



Roj: **STS 2987/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2987**

Id Cendoj: **28079120012020100487**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2020**

Nº de Recurso: **4103/2018**

Nº de Resolución: **468/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 468/2020

Fecha de sentencia: 23/09/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4103/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4103/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 468/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 23 de septiembre de 2020.



Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados Dña. Adolfina, D. Onesimo, D. Pedro, D. Prudencio, D. Ramón, D. Rogelio, D. Romualdo, D. Rosendo, D. Serafin, D. Teodoro, Dña. Clara, D. Víctor, D. Victorio, D. Jose Ignacio, D. Jose Francisco, D. Jose Enrique, D. Carlos Manuel y D. Carlos Miguel, contra sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que les condenó por delitos contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, de falsedad de moneda en su modalidad de tenencia de moneda falsa para su distribución, de blanqueo de capitales, de tenencia ilícita de armas, contra la salud pública de sustancia que causa grave daño en grado de tentativa y de blanqueo de capitales por imprudencia grave, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por el Procurador D. Javier Lorente Zurdo y bajo la dirección Letrada de D. Álvaro Sánchez de la Morena del Olmo respecto de la acusada Adolfina; por la Procuradora Dña. Sara Carrasco Machado y bajo la dirección Letrada de D. Cristóbal Sitjar Fernández respecto del acusado Onesimo; por la Procuradora Dña. Pilar Tello Sánchez y bajo la dirección Letrada de Dña. Mariana Ivanov Yordanova respecto del acusado Pedro; por la Procuradora Dña. Yolanda Pulgar Jimeno y bajo la dirección Letrada de D. José M^a Gómez Rodríguez respecto del acusado Prudencio; por la Procuradora Dña. María Blanca Fernández de la Cruz Martín y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Manuela Gómez respecto del acusado Ramón; por la Procuradora Dña. M^a Lourdes Cano Ochoa y bajo la dirección Letrada de D. Santiago Manuel Candela Rovira respecto del acusado D. Rogelio; por la Procuradora Dña. M^a Lourdes Cano Ochoa y bajo la dirección Letrada de D. Aitor Esteban Gallastegui respecto del acusado Romualdo; por la Procuradora Dña. M^a Lourdes Cano Ochoa y bajo la dirección Letrada de D. Aitor Esteban Gallastegui respecto del acusado Rosendo; por la Procuradora Dña. M^a Lourdes Cano Ochoa y bajo la dirección Letrada de D. Aitor Esteban Gallastegui respecto del acusado Serafin; por la Procuradora Dña. M^a Lourdes Cano Ochoa y bajo la dirección Letrada de D. Santiago Manuel Candela Rovira respecto del acusado Teodoro; por la Procuradora Dña. Blanca Berriatua Horta y bajo la dirección Letrada de M^a Ángeles Colino Nieto respecto de la acusada Clara; por el Procurador D. Norberto Pablo Jerez Fernández y bajo la dirección Letrada de D. Alfonso A. Abeijón Martínez respecto del acusado D. Víctor; por la Procuradora Dña. Sandra Orero Bermejo y bajo la dirección Letrada de D. Francisco José Borge Larrañaga respecto del acusado Victorio; por la Procuradora Dña. Belén Aroca Flórez y bajo la dirección Letrada de D. Jacinto Romera Martínez respecto del acusado Jose Ignacio; por la Procuradora Dña. Mercedes Romero González y bajo la dirección Letrada de D. Jorge Vázquez López respecto del acusado D. Jose Francisco; por el Procurador D. Eduardo Centeno Ruiz y bajo la dirección Letrada de D. José Luis Navascués Hernández respecto del acusado Jose Enrique; por el Procurador D. Alfredo Gil Alegre y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Teresa Costero López respecto del acusado Carlos Manuel y por la Procuradora Dña. M^a Mercedes Revillo Sánchez y bajo la dirección Letrada de D. Florentino Cerezo García respecto del acusado Carlos Miguel.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5 instruyó sumario con el nº 2/2016 contra Adolfina, Onesimo, Pedro, Prudencio, Ramón, Rogelio, Romualdo, Rosendo, Serafin, Teodoro, Clara, Víctor, Victorio, Jose Ignacio, Jose Francisco, Jose Enrique, Carlos Manuel, Carlos Miguel y otros, y una vez concluso, lo remitió a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 20 de junio de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO- En el último trimestre del año 2012 y a lo largo del siguiente año 2013, se detectó que varios ciudadanos establecidos en España participaban en la introducción de cocaína procedente de distintos países de Sudamérica (Colombia, Venezuela, Ecuador y República Dominicana), siendo el interlocutor desde Venezuela, Carlos Alberto, que se desplazaba a España en alguna ocasión, tratándose de la persona enviada a este país por cuenta de una organización venezolana a los fines antedichos. Dicha persona mantenía los contactos con el acusado Víctor (Marí Juana) el que a su vez tenía al tanto al asimismo acusado Rosendo (Gallina) y éste al anterior en las gestiones que en la misma dinámica efectuaba, contando a su vez dichos acusados para los distintos cometidos encaminados a la recepción de la sustancia estupefaciente, con varios del resto de acusados, según los fueran necesitando, dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios. Entre dichos acusados se encontraban, además, Rogelio (Cebollero), Prudencio (Bola o Chispas), Jaime, Pedro (Cachas), Onesimo (Pulpo), Romualdo, Carlos Manuel, Victorio (Bola y Pitufo), Clara, Teodoro (Flequi), Torcuato, y Adolfina (Diamante). En la mayoría de los casos se trataba



de recoger a pasajeros provistos de cocaína que llegaban al aeropuerto de Madrid Barajas procedentes de Sudamérica, o se buscaba en este país personas que se desplazaban a dicha parte del mundo para regresar con dicha sustancia estupefaciente, debiendo recepcionarse a los mismos a su vuelta a España. A la par se sucedieron otras operaciones de ese mismo signo, de igual o dispar mecánica, alguna de las cuales al margen de las gestionadas por los acusados citados. A partir de ese último trimestre del año 2012, las actividades desplegadas de la naturaleza indicada fueron las que siguen: 1- El acusado Víctor , se encargó de buscar a una persona que iría a recoger un paquete procedente de Colombia con cocaína, tratándose de Constantino . Dicha persona fue detenida el día 15 de octubre de 2012, en el momento en que se disponía a recoger en la empresa MRW de la calle Avenida de la Universidad nº40 de Elche (Alicante), un paquete remitido desde Miami (EEUU) a nombre de Salome . Por dichos hechos ha sido condenado Constantino , por delito contra la salud pública sin constar en este procedimiento la cantidad de cocaína oculta en el paquete que fue intervenido. 2- La pasajera María Inés fue detenida en el aeropuerto de Barajas a las 7.50 horas del día 18 de diciembre de 2012, cuando en vuelo NUM000 de la compañía IBERIA procedía de Santa Domingo (República Dominicana), con una Mochila con la cantidad de 919,9 gramos de cocaína con una pureza del 66,5%; que hubiera supuesto en el mercado ilícito un beneficio económico de 45.543,37 euros. Acompañaba a dicha persona Victoriano , trabajador de dicho aeropuerto, que se hizo con la mochila en cuestión para sacarla del recinto al margen de los controles pertinentes policiales, siendo igualmente detenido. El encargado de ir a recoger a la pasajera al aeropuerto era el acusado Víctor , del que aquella tenía en un papel el número de teléfono, el NUM001 , intervenido judicialmente en el presente procedimiento. El también acusado Rosendo se encontraba ese día 18 de diciembre a la espera de tener noticias de la llegada de la citada pasajera, habiéndose cerciorado de que la misma ya había tomado el vuelo del país de origen con llegada a España, a las siete de la mañana del día 18 de diciembre de 2012. María Inés fue condenada en sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid por delito contra la salud pública a la pena de cuatro años y seis meses de prisión. Igualmente resultó condenado el trabajador del aeropuerto a la misma pena de prisión e igual delito. En igual dinámica se contaba con la droga que trajera la pasajera Encarna , sin que finalmente viajara no obstante haber dispuesto de reserva de vuelo para el día 20 de diciembre de 2012, de Lima (Perú) a Madrid. Ya en la fecha de 10 de diciembre anterior se había intentado que la misma persona viajara también portando droga sin que finalmente lo llevara a cabo. Los datos de la citada pasajera fueron contrastados por la unidad investigadora a través de las reservas de las compañías aéreas en el aeropuerto de Barajas. Para organizar uno de los envíos se habían reunido al día 10 de diciembre Víctor y Rosendo con un tercero; al que no afecta esta causa. 3- Por cuenta de Víctor y Rosendo , estando implicados los también acusados Rogelio y Romualdo , el acusado, Serafin (Ezequiel), transportaba 2.005 gramos de cocaína con una pureza del 51% (y con valor en el mercado de 144.525,17 euros) en el vehículo Renault MeganeYKN que conducía el día 6 de febrero de 2013, por la vía A- 5, siendo interceptado, cuando circulaba a la altura de la localidad de San Pedro de Mérida (Badajoz). Inicialmente no se encontró sustancia estupefaciente pero como parecía que la marcaban los caninos de la unidad policial, se sometió al vehículo a una inspección comprobándose la existencia de un doble fondo detrás de los asientos. El automóvil lo había prestado el asimismo acusado Jose Ignacio , y figuraba a nombre del también acusado Laureano , persona ésta que había vivido en el domicilio del primero en fechas anteriores, estando aquel al tanto del uso que se iba a dar al turismo. En el registro practicado en el domicilio de Jose Ignacio sito en la CALLE000 NUM002 (Madrid), en el salón se encontró un revólver de 38 mm, una pistola de calibre 6,3, 22 cartuchos de calibre 38 y 505 euros fruto de la actividad ilícita descrita. Tanto las armas como la munición habían sido manipuladas y habilitadas como armas de fuego, e igual proceso en los números de registro, estando la munición en buen estado de conservación. En un dormitorio se encontró una bolsa con 16 cartuchos de 9mm corto y otros cinco cartuchos de 9mm de munición apta para ser utilizada. 4- El día 20 de febrero de 2013, se estaba a la espera de un nuevo pasajero con droga, el cual había sido detenido ese día en el aeropuerto de Madrid-Barajas al portar en una faja, 3333 gramos de cocaína de una pureza del 62% valorada en 278.214,99 euros. La persona en cuestión se llamaba Romulo que había salido de Bogotá, comunicando Adolfina a Víctor a las 15:34 horas de esa fecha el nombre del pasajero en cuestión, donde portaba la sustancia estupefaciente, la cantidad, así como que la llegada prevista a España era a las 09.45 horas en vuelo de Iberia. Por tales hechos se siguió procedimiento en el Juzgado de Instrucción número 27 de Plaza de Castilla (Madrid) registrándose como Diligencias Previas 1548/2013. 5- Los acusados Víctor y Rosendo , en torno al día 23 de febrero de 2013, estaban preparando el desplazamiento de un pasajero que desde España viajara a Sudamérica para regresar con cocaína, siendo, la persona que la introduciría en este país el acusado Pedro Enrique , para el que el primero de los citados acusados había reservado un billete de avión con itinerario Madrid-Guayaquil (Ecuador), no constando si finalmente el pasajero se desplazó regresando con sustancia estupefaciente y la cantidad de la misma. 6- El acusado Víctor el día 27 de febrero del 2013, facilitó a un tercero el nombre de un declarado rebelde, en la idea de que se comprobase si podía contar con él como pasajero que desde Ecuador regresase con cocaína, sin que en la reunión que tuvo esa tercera persona con aquel acusado y con Rosendo , se ultimase la operación. 7- En el mes de enero del año 2013, había acontecido que por desconocidos se perpetró el robo de un kilogramo de cocaína y 95.000 euros sin constar que tal incidente ocurriera en el domicilio de Víctor ,



acudiendo dicho acusado a Rosendo y al también acusado Romualdo para recuperar lo sustraído y poniendo el primero al tanto del incidente a su esposa, la asimismo acusada Clara. En el mes de marzo siguiente, el acusado Rosendo informó a Víctor que había hablado con Romualdo, según la reunión del día 6 de ese mes, en el establecimiento "Bar Tropicalísima" donde también acudió el que podía ser una persona a la que no afecta esta resolución. La reunión estaba relacionada con la actividad por drogas en la que los acusados citados estaban inmersos. A dicha reunión acudió Romualdo en el turismo AUDI A3 con matrícula LXT, de su propiedad. A dicho acusado se le encontró en su domicilio la cantidad de 3.260 euros y 309.000 dólares colombianos, fruto de la actividad que se describe. Se sucedieron diversas reuniones a lo largo del mes de abril en esa misma dinámica, así, la del día 9 de abril en el centro comercial. La Gavia entre Rosendo y Jaime que utilizaba la identidad de Evaristo en su BlackBerry, que llegó en el vehículo Audi A4 con matrícula MBT, marchándose seguidamente al Palacio de Hielo y reuniéndose en el Starbucks donde se encontraba Rogelio. Otra de las reuniones mantenidas entre Rosendo, Rogelio y Prudencio relativas a los preparativos para hacerse con cocaína tuvo lugar el día 11 de abril. En el mes de marzo de ese año, los acusados Rosendo, Víctor, Adolfin, además de Rogelio y Jaime, se encontraban preparando la recepción de una maleta con quince kilogramos de cocaína a través de un pasajero que saldría de Caracas con la maleta facturada en la bodega del avión, la que una vez en el aeropuerto de Barajas se retiraría por una persona que trabajase en dicho recinto. La droga posteriormente iba a ser adquirida por terceros, entre los que se encontraba el asimismo acusado Onesimo, alias Pulpo, al cual cuando fue detenido se le encontró en una agenda anotado el número de teléfono NUM003, intervenido judicialmente a Víctor como su usuario y anotado DIRECCION000, que se corresponde con el del investigado Carlos Alberto, y que usaba desde Venezuela para mantener el contacto del lado español. También se le intervinieron a Onesimo, 740 euros, fruto de esta actividad. Por la unidad al frente de la investigación se estableció una coordinación con el EDOA de Zaragoza, dado que tenía la misma información y que dieron lugar a las Diligencias Previas 4152/12 del Juzgado de Instrucción 9 de dicho partido judicial, sin que finalmente el viajero se trasladara, al haber anulado ese desplazamiento que se aplazó para el día 8 de abril siguiente. En el mes de abril, se iba a contar con otro pasajero (de:clarado rebelde), que traería cocaína. A tal efecto, el día 11 Víctor envió su fotografía a Rosendo quien la reenvió a Rogelio, estando pendientes de la llegada de dicho pasajero los acusados Carlos Manuel y Torcuato. Por su parte, éste último, en compañía del también acusado Luis Pablo, se encargaron de dar seguridad al acusado Víctor en tanto mantenía citas por razón de la cocaína en la que estaba empleado en obtener, motivo éste, de las reuniones, que, era conocido por aquellos acusados, los cuales hicieron labores de vigilancia en la cita de Víctor el día 23 de abril de 2103, en compañía de Clara, con el acusado Victorio, mientras estaban en el interior de la cafetería "Dani Pan Pasión Colombiana" sita en la calle Londres de Torrejón de Ardoz, volviendo a realizar Torcuato y Luis Pablo idéntico cometido al día siguiente en tanto Víctor mantenía nuevamente una reunión con Victorio, relativa, a los planes de la organización para seguir obteniendo partidas de cocaína. A su vez, el acusado Pedro, cuyo teléfono estaba intervenido, se puso en contacto con quien resultó ser el acusado Jose Francisco, con el que se reunió los días 25 y 29 de enero, quedando en que el primero proporcionaría la cantidad de 53.3 gramos de cocaína al segundo. A la cita acudió el primero en el vehículo Seat Toledo YLZ y el segundo en el automóvil Ford Focus con matrícula YWM. En el momento de la detención de Pedro se le encontró la BlackBerry con número NUM004 con la que se comunicaba con otros acusados y el teléfono con número NUM005 sometido a intervención judicial. 8- El acusado Víctor, se encargó personalmente de la recepción de dos paquetes de cocaína empleando para ello la identidad de Julio. Así, el 27 de marzo de 2013, Víctor recibió una comunicación de la oficina de correos de Guadalajara informándole de la llegada de un paquete procedente de Perú, figurando como destinatario Julio, con domicilio en la CALLE001 - NUM006. Tras solicitarse por los investigadores la entrega controlada del paquete con autorización del Juzgado de Instrucción nº 4 de Guadalajara, una vez rebasado el tiempo legal sin que nadie se hiciera cargo del paquete, fue recogido de la oficina de correos y trasladado al juzgado por los investigadores precediéndose a su apertura en sede judicial, comprobándose que contenía: 1º.- un bote de plástico, de los de recogida de orina, conteniendo cocaína, con un peso bruto de 1587,4 gramos de riqueza del 30,5%, y, 2º, dos sobres de mermelada, de fresa, conteniendo 153,2 gramos de cocaína con una pureza del 2,9%, siendo el valor de las referidas sustancias en el mercado de 23.879, 92 euros y de 21, 2 euros, respectivamente. En ese mismo edificio, pero en el piso NUM007, vivía el también acusado Carlos Manuel y su hermano el también acusado Luis Pablo, no constando que aquél conociera que se fuera a utilizar su domicilio como el de destinatario del paquete en cuestión, del que sí estaba a la espera el acusado Rogelio. Esa misma forma de operar se puso en marcha para la recepción de un segundo paquete a nombre de Julio en el mes de mayo siguiente pero, en este caso, a través de la empresa UPS con sede en Coslada (Madrid), sin que pudiera ser entregado al no haber nadie en la dirección de destino, la CALLE002 NUM008 28009 Madrid; como consecuencia de lo anterior, el día 6 de mayo la unidad investigadora recogió el paquete que trasladó al Juzgado de Instrucción nº1 de Torrejón de Ardoz, procediéndose a su apertura a presencia judicial. Efectuado el dictamen pericial de la sustancia, determinó que se trataba de 315 gramos de cocaína de una pureza del 0,2 % impregnadas en un sujetador de color beige, siendo su valor de venta en el mercado de 2738,85 euros y, de 185 gramos de la misma sustancia, con una pureza del 15,2%



impregnada en un pantalón de cuadros, siendo su valor de venta en el mercado de 3943,35 euros. 9- En el mes de marzo de 2013 el acusado Rogelio contactó con un tercero para que buscara pasajeros que regresaran a España portando cocaína, de lo que tenía que dar cuenta a Rosendo, tratándose la persona a la que se le solicitó dicha localización de viajeros, el también acusado Víctor Manuel, sin que finalmente efectuara viaje alguno el pasajero facilitado por este último acusado. 10- El acusado Rogelio en el mes de marzo de 2013, envió a Víctor la fotografía de otro pasajero que traería cocaína, tratándose del acusado Benedicto con el que se contaba a tal efecto. Practicada gestión policial resultó que dicha persona había volado a Lima (Perú) con fecha de regreso para el día 23 de abril de 2013, sin que volviera ese día, sino varias semanas más tarde, no constando que retornara portando sustancia estupefaciente alguna. 11- Siendo una de las vías de entrada en Europa de la droga procedente de Sudamérica, países distintos de España, Baltasar fue detenido el día 16 de mayo de 2013 en el aeropuerto internacional de José Joaquín de Olmedo de Guayaquil (Ecuador) cuando iba a embarcar en vuelo con destino a Amsterdam (Holanda). Aconteció, tras ser revisado por la oficina de control antinarcoóticos, el equipaje facturado, que se encontraron en su maleta dos mochilas que ocultaban la cantidad de 11.700 gramos de cocaína, habiendo sido condenado por tales hechos en aquel país. De ese pasajero estaba encargado el acusado Rosendo, coincidiendo los datos del pasaje de aquél con los que había recibido en fecha de 14 de mayo anterior éste acusado por correo electrónico. Entre los días 17 y 18 de mayo del año 2013, entre los chats de BlackBerry interceptados, entre Rosendo y quien se identifica como SWATSI, éste último le pidió a aquel que investigara lo que hubiera podido pasar con un pasajero que portaba seis kilogramos de cocaína de Lima (Perú) a Amsterdam (Holanda) del que no tenía noticias, aconteciendo que el ciudadano Heraclio una vez que llegó al aeropuerto de Schiphol en dicha ciudad holandesa fue detenido cuando pretendía introducir en aquel país la cantidad de 6021 gramos netos de cocaína, siguiéndose un procedimiento judicial en los Países Bajos, no constando que dicho envío guardara relación alguna con Rosendo ni con ningún otro de los demás acusados. 12- Cuando la droga llegaba por vía aérea, la organización gestionada por los acusados Víctor y Rosendo contaban con personal trabajando en Barajas fin desde se hiciera cargo del pasajero que traía la sustancia y así evitar que fuera sometido a control alguno en dicho recinto, siendo la persona encargada de ese cometido el citado Prudencio que, puntualmente, acudió a José Ramón, el cual, dispuso lo necesario junto a Prudencio y Victorio para hacerse cargo de una pasajera proveniente de República Dominicana, sin que se haya acreditado que finalmente la persona enviada portara sustancia estupefaciente. En la mañana del día 4 de junio de 2013 llegó un pasajero al aeropuerto de Madrid-Barajas procedente de Lima (Perú), en vuelo de la compañía AIR EUROPA. El pasajero en cuestión era el acusado José Enrique, que transportaba una bolsa de mano en cuyo interior fueron hallados 9993,7 gramos de cocaína con una pureza de 35% (con valor en el mercado de 1.215.098,16 euros). Tras detectarse, los agentes le observaron nervioso y haciendo uso de un teléfono móvil, a la vez que se percataron de la presencia del acusado Prudencio, sobre el que recaía ya sospechas en la investigación de su implicación, las que quedaron despejadas, habiéndose encargado éste del pasajero por indicación de Rosendo. En el momento en que ambos se aproximaban, procedieron a su interceptación comprobando que Prudencio portaba el teléfono (NUM009) al que había llamado al pasajero hasta en siete ocasiones desde su aterrizaje, siendo detenidos ambos. Este número de teléfono había sido intervenido judicialmente e igualmente se le encontró a Victorio una BlackBerry con el PIN NUM010 asimismo intervenida. Por estos hechos se instruyeron las Diligencias Previas 2085/2013 del Juzgado de Instrucción 4 de Madrid inhibiéndose al presente procedimiento. Para poder acceder hasta el pasajero y así a la sustancia estupefaciente, Prudencio se presentó en el aeropuerto pese a que no tenía turno de trabajo, procediendo a sustraer del almacén de una empresa de limpieza, un carro, una escalera y diverso material electrónico y herramientas a fin de simular estar realizando su actividad laboral en esa parte del recinto por donde se aproximaría el pasajero. El recorrido de uno y otro fue filmado por las cámaras de seguridad del recinto, quedando incorporado el reportaje al procedimiento. Tras la detención de Prudencio, una persona a la que no afecta esta resolución estuvo hablando con la pareja de este acusado, la también acusada Regina, conocida como haitiana, sobre dicha detención y sobre tener que proveerle de un abogado, siendo alertada de que los teléfonos estaban intervenidos, a fin de que no se utilizaran, no constando que se le diera indicaciones a Regina, acerca de borrar dato alguno para que no se identificara a otra persona distinta de la detenida por estos hechos. Cuando se detuvo a Regina portaba un teléfono Samsung, una BlackBerry correspondiente al número de abonado NUM011 (teléfono intervenido judicialmente con PIN NUM012) y otro del número de teléfono NUM013. Al acusado Victorio se le intervino una BlackBerry con PIN NUM010, NUM014, una balanza de precisión marca SCA 301, otra digital de la marca ORBEGOZO, una prensa metálica con su correspondiente molde que contenía 23,24 gramos de cocaína con una pureza del 1,3% y con un valor en el mercado de 42,36 euros. 13- En ese afán de conseguir cocaína, los acusados Víctor y Rosendo contactaron con el acusado Carmelo al que se referían como el rumano, averiguándose que una forma de introducción de la droga sería utilizando el barco denominado DIRECCION001, cuyos documentos sobre su itinerario los envió la también acusada Clara a su pareja Víctor, el que, a su vez se lo reenviaría a una persona en Ecuador para proceder al traslado de la cocaína a bordo de dicha embarcación. La misma, tendría que salir del puerto de Cartagena de Indias (Colombia) el día 21 de mayo de 2013 con llegada al puerto de Sagunto (Valencia),



el día 3 de julio siguiente. Para ultimar la operación Víctor en compañía de Rosendo se desplazó a bordo del turismo Mazda 3 con matrícula ZTR hasta la puerta del hotel "La Carretera" de la salida 334 de la A-3 dirección Madrid, donde se reunieron con una mujer no identificada y con el también acusado Teodoro o "Flequi", quien tras la reunión se introdujo en el turismo A6 con matrícula XVW conducido por Carmelo, dirigiéndose ambos turismos a Valencia. Más tarde, ambos vehículos fueron localizados estacionados en dicha ciudad y los cuatro acusados en la cafetería "La Bodega", Tras la reunión, Carmelo el establecimiento y los tres acusados y la chica se dirigieron a vehículo marca Mazda. En un momento determinado, Teodoro salió del vehículo y dirigiéndose a un contenedor de basura arrojó una bola de papel en trozos que, tras ser reconstruidos, resultaron ser tres documentos impresos de ordenador con los siguientes datos: 1º.- Hoja impresa de la página web. www.Marinetraffic.com <<http://web.www.Marinetraffic.com>> con horarios de llegada del Puerto de Cartagena de Indias, de varios barcos mercantes, estando el nombre de DIRECCION001 entre ellos. 2º.- Hoja impresa de la página web de la empresa náutica NORDANA, en la que constan los puertos de amarre de varias embarcaciones de la empresa, con las fechas de llegada, constando que la embarcación DIRECCION001 (SKA S310), llegaría el 18 de mayo de 2023 al puerto de RIO HAINA (República Dominicana), el día 21 de mayo a Cartagena de Indias, el día 23 de mayo al puerto de Manzanillo (Panamá), el 27 de mayo al puerto de Santo Tomás de Castilla (Guatemala), el 30 de mayo al Veracruz (México), el 2 de junio a HOUSTON (EEUU), el 7 de junio a SAVANNA (EEUU), y el día 10 de junio a Baltimore (EEUU). 3º.- Hoja impresa de la página web de la empresa NORDANA, continuando el itinerario anterior de varias embarcaciones donde consta que la denominada DIRECCION001 llegaría el 1 de julio al puerto de MOSTANGANEM (Argelia), y el día 3 de julio al puerto de Sagunto, continuando ruta posteriormente a otros puertos del Mediterráneo hasta acabar el recorrido el 22 de julio en Tarragona. Dichos documentos, se correspondían con los enviados por Salome a Víctor, a petición de este último, dado que los necesitaba y no disponía de los mismos. Tras aquella reunión Rosendo y Carmelo mantuvieron conversaciones los días 23 y 24 de Mayo, transmitiendo el primero al segundo el teléfono de la persona que viajaría a Valencia para hacerse cargo de ese transporte, siendo, el número NUM015 que se intervino a Teodoro. Con objeto de planificar la citada operación, Carmelo se desplazó a Madrid en el mes de mayo manteniendo varias reuniones con Víctor y Rosendo durante mayo y junio. Igualmente, y a los efectos de concretar a operación de introducción de cocaína en España por vía marítima, el día 20 de junio, Carmelo y Teodoro se reunieron en el centro comercial "La Gavia" de Madrid, llegando al acuerdo de que el primer envío sería de prueba y, que la droga vendría en el siguiente barco. Por su parte el acusado Teodoro estaba en contacto con Rosendo sobre otros envíos de droga por avión, no constando que se desplazasen juntos a Londres por dicha circunstancia. En el momento de ser detenido Teodoro, se le incautaron dos aparatos de teléfono móvil que habían estado intervenidos judicialmente. 14- Por otra parte, Víctor contaba con el también acusado Ramón conocido por Sardina, para que llevase a cabo el proceso de adulteración de la cocaína. En dicha actividad que gestionaba directamente aquél acusado, participaba Clara. En el registro en el domicilio de Ramón, sito en la CALLE003 NUM016 de Leganés (Madrid), se incautaron los siguientes objetos destinados a la manipulación de dicha sustancia estupefaciente. En la cocina: una báscula de precisión, una jeringuilla de plástico, un bote en cuya etiqueta ponía Ethanol, dos botellas con Hydroloridric acid fuming al 37% correspondiéndose con 2000 gramos de esta sustancia. En el dormitorio utilizado por dicho acusado: cuatro botes de acetona, cuatro botes can metilo acetato al 80%, otro bote con Hydrochloric acid al 37% además de un carnet de conducir estadounidense a nombre del imputado en este procedimiento Adolfo, localizándose e incautándose un teléfono cuya tarjeta se corresponde con el número NUM017, que estaba sometido a intervención judicial. Por su parte, el acusado Carlos Miguel, también conocido como el empresario, estaba en continua comunicación con Domingo y Ramón, para la adquisición y en la distribución de partidas de cocaína, tras ser, en alguna ocasión, manipuladas, sin que conste determinada la cantidad. En el vehículo marca Peugeot 407 con matrícula RZD utilizado por Carlos Miguel para sus desplazamientos con los anteriores, se encontró, además de resguardos de ingresos de dinero y pagarés, la cantidad de 1296 euros y en una agenda escrito el número de teléfono NUM018 junto a "Pelirojo", intervenido judicialmente. 15- El acusado Víctor, del montante dinerario obtenido por el tráfico de drogas, enviaba a Colombia parte de aquél a nombre de otras personas, en su amplia mayoría, para que no se detectase su procedencia y sin que ningún envío alcanzase el importe de 3.000 euros. Con ese mecanismo remitió la cantidad de 137.234 euros. Figuran entre los remitentes las identidades de Clara, Luis Pablo, Torcuato y Carlos Manuel. En el caso de la acusada Clara, Víctor disponía de sus datos de identidad a tal efecto, circunstancia que podía ser conocida por dicha acusada. 16- En el curso de la investigación se detectó que el acusado Víctor se dedicaba a la venta de billetes inauténticos de cincuenta euros. Con ocasión de la diligencia de entrada y registro en su domicilio sito en la CALLE004 número NUM019, en Guadalajara, se encontraron en su dormitorio 17 billetes de cien dólares americanos cada uno, enteramente falaces. Dichos billetes inauténticos tenían el mismo origen que los localizados, en el domicilio del acusado Rogelio, sito, en la PLAZA000 NUM020 (Zaragoza), tratándose de 12.121 billetes de 100 dólares USA íntegramente falaces. Sendos acusados disponían de los billetes falaces en la idea de introducirlos en el circuito legal. SEGUNDO.- La acusada Clara fue condenada en sentencia de 6 de octubre de 2009 que devino firme el 13 de noviembre de 2009 dictada por la Audiencia Provincial de



Guadalajara (Sección Primera, Sumario 112009)), por delito contra la salud pública a la pena de nueve años de prisión. El acusado Carlos Miguel fue condenado en sentencia de 27 de septiembre de 1994 que devino firme el 30 de septiembre de 2004, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sumario 17/1990), por delito contra la salud pública a la pena de doce años de prisión y en sentencia de 5 de noviembre de 1996, que devino firme el 13 de noviembre de 1996, dictada en la causa LG-Frankfurt N° NMF(T 1508734), de los Tribunales alemanes, por delito contra la salud pública a la pena de ocho años de prisión. En el acto del juicio oral los acusados Jose Enrique , Carmelo , Prudencio , Torcuato , Serafín , Jaime y Víctorio , reconocieron su participación en los hechos por los que venían siendo acusados y en el caso del último citado, la intervención de los que figuran con él en aquellos. Los acusados Víctor , Rosendo , Rogelio y Clara , reconocieron su participación en alguno de los hechos por los que habían sido acusados. No consta que la adicción a sustancia estupefaciente alguna, al tiempo del acontecer de los hechos relatados en. esta resolución, haya tenido influencia mermando las facultades mentales de los acusados que las consumieran".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Laureano del delito contra la salud pública del que venía siendo acusado. QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a la acusada Regina del delito de encubrimiento de un delito contra la salud pública del que venía siendo acusada. Se alzan y dejan sin efecto cuantas medidas cautelares se hubieran acordado respecto de los anteriores. QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS: Al acusado Víctor , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa daño, en cantidad de notoria importancia, en el seno de una organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de tres millones de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad de moneda en su modalidad de tenencia de moneda falsa para su distribución, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de dos años de prisión y multa de dos mil euros con responsabilidad personal subsidiaria de cinco días en caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Como autor criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de dos años, nueve meses y un día de prisión y multa de doscientos sesenta mil euros con diez días de arresto sustitutorio en caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Rosendo , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento tardío de los hechos, procede imponer la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Rogelio como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad de moneda en su modalidad de tenencia de moneda falsa para su distribución, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de dos años de prisión y multa de quinientos mil euros, con diez días responsabilidad personal subsidiaria caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Prudencio , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Jaime , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Pedro , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Onesimo , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud



pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Jose Francisco , como autor criminalmente responsable de conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin la Concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Romualdo , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión con multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Serafin , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de tres años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Jose Ignacio , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de prisión con multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Pedro Enrique , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo ele la condena. Al acusado Ramón , como autor criminalmente responsable de la conspiración para un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, sin la concurrencia de circunstancias modificativas dela responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Carlos Manuel , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Victorio , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de dos años, tres meses y un día de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Victor Manuel , como autor criminalmente responsable un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Jose Ramón , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño en grado de tentativa y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al Acusado Jose Enrique , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de cuatro años seis meses y un día de prisión y multa de un millón de euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de diez días, caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Carmelo , como autor criminalmente responsable de conspiración para un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño en cantidad de notoria importancia, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. A la acusada Clara , como cómplice criminalmente responsable, de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento



de los hechos y la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de diez días en caso de impago, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. A la acusada, como autora criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de un año, cuatro meses y quince días de prisión, y multa de doce mil euros con responsabilidad personal subsidiaria de cinco días caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Teodoro, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Carlos Miguel, como autor criminalmente responsable de conspiración para el delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de dos años y tres meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Luis Pablo, como cómplice criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión y multa de un millón y medio euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Torcuato, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de diez días, caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. A la acusada Adolfina como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Al acusado Benedicto, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial, para el -ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se decreta el comiso de los efectos intervenidos, relacionados en los Hechos Probados de esta resolución. Las costas procesales se imponen en la proporción que les corresponda a los acusados con la excepción de las relativas a los que han resultado absueltos, que se declaran de oficio. El tiempo de privación de libertad en este procedimiento se computará para el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Notifíquese la presente resolución a las partes, haciendo saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo -de cinco días, contados a partir de la última notificación".

Por Auto de 9 de octubre de 2018 se dictó Auto de Aclaración por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de la anterior sentencia, conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

"La aclaración de la parte dispositiva de la sentencia 16/2018 de fecha 20 de Junio de 2018, en el sentido de que donde dice "5. Prudencio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Analía Eufemia Ojeda Valdez y defendido por el letrado D. Julian Raboso Lopez" debe decir "5. Prudencio, representado por la Procuradora de los Tribilnales Doña Yolanda Pulgar Jimeno y defendido por el letrado D. Jose Maria Gomez Rodriguez".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Adolfina, Onesimo, Pedro, Prudencio, Ramón, Rogelio, Romualdo, Rosendo, Serafín, Teodoro, Clara, Víctor, Victorio, Jose Ignacio, Jose Francisco, Jose Enrique, Carlos Manuel y Carlos Miguel, 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 el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Adolfina**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



Primero.- Por infracción de derechos fundamentales, al amparo del art. 852 LECRim, en relación con el artículo 18.3 de la Constitución Española en relación con al artículo 11.1 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Segundo.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que incide expresamente el artículo 120.3 de nuestra Constitución.

Tercero.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, siendo directa relación con los artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española, por vulneración fundamental a la tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Onesimo** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por violación de los derechos constitucionales a la intimidad personal, al secreto de las comunicaciones y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, derechos reconocidos en los artículos 18 y 24 de la Constitución, en relación a las intervenciones de las comunicaciones telefónicas realizadas en el presente procedimiento por considerar las mismas nulas de pleno derecho desde el mismo momento de su adopción por infracción de dichos derechos constitucionales.

Segundo.- Al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sin indefensión, apartado primero del artículo 24. 2 de la Constitución, en relación al derecho constitucional a un proceso con todas las garantías al haberse admitido como medio de prueba una declaración prestada en sede judicial por un testigo anónimo o protegido con infracción de las más elementales garantías que rigen el proceso penal, entre ellas el de la inmediación y el de poder ser sometido a contradicción su testimonio por parte de las defensas de los acusados.

Tercero.- Al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por violación del derecho constitucional al Juez predeterminado por la Ley reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución al ser manifiestamente incompetente el Juzgado de Instrucción de Torreveja para conocer sobre unos hechos cuyo conocimiento, desde el mismo momento del inicio de las actuaciones judiciales, venía y viene atribuido, en exclusiva, a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2º de la Constitución por no existir prueba, que pueda entenderse como de cargo y válidamente obtenida, en la cual fundamentar el que mi representado haya participado en los hechos imputados.

Quinto.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2º de la Constitución por no existir prueba de clase alguna que fundamente la aplicación de la circunstancia agravante de pertenencia a organización de mi representado.

Sexto.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2º de la Constitución por no existir prueba de clase alguna que fundamente la aplicación de la circunstancia de sustancia que causa grave daño a la salud y la agravante de notoria importancia aplicada en el fallo dictado a mi representado.

Séptimo.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 368 (sustancia que causa grave daño a la salud), artículo 369.1. 5º (notoria importancia) y artículo 369 bis (organización), todos ellos del Código Penal.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Pedro** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la C.E., al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. en relación con el art. 852 L.E.Cr., por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia del acusado y el derecho a un proceso con todas las garantías.

Segundo.- Al amparo de los arts. 849.1 y 852 L.E.Cr. en relación con el art. 5.4 L.O.P.J. y el art. 24 de la C.E. por lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, interesando se excluya del acervo probatorio el contenido de la declaración sumarial del testigo protegido introducida por medio de su lectura por no haber sido sometida dicha declaración a contradicción.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.3 L.E.Cr.



Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional e infracción de ley al amparo del art.5.4 L.O.P.J. y 849.1 y 852 L.E.Cr. con infracción del art. 24 de la C.E. al ser incompetente el Juzgado de Instrucción de Torreveja por conocer de los hechos enjuiciados.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional e infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. y 849.1 y 852 L.E.Cr. con infracción del art. 24 de la C.E. al ser incompetente el Juzgado de Instrucción de Torreveja por conocer de los hechos enjuiciados.

Sexto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 L.E.Cr. por error en la apreciación de la prueba.

Séptimo.- Por infracción del art. 24 de la C.E., al amparo del art. 5.4 L.O.P.J.en relación con el art. 852 L.E.Cr., por haberse infringido el derecho de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías.

Octavo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por entender que dados los hechos probados se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, que debe ser observado en la aplicación de la Ley Penal, por indebida aplicación de los arts. 368, 369.1.5º y 369 bis CP.

Noveno.- Por infracción de precepto constitucional e infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. y 849.1 y 852 de la L.E.Cr. por infracción del derecho a obtener una Resolución judicial motivada con infracción del artículo 24 y 120.3 de la CE.

Décimo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 L.E.Cr.

Décimo primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 L.E.Cr., al no haberse resuelto en la Sentencia ni en la aclaración expresamente interesada por esta parte con fecha 25 de junio los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa.

IV.- El recurso interpuesto por al representación del acusado **D. Prudencio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 852 L.E.Crim., en relación con el art. 18.3 de la Constitución Española, relativo al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Segundo.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 852 de la L.E.Crim., en relación con el art. 24 de la Constitución Española, puesto en relación con el artículo 11 de la L.O.P.J.

V.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Ramón** , lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de ley, con base en el número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber cometido la Sentencia recurrida error de derecho por indebida aplicación del art. 17 CP, en relación con el art. 373 CP, precepto sustantivo que ha sido infringido.

VI.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Rogelio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. en relación con el art. 5 L.O.P.J. y por vía del nº 4 del propio precepto.

Segundo.- A propósito de lo expuesto en el art. 852 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir el art. 5.4 L.O.P.J.

Tercero.- A propósito de lo expuesto en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir el art. 386 del C. Penal.

Cuarto.- A propósito de lo expuesto en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir el art. 386 C. Penal, en conexión con el 27 y 28 de la misma norma.

Quinto.- En virtud de lo expuesto en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir el art. 21.6º del C. Penal.

VII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Romualdo** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. en relación con el art. 5 L.O.P.J. y por vía del nº 4 del propio precepto.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 852 L.E.Cr. en relación con el art. 5 L.O.P.J. y por vía del nº 4 del propio precepto.

Tercero.- A propósito de lo expuesto en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir el art. 21.6º del C. Penal.

VIII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Rosendo** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. en relación con el art. 5 L.O.P.J. y por vía del nº 4 del propio precepto.

Segundo.- A propósito de lo expuesto en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir el art. 21.6º del C. Penal.

IX.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Serafin** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. en relación con el art. 5 L.O.P.J. y por vía del nº 4 del propio precepto.

Segundo.- A propósito de lo expuesto en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir el art. 21.6º del C. Penal.

X.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Teodoro** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. en relación con el art. 5 L.O.P.J. y por vía del nº 4 del propio precepto.

Segundo.- A propósito de lo expuesto en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir los arts. 368, 369.1.5 y 369 bis del C. Penal.

Tercero.- A propósito de lo expuesto en el art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley, por infringir el art. 21.6º del C. Penal.

XI.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Clara** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional 24.2, en relación con el art. 5.4 L.O.P.J., por infracción del derecho a la presunción de inocencia, por indebida aplicación del DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA de los artículos 368 (sustancia que causa grave daño a la salud), 369.1.5 (notoria importancia) y 369 bis (organización) del Código Penal y DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES POR IMPRUDENCIA GRAVE 301.3 del Código Penal.

Segundo.- Recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr., por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia.

Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.2 L.E.Cr., por haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en las pruebas que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

XII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Víctor** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por Infracción de Ley al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de precepto constitucional, en concreto del artículo 18.3 de la Constitución Española que garantiza el secreto de las comunicaciones.

Segundo.- Por Infracción de Ley al amparo del artículo 5, párrafo 4º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción dada por la Ley 1/2000, por vulneración de precepto constitucional, en concreto del artículo 24 de la Constitución Española que recoge garantías de carácter procesal y entre ellas el Derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva, a un juez ordinario predeterminado por la ley, a valerse de los medios de prueba pertinentes en su defensa y la prohibición de indefensión.

Tercero.- Por Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto, dados los hechos que se declaran probados, se infringe precepto penal y norma jurídica de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la Ley penal. En concreto se produce infracción del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto el Tribunal para valorar la prueba se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos.

Cuarto.- Por Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradicha por otros elementos probatorios.

Quinto.- Por Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 369.1.5º del Código Penal en relación con el 369 bis del Código Penal.

Sexto.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el artículo 851, apartados 1º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

XIII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Victorio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, amparado en el art. 24 de la C.E. que causa indefensión.

Segundo.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 852 L.E.Cr.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 L.E.Cr., al haber existido error en la apreciación de la prueba que ocasiona indefensión.

Cuarto.- Infracción de ley al amparo del art. 849.2 L.E.Cr. por inaplicación indebida del art. 21.6 del C. Penal de atenuante de dilaciones indebidas.

XIV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Ignacio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 L.E.Cr., por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por infracción de los arts. 18.3 en relación con el 24.2, todos de la C.E.

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 L.E.Cr., por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E. y en relación a su vez con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en lo relativo a la motivación de la sentencia para justificar la condena, lo q no ocurre.

Tercero.- Con carácter subsidiario a los anteriores, por infracción de Ley por presunta violación por no aplicación del artículo 24 de la Constitución, en lo relativo con el derecho fundamental constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120.3º del mismo texto legal; ya que creemos que se ha incumplido la obligación de motivar la sentencia; y se le ha impuesto a mi representado a una pena de 6 años y una multa de un millón y medio de euros, y dicho sea con los debidos respetos, sin estar de forma debidamente motivada y razonada el porqué de esa extensión, además aparte de imponer más del mínimo legal, y sin de forma suficiente razonar el fundamento de elevación tanto de la pena como de la multa, por lo que solicitamos que se rebaje la pena al mínimo. Solicitándolo de forma alternativa a los anteriores.

Cuarto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que esta parte considera infringido el artículo 24.2 de la Constitución Española y al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como el artículo 21.6º del Código Penal, dicho sea con los debidos respetos y con estricto ánimo de defensa, ya que debemos tener en especial consideración, que si bien a mi mandante se le relaciona con unos hechos del año 2012, son enjuiciados en el año 2018, la sentencia tarda en ser dictada más de un mes, cuando según la Ley de Enjuiciamiento Criminal se debe dictar en cinco días.

XV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Francisco** , lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de precepto constitucional ex art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., por vulneración de derechos fundamentales que ostenta D. Jose Francisco , como lo son el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva sin causar indefensión material, a un proceso justo con todas las garantías y a la legalidad penal (arts. 9, 24, 25 y 120 C.E.).

XVI.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Enrique** , lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la L.E.Crim. por no aplicación de los artículos 80.4 y 82 en relación con artículos 84 y 85 del Código Penal.

XVII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Carlos Manuel** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por infracción de los artículos 18 y 24 de la Constitución Española.

Segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española, y en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en lo relativo a la motivación de la sentencia para justificar la condena.



Tercero.- Y con carácter subsidiario a los anteriores, por infracción de Ley por presunta violación por no aplicación del artículo 24 de la Constitución, en lo relativo con el derecho fundamental constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120.3º del mismo texto legal; ya que creemos que se ha incumplido la obligación de motivar la sentencia; y se le ha impuesto a mi representado a una pena de 9 años y una multa de un millón y medio de euros, y dicho sea con los debidos respetos, sin estar de forma debidamente motivada y razonada el porqué de esa extensión, además aparte de imponer más del mínimo legal, y sin de forma suficiente razonar el fundamento de elevación tanto de la pena como de la multa, por lo que solicitamos que se rebaje la pena al mínimo. Solicitándolo de forma alternativa a los anteriores.

Cuarto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que esta parte considera infringido el artículo 24.2 de la Constitución Española y al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como el artículo 21.6º del Código Penal, dicho sea con los debidos respetos y con estricto ánimo de defensa, ya que debemos tener en especial consideración, que si bien a mi mandante se le relaciona con unos hechos del año 2012, son enjuiciados en el año 2018, la sentencia tarda en ser dictada más de un mes, cuando según la Ley de Enjuiciamiento Criminal se debe dictar en cinco días.

XVIII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Carlos Miguel**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Según el Artº 5.4 de la ley Orgánica del Poder Judicial: "En todos los casos en que según la Ley proceda Recurso de Casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional".

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, solicitando la admisión del motivo tercero del recurso del acusado Jose Ignacio .

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 22 de septiembre de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Clara , Onesimo , Ramón , Jose Enrique , Prudencio , Jose Francisco , Adolfinia , Victorio , Carlos Manuel , Víctor , Carlos Miguel , Jose Ignacio , Teodoro , Romualdo , Serafin , Rosendo , Rogelio y Pedro contra la sentencia 16/18, de 20 de junio de 2018, dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el sumario 2/2016.

SEGUNDO.- Ante el volumen de motivos existente es preciso llevar a cabo el análisis de aquellas cuestiones que son concurrentes, para más tarde analizar los que se refieren a cada uno de los que formulan recurso.

En cualquier caso, y pese a las impugnaciones llevadas a cabo resulta relevante el reconocimiento relevante de hechos que se ha llevado a cabo en el juicio, ya que en el FD nº 5 de la sentencia el Tribunal afirma que:

"Concorre la circunstancia atenuante muy cualificada de reconocimiento tardío de los hechos de los artículos 21.7, 21.4 y 66 del Código Penal, en los acusados Jose Enrique , Carmelo , Prudencio , Torcuato , Serafin , Victorio y Jaime .

Concorre la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento tardío de los hechos, de los artículos 21.7, 21.4 y 66 del Código Penal en los acusados Víctor , Rosendo , Rogelio y Clara .

Con la excepción destacada de Jose Enrique , que desde el inicio reconoció los hechos, el resto de acusados en relación a la totalidad o de parte de lo que se le atribuía en el escrito de acusación, lo admitieron en el juicio oral, siendo también, del resto de los que así se condujeron, exclusivamente Victorio el que incluía a los citados junto a él en los hechos por los que venía siendo acusado.

Sin perjuicio del material probatorio manejado distinto de las declaraciones de los acusados, la versión que en el plenario han dado los mismos, ha contribuido de manera eficaz a consolidar el resto de la probanza practicada. Así mismo ha servido para agilizar el procedimiento, implicando ello, la renuncia a la práctica de testifical alguna, así como a la mayoría de las pruebas periciales acordadas.

Fueron varios acusados los que a través de sus defensas interesaron volver sobre sus declaraciones, momento que aprovecharon para reconocer los hechos por los que venían siendo acusados. Otros se adelantaron a ese instante que el Tribunal generosamente, pues ya habían sido interrogados, concedió a los que lo solicitaron tras la práctica de diversas pruebas, en aras, de su derecho de defensa y por el derecho a la tutela judicial efectiva. Ese recapacitar asumiendo que se había contribuido a la comisión de los hechos objeto de acusación, puede tener encaje en la atenuante examinada".



Resulta relevante esta conducta de los acusados, pues es sabido que las declaraciones de los coimputados por sí solas no tienen valor, o lo tienen en su justa medida si lo es en aislamiento con el conjunto de la prueba, salvo su propia confesión, como aquí ha ocurrido y lo reseña el Tribunal incluso haciendo mención a que existen confesiones tardías, pero confesiones en el juicio, lo que ha tenido su reflejo por el Tribunal, y, en su caso, ello se corrobora con el material probatorio existente, sobre todo en materia de intervenciones telefónicas, lo que es contundente anudado junto con el reconocimiento de los hechos que llevan a cabo, lo que es importante destacar ante las impugnaciones llevadas a cabo por los recurrentes.

Este *reconocimiento compartido de hechos plural* es importante tenerlo en cuenta a los efectos de la prueba de los hechos que eran objeto de acusación, porque sujetado todo ello a ese objeto de la acusación pública sobre lo que se integraban los distintos elementos que se impugnan es importante para tenerlo en cuenta, al haber ocurrido en su gran mayoría en el juicio y tener su reflejo en la postura procesal del Fiscal en la práctica de la prueba, como se refleja por el Tribunal en la sentencia.

Pero, además, existe esa corroboración de esa coimputación con la prueba que cita el Tribunal, y sobre el valor de la declaración del coimputado como prueba de cargo ya señaló esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 675/2017 de 16 Oct. 2017, Rec. 10039/2017 que:

1.- Valoración de pruebas personales.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que cuando han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, si se incorpora esta versión a la contradicción del plenario en los términos expresados en el artículo 714 de la LECRIM posibilitando así el adecuado ejercicio del derecho de defensa, el Tribunal puede contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios conforme a su recta conciencia y, en cuanto tal, extraer del relato presente o previo, la convicción que entienda que se ajusta a lo verdaderamente acontecido.

2.- Suficiencia de las declaraciones de los coimputados.

Respecto a la suficiencia de las declaraciones de los coimputados para poder enervar el derecho a la presunción de inocencia, cuando estas declaraciones se presentan como únicas pruebas de cargo, diferentes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, han consolidado una importante doctrina al respecto.

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 258/2006, de 11 septiembre (con cita de la Sentencia 160/2006, de 22 de mayo) decía: «Tal como se puso de manifiesto en dichos pronunciamientos [contenidos en las SSTC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 2, y 233/2002, de 9 de diciembre, F. 3], cabe distinguir una primera fase, de la que son exponentes las SSTC 137/1988, de 7 de julio, F. 4; 98/1990, de 24 de mayo, F. 2; 50/1992, de 2 de abril F. 3; y 51/1995, de 23 de febrero, F. 4, en la que este Tribunal venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, con el argumento de que dichas declaraciones constituían actividad probatoria de cargo bastante, al no haber norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que el hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideraba que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del art. 117.3 CE.

3.- Al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Un punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997 de 29 de agosto, F. 6; 49/1998, de 2 de marzo, F. 5; y 115/1998, de 1 de junio, F. 5, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art.24.2 CE), ya mantuvo que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecían de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

4.- Exigencia de corroboración en la declaración del coimputado.

Un nuevo paso se da en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FF. 5 y 32, respectivamente, en las que el Pleno de este Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte,



que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (ideas que fueron reiterándose en las SSTC 76/2001, de 26 de marzo, F. 4; 182/2001, de 17 de agosto, F. 6; 57/2002, de 11 de marzo, F. 4; 68/2002, de 21 de marzo, F. 6; 70/2002, de 3 de abril F. 11; 125/2002, de 20 de mayo, F. 3, y 155/2002, de 22 de junio, F. 11).

Esta jurisprudencia fue perfilándose con muy diversos elementos que, aunque hoy ya están asentados en la doctrina de este Tribunal (por todas, y sólo entre las últimas, SSTC 55/2005, de 14 de marzo, F. 1, o 312/2005, de 12 de diciembre, F. 1), sin embargo, son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes.

Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, F. 5, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, F. 4, estableció que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena.

La STC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 4, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, F. 4, precisó que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, F. 5, y 30/2005, de 14 de febrero, F. 6, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y, por último, las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, F. 5, y 165/2005, de 20 de junio, F. 15, descartaron que la futilidad del testimonio de descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos». En parecidos términos se expresa la STC 125/2009, de 18 mayo.

3. En el mismo sentido, esta misma Sala ha recogido con reiteración (SSTS 60/2012, de 8 de febrero, 84/2010, de 18 de febrero o 1290/2009, de 23 de diciembre entre otras) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio.

5.- El coimputado no comparece como testigo, sino como acusado. Puede mentir.

Sin embargo, hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene (STC 115/98 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre).

6.- Reglas en la declaración del coimputado como prueba.

En todo caso, nuestra Jurisprudencia ha ido otorgando un valor creciente a las pautas objetivas de valoración de la credibilidad de la declaración del coimputado, expresando (SSTS 763/2013, de 14 de octubre; 679/2013, de 25 de septiembre; 558/2013, de 1 de julio; 248/2012, de 12 de abril o 1168/2010, de 28 de diciembre, entre muchas otras) que la operatividad de la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia - cuando sea prueba única- podía concretarse en las siguientes reglas:

a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.



- b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.
- c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.
- d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.
- e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.
- f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado.

7.- La corroboración.

Surge así, como cuestión esencial, cuándo debe considerarse mínimamente corroborado el contenido de la declaración del coimputado que inculpa, en orden a enervar el derecho a la presunción de inocencia de un acusado y respecto de una acusación concreta.

Y si la jurisprudencia de esta Sala refleja que para ello deben aportarse hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido, una visión respetuosa con el núcleo esencial del derecho constitucional afectado, no pasa por que la demostración de veracidad se proyecte sobre cualquier extremo del relato sometido a análisis, sino sobre un punto de la declaración que esté específica y directamente relacionado con los hechos punibles.

Dicho de otro modo, por más que la corroboración objetiva no alcance la plenitud de la tesis acusatoria, esto es, de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que pretende aplicarse, así como de la participación que pudiera tener en ellos el acusado, pues en tal coyuntura nos encontraríamos con la adecuada y perfecta aportación de un cuadro probatorio que sostenga la declaración de responsabilidad, sí que es preciso que se justifique fría e impersonalmente que la veracidad de las afirmaciones del coimputado se cernía sobre el pasaje específico de atribución de responsabilidad, lo que exige la acreditación de alguno de los extremos esenciales relativos a la puesta en peligro del bien jurídico y a la participación en ella del acusado (STC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 4).

En cualquier caso, resulta importante comenzar haciendo mención a estos reconocimientos que refleja el Tribunal en el FD nº 5 a los efectos de la prueba sobre la responsabilidad contraída por los recurrentes que se refleja en el resultado de hechos con el posterior proceso de subsunción en el tipo penal y la argumentación jurídica complementaria.

Sobre la validez de las medidas de injerencia en la intervención telefónica acordada.

Frente a la impugnación llevada a cabo en torno a la medida de intervención telefónica, este tema fue tratado en la sentencia del Tribunal en el FD nº 1 ante las cuestiones previas suscitadas a tal efecto. Y resulta importante resaltar las razones justificativas de la medida de injerencia acordada que parte del suministro de información dada por un testigo protegido, que, siendo colaborador del grupo que se dedicaba a la introducción de la droga en España se ofreció a declarar ante el juzgado.

Pues bien, las razones expuestas para la viabilidad de la injerencia fueron las siguientes especificadas por el Tribunal en el FD nº 1, de las que podemos elaborar un mapa de los aspectos esenciales que evidencian la validez del auto de injerencia ante la información suministrada:

1.- *El testigo protegido fue una fuente de datos.*

El testigo protegido nunca había sido una fuente, sino un testigo protegido, no un medio de conocimiento de datos, habiendo sido la Magistrada Instructora del procedimiento la que le dio dicho estatus según obra en la pieza separada de testigo protegido, ratificando la previa asignación policial en ese mismo sentido otorgada a la persona compareciente ante la unidad.

2.- *La versión judicial del testigo protegido fue la notitia criminis habilitante para la injerencia.*

Aconteciendo que, con la versión judicial del testigo protegido, se contó con la *notitia criminis*, pasando a ser una fuente de prueba de la que se valió la Magistrada que ponderó la información suministrada por aquél.

3.- *No se trató de un confidente o testigo anónimo.*

a.- Recalcó que lo que está proscrito es el testigo anónimo, que no es lo mismo que oculto, sin que se haya solicitado saber su identidad, si bien, algún acusado lo había nombrado.

b.- No hay que pasar por alto que no se trataba de un testigo anónimo que como tal, hubiera impedido en su caso contar con él en momento alguno del procedimiento en cualquier condición procesal que fuera la



pertinente. Se trata de una persona que se sabe plenamente su identidad y que solo se obvia dejar plasmada en el procedimiento iniciado por los riesgos derivados del contenido de su propia declaración.

4.- Base suficiente para la injerencia.

Concluyó diciendo que los datos transmitidos por el repetido testigo protegido eran suficientes a los fines de desarticular de futuro la operativa narrada por dicha persona, estando fundado el auto de 30 de octubre de 2012, que acordó la intervención de dos números de teléfonos.

5.- No puede haber dudas de la declaración voluntaria del testigo protegido, ni que ejerza influencia su intervención en un control de carretera.

Lo primero que hay que aclarar es que todo lo que aconteció en relación al testigo protegido obra en el procedimiento (folios 2 a 32 del Tomo I), además de en la pieza separada donde figura su identidad, sin que las dudas que asaltaron a defensas varias acerca de cómo entró en relación con la unidad actuante que le recibió declaración con aquel estatus, tengan relevancia alguna, si no es generar una nebulosa que la propia declaración policial y judicial del mismo despeja. Así, dado que figura en la primera citada que días antes fue parado en un control de carreteras en las proximidades de Guardamar del Segura, se adujo que no se había incorporado dato alguno que lo acreditase, lo que es intrascendente por lo dicho, además de que de aportarse información alguna sobre personas requeridas en un control de carreteras, ilustraría de la identidad de aquella a la que se le asignó el estatus de testigo protegido, sin que en tal caso se hubiera podido proceder en la forma que se determinó policialmente.

6.- Riesgo evidente que surge tras la declaración judicial del testigo protegido.

Se ponderó el riesgo que reportaba para el testigo el contenido de su declaración policial ya prestada, por la implicación que efectuaba a terceros en hechos constitutivos de delito contra la salud pública en el seno de una organización transnacional, y, en atención asimismo al entorno en que se desenvolvía, potencialmente peligroso para el mismo y su familia, de tal modo que quedase al margen de actuaciones o reacciones contra los mismos que intentasen debilitar su voluntad de colaborar con la Administración de Justicia.

7.- Intervención telefónica tras los relevantes datos aportados por el testigo protegido al propio juez en su declaración. Fuente de conocimiento bastante y directa al juez instructor sin que sea preciso el complemento.

Tras la declaración judicial, el juzgado acordó en resolución de 30 de octubre de 2012, la intervención de dos números de teléfonos, según los datos aportados por el testigo, siendo esta resolución (folios 17 y siguientes del Tomo I), la tachada de vulneradora del derecho al secreto de las comunicaciones con protección constitucional en el artículo 18.3 de la Carta Magna.

8.- Suficiencia de la declaración del testigo protegido y del auto habilitante de la injerencia.

La resolución en cuestión, junto a transcribir en gran medida el contenido de la declaración judicial del testigo protegido, alude expresamente a dicha diligencia como detonante del dato objetivo con el que se cuenta para proceder a la interceptación de dos números de teléfonos aportados por el testigo y de los que son usuarios dos de las personas a las que se refiere aquel directamente vinculados a la operativa por tráfico de drogas en ciernes.

9.- Quien declara es uno de los implicados en el operativo para introducir la droga en España. No se trata de un confidente ajeno o tercero al operativo delictivo.

Es uno de los implicados en la idea de introducir en España por vía aérea, grandes cantidades de cocaína procedente de Colombia o de Venezuela, fijando el auto el cometido del testigo, plasmando sobre este último aspecto la resolución su propia versión.

10.- La declaración del testigo protegido no es inválida. Estaba obligado a decir verdad, porque actuó inicialmente como testigo. Distinto es que una vez avance el procedimiento cambie su estatus, pero ab initio comparece como testigo. Si luego cambia su estatus es cuando declara a presencia de letrado, pero quien comparece ante la autoridad judicial a contar hechos que pueden ser constitutivos de delito puede merecer en ese caso el rango de testigo protegido por el juez que recibe la fuente de conocimiento.

Dicha apreciación lo que revela es hacer aún más creíble lo que el testigo contó, dado que no se mantuvo al margen, sino que se involucró, de ahí que la indicada dirección técnica sostuviera que sería más bien un arrepentido.

11.- No se trató de una mera sospecha, sino de una afirmación veraz y concreta del operativo orquestado.

La declaración judicial que prestó el testigo protegido, supera con creces la mera sospecha o hipótesis policial que requiere acto seguido su comprobación.



12.- *Lectura de la declaración sumarial en juicio del testigo protegido al constar formalmente su ilocalización. (art. 730 LECRIM).*

Declaración judicial que, por otro lado, se introdujo en el juicio oral mediante su lectura, al amparo del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atendiendo a la petición en base a dicho precepto formulada por el Ministerio Fiscal que la justificó al no haber sido localizado el testigo protegido, según así consta en oficios policiales anteriores a la fecha de inicio del plenario y en el curso del mismo, en respuesta a resoluciones de este Tribunal en orden a dejarle citado para someterle a interrogatorio tal como venía acordado en el auto de admisión e inadmisión de prueba.

Pero ello solo tiene validez a los efectos de la validación de la medida de injerencia, no como prueba de cargo. Y es como se tiene en cuenta ante la suficiencia del resto de prueba que aquí se analiza.

13.- *Concreción y detalle de lo declarado por el testigo protegido.*

El testigo en dicha declaración judicial, dio todo lujo de detalles sobre su presencia en los acontecimientos.

14.- *Credibilidad que le mereció al juez instructor el contenido de su declaración.*

El testigo, de un lado, dio unos datos sustanciosos, y de otro, no ocultó, sino que espontáneamente indicó la particular motivación de su actuación.

15.- *No se trató de una operación policial basada en una confidencia, sino en una declaración ante el juez instructor que valoró la información como suficiente y necesaria la medida de injerencia ante lo relatado.*

Se desprende del auto de 30 de octubre de 2012, que aludiendo el mismo al testimonio prestado, no se tenía que corroborar lo que figuraba como indicio bastante más allá de una sospecha policial expuesta por la unidad actuante. Fue la propia titular del juzgado la que conforme a la intermediación obtuvo la convicción, sin plantearle duda alguna que lo que se le contaba había acontecido y era el germen de la actividad delictiva que se estaba planeando para la introducción de kilogramos de cocaína desde Sudamérica a España y resto de hechos previstos igualmente para su buen fin, según se recoge en la citada resolución de 30 de octubre de 2012.

16.- *Análisis del instructor acerca de la veracidad de la información para fundar el auto habilitante.*

a.- Se decantó la Magistrada Instructora, fiscalizando el crédito que le mereció el testimonio, por dárselo y a su partir contó con los indicios aportados por el testigo surgidos por su personal presencia en los acontecimientos, según ya se ha explicado.

b.- En ese trance, y superado estar en presencia de meras hipótesis subjetivas o de simple plasmación de la suposición, con los iniciales elementos indiciarios recogidos en la resolución, consistentes básicamente en la declaración del testigo protegido, se acordó la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en protección de valores, tal el de la prevención del delito, justificándose convenientemente.

17.- *Adecuado y ponderado juicio de proporcionalidad.*

Concluyó la Magistrada efectuando el exigido juicio de proporcionalidad, asimismo abordado en el auto de 30 de octubre de 2012, entre la gravedad de lo relatado por el testigo protegido y el sacrificio que representaba la medida a acordar, primando lo primero en aras de la investigación y persecución de hechos penales graves como el tráfico de drogas transnacional de forma organizada.

18.- *Validez del auto de fecha 30 de Octubre de 2012 y de las prórrogas basadas en investigación policial como resultado de la injerencia.*

a.- Ninguna tacha de nulidad, ni siquiera de irregularidad alguna, se comprueba de los sucesivos autos de prórroga o de nuevas intervenciones telefónicas que siguen un mismo patrón en que tras un oficio policial en el que se incluye un resumen del estado de la investigación, permite a la Magistrada Instructora analizar su contenido en aras de decidir si accede a la medida limitativa nuevamente solicitada, al margen de que cuando lo acuerda se maneje con resúmenes de las conversaciones de interés o de solo varias de éstas en su integridad que figuraban además en los soportes (Discos CD), siendo tiempo más tarde cuando se transcriben íntegramente y se procede al cotejo.

b.- En cada resolución judicial habilitante se incluye el relato fáctico indicativo de la presunta actividad delictiva en la que se estaba inmerso, lo que por sí mismo ponía de relieve la procedencia de continuar dicha línea de investigación abierta, que venía dando sus frutos para dismantelar aquella operativa.

c.- Por todo lo expuesto, no hay méritos para declarar la nulidad del auto de intervención telefónica de 30 de octubre de 2012 y de los siguientes de prórroga de la medida y de los relativos a nuevas intervenciones, dictados en el presente procedimiento.



19.- Diferencia entre testigo protegido y confidente.

Resulta importante diferenciar ambas figuras y la forma en la que llega la información al juez, que en este caso es directa. Es decir, no se trata de que un confidente haya comunicado a las Fuerzas y cuerpos de seguridad una información y éstas, sin investigación sobre ese dato, redacten un oficio al juez y la pidan una intervención telefónica. No es este el caso.

De lo que se trata es de una persona a la que el juez de instrucción le otorga el estatus de testigo protegido declara directamente ante el juez instructor sobre unos hechos, desvelando la existencia de la organización que trabajaba en la introducción de droga en España. No es la confidencia de una persona sin corroborar que acude a la policía, sino que es ante el juez y por persona identificada, lo que cambia radicalmente la impugnación que sobre la medida de injerencia se insta.

Es evidente que hemos señalado en reiteradas ocasiones que el confidente que acude a la policía a dar un dato no puede ser la fuente directa de la petición de la medida de injerencia, sino que requiere de una investigación, pero el ciudadano que decide colaborar directamente y ab initio con el instructor y relata un detallado volumen de información, adquiriendo el estatus de testigo protegido habilita para el dictado de la injerencia valorando el juez en el auto la proporcionalidad de la medida, lo que así se llevó a cabo en el auto impugnado, y es lo que ha sido validado por el Tribunal.

Como señala la doctrina, el confidente policial es la persona que, en la mayoría de las ocasiones, pertenece a un círculo delictivo o guarda cierta relación con el mismo, permitiéndole obtener información relevante sobre el hecho delictivo que se está investigando o se quiere investigar, y, bien por su propia iniciativa, o por encargo de los funcionarios de policía, suministra dicha información para facilitar la investigación criminal, con la finalidad de obtener un beneficio económico, procesal o de índole similar. Pero quien declaró ante el juez no lo es.

En este caso estamos ante un testigo protegido, condición que la magistrada le concedió, después de declarar y antes de dictar los autos de intervención. Para hacerlo, valoró el riesgo que para él y su familia derivaba de haber declarado en sede policial y judicial, y riesgo también, según dice la sentencia de que "los mismos que intentasen debilitar su voluntad de colaborar con la Administración de Justicia".

Y aquí radica la diferencia esencial, ya que mientras que la noticia confidencial no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales, y los agentes no pueden acudir al juez con este único dato anónimo y sin contrastar, no es lo aquí ocurrido, sino que existe una identificación nada menos que ante el instructor, a quien le cuenta el desarrollo de todo el operativo, y es el juez quien le otorga ese estatus de testigo protegido para preservar su seguridad. Y es con tal condición cuando se le toma declaración en sede judicial, y, finalmente, en base a dicha declaración se dicta el auto de 30 de octubre.

Y con respecto a este punto de testigo protegido interrogado en fase de instrucción recordamos la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 524/2017 de 7 Jul. 2017, Rec. 1368/2016 en relación a que:

"El testigo protegido fue interrogado en la instrucción por el Juez encargado de ella, que valoró su versión, así como los reconocimientos por él efectuados para apuntalar el soporte objetivo de las medidas que adoptó. Fue fuente en su momento de sólidos indicios que el avance de la instrucción fue confirmando. Sin embargo, la parte no explica la relevancia de su testimonio como prueba respecto a los hechos enjuiciados en el acto del juicio oral, si fue propuesto, por quien y, en su caso, las razones de su incomparecencia y la eventual reacción procesal de las distintas partes, elementos necesarios para poder otorgar relevancia a su alegación".

La aportación de datos por el testigo protegido como basamento de la decisión. No actúa como confidente policial, sino como testigo que depone ab initio ante el juez ofreciendo datos relevantes para justificar la medida de injerencia.

La resolución judicial del juez instructor expuso los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de las personas investigadas con el mismo. Y estos datos aportados deben reunir la suficiencia que permiten al instructor valorar la proporcionalidad de la medida en base a lo que el testigo protegido aportó en sede judicial en relación a los datos objetivos referidos al operativo de la organización.

Sobre la valoración de la "suficiencia" de estos datos objetivos aportados por testigos protegidos ya hemos expresado en la citada sentencia del Tribunal Supremo 524/2017 de 7 Jul. 2017, Rec. 1368/2016 que:

"El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de



teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002; 167/2002; 184/2003; 165/2005; 136/2006; 197/2009 y 26/2010).

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

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

No puede ni debe descartarse que la fuente de conocimiento del "indicio idóneo" sea el relato contado al juez de instrucción por una persona a la que se atribuye el carácter de testigo protegido. Porque la idoneidad del dato la valora el juez tras el examen de sus declaraciones y el Tribunal ha expuesto esta suficiencia del dato de forma motivada.

Así, el dato relatado al juez por el testigo protegido era demoledor y grave, cual referido a datos que objetivamente revelaban una actividad delictiva grave - la introducción en España de grandes cantidades de droga que causa grave daño a la salud en España- y, desde la proporcionalidad, dictó el auto cuestionado.

Por otro lado, no puede hablarse acerca de si hay conexión de antijuridicidad en relación a la pretendida nulidad de la injerencia en relación a las confesiones llevadas a cabo, ya que no se ha decretado la nulidad de la prueba de escuchas telefónicas que son válidas e impide tratar acerca de si hay conexión de antijuridicidad con los reconocimientos llevados a cabo y sobre los que se aplicaron circunstancias modificativas de responsabilidad penal por confesión.

Se desestiman los motivos que apelan a la nulidad de la medida de injerencia.

Sobre la competencia del Juzgado de Torreveja (Alicante), que inició la investigación

El Tribunal concluye que no ha existido vulneración al juez natural predeterminado por la ley

Declaraciones en el juicio oral que validan la atribución de la competencia territorial del juzgado que inicia la investigación.

1.- *El lugar donde se lleva a cabo el control preventivo está en el partido judicial de Torreveja.*

"a.- El Instructor del atestado, el Guardia Civil a preguntas del Ministerio Fiscal, afirmó que él fue la primera persona de su grupo que tuvo contacto con el testigo protegido, figurando la forma como aconteció tanto en la declaración de dicha persona como en el oficio en que se solicitaba al Juzgado de Torreveja la intervención telefónica de dos números de teléfonos.

b.- El lugar donde aconteció el control preventivo en que fue parado el testigo protegido es en la localidad de Guardamar del Segura (a 11,3 kilómetros de Torreveja), del partido judicial de Torreveja.

c.- El único dato de vinculación con dicho territorio lo señaló el Ministerio Fiscal, tanto por aquel dato como por aludir a que el domicilio facilitado por el testigo protegido está en dicho partido judicial, sin mayor añadido, siendo conforme a los datos obrantes en la pieza separada de testigo protegido.

d.- Evidentemente ese dato sin más no atribuye la competencia a un juzgado de instrucción para conocer de una causa penal. Pero ciertamente de lo que no se disponía era de otro elemento distinto de atracción o de atribución competencial a cualquier otro juzgado de igual clase de los repartidos por el territorio nacional.



e.- Con solo reparar en la declaración del testigo protegido, se dejaba abierta la puerta a cualquier opción dado que se trataba de explorar aeropuertos españoles, incluidos los insulares, a fin de introducir la droga transportándola en los aviones con destino a dichos recintos, sin mayor concreción.

f.- En tales circunstancias, si la declaración policial se había efectuado en el partido judicial donde se había interceptado días atrás al testigo en un control rutinario y dicha persona entra en contacto con la Unidad de la Guardia Civil destacada en la zona, ésta seguidamente acude al juzgado más próximo, siendo así por lo que se hace cargo el Juzgado de Instrucción de Torrevieja.

g.- No había otros que avalasen la atribución de competencia a juzgado distinto de aquel al que se acudió y que en puridad era el correcto, toda vez que la fuerza actuante se limitó a comunicar la declaración policial y remitir el oficio al juzgado más próximo a aquel donde se tuvo la noticia de los hechos".

2.- *El juzgado actuó a prevención.*

"a.- Aunque la causa correspondiera a la Audiencia Nacional el juzgado de instrucción de Torrevieja actuó a prevención. Era el competente. No era posible desplazar al testigo a diferentes juzgados según los datos que aportaba. La mecánica gubernativa competencial es llevarlo al juzgado del partido judicial donde es habido y éste que disponga lo necesario en orden a su inhibición conforme a lo que estime después de escuchar a la persona a cuya disposición se pone.

b.- Se sostuvo que debería haberse residenciado en la Audiencia Nacional, pero, si bien se mencionaba la existencia de una organización en Venezuela y la posibilidad de sondear vías de entradas de la droga por distintos aeropuertos a España, teniendo en cuenta que la competencia asignada a aquel órgano judicial es especial y conforme a determinados requisitos que han de confluir, era lo suyo, tal como sucedió, que se derivase al principio a Torrevieja, donde cuando se entendió que concurrían aquellos, acordó la inhibición del conocimiento del procedimiento en favor de la Audiencia Nacional, correspondiéndole finalmente al Juzgado Central de Instrucción número 5, que no la aceptó, dirimiendo la controversia el Tribunal Supremo, que la resolvió a favor de este último juzgado (auto de 25 de mayo de 2015, al inicio de Tomo I)".

No hay dudas, por ello, de que la competencia es indiscutible. No había en ese momento dato alguno para llevar a quien declara a otro partido judicial que no fuera aquél al que pertenece el municipio donde estaba el control policial.

3.- *La decisión final se adopta previa instrucción e investigación. No cabe un rechazo a limine.*

"En tanto la investigación judicial se desarrollaba, se fue conformando en el parecer de la Magistrada Instructora la probable existencia de una organización con operativa por diferentes zonas del territorio nacional. Conclusión que no se alcanza de inmediato sino tras una profusa instrucción que termina por viabilizar la decisión que adoptó y que no debía ser tan nítida cuando el juzgado destinatario no la compartió, tal como se ha explicado".

4.- *Comprobación de los mensajes y sus orígenes hasta su envío a la Audiencia Nacional.*

"Los distintos puntos geográficos que iban surgiendo, según las observaciones telefónicas y de mensajes de BlackBerry, así como por las vigilancias y seguimientos, tampoco permitían una pronta decisión que pusiera en riesgo el devenir de una investigación debidamente controlada desde el juzgado de Torrevieja, o, en su caso, parcelarla toda vez que se barajaba que procedía de un tronco común (la organización venezolana), de tal modo que la determinación del juez llamado a conocer pasó por las vicisitudes referidas y a merced de las circunstancias expuestas, siendo el colofón, según se ha aventurado, la remisión de la causa a los juzgados centrales de instrucción".

Se desestima la impugnación relativa a la competencia del juez de instrucción inicial y al derecho al juez predeterminado por la ley.

La lectura de la declaración sumarial del testigo protegido

En cuanto a la reclamada comparecencia del testigo protegido en el juicio oral la sucesión de lo ocurrido es relatado con detalle por el Ministerio Fiscal en cuanto a:

1.- El escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal (f. 320, Tomo II), se constata que interesó la declaración del testigo protegido B. 1-2012 para el juicio oral (Tomo I), y, al tiempo, que se mantuvieran las medidas previstas en la LO 19/1994 de 23 de diciembre (art. 4).

2.- La prueba de declaración del testigo protegido se admite.

La Sala de lo Penal, admitió dicha prueba por auto de 28 de noviembre de 2017 (f. 653, tomo III).



3.- Al folio 699, tomo III consta providencia de 5 de enero de 2018, interesando del Juzgado de Torrevieja copia del auto relativo al testigo protegido.

4.- ilocalización del testigo tras gestiones habidas por la policía.

Al folio 1128 del tomo V, consta el siguiente informe policial, fechado el 18 de abril de 2018

"Desde principios de enero se vienen practicando gestiones para su localización, tanto a nivel nacional como internacional, dado que el mismo no tiene domicilio conocido en España, habiéndose detectado una entrada en nuestro país procedente de Colombia, con fecha 09/02/18, a través del aeropuerto de Barajas, desconociéndose más datos. No obstante, lo expuesto, se continúan las gestiones para su localización caso de ser positivo se daría debida cuanta".

Al folio 1455, informe policial de 8 de mayo, señalando que

"Desde la primera citación recibida se vienen practicando gestiones para localización, tanto a nivel nacional, como internacional, dado que el mismo NO TIENE DOMICILIO CONOCIDO EN ESPAÑA. En este sentido se mantienen los filtros aduaneros de hospedaje

Al folio 1860, se refleja en el acta lo ocurrido con dicho testigo. El Tribunal comunicó a las partes que las gestiones para su localización habían resultado infructuosas, a lo que el Fiscal interesó se introdujese la declaración por vía del artículo 730. La Sala acordó que se procediese a la lectura, sin perjuicio de la valoración que se le otorgue en sentencia.

5.- Al prestarse en sede judicial, la declaración del testigo protegido fue la fuente que aportó a la magistrada aquellos conocimientos que, desde la convicción, determinaron que se dictase el auto de intervención telefónica; cuestión distinta, es la dimensión y valor que tal declaración pueda tener como medio de prueba.

6.- Es decir, que la reproducción de la declaración del testigo protegido no se erige en el presente caso como medio de prueba de cargo para tenerlo en cuenta a la hora de fundar la culpabilidad, sino como fuente de prueba para la habilitación del dictado del auto de injerencia, que es circunstancia para la que no se exige la contradicción, la cual era imposible, dado que esta declaración es la que inicia la instrucción, lo que hacía inviable la contradicción, por cuanto no había detenidos.

Ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo 68/2019 de 7 Feb. 2019, Rec. 2921/2017 que:

"No puede confundirse la fuente con el medio de prueba".

Y la doctrina los diferencia claramente, ya que las fuentes de prueba son aquellos objetos o soportes fácticