eran aptos para utilizarse en otras operaciones o para la planificación de futuros transportes.

OCTAVO.- En la época de los hechos, y en el mercado clandestino al que iba destinada, un gramo de cocaína alcanzaba aproximadamente el precio de sesenta euros. Así, la intervenida en poder de Jose María poseería un valor aproximado de 118.042,7euros, la ocupada a Gabriela uno de 938.585,46 euros de venderse al por menor, en gramos, y de 330.009,52 euros de serlo al por mayor, en kilos, mientras que la hallada en el registro del domicilio de Marí Juana y Carlos Alberto alcanzaría sobre 35 euros».

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLO.- Que debemos absolver y absolvemos libremente a Marcelino del delito contra la salud pública por el que venía acusado, con todos los pronunciamientos inherentes.

Debemos absolver y absolvemos libremente a Luis Angel del delito de pertenencia a grupo criminal por el que venía acusado, con todos los pronunciamientos inherentes.

Debemos condenar y condenamos a Luis Pablo como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública y de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos graves, ya definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE AÑOS Y TRES MESES de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y multa de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 €) por el primero de ellos y de UN AÑO Y TRES MESES de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el segundo, así como al pago de dos dieciseisavas partes de las costas procesales.

Debemos condenar y condenamos a Marí Juana como responsable en concepto de autora de un delito contra la salud pública, de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos graves y de un delito de falsedad en documento oficial, los tres definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE AÑOS Y TRES MESES de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y multa de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 €) por el primero de ellos, de UN AÑO Y TRES MESES de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el segundo y de NUEVE MESES de prisión y multa de SIETE MESES a razón de una cuota diaria de SEIS EUROS por el tercero, así como al pago de tres dieciseisavas partes de las costas procesales.

Debemos condenar y condenamos a Carlos Alberto como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública y de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos graves, ambos definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE AÑOS Y TRES MESES de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y multa de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 €) por el primero de ellos y de UN AÑO Y TRES MESES de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el segundo, así como al pago de dos dieciseisavas partes de las costas procesales.

Debemos condenar y condenamos a Jose María como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública y de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos graves, precedentemente definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE AÑOS Y TRES MESES de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y multa de DOS MILLONES DE

EUROS (2.000.000 €) por el primero de ellos y de UN AÑO Y TRES MESES de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el segundo, así como al pago de dos dieciseisavas partes de las costas procesales.

Debemos condenar y condenamos a Jose Enrique como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública y de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos graves, anteriormente definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE AÑOS Y TRES MESES de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y multa de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 €) por el primero de ellos y de UN AÑO Y TRES MESES de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el segundo, así como al pago de dos dieciseisavas partes de las costas procesales.

Debemos condenar y condenamos a Luis Angel como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS AÑOS Y NUEVE MESES de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y multa de UN MILLON TRESCIENTOS MIL EUROS (1.300.000 €), así como al pago de una dieciseisava parte de las costas procesales.

Y debemos condenar y condenamos a Gabriela como responsable en concepto de autora de un delito contra la salud pública y de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos graves, definidos los dos, concurriendo en aquel primero la circunstancia agravante de reincidencia y sin que concurren en ésta circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de OCHO AÑOS Y SEIS MESES de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y multa de DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000 €) por el primero de ellos y de UN AÑO Y TRES MESES de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el segundo, así como al pago de dos dieciseisavas partes de las costas procesales.

Las penas de prisión impuestas a Marí Juana , a Carlos Alberto , a Jose María y a Jose Enrique se ejecutarán en su totalidad, si antes de la fecha del cumplimiento del total de ellas fueren clasificados en tercer grado o accedieren a la libertad condicional se sustituirá la ejecución del resto por su expulsión del territorio español con prohibición de entrada por término de SEIS AÑOS.

Decretamos el comiso de la sustancia, dinero, vehículo marca Citroen modelo C4 de matrícula TSH e instrumentos intervenidos a los que se dará legal destino.

Abónese a todos ellos para el cumplimiento de las penas privativas de libertad el tiempo permanecido en prisión provisional por esta causa si no se hubiere computado en otra.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes procesales con expresión que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento " de forma en el plazo de cinco días».

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los condenados, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Carlos Alberto .

Motivo único .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del art. 18.3 CE en relación con el art. 11.1 LOPJ y 24.1 y 2 CE .

Motivos aducidos en nombre de Jose María .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ denuncia vulneración del art. 18.3 CE . Motivo segundo.- Renunciado. Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Motivo cuarto .- Por infracción de precepto legal al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 89 CP . Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación del art. 570 ter 1 b. Motivo sexto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida del art. 29 CP . Motivo séptimo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art. 16 CP .

Motivos aducidos en nombre de Gabriela .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 570 ter 1 b. Motivo segundo. - Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECrim .

Motivos aducidos en nombre de Luis Pablo .



Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 849.1º LECrim denuncia error en la apreciación de la prueba por vulneración del art. 24 CE . Motivo segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851 LECrim . Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.2 CE .

Motivos aducidos en nombre de Jose Enrique .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.1 CE . Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.2 CE .

Motivos aducidos en nombre de Marí Juana .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 18 CE . Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 18.2 CE . Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 18.3 CE . Motivo quinto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 10 CE . Motivo sexto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por vulneración de los arts. 368 y 369 CP . Motivo séptimo .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 570 ter.1 b. Motivo octavo. - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 392 en relación con el art. 390.1 y 2 CP . Motivo noveno.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por vulneración del art. 29 CP . Motivo décimo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 89 CP . Motivo undécimo. - Renunciado.

Motivos aducidos en nombre de Luis Angel .

Motivo primero.- Renunciado. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.2 CE . Motivo tercero.- Renunciado. Motivo cuarto.- Renunciado. Motivo quinto.- Renunciado. Motivo sexto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por vulneración del art. 16 CP . Motivo séptimo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación del art. 29 CP .

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos sus motivos; la representación legal de los recurrentes evacuaron el trámite de instrucción conferido. La Sala admitió a trámite los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día veintiséis de junio de 2018.

Sexto.

Con fecha 10 de julio de 2018 se dictó auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por un plazo de 15 días más.

Séptimo.

Con fecha 31 de julio se pasa la sentencia ya redactada por el ponente para firma de los demás componentes de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Carlos Alberto .

Primero.

Denuncia el único motivo de este recurso (los restantes han sido desistidos en fase de formalización) una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. Se hace valer al amparo del art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 18.3 CE y, por extensión, los arts. 24. 1 y 2 del texto constitucional. La mención del art. 5.4 LOPJ -correcta pero menos precisa- frente al específico art. 852 LECrim no tiene mayor importancia.

Al no estar acreditada la forma en que se intervinieron los envíos postales que propiciaron la investigación (en el Reino Unido, 300 gr de cocaína procedentes de Costa Rica; y en Argentina sendos paquetes), no contaría con el necesario aval la legitimidad del origen de la investigación. Se podría haber vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones. La doctrina de la conexión de antijuridicidad haría derrumbarse todo el armazón probatorio levantado sobre aquella base. La intervención telefónica acordada tomaba como fundamento esas incautaciones. Si se declara su nulidad, arrastrará la de las escuchas así como las de las demás actuaciones derivadas de éstas.

Estamos ante paquetes postales, no ante correspondencia. Eso marca una diferencia esencial que venía proclamada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional y que, además, en la actualidad ha sido traspasada a la letra de la ley: art. 579.4 LECrim , modificado en 2015. No hay un proceso de comunicación y, por tanto, no entra en juego el art. 18.3 CE cuando se contemplan envíos de paquetes postales destinados a albergar no correspondencia (mensajes), sino objetos o mercancías. No es una innovación de la legislación de 2015, sino mero acogimiento expreso por el derecho positivo de pautas ya fijadas por la jurisprudencia.

No hay razones, por otra parte, para pensar que en el Reino Unido o en Argentina se vulneró la legislación nacional aduanera sobre inspección de envíos. Incluso si se admitiese (lo que no puede hacerse con la sola base de especulaciones infundadas) que se podría haber producido alguna irregularidad, nos moveríamos en un marco ajeno al derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE y, por tanto, al margen de la drástica respuesta de inutilizabilidad que el art. 11.1 LOPJ reserva para las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

Que no se haya unido a la causa el texto (o textos) del correo electrónico por el que se comunicaba a la policía española la interceptación del paquete (paquetes) en Argentina no es trascendente. No es un elemento de prueba. Es un dato que sirvió para reactivar una investigación que culminaría con la obtención de otras pruebas diferentes que son las que sostienen la condena.

A efectos de acordar una intervención telefónica es suficiente con que la autoridad judicial tenga constancia del dato relevante (interceptación del paquete) cuando no hay motivo alguno para dudar su certeza (¿una invención policial?). No tiene por qué exigirse acreditación documental (correo electrónico) que avale la veracidad de la manifestación oficial de la policía. Si se dice que se ha efectuado una vigilancia, no es necesario acreditarlo con documentos gráficos; si se aduce que ha constatado que una persona está condenada, no es necesario que aporten la sentencia; si se refiere que tiene antecedentes policiales no hay que avalarlo con la aportación de los atestados. Las explicaciones del jefe del grupo operativo de la Policía Nacional en el plenario sobre la realidad de esas comunicaciones desde Argentina son suficientes para descartar la rocambolesca hipótesis de que se trate de una invención maliciosa ideada con la espuria -¡delictiva!- intención de inculpar falsamente a unas personas o de engañar a la autoridad judicial para que accediese a las escuchas. No hacía ninguna falta unir el mensaje electrónico; aunque, desde luego, si la defensa lo hubiese interesado, podría ser prueba pertinente, aunque no necesaria, ni, mucho menos, indispensable para dar crédito a las manifestaciones policiales. Estas in casu son creíbles por sí, sin necesidad de estar respaldadas documentalmente. Así sucede en general con cualquier testifical. Es fácil admitir que el texto del mail no se aportó sencillamente porque nadie lo recabó. Y es harto complicado, por el contrario, pensar que la policía osó inventar un correo electrónico inexistente asumiendo el riesgo del fácil descubrimiento de esa burda y delictiva maniobra, si les era reclamada la acreditación documental.

No era tampoco exigible una comisión rogatoria a Argentina a efectos de prueba: no se condena por ese paquete. Aunque, del mismo modo, si la defensa quería demostrar, a otros efectos, que no se produjo esa interceptación podría haberla reclamado.

Decía la STS 173/2018, de 11 de abril en apreciación trasladable aquí que presumir por sistema que las actuaciones de agentes policiales están fuera de la ley salvo que se demuestre lo contrario; o que mienten, salvo que se acredite que dijeron la verdad; o que manipulan o tergiversan las pruebas, si no se ha probado lo contrario erigiendo esas premisas metódicas en consecuencias de la presunción de inocencia es un dislate procesal. La presunción de inocencia obliga a no dictar sentencia condenatoria sin que medien pruebas de cargo suficientes que

acrediten de forma concluyente la participación de una persona en una acción delictiva y su culpabilidad; pero no obliga a presumir que todas las pruebas de cargo son ilegítimas mientras no se demuestre lo contrario. Así lo afirmaba, entre otras, la STS 163/2013, de 23 de enero : " El derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección. La presunción de inocencia obliga a tener a toda persona como inocente en tanto no concurran pruebas que acrediten su culpabilidad; pero no conduce a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no quede acreditado de manera plena lo contrario (SSTS 6/2010 de 27 de enero y 406/2010, de 11 de mayo)".

Para invalidar las actuaciones policiales procedentes de otro país, haría falta algo más que lanzar una pura suposición, carente de cualquier base, de que pudieron no ajustarse a la legalidad (STS 173/2018).

Respecto del envío intervenido en el aeropuerto de Gatwick (Londres) constan las características del paquete, su contenido e identidad de la supuesta destinataria en un domicilio de Hospitalet de Llobregat, que coincide con el de la recurrente Gabriela .

El segundo de los envíos (así como un tercero) fue interceptado en Argentina. Interpol Madrid recibió la comunicación de la intervención efectuada por la Policía Argentina de un paquete postal que contenía igualmente cocaína dirigido a Modesta con igual domicilio en Hospitalet de Llobregat. La ligera variación del nombre de pila (Modesta en lugar de Gabriela) es elemento desdeñable. Puede obedecer no ya a un mero error, sino también a una deliberada estrategia encaminada a proporcionar excusas para esquivar responsabilidades. La coincidencia de apellidos y domicilio y la semejanza del nombre son harto expresivas.

Eso es suficiente para iniciar una investigación. O, mejor, con esa información es obligado realizar investigaciones. La intervención de los paquetes no será prueba, sino detonante de la investigación.

No consta afectación (ni siquiera hipotética) de un derecho fundamental en las actuaciones llevadas a cabo fuera de España. Si se constatase la violación en su núcleo esencial de un derecho fundamental la extraterritorialidad no permitiría taparnos los ojos. Pero es que no hay atisbo alguno de afectación de un derecho fundamental; menos, del derecho al secreto de las comunicaciones que se predica de las comunicaciones, no de toda clase de envíos postales, -con un régimen nacional e internacional específico, del que da buena cuenta el fundamento de derecho segundo de la sentencia-

Se puede compartir con uno de los recurrentes que el conocido como principio de no indagación no permite a obviar atentados de derechos fundamentales producidos allende nuestras fronteras. Pero desde luego hace falta una mínima base dar por acaecida esa violación.

De otra parte, una cosa es el núcleo inderogable y universal de los derechos fundamentales; y otra las modalidades que cada legislación nacional establezca para su tutela o para legitimar una injerencia en los mismos. En este segundo ámbito son admisibles diferencias de régimen y modulaciones sin que puedan imponerse nuestras normas nacionales a otros países, igualmente democráticos, al socaire de un inaceptable supremacismo procesal. Que determinadas diligencias en nuestro derecho exija autorización judicial (v.gr., agente encubierto informático: art. 282 bis LECrim), no descalifica ordenamientos en los que basta autorización del Fiscal.

Pero es que, sea como sea, no hay indicio alguno de violación de derecho fundamental ni de apartamiento de la legalidad. No estamos hablando de secreto de las comunicaciones. Lo que protege el art. 18.3 es la comunicación postal remitida como tal; no los envíos de otro tipo a través del servicio postal o privados de paquetería aunque en ellos hipotéticamente el remitente, con advertencia plena, por las características de la operación, de que no queda tutelada por ese derecho fundamental, haya incluido algún mensaje.

La jurisprudencia mencionada en los alegatos de los recurrentes que apuntan a esta cuestión se encuadra en una etapa, superada, en que se suscitaban divergencias en la Sala Segunda sobre esa cuestión, zanjadas hace años por una asentada jurisprudencia que los recurrentes o no han sabido encontrar, o se resisten a mencionar (lo que desde el punto de vista de su estrategia procesal es irreprochable: sus citas se detienen en 1999; desde entonces han pasado casi veinte años, y no precisamente de silencio casacional sobre esta cuestión: han recaído muchas sentencias que abordan este tema, aunque su doctrina es muy diferente de la que interesaría a los recurrentes).

La vieja jurisprudencia invocada enmarcada toda en los años noventa, fue superada. Las SSTC 137/2002, de 3 de junio o 281/2006, de 9 de octubre son dos claros precedentes al lado de los cuales cabría citar muchos otros de esta Sala Segunda (por todas, STS 339/2017, de 11 de mayo). La doctrina es reiterada. Un paquete enviado por correo postal no está protegido por el derecho al secreto de la correspondencia. Ni siquiera en el supuesto de que el remitente no hubiese hecho constar una autorización expresa para su apertura a efectos de inspección fiscal o aduanera.

La citada STC 281/2006, de 9 de octubre , que la Sala de instancia evoca y transcribe parcialmente con acierto, es buena muestra de lo que se dice. Como no podía ser de otra forma, se acogió sin matices por la

jurisprudencia de esta Sala y, por fin, como se ha visto, por la propia legislación. La recordamos pues pese a ser invocada en la sentencia que se combate en casación el recurrente parece no haber reparado en ella.

«... en el ATC 395/2003 , de 11 de diciembre , FJ 3, consideramos carente de contenido constitucional la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales respecto de la apertura en Alemania de un paquete que consistía en un cilindro de madera en el que estaban enrollados de manera visible -con una envoltura transparente- varios metros de cable eléctrico en cuyo interior se encontraba la cocaína, con base en la razonabilidad de los argumentos aducidos por el Tribunal Supremo para desestimar la vulneración alegada como motivo de casación, siendo uno de ellos la inadecuación del soporte físico del envío postal para ser susceptible de protección por el derecho a la comunicación postal...

... la comunicación es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas. Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia.

Varias precisiones son aún necesarias a los efectos de la delimitación de la noción constitucional de correspondencia del art. 18.3 CE . De un lado, en la medida en que los mensajes pueden expresarse no solo mediante palabras, sino a través de otro conjunto de signos o señales que componen otra clase de lenguajes, y dado que los mensajes pueden plasmarse no solo en papel escrito, sino también en otros soportes que los incorporan -cintas de cassette o de vídeo, CD's o DVD's, etc.- la noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita, entendida ésta en su sentido tradicional. Por ello, se ha de estar a la delimitación que la regulación legal sobre el servicio postal universal establece, que al efecto atiende a ciertas características externas y físicas -tamaño- del objeto de envío -sobre, paquete-, en cuyo interior se introducen los soportes físicos de los mensajes -papeles, cintas, CD's ... Desde esta perspectiva, no gozan de la protección constitucional aquellos objetos -continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003 , de 11 de diciembre , FJ 3), de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional. Ni tampoco gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE aquellos objetos que, pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo.

Además, si lo que se protege es el secreto de la comunicación postal quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así sucede cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido.

Si, como acabamos de recordar, el derecho fundamental protege el secreto de las comunicaciones frente a cualquier clase de interceptación en el proceso de comunicación, es indiferente el procedimiento a través del cual se acceda al conocimiento del proceso de la comunicación postal o del contenido de la correspondencia, por lo que se vulnera este derecho aún cuando a tal conocimiento no se acceda mediante la apertura del continente o de la propia carta, documento u objeto, de otro modo cerrado. La existencia de la comunicación, la identidad de los corresponsales, el momento en que se produce, los lugares de remisión y destino, son todos ellos datos que, una vez iniciado el proceso de comunicación, son secretos para cualquier persona ajena a la comunicación, de modo que su conocimiento por quien presta el servicio postal puede ser utilizado a los solos efectos de la prestación del servicio (mutatis mutandi, STC 123/2002 , de 20 de mayo , FFJJ 5, 6).

Esta afirmación, no obstante, ha de ser matizada y ponerse en conexión con las especialidades del objeto de protección cuando de las comunicaciones postales se trata. Pues, si lo que se protege es la comunicación humana en cuanto expresión de sentido, sólo serán lesivas del derecho a la comunicación postal aquellas formas de acceso al contenido del soporte material del mensaje que supongan formas de tomar conocimiento del mensaje, por lo que no serán lesivos de este derecho aquellos procedimientos que, siendo aptos para identificar que el contenido del sobre o del soporte sea un objeto ilícito, no lo son, sin embargo, para conocer el mensaje mismo -inspecciones mediante perros adiestrados, escáneres...- Por consiguiente, el procedimiento más habitual de vulneración del derecho al secreto de la correspondencia será su apertura, aunque no pueda descartarse la vulneración del derecho mediante otros procedimientos técnicos que permitan acceder al contenido del mensaje sin proceder a la apertura de la correspondencia.

Finalmente, a los efectos de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones postales es indiferente quién presta el servicio postal, de modo que el derecho al secreto de las comunicaciones postales alcanza

el proceso de comunicación tanto si se presta mediante servicios públicos como privados, dado que la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales ha procedido a su liberalización.

c) De esta delimitación derivan varias consecuencias. Es la primera que el envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales -maletas, maletines, neceseres, bolsas de viaje, baúles, etc.- por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término. Es la segunda que el art. 18.3 CE no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que éstos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la que medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre dos personas -destinatario y remitente. Por consiguiente, cualquier objeto -sobre, paquete, carta, cinta, etc.- que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 CE si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado (STC 137/2002 , de 3 de junio , FJ 3); así, no constituyen objeto de este derecho cuando se portan por su propietario o terceros ajenos a los servicios postales, o viaja con ellos, o los mantienen a su disposición durante el viaje. Estos objetos, máxime si de sus características externas se infiere su destino al transporte de enseres personales o se hace constar en su exterior su condición de objeto personal o íntimo, quedarán, no obstante, protegidos por el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE); y, por consiguiente, de conformidad con nuestra jurisprudencia constitucional, la ley podrá autorizar a la autoridad administrativa para su apertura o para proceder a inspeccionar y controlar su contenido por cualquier procedimiento, siendo requisito de la constitucionalidad de tal control o inspección su sujeción a las máximas derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, idónea para alcanzarlo y que la concreta forma de control o inspección reporte en el caso menos sacrificios en el derecho individual que beneficios en los intereses generales.

d) La delimitación del ámbito de protección constitucional de las comunicaciones postales tiene en cuenta el diferente régimen jurídico de los envíos postales y de los envíos de correspondencia establecido tanto en la legislación internacional como interna. De un lado, en las normas internacionales de la Unión Postal Universal - Actas del Congreso de Beijing de 1999, cuya ratificación fue publicada en el BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005- se incluyen dos reglamentaciones diferentes, el Reglamento relativo a los envíos de correspondencia y el Reglamento relativo a encomiendas postales -anexo al BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005. De otro, también reconoce dicha diferencia la normativa de la Unión Europea, cuya Directiva comunitaria 97/67/CE, relativa a las normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad, aprobada el 15 de diciembre de 1997, distingue entre el envío postal - art. 2.6- y el envío de correspondencia - art. 2.7. Finalmente, regulan de forma separada ambas clases de envíos la Ley 24/1998, de 13 de julio , del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales - art. 15.2.B, a) y b)- y el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de la Ley 24/1998 -art. 13.2 .

En aplicación de dicha razón de decidir al caso planteado en la demanda, hemos de advertir que, a pesar de lo alegado en la misma, así como a pesar de ser el punto de partida tanto de las resoluciones impugnadas como del Voto particular discrepante emitido en la Sentencia de casación, el envío postal que, procedente de Venezuela, fue interceptado en Gran Bretaña y sometido a entrega vigilada hasta su destino en España no constituía el objeto de una comunicación postal o correspondencia a los efectos del art. 18.3 CE .

El paquete postal en el que se halló la droga no es, de conformidad con lo razonado, el instrumento o soporte de una comunicación postal protegida en el art. 18.3 CE , pues ni de sus características externas ni de sus signos externos se infiere su destino a la transmisión de mensajes: una caja de cartón con un peso aproximado de mil quinientos gramos, en la que no consta que contuviera correspondencia, ni signo alguno que lo evidencie. Por consiguiente, ninguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales del art. 18.3 CE se ha producido porque las autoridades británicas accedieran a conocer el contenido del paquete y trasladaran dicha información a las autoridades españolas.

De otra parte, aunque no se alega expresamente, procede descartar también la eventual vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) pues, de un lado, no consta que en el paquete postal se hiciera mención de su condición de contener objetos personales o íntimos y de sus características externas no se infiere que la finalidad del continente sea ésta. Pero, además, en todo caso, aunque pudiera afirmarse su condición de objetos personales o íntimos, su inspección o control cumple las dos exigencias que la Constitución impone a la afeción de este derecho fundamental: su previsión legal y su adecuación al principio de proporcionalidad. De un lado, la normativa internacional -Actas del Congreso de la Unión Postal Universal de Beijing de 1999, en vigor para

España desde su publicación en el BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005-, así como la legislación interna - la Ley 24/1998- autorizan a las autoridades administrativas y aduaneras para proceder a la inspección de los paquetes postales a los efectos de determinar que no contienen sustancias u objetos cuyo envío, traslado o comercio está prohibido, como por ejemplo las drogas. De otro lado, en cuanto al juicio de proporcionalidad, hemos de afirmar que las medidas de control e inspección de los paquetes postales persiguen un fin legítimo, cual es la prevención de la comisión de delitos, y son idóneas para alcanzarlo. Además, en la valoración de la proporcionalidad estricta del sacrificio individual que estas medidas comportan en relación con el beneficio en los intereses generales se ha ponderar, de un lado que, como ya hemos señalado, al contratar el servicio de envío el titular formula una aceptación tácita de las condiciones en que éste se presta; igualmente se ha ponderar la escasa entidad de los perjuicios provocados por la ingerencia en el derecho fundamental derivada de las distintas formas en que es posible acceder al conocimiento del contenido de los paquetes y del poco tiempo de interrupción del envío que su ejecución requiere. Por consiguiente, la inspección del paquete postal, el conocimiento del contenido del mismo, así como de los datos relativos a destinatario y remitente, no vulneraría tampoco el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en caso de que el paquete postal en las circunstancias del caso contuviera un objeto de carácter personal o íntimo...».

En definitiva, la completa exposición de la sentencia de instancia (fundamento de derecho segundo) es totalmente asumible. En realidad ahí estaba ya debidamente contestada la alegación: el recurrente no se esfuerza por combatir las razones expuestas en la sentencia; sino que parece volver a insistir en su petición como si nada se hubiese dicho sobre ella en la sentencia: sencillamente ignora sus sólidos razonamientos adobados con pertinentes referencias jurisprudenciales.

No le ha afectado al art. 18.3 CE . El motivo decae .

El motivo primero de Jose María coincide con éste, por lo que ha de darse por contestado. También ha de rechazarse.

B) Recurso de Jose María .

Segundo.

Refutado ya el primer motivo de este recurrente, y renunciado el segundo, hay que enfrentarse directamente al tercero. Su derecho a la presunción de inocencia (arts. 852 LECrim y 24.2 CE) es la temática que trae a colación.

Ese planteamiento nos emplaza a constatar si la actividad probatoria sobre la que la Audiencia ha basado su condena es suficiente.

Se le achaca la preparación del viaje destinado a importar poco más de ocho kgrs de cocaína por parte de Gabriela . Es el Fundamento de Derecho Octavo (que complete la argumentación comenzada en el cuarto) el destinado en la sentencia a justificar esa convicción que cristaliza en el hecho probado.

Nadie cuestiona la incautación de la droga en el equipaje de Gabriela .

Tampoco puede discutirse la ocupación de cocaína a este recurrente en el vehículo que conducía, lo que ya por sí solo daría lugar a idéntica calificación jurídico penal en lo que es el delito contra la salud pública. No lo cuestiona de manera explícita en su recurso. La prueba de ese hecho es irrefutable.

Discute, en cambio, el recurrente su intervención en la ideación, programación y ejecución final del transporte desde Colombia que tuvo como ejecutora material a Gabriela .

Está avalada su implicación por la audición de determinadas conversaciones telefónicas que arrojan deducciones concluyentes. La sentencia lo expone con meritorio detalle, sin limitarse a una cómoda, genérica e insuficiente remisión a las escuchas. Las singulariza. Eso nos autoriza -a nosotros, sí- a remitirnos a la modélica motivación fáctica de la sentencia sin perjuicio de algunas específicas referencias. La conversación telefónica entre este recurrente y el acusado Jose Enrique el día 4 noviembre a las 9.34 horas (se refieren a sumas de dinero); las relaciones entre ambos respaldadas por prueba testifical; las reuniones celebradas en días anteriores acreditadas por funcionarios policiales, constituyen un ramillete de elementos de convicción robustos. Item más, la víspera del viaje de la acusada Gabriela a Bogotá, se detectarían otros diálogos telefónicos entre Jose Enrique y Jose María . Aluden al número de reserva del vuelo, al "libro" (pasaporte) y al lugar donde habría de ser recogido el documento, así como horarios de salida y llegada y otros extremos relativos al viaje.

Con ese bagaje probatorio, esmeradamente analizado por el Tribunal a quo no es posible desvincular a este recurrente de esa operación. La convicción de la Sala se asienta sobre un acervo probatorio fundado, razonado y holgado.

El motivo fenece .



Tercero.

Al amparo del artículo 849.1º LECrim se denuncia infracción del art. 89 CP (motivo cuarto).

Protesta el recurrente contra el acuerdo de expulsión adosado a la pena privativa de libertad en previsión de situaciones penitenciarias que adelanten su excarcelación.

Se argumenta que tiene residencia legal en España. Al no haberse demostrado lo contrario, no resultaría procedente la expulsión.

Nadie discute que goce de autorización de residencia. Lo consigna el mismo hecho probado.

Si los hechos se hubieran cometido bajo la vigencia del anterior art. 89 CP habría que dar la razón al recurrente. Pero la reforma de 2015 que entró en vigor el 1 de julio de ese año (LO 1/2015) abrió la posibilidad de expulsión de extranjeros legalmente residentes con la salvedad de lo dispuesto para ciudadanos de la Unión Europea y supuestos excepcionales que se mencionan en el art. 89.4 CP . Se ha excluido como criterio delimitador del sujeto susceptible de expulsión la regularidad o no de la estancia en territorio nacional.

La sentencia de instancia lo advierte expresamente.

No hay infracción de ley y el motivo debe rechazarse.

Cuarto.

Ataca en su quinto motivo este recurso la condena por el delito del art. 570 ter 1 b. CP . Su soporte argumentativo es simple: la sentencia solo le achaca la intervención en un hecho atribuible al grupo criminal. Sin embargo, la condena por tal modalidad típica exige la realización (o propósito) de una pluralidad de operaciones. El otro hecho por el que es condenado constituiría una actuación individual, atribuible exclusivamente a él. Enfatiza una mención del hecho probado (ordinal tercero, párrafo final) para robustecer su razonamiento. Pero la descontextualiza.

Argumenta que ese pasaje afirma que la droga que transportaba en el vehículo y que fue ocupada iba destinada al comercio ilícito con terceras personas. No se menciona -arguye- a Jose Enrique . Eso dejaría abierta la posibilidad de que fuese una actuación propia suya y no atribuible al grupo. Desde ahí da un nuevo salto para alcanzar la conclusión de que es igualmente posible que su colaboración con el grupo estuviese ceñida al transporte de cocaína abortado en que participó Gabriela . No habría pluralidad de hechos a él imputables en relación al grupo; ni había quedado probada una vocación de reiteración o mantenimiento de la actividad ilícita. Solo se contaría con una colaboración en una actuación singular; al lado de otra operación realizada exclusivamente por él al margen del grupo. Como la calificación por grupo criminal exige pluralidad de actuaciones en el seno del colectivo (o, mejor, vocación de pluralidad de acciones delictivas) no le sería imputable tal figura penal.

El argumento se viene abajo si situamos esa concreta frase -que es una fórmula de estilo (comercio ilícito con terceras personas), muy socorrida cuando se está hablando de delitos de tráfico de drogas, y que no excluye que la droga fuese a ser comercializada precisamente a través de Jose Enrique - en el contexto de todo el relato y en particular la conectamos con el comienzo narrativo de ese hecho tercero que explica cómo esa era una operación más imputable a la trama, consistente en el traslado desde Barcelona, donde ya poseían la droga a Valencia ciudad de residencia de Jose Enrique .

Es correcta su incardinación en el grupo y su condena por tal figura delictiva. En este cauce casacional tenemos que atenernos al hecho probado, claro en ese sentido en el apartado indicado y congruente con lo relatado al inicio del apartado primero donde el recurrente es incluido en el colectivo de personas que coordinadamente impulsaban la importación de cocaína desde Latinoamérica durante los años 2014 y 2015.

Quinto.

El 849.1º LECrim sirve también de recipiente a la sexta queja de este condenado. Reclama la conversión de su participación como autor por la más leve de cómplice (art. 29 CP).

Aparte de entremezclar algunos argumentos de tipo fáctico, y no estrictamente jurídico, que se apartan del hecho probado, su pretensión choca frontalmente con una jurisprudencia que, por conocida, no merece la pena reiterar. A tenor de ella, actuaciones como la del acusado (transportar la cocaína; participar en la organización de un transporte de tal sustancia desde Colombia) constituyen claros supuestos de autoría del delito definido en el art.

368 CP cuya amplia redacción confina las formas de complicidad a supuestos muy excepcionales entre los que no cabe encajar los atribuidos a este recurrente.

El motivo fracasa

Sexto.

Como ha de fracasar igualmente el séptimo y último que por idéntica vía (art. 849.1º LECrim), quiere transmutar el grado de consumación por la mera tentativa.

Otra vez se haría innecesario, por notoria, (entre cientos, STS 40/2017, de 31 de enero) citar jurisprudencia.

En cuanto al primer hecho relatado (ocupación de cocaína en el vehículo) en la medida en que existía ya posesión de la droga se colma uno de los verbos típicos; en cuanto al segundo en la medida en que intervino en la organización de la operación de tráfico de estupefacientes antes de que la misma hubiese fracasado, estaríamos ante un supuesto de consumación.

En esos supuestos no puede hablarse de tentativa, forma imperfecta también de difícil aparición en estos delitos, aunque posible. El caso más significado se produce cuando un partícipe se incorpora al plan criminal en un momento en que éste ya está abortado como consecuencia de una intervención policial que controla ya directamente la droga (tentativa inidónea).

En abstracto es posible la tentativa en estos delitos en casos excepcionales como el que acaba de mencionarse. Éste no es uno de ellos. Repasemos la doctrina de esta Sala de la mano de la reciente STS 975/2016, de 23 de diciembre :

"Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas , pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia (SSTS 335/2008, de 10-6 ; 598/2008, de 3-10 ; 895/2008, de 16-12 ; 5/2009, de 8-1 ; 954/2009, de 30-9 ; 960/2009, de 16-10 ; 1047/2009, de 4- 11 ; 1155/2009, de 19-11 ; 191/2010, de 23-2 ; 565/2011, de 6-6 ; 303/2014, de 4-4 ; y 554/2014, de 16 de junio , entre otras) en los siguientes apartados:

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

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si este no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

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

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

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

La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni haber intervenido en la fase de concierto inicial previa al traslado de la droga. Este segundo requisito no se cumplimenta en la conducta de estos recurrentes, lo que impide incardinar la conducta en la fase de tentativa.

La jurisprudencia afirma que en los delitos cometidos mediante el transporte a distancia de la droga las personas que entran a colaborar o realizar su acción delictiva ya cuando la droga ha sido transportada, y que por lo tanto no intervienen en acuerdo previo alguno a su transporte, no pueden considerarse como autores de un delito consumado si no llegan ni a contribuir en los actos de transporte ni a tener después disposición de la sustancia estupefaciente.

En la sentencia 362/2011 , de 6 de mayo , se argumenta que si bien la jurisprudencia ha rechazado fundándose en la estructura del tipo del art. 368 del CP la aplicación del art. 16.1 en los casos en los que el autor no ha logrado los fines perseguidos por la tenencia de estupefacientes, ha admitido, por el contrario, que el intento de lograrla, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor (SSTS. 12.12.2001 , 5.12.2002 , 7.7.2003 , 17.9.2004 y 5.10.2004). Por lo cual, apreció la tentativa en un supuesto en que el recurrente, sin haber participado en los actos previos del transporte de la cocaína de Madrid a Las Palmas, e incluso sin constancia de que los conociera, y sin ser el destinatario de la misma, intervino con posterioridad cuando, estando ya la droga en su destino, es llamado por el organizador de la operación para que la recupere del lugar donde la tuvo que ocultar un coacusado, ante la presencia policial, arrojándola a la terraza de la habitación contigua del Hotel. El intento de recuperación no fue posible por tener la Guardia Civil controlada la operación y ello determinó la aplicación del art. 16.1 del C. Penal .

Citados extensamente en la sentencia 66/2012 , de 9 de febrero , que se cita en el recurso se afirma que cuando la plural actuación lo sea con diversidad de grado de participación, cabe diferenciar los casos que algún sector doctrinal denomina tentativa de participación, de aquellos otros en que se trata de una participación en delito intentado. Puede hablarse de tentativa de participación en los supuestos en los que el comportamiento del partícipe no llegue a traducirse en consecuencias que incidan en la realización del comportamiento tipificado como principal. En tales casos no aumenta el grado de ejecución imputable al partícipe por el dato de que la conducta del autor principal alcance la consumación. Deben considerarse participación en delito intentado los supuestos en los que, no obstante culminar el partícipe su contribución, el delito principal no llega a consumarse. Y como en el supuesto que examina los recurrentes no habían intervenido en ningún pacto previo para la importación de la droga ni eran tampoco sus destinatarios finales, se estimó el recurso y fueron condenados por una tentativa de delito al ser detenidos cuando estaban descargando los fardos de droga.

En la sentencia 689/2014 , de 21 de octubre , se establece que si ya hubiera comenzado la ejecución por medio de actos dirigidos a la adquisición de la sustancia, a través de una actividad unívoca y próxima que habría de conducir a la tenencia de la droga de continuar hasta su final sin interrupción, nos hallaríamos ante una tentativa inacabada; por ejemplo, cuando ya se ha iniciado el traslado de los adquirentes al lugar donde la droga habría de entregarse y ello no se consuma porque la policía detiene antes a los vendedores de la mercancía que así queda ocupada. Y esto fue lo que sucedió en el caso que contempla esa sentencia, pues comenzó a ejecutarse el ilícito transporte de droga que se había planificado, con una embarcación semirrigida de 12 metros de eslora que llevaba tres motores de 250 caballos cada uno, tripulada por dos acusados. Sin embargo, no pudieron culminar sus propósitos, ya que dicho medio de transporte se averió, siendo localizada a la deriva por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil y trasladada al puerto, donde quedó depositada hasta que días después fue recuperada por su titular registral. Aquellos tripulantes no fueron detenidos, pues ninguna droga se les intervino, al haberse desprendido de ella ante la imposibilidad de su transporte. Fue estimado el recurso y condenados por una tentativa de delito.

La sentencia 569/2016 , de 29 de junio , condena por tentativa al conductor de un auto que concierta con otros dos acusados para actuar con él como lanzadera, es decir, precediendo al que transportaría la droga, para advertir al conductor de éste de la existencia de eventuales controles policiales, sin haber tenido intervención alguna en la elaboración de la droga incautada y sin que exista base alguna para afirmar que fuera a implicarse luego en su distribución o comercialización. La única actividad que se había comprometido a prestar no pudo realizarla debido a la intervención de la policía. Se considera que concurre tentativa por ese intento de contribuir al transporte de la sustancia estupefaciente, al ser éste el único segmento de actividad en que estaba implicado".

Es patente la inviabilidad del motivo. Retengamos en todo caso la argumentación que, debidamente adaptada, nos servirá para contestar otros motivos.

C) Recurso de Gabriela .



Séptimo.

Combate también esta recurrente a través del art. 849.1º LECrim la condena por pertenencia a grupo criminal. A semejanza del anterior, impugna la aplicación del art 570 ter.1.b. CP basándose en el carácter puntual y esporádico de su participación: una única operación.

Con ese razonamiento entra en colisión con el hecho probado (art. 884.3º LECrim) que en su primer párrafo sitúa a la acusada en el grupo dedicado coordinadamente a esa actividad ilícita. Y la coloca en ese entorno con una base probatoria holgada de la que se dará cuenta en los fundamentos de derecho: sus relaciones con Carlos Alberto , las diferentes conversaciones telefónicas con varios miembros del grupo; las llamadas desde Colombia, la interceptación de paquetes con droga dirigidos a su domicilio y en un caso a su nombre; y la constatación de que se habían recibido otros paquetes de procedencia similar por algunos de los integrados en el grupo, son elementos que justifican indiciariamente que la Sala haya llegado a la conclusión de que no era ajena a la trama organizada y estable, cuya colaboración se recaba esporádicamente para una única operación.

Eso determina la desestimación del motivo.

Octavo.

Por la puerta del art. 849.2 LECrim denuncia el segundo motivo error de hecho en la apreciación de la prueba.

Como prueba documental -indispensable plataforma de este cauce casacional- se identifican algunas conversaciones telefónicas de las que, se dice, no podría deducirse la pertenencia al grupo.

El planteamiento argumental está totalmente desenfocado.

El art. 849.2º LECrim exige invocar documentos que de forma indiscutible demuestren lo que se quiere sostener o negar. Desde el art. 849.2º solo cabe plantear certezas; nunca suscitar dudas. Esto segundo es lo que hace el motivo recurriendo a conversaciones equívocas que serían compatibles con la tesis de la no integración en el grupo, pero que también lo son con la contraria que es la asumida por la Sala de instancia con la base de otras muchas pruebas de las que esas conversaciones, que demuestran vínculos anteriores, constituyen tan solo un elemento corroborador más; ni siquiera el principal.

El motivo decae.

D) Recurso de Luis Pablo .

Noveno.

Aunque son tres los motivos que componen este recurso, ajustándonos a la razonable propuesta reagrupadora formulada por el Fiscal, los analizaremos conjuntamente. En realidad los alegatos distribuidos en tres motivos obedecen a un único y común propósito basado en una misma tesis argumentativa: se persigue la absolución por no concurrir prueba de cargo suficiente para sostener la condena.

Es esa la petición expresa del primero de los motivos. También del tercero, aunque en el mismo se busca otro cauce (art. 852 en lugar del 849.1º menos correcto) y se prescinde de cualquier argumentación novedosa. El motivo segundo, por quebrantamiento de forma, no contiene una petición autónoma con sustancialidad propia y, mucho menos, que pueda engarzarse con algún quebrantamiento de forma.

La sentencia basa su convicción en una actividad probatoria que sobrepasa el test de suficiencia. Las conversaciones mantenidas con Carlos Alberto y el contexto que las rodea vienen recogidas en la exquisita fundamentación fáctica de la sentencia. No dejan espacio para interpretaciones diferentes a la alcanzada por el Tribunal. Las reuniones constatadas que preceden o siguen a las conversaciones abundan en esa idea. El desmentido más rotundo de la tesis del recurrente viene constituido por la remisión a la lectura de los apartados de la sentencia que justifican en lo fáctico su condena.

El recurso no puede prosperar.

E) Recurso de Jose Enrique .

Décimo.

El primer motivo de este recurso denuncia la ausencia de doble instancia en alegato que durante unos años llegó a constituir un tópico que fue desapareciendo conforme se incrementaban los pronunciamientos nacionales y supranacionales sobre su inviabilidad. Lo resucita ahora el recurrente con una perspectiva nueva. Habiéndose ya generalizado legalmente el recurso de apelación no habría razones para limitar la vigencia de la ley a procesos posteriores a su entrada en vigor, cercenado ese derecho a los implicados en procesos de incoación anterior como es su caso.

El llamado derecho a la doble instancia cobró actualidad con motivo de un dictamen del Comité de Derechos Humanos, previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recaído en el asunto 701/1996 y fechado el 20 de julio de 2000. El argumento nuclear de ese dictamen fue recogido y asumido por otros posteriores que sentaron el mismo criterio en términos generales. Se reavivó así la cuestión de la conformidad o no con el denominado "derecho a la doble instancia" del sistema de recursos para delitos graves (solo casación). Una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial plasmó legalmente un anuncio para generalizar la apelación en materia penal, aunque vinculando la efectividad de tal previsión a la todavía pendiente reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tantas veces anunciada. El mandato por fin cuajó en la reforma de 2015 de la LECrim.

Desde entonces las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales pueden ser recurridas primero en apelación ante el TSJ y luego en casación.

Veamos primero la plena conformidad con el Derecho Nacional e Internacional de la situación precedente. Los Dictámenes iniciales, de signo no siempre coincidente, se referían a asuntos concretos. No arrastraban a una descalificación generalizada del previgente sistema de impugnación del ordenamiento procesal penal español. Tanto esa Sala (entre otras sentencias 203/2000 de 8 de febrero y 543/2000 de 27 de marzo), como el Tribunal Constitucional (sentencias 80/1992, de 28 de mayo, 113/1992, de 14 de septiembre, 29/1993, de 25 de enero, ó 120/1999, de 28 de junio y Auto 369/1996, de 16 de diciembre) reiteradamente proclamaron que el art. 14.5 del Pacto citado no padece por las restricciones de la casación en cuanto a la revisión de la valoración probatoria. Esa jurisprudencia nacional contaba con el aval del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: decisiones de inadmisión de 18 de enero de 2000 -caso PESTI Y FRODL-, 30 de mayo de 2000 -asunto LOEWENGUTH-, ó 22 de junio de 2000 -asunto DEPERROIS-, por citar solo algunas.

Las SSTC 80/2003, de 28 de abril ó 26/2006, de 16 de enero representan algunos hitos en esa consolidada doctrina jurisprudencial. La previa STC 70/2002 de 3 de abril, precisaba, además, que las "observaciones que en forma de dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales -como se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto- y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo le otorgan tal competencia".

La STS 480/2009, de 22 de mayo destacaba sobre esta cuestión dos significativos aspectos:

1º.- Que el TEDH considera que en el art. 2 del Protocolo número 7, los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de éste último. En muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra limitado a cuestiones de Derecho. Por ello se considera que la posibilidad de recurrir en casación satisface las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 del Convenio.

2º.- En varias decisiones de inadmisión de Comunicaciones, el Comité de Naciones Unidas considera adecuada y suficiente la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo Español en un recurso de casación: Decisión de 29 de marzo de 2005 (Comunicación núm. 1356-2005 PARRA CORRAL c. España, 4.3). Decisión de 25 de julio de 2005, (comunicación núm. 1399-2005), CUARTETA CASADO c. España, § 4.4). Decisión de 25 de julio de 2005 (comunicación núm. 1389-2005), BERTELLI GÁLVEZ c. España, § 4.5. Pone ésta de manifiesto que "en cuanto a la presunta violación del párrafo 5 del artículo 14, del texto de la sentencia del Tribunal Supremo se desprende que si bien éste declaró que la evaluación de las pruebas compete al Tribunal de primera instancia y no al Tribunal Supremo, sí examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable de estafa porque hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño de una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés".

El cambio de orientación en la doctrina del Comité se consolidó (además de los citados, dictámenes 1156/2003, de 18 de abril de 2006, 1094/2002 de 24 de abril de 2006, 1102/2002, de 26 de abril de 2006, 1293/2005, de 14 de agosto de 2006, 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006, entre otros). Ese giro fue haciendo desaparecer paulatinamente la cuestión de la agenda de este Tribunal de casación. Solo esporádicamente volvía a ser invocada por algún despistado recurrente.

Se concluye que no existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la regulación anterior del régimen de recursos en materia penal, al cumplir con las exigencias del art. 14.5 PIDCP .

El derecho al recurso reconocido en el artículo 14.5 PIDCP parte de la premisa de su previsión legal. Al tiempo en que se incoó el procedimiento objeto de recurso, las previsiones de la ley se materializaban en un recurso de casación.

Desde la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para el conocimiento de los recursos de apelación de las sentencias dictadas por las Audiencias provinciales que se introduce, antes en la casación que se mantiene (redacción actual del artículo 847.1 b.).

A tenor de la Disposición Transitoria, de tal Ley solo se aplica ese régimen "a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor". Tal precepto no puede tener efectos retroactivos sobre el presente procedimiento.

No puede invocarse la reforma de la LOPJ que consagraba esa previsión porque la misma la supeditaba a una reforma legal que es la que se ha producido (incluido su régimen transitorio) y porque además de no existir contradicción las relaciones entre una Ley Orgánica y una Ley Ordinaria no se rigen por un principio de jerarquía sino de competencia.

El derecho a la doble instancia penal, en el caso concreto, se encuentra amparado a través del conocimiento por esta Sala del recurso de casación, de conformidad con la jurisprudencia anteriormente referida. Esa es la legalidad a la que hay que atenerse.

La Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015 establece, con alguna excepción entre las que no se cuenta la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, que sus previsiones solo se aplicarán a los procesos incoados con posterioridad a su entrada en vigor (6 de diciembre de 2015). Habiendo sido incoada la causa en que se intenta el recurso antes de esa fecha ha de estarse al régimen previgente que no autorizaba la casación en estos casos.

El art. 9.3 CE prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos pero no impone la retroactividad de las favorables, lo que, sin embargo, sí podría encontrar algún apoyo en el derecho de la Unión Europea (art. 49.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Lo decisivo para rechazar la eventual retroactividad de esa nueva normativa es que no nos enfrentamos a una disposición sustantiva, sino procesal; y, además, no inequívocamente beneficiosa. Lo será solo para alguna (s) de las partes del proceso: la que haya visto desestimadas sus pretensiones. Para la otra será desfavorable. El art. 2.2 CP y también el art. 9.3 CE o el art. 49.1 CDFUE juegan respecto de las normas sustantivas; no alcanzan a las procesales. La introducción de un nuevo recurso de apelación no es a priori y en abstracto favorable al reo. La igualdad procesal de armas impide entender que una misma resolución solo fuese impugnabile por una parte (condenado) y no por las otras (acusaciones).

Se sugiere la inconstitucionalidad de la imposibilidad de aplicar retroactivamente la reforma que ha implantado la posibilidad de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Ha sido esa una decisión del legislador que nos está vedado torcer y, que por otra parte, ya ha tenido ocasión de ser sometida al control del TC del que han emanado un nutrido número de providencias de inadmisión que niegan relevancia constitucional a tal problema de transitoriedad.

El motivo es improsperable.

Undécimo.

Al amparo del art. 852 LECrim denuncia vulneración del art 24. 2 CE (derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la presunción de inocencia). La queja parte de una irregularidad material: el letrado no ha tenido acceso a la grabación de una de las sesiones del juicio oral. Eso le impide ejercitar con totales garantías su derecho a recurrir.

En el tema planteado concurren diversas cuestiones y entre ellas alguna (deficiencia en la grabación del juicio) que ha sido objeto de algún pronunciamiento cercano de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Pero no será necesario adentrarse en ese cúmulo de matices y perspectivas desde el momento en que se constata que el tramo de cuya indisponibilidad se queja viene ceñido a la prueba documental (audición de las grabaciones de las escuchas) y al trámite de informes así como derecho a la última palabra. Además, como veremos, se ha comprobado que la grabación es reproducible.

El art. 788.6 LECrim regula el acta del juicio oral en el Procedimiento Abreviado. Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial el precepto se remite íntegramente al procedimiento ordinario. El en concreto el art. 743 LECrim establece:

"1 . El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

2. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el Secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.

3. Si los mecanismos de garantía previstos en el apartado anterior no se pudiesen utilizar el Secretario judicial deberá consignar en el acta, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

4. Cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Secretario judicial extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas ..."

De la lectura del precepto se desprende lo que nunca puede dejar de documentarse en el acta, lo que es imprescindible. Cuando no es posible el uso de medios técnicos de grabación, será suficiente un acta extendida por el letrado de la Administración de Justicia. El acta debe recoger, con la extensión y detalle necesario, lo indicado en el apartado 4 de tal precepto.

La normativa anterior a la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (número 6 del art. 788, LECrim) establecía: « Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los Abogados de la acusación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario» .

En la actualidad la forma clásica de documentar el acta es la última de las posibilidades, pero es tan válida como el resto de las previstas que son desde luego más acordes con las tecnologías actuales que tienden a penetrar en la Administración de Justicia con un considerable retraso si se compara con otros ámbitos, también de la esfera pública; y con déficits que tienden a superarse pero que todos hemos padecido.

El acta o la grabación son esenciales a efectos de recurso, pero no en todos sus extremos ni para todos los motivos. De hecho según la legalidad ni siquiera sería obligada su remisión al Tribunal de casación más que en algunos casos (otra cosa es que la implantación de la presunción de inocencia como motivo de casación haya invertido la praxis). En ella se incorpora la indispensable constancia documental de las formalidades observadas durante el desarrollo del juicio, las incidencias y reclamaciones que hubieran podido formularse durante las sesiones y el contenido esencial de la actividad probatoria. Carencias sobre esos contenidos pueden vincularse con el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus facetas que es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales.

Esa relevancia del acta ha llevado a esta Sala de casación a declarar la nulidad del juicio oral cuando ha desaparecido el documento o no se ha producido la grabación, o la misma es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción. " La sentencia que dicta un Tribunal sin contar con la documentación del acta del juicio oral es nula » (STS de 26 de abril de 1989). Incluso en algún caso se ha llegado a la solución, más discutible por suponer un salto entre planos diferentes, de anudar a la pérdida del acta la consecuencia de la absolución, aunque en ese

supuesto el extravío se extendía a otras actuaciones (STS 525/1995, de 1 de abril). A eso quiere llevarnos el recurrente.

La grabación no modifica la naturaleza y límites de cada tipo de recurso. La posibilidad de visionar mediante la reproducción de la grabación la vista no altera los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación. En ningún caso, la grabación del juicio implicará que el Tribunal Supremo pueda valorar de nuevo la prueba practicada ante la Audiencia. Dicha función corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia. Así lo reseña entre otras la STS 503/2008, de 17 de julio , Fundamento de Derecho Segundo. Incluso a efectos de un recurso de apelación tampoco se puede exacerbar su valor (STC 120/2009, de 18 de mayo).

El contenido de las declaraciones de testigos y acusados está plenamente accesible registrado en las grabaciones cuya reproducción no ha presentado ninguna dificultad al letrado. Se ha comprobado así también en esta sede haciendo uso de las claves para acceder a ellas en el sistema implantado en la Audiencia de origen. La imposibilidad de contar con la grabación de una sesión (el correspondiente al día 26 de enero de 2018) es totalmente irrelevante a efectos de resolver este recurso de casación. Los empeños de los recurrentes en demostrar lo contrario no convencen (cfr. STS 503/2012, de 5 de junio).

Para que prospere un motivo basado en el derecho a la tutela judicial efectiva ha de evidenciarse que se ha producido efectiva indefensión.

No se alcanza a comprender cómo la imposibilidad de consultar esos elementos concretos del plenario (audición de algunas pocas escuchas en el momento de la prueba documental e informes orales) menoscaba el derecho de defensa.

El recurrente y su Letrado en la instancia conocieron directamente lo acaecido en esos trámites finales. El cambio de letrado no impide mantener una línea defensiva coordinada mediante la consulta, en lo necesario, a quien previamente asumía la dirección técnica.

La audición de las cintas que recogen las conversaciones telefónicas está plenamente suplida por la constancia de sus transcripciones en las actuaciones. Y no solo su transcripción. Están unidas las mismas grabaciones. Lo que se oyó en el juicio puede ser reproducido y vuelto a oír usando esos soportes digitales guardados en dos gruesos sobres. Es más ni siquiera se precisa de un esfuerzo de localización. Obran todos los soportes digitales pero están grabados aparte en soportes diferenciados y perfectamente identificados los cds que recogen en exclusiva las conversaciones oídas en el acto del juicio oral. Y son perfectamente audibles (lo que no sucede por obvias razones al reproducir la grabación de la vista).

Los informes orales no aportan en casación nada relevante: no han de ser consultados. Es esto tan evidente que en el sistema originario de la LECrim y mientras no se produjo la reforma que dio paso a los medios tecnológicos como sistema de documentación en el acta que se levantaba manualmente no era necesario trasladar el contenido de esos informes: bastaba con indicar que se habían llevado a efecto. Como tampoco lo es ahora cuando fallan los medios tecnológicos según dicción expresa de la ley.

Está dentro de las posibilidades del recurrente el examen directo de la prueba documental: en las actuaciones constan no solo las transcripciones sino también las grabaciones. A partir de ellas podría desplegar cuantos argumentos hubiese tenido por convenientes. Pero no puede convertir esa supuesta deficiencia en el visionado de una sesión, en causal de absolución.

La prueba manejada por la Audiencia para la condena se expone en el fundamento de derecho octavo. Allí se consignan las conversaciones telefónicas que sirven de soporte a esa convicción facilitando la tarea tanto del letrado como de esta Sala al identificar el lugar de la causa donde se encuentran recogidas las conversaciones oídas en el acto del juicio oral (¿era necesario para la defensa además de su lectura y su eventual audición directa, ver cómo se reprodujeron en el juicio oral?). En un fundamento anterior la sentencia detalla las conversaciones escuchadas en el plenario que como se ha dicho se localizan en la causa con mayor facilidad de la esperable.

Es más, se ha podido comprobar directamente que pese a producirse efectivamente un error al intentar descargar algún concreto vídeo (solo se reproducen 4 minutos) mediante una simple operación al alcance de cualquier persona con conocimientos básicos y con una mínima insistencia se puede acceder a la reproducción de los cuatro vídeos en que se distribuye la grabación de esa sesión. Han sido visionados directamente y lo que se presentaba ya como más que previsible, se torna evidente. En el trámite de la prueba documental amén del clásico "por reproducida" que supone la remisión a los documentos invocados, se procede a la escucha de algunas conversaciones -pocas-. Las que se indican en la sentencia, donde además en muchos casos se transcribe algún fragmento y se consigna dónde obra su transcripción. La inteligibilidad de las escuchas así reproducidas se torna en la visión de la sesión hartamente complicada: es lógico. Sucede habitualmente. Y carece de importancia cuando con

los soportes que han sido allí reproducidos y que pueden oírse directamente (además sin tediosas exigencias de localización pues como se ha explicado están apartadas esas escuchas y situadas en unos soportes diferenciados).

El informe del letrado que actuó en la instancia está dedicado a reproducir los alegatos que exponía con extensión en sus conclusiones, amén de unas finales referencias al tema probatorio.

El recurrente no hizo alegación alguna en el momento de su derecho a la última palabra.

Como era más que presumible nada relevante podía obtenerse del visionado de esa sesión para un recurso de casación. Puede disculparse que el letrado se haya rendido prontamente en su combate contra esos indómitos duendes informáticos a los que no ha podido doblegar (bastaba alguna insistencia). También que no haya considerado oportuno consultar al letrado que actuó en la instancia o reclamar datos o una copia de los profesionales que asumieron la representación y defensa ante la Audiencia de Barcelona.

Pero de cualquier forma, aunque la denunciada dificultad de acceso (no se duda en absoluto de lo manifestado por el letrado en casación al respecto y en efecto se ha podido observar que en algún momento se produce algún error en la descarga, que con algo de insistencia se desvanece) hubiese sido totalmente insuperable, el rechazo de su queja se impondría igualmente. Para conocer la prueba de las escuchas no es necesario acceder a la grabación del plenario: basta con examinar las actuaciones, cotejar las transcripciones y, si se considera indispensable, oír directamente las grabaciones solicitando copia. Y para formalizar un recurso de casación nunca ha sido necesario conocer el informe efectuado en la instancia. Puede ser útil: y eso viene ahora facilitado por los medios tecnológicos. Pero las formas tradicionales de documentar el acta no permitían conocer los informes; eso no implicaba indefensión y existían y siguen existiendo medios alternativos si es que el defensor reputa primordial ese extremo (comunicación directa entre los letrados).

La interrelación entre conversaciones telefónicas y movimientos de Carlos Alberto y Gabriela, las referencias a "libros" en coincidencia con otras conversaciones entre acusados y el resto de elementos allí resaltados son concluyentes e impiden hablar de violación de la presunción de inocencia.

El motivo fracasa igualmente.

F) Recurso de Marí Juana .

Duodécimo.

A igual que el primer recurrente ésta dedica su primer alegato cobijado en el art 852 LECrim a denunciar supuestas infracciones de derechos fundamentales y en concreto del art. 18.3 CE . Se centra no ya tanto en la apertura de los paquetes, como en las iniciales intervenciones telefónicas. En su estimación se habrían producido sin contar con un sustento indiciario suficiente.

No es así. El cuadro indiciario presentado al Instructor habilitaba para la adopción de esa medida. Concurrían buenas razones para estimar que se estaba ante una actividad delictiva, que la interceptación de esos teléfonos cuya titularidad se atribuía a Gabriela gozaba de idoneidad para esclarecer esos hechos y que no aparecían otras posibilidades razonables de eficacia semejante aptas para encauzar esa investigación.

Veamos la base indiciaria que apoyaba esa medida:

a) Se constata que al domicilio en el que residía (según información obtenida del padrón) se había remitido un paquete con cocaína detectado en el Reino Unido. La entrega vigilada no fue fecunda.

b) A ese mismo domicilio y ya a nombre de la acusada (con una despreciable variación en el nombre de pila) se había dirigido según comunicó la policía Argentina a través de Interpol otro paquete con cocaína interceptado allí.

c) La citada Gabriela había sido objeto de detención y condena por un delito contra la salud pública derivado de la importación de droga.

d) Se reclama judicialmente la identificación de las líneas de teléfono a nombre de la citada.

e) Se comprueban contactos telefónicos con Colombia y Venezuela; así como la recepción de otro paquete de idéntica procedencia también interceptado en Argentina y destinado al domicilio de Carlos Alberto a quien la referida, casualmente, había visitado en fechas cercanas.

Son indicios sobrados para acordar esa intervención telefónica. Lo exigible en ese momento son indicios, no pruebas.

a) Ya se ha destacado que no cabe tachar de ilegítima la apertura del paquete en el Reino Unido.



b) Igualmente se ha razonado en orden a que no era necesario aportar la comunicación recibida a través de Interpol. Es suficiente la dación de cuenta.

Todos los datos debidamente interrelacionados ofrecen algo más que unos indicios; despiertan sospechas muy vehementes; una probabilidad muy alta. No es dable tachar de inmotivada o infundada la medida legítimamente acordada.

De hecho, podríamos afirmar que bastaban los tres primeros indicios (dos paquetes con cocaína; uno a su nombre; los dos a la misma dirección, más la acreditada implicación anterior en actividades de tráfico de drogas) para entender suficientemente apoyada la hipótesis de que seguía involucrada en esa actividad y hacer idónea la medida injerente.

Obviamente la comprobación de que uno de los teléfonos intervenidos no era usado por la investigada ha de llevar al cese, pero no puede exigirse ex ante un poder adivinatorio en las fuerzas policiales para discriminar de entre los teléfonos que son titularidad de una persona cuáles pueden estar siendo usados por un familiar suyo.

Las escuchas no pueden anularse. Subsiste en consecuencia la validez de las pruebas derivadas de ellas.

Décimo tercero.

Por igual vía casacional (art. 852 LECrim) se denuncia infracción del art. 18.2 CE (inviolabilidad domiciliaria). El motivo parte de la estimación del anterior: el acuerdo de entrada en el domicilio tomaría base de las intervenciones telefónicas y por tanto se extendería a él la inutilizabilidad de la prueba.

Desestimado el motivo anterior este pierde todo sustento.

Décimo cuarto.

La presunción de inocencia que quiere abrirse paso a través del art. 852 LECrim es la temática del siguiente motivo (tercero).

La argumentación comienza insistiendo en el cuestionamiento de la legalidad de la interceptación de los dos paquetes postales fuera de nuestras fronteras. El tema ya ha sido abordado refutándose los argumentos de tenor semejante aducidos por otro recurrente. El actual art. 579.4 LECrim que es invocado confirma lo que ya era doctrina jurisprudencial. Lo que es un paquete y por tanto no está pensado para enviar comunicaciones escritas está al margen de la tutela reforzada que brinda el art. 18.3 CE . Su régimen de inspección se rige por lo establecido en la normativa postal y aduanera.

Es obvio que la inspección en origen no obliga a citar al destinatario.

El contenido del paquete interceptado en Reino Unido evidencia que era ajeno a lo que es una comunicación.

Ciertamente los paquetes interceptados en Argentina no pueden servir como prueba; pero sí como indicio que abre paso a una investigación y que, en unión de otros, funda una intervención telefónica.

Décimo quinto.

Aunque aparece mencionado el art. 18.3 CE otra vez, el motivo cuarto (D en la forma identificativa alfabética elegida por la recurrente) se refiere al art. 24.2 CE y en concreto a la presunción de inocencia.

Sentada la utilizabilidad de toda la prueba, la cuestión se ciñe a comprobar si la actividad probatoria desplegada sustenta de forma racional las imputaciones que dirige la sentencia a la acusada, ahora recurrente.

Por una parte, el delito de pertenencia a grupo criminal. Por otra, la participación en el delito de tráfico de drogas.

Otra vez las conversaciones telefónicas ofrecen un rendimiento probatorio que es minuciosa y meritoriamente expuesto en la sentencia de instancia cerrando el paso a cualquier posible duda. No hay más que remitirse a la fundamentación fáctica de la sentencia respecto de esta recurrente para que se venga abajo su voluntarioso alegato.

Las llamadas de Carlos Alberto refiriéndose a ella como otra persona que colaborará para convencer a Gabriela ; o lo sucedido en un episodio anterior en que, temerosa de que fuesen a registrar el domicilio compartido, advierte a Carlos Alberto , son algunas de las más significativas escuchas -que no las únicas- que han servido a la



Audiencia para construir de manera impecable su convicción. Se demuestra no ya un simple conocimiento de la dedicación de su pareja, sino una implicación activa coordinándose con él en esas tareas y por tanto una integración en el grupo.

Las conversaciones con Luis Pablo , constituyen otro indicio relevante.

Conviene aclarar para desmontar el, efectista pero falaz, argumento del recurso, que no es que la Audiencia considere que el delito consiste en la llamada a Gabriela (que en efecto no consta más que indirectamente), ni en el aviso a Carlos Alberto ; sino que esos datos junto a otros que se explican demuestran la connivencia de esta recurrente con su pareja y su colaboración activa y no meramente episódica en esa actividad persistente.

La exclusión de la sustancia intervenida a Jose María solo llevaría a una eventual y, además, no obligada reducción de la multa. Nada más.

Décimo sexto.

La pena está correctamente individualizada. La cantidad de droga intervenida es relevante. Permite elevarse sobre el mínimo posible. La Sala no ha encontrado elementos diferenciables para distinguir las penas según los partícipes, salvo para la acusada merecedora de una agravante. Y parece lo más ajustado al principio de igualdad: se trata de una actividad concertada en la que participan varios. No se evidencian razones para distinguir a unos de otros.

Tampoco hay objeción que poner a la pena por el delito de falsedad: se justifica en la forma establecida por la Audiencia. El argumento relativo al pasaporte hallado en su domicilio a nombre de otra persona es prescindible. Se trata de un incremento no alto sobre el mínimo legal que es admisible aunque solo sea para reservar espacios punitivos para hechos más leves (conurrencia de atenuante) sin producir agravios comparativos.

Décimo séptimo.

La cuestión de la atribución a la recurrente de la droga ocupada a Jose María ocupa el motivo sexto del recurso que se canaliza por la vía del art. 849.1º LECrim , lo que impide cuestionar el hecho probado aunque en verdad el motivo anterior por presunción de inocencia lo hacía.

El hecho probado atribuye esa acción a todo el grupo y lo hace con fundamento: es una inferencia más que lógica. Pero es que, de expulsarse ese episodio de la atribución a esta recurrente, ninguna consecuencia relevante se derivaría. La droga ocupada en la segunda operación es de cuantía suficientemente relevante como para justificar por sí sola la pena impuesta. Y la multa se mueve en todo caso dentro de los márgenes legales.

No puede aceptarse el alegato de que hubiera podido existir un error (art. 14 CP) en cuanto a la cuantía de la droga. Es obvio que existe, al menos, dolo eventual. Se hace inasumible argumentar que, de haber conocido que la cuantía sobrepasaba los 750 gr de cocaína, se hubiese negado a intervenir; amén de ser cuestión que queda desacreditada por la lectura íntegra del hecho probado. De nuevo hay que recordar que no se le condena por una conversación con Gabriela . Su mención es un elemento que, junto a otros, lleva a la Sala de forma razonable y motivada a la certeza de su integración en el grupo e implicación en toda su actividad.

El motivo decae.

Décimo octavo.

Vía art. 849.1º LECrim se combate la condena por el delito del art. 570 ter.1 b. CP . El argumento se concreta en que la única operación interceptada es el viaje de Gabriela .

Pero el hecho probado habla de una dedicación persistente durante varios meses. Eso no puede orillarse en el marco casacional abierto (art. 849.1 º y 884.3º LECrim). La prueba que basa esas afirmaciones, como se ha dicho antes, es suficiente. No exige la condena por grupo criminal la acreditación detallada de varias operaciones concretas, sino de una organización más o menos estable con vocación de realizar una pluralidad de operaciones. No refiere ni el hecho ni la prueba que los sustenta una operación puntual y aislada sino una dedicación persistente. Muchos son los datos que apuntan en la dirección afirmada por la sentencia.

El motivo fenece.



Décimo noveno.

La condena por el delito de falsedad se ataca solo con la base de la fracasada pretensión de declarar nula la prueba inicial. No exige por tanto una respuesta específica. Es clara la tipicidad de los hechos, despejada la cuestión de la legitimidad de la prueba que ha permitido establecerlos.

Vigésimo.

Como hacía otro recurrente se pide vía art. 849.1º LECrim reducir la participación a la complicidad del art. 29 CP .

Sería ello más planteable (aunque posiblemente también descartable: estaríamos ante una inducción) si la conducta atribuida a la recurrente fuese exclusivamente una llamada para animar a una persona a delinquir. Pero es que lo que la sentencia imputa a la acusada es una participación concertada en esa operación de tráfico de drogas lo que la convierte en coautora. Ya hemos razonado antes el marco tan reducido al que queda encorsetada esa forma secundaria de participación criminal en el delito del art. 368 CP .

Vigésimo primero.

También como hacía otro recurrente; se impugna la aplicación de la medida de expulsión una vez cumplida la condena por entender que supondría un bis in ídem.

Con ello lo que está es cuestionando la letra del art. 89 CP . El tribunal no contempla el cumplimiento íntegro de la pena y la posterior expulsión. Se acuerda la expulsión conforme al artículo 89.2 CP no para el caso del cumplimiento efectivo total y absoluto de la pena en régimen de privación de libertad, sino únicamente si los penados no nacionales llegan a ser clasificados en tercer grado u obtienen la libertad condicional.

La redacción del art. 89.2 CP surgida de la reforma de 2015 podría alimentar algún equívoco sobre un presupuesto de la expulsión. Para que pueda acordarse la expulsión del extranjero -también el residente legalmente-condenado a penas superiores a cinco años de prisión ¿es indispensable una reducción del tiempo de cumplimiento (en ningún caso superior a las dos terceras partes)? Si el Tribunal no considera pertinente el acortamiento, la expulsión vía art. 89 CP quedaría vedada. Empero, no puede olvidarse que eso materialmente no comporta que quedara así bendecida la permanencia en territorio español. Antes bien, lo que supondría es la activación del mecanismo administrativo para una expulsión que legalmente resultará obligada - art. 57.2 LO 4/2000, de 11 de enero - salvo concurrencia de razones excepcionales (cfr. STS Sala 3ª -Sección Quinta- 893/2018, de 31 de mayo , entre otras; y SSTC 236/2007, de 7 de noviembre , 186/2013, de 4 de noviembre ; o 131/2016, de 18 de julio).

La terminología manejada por el legislador -sustitución- alentaría esa interpretación: la expulsión que maneja el art. 89 CP no es una adición, un añadido; sino algo que sustituye a la pena: totalmente o en parte. Si hay cumplimiento íntegro no podría hablarse de sustitución, pues nada se dejaría sin efecto.

Nótese que esa genérica terminología es compatible con la expulsión concebida como sustitutiva del periodo en tercer grado o en libertad condicional (que son también fases del cumplimiento de la pena). Así se deriva de la dicción del anterior art. 89.1.2 CP , en exégesis también congruente con la dicción del inciso final del actual art. 89.2 CP . No parece que el legislador de 2015 haya querido variar en ese punto el régimen anterior, lo que por otra parte resulta coherente con lo dispuesto en el art. 197.2 del Reglamento Penitenciario .

Las reflexiones en torno a una supuesta infracción del non bis in ídem quedan de esa forma desautorizadas, más allá del debate de si la expulsión en esos casos, así como en los determinados en el art. 57.2 de la citada Ley de Extranjería -otro argumento a favor de la interpretación aquí expresada: no tendría sentido esperar al transcurso de los periodos de tercer grado o libertad condicional para poner en marcha ese mecanismo- es una medida o una sanción. Las previsiones (pena más expulsión: bien sea acordada en el proceso penal; bien se acuerde en un expediente administrativo ulterior), según ha entendido nuestro TC, no contradicen las exigencias de tal principio que, aparte de su proclamación en textos internacionales de aplicación directa en España nuestro TC desde algunos de sus primeros pronunciamientos consideró implícitamente acogido en el art. 25.2 CE .

Los razonamientos de la Sala de instancia en torno a la naturaleza de la actividad delictiva son suficientes para convenir en que no hay razones para considerar desproporcionada la medida de expulsión al acceder al tercer grado o a la libertad condicional. No se aducen concretos motivos suficientes más allá de genéricas valoraciones que contradigan la valoración de la Audiencia.

G) Recurso de Luis Angel .



Vigésimo segundo.

Renunciados los motivos primero, tercero, cuarto y quinto de este recurso en fase de formalización queda configurado el recurso por un primer motivo que invoca la presunción de inocencia (art. 852 LECrim Y 24.2 CE) negando que sea correcta la inferencia de la Sala acerca de su participación en la operación; y otros dos (sexto y séptimo) por infracción de ley (art. 849.1 LECrim).

Los indicios manejados por la Audiencia son concluyentes. Se trata no solo de viajar en el mismo avión, sino fundamentalmente de cómo el recurrente sigue y aborda a la portadora de la droga (que, por cierto, se había retrasado para recoger su equipaje). Resulta muy poco creíble, su explicación (la invitó a tomar un taxi); y, sobre todo, es definitiva la frase que en ese momento dirige la otra condenada de la que dará cuenta uno de los agentes actuantes.

Agentes del Cuerpo de Policía Nacional comprobaron cómo al llegar a la parada de taxis el ahora recurrente acude hacia Gabriela . Es en ese preciso instante cuando se produce la detención. Inmediatamente después como rotundamente puso de manifiesto uno de los testigos (Policía Nacional) en el acto del juicio oral, efectúa aquélla una llamada a su hijo para dar cuenta de la detención manifestando que ha sido detenida con la persona que me venía a recoger. No puede darse a esa frase otra interpretación. Es muy alambicada y por tanto no creíble la hipótesis que ensaya el recurrente.

La no coincidencia en la compra de los billetes no indica nada relevante. Es lógico: el recurrente estaba ya en Colombia. Y si es llamativa la fecha de la compra (14 de diciembre).

Las razones aducidas como contra indicios no resquebrajan en lo más mínimo esa base aprobatoria (tiempo de estancia en España; no aportación de vídeos de seguridad del aeropuerto...)

El motivo decae.

Vigésimo tercero.

Los dos restantes motivos se articulan bajo el paraguas del art. 849.1º LECrim . Se reclama, en sintonía con otros recursos, tanto la condena por mera complicidad como la degradación a tentativa.

Tampoco respecto de este recurrente pueden considerarse aceptables estos argumentos.

En cuanto a la tentativa porque se une a una operación que puede considerarse consumada desde el momento en que Gabriela se hace con la droga que debía transportar. En ese momento se consuma para todos los partícipes que actúan en connivencia; y entre ellos el acusado.

Pues bien, en el presente caso podríamos hablar de tentativa (art. 29 CP) solo si este acusado hubiese sido llamado a colaborar estando ya la droga estaba bajo control policial por haber sido detenida Gabriela . Como no solo la colaboración estaba pactada desde antes sino que además ya se había producido el transporte de droga bajo su supervisión no hay cabida para una forma imperfecta.

A esos efectos no podemos equiparar la intervención policial producida con un acto de entrega vigilada necesitado de autorización judicial confundiendo así lo que es la incautación efectiva de droga por la policía de la sustancia prohibida que luego se deja circular; con una indagación policial todavía no culminada que exige tomar decisiones sobre el momento adecuado para intervenir que no descansan en la autoridad judicial sino en las fuerzas y cuerpos de seguridad. Nada permite asimilar uno y otro supuesto. En un caso la policía ha abortado ya el delito y mediante una técnica específica con respaldo legal (entrega vigilada) trata de descubrir la identidad de algunos de los partícipes. Si esa participación surge después es una tentativa inidonea. En el otro la policía está en vías de abortar la actividad que viene investigando y que, sin embargo, sigue desarrollándose aunque esté relativamente identificada y haya visos de que la operación policial puede culminar exitosamente.

La STS 184/2013, de 7 de febrero descalifica una argumentación semejante:

"...Se viene a decir que en el momento en que se produce la intervención de los recurrentes (colaboración para la descarga del alijo), la operación ya estaba controlada por la policía y, por tanto, sería aplicable la tesis elaborada alrededor de las entregas vigiladas. En el momento en que se activa la colaboración que iban a prestar los recurrentes sería ya inidónea para atentar contra el bien jurídico "salud pública" a través de la difusión de la droga, pues ya podía pronosticarse, sin temor a error, el fracaso de la operación; no habría posibilidades reales de que esa droga llegase al mercado aunque siguiese en posesión de los autores, pues estaba ya de hecho bajo control policial (STS 2104/02, de 9 de diciembre).

Siendo correcta la jurisprudencia que se evoca, y siendo sugerente la tesis planteada, encierra un sofisma la equiparación de un supuesto como éste a los de entrega vigilada o los de delito provocado. Hay diferencias



esenciales. No puede hablarse de control policial absoluto hasta que la droga llega a ser efectivamente incautada. El supuesto es muy diferente al que se produce en las entregas vigiladas en que la sustancia sigue circulando pero por decisión de los agentes policiales. Aquí todavía no ha culminado la operación policial. La droga no está a disposición de la fuerza policial. No puede asegurarse que ante un oportuno aviso se pudiese sustraer a la acción policial, ni puede descartarse que el operativo fracase por imaginables eventualidades. La consideración de los hechos como tentativa inidonea exige como presupuesto que en el momento en que se concierta la colaboración la sustancia esté ya de facto bajo control policial y no meramente iniciadas unas investigaciones con visos, mayores o menores, de culminar exitosamente".

La asimilación que se sugiere es inviable. Ni en la literalidad ni en el espíritu de la ley es equiparable una entrega vigilada (en la que cabe degradar a tentativa la actuación de quien decide unirse a la operación ilícita cuando ya está definitivamente frustrada) con una investigación policial que basada en sospechas de una operación de tráfico de drogas establece dispositivos de vigilancia y consigue de esa forma frustrarla antes de su agotamiento, pero cuando ya se ha alcanzado la consumación que en estos delitos está muy adelantada.

Vigésimo cuarto.

En cuanto a la complicidad porque las tareas de vigilancia que tenía encomendadas, según la sentencia, suponen incluso un rango superior a la de la simple transportista sobre la que se hace recaer el mayor riesgo de la operación. Vigilar, aunque sea por cuenta de otros, y hacerse cargo de la persona que transporta la droga cuando llega a España es acto de control más relevante que el propio transporte. Ésta es tarea más propia de un subalterno. Estamos ante un caso claro de coautoría.

Los motivos decaen.

Vigésimo quinto.

Desestimados todos los recursos cada recurrente habrá de asumir el pago de las costas del suyo (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- DESESTIMAR los recursos de Jose María , Gabriela , Jose Enrique , Carlos Alberto , Luis Angel , Marí Juana y Luis Pablo , contra sentencia de fecha 13 de febrero de 2017 dictada por la Sección Octava en causa seguida contra los recurrentes por delito contra la salud pública, delito de pertenencia a grupo criminal, falsedad documental en su modalidad de falsedad de documento oficial.

2.- Imponer a los recurrentes Jose María , Gabriela , Jose Enrique , Carlos Alberto , Luis Angel , Marí Juana y Luis Pablo el pago de las costas de sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Lurca

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Vicente Magro Servet

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.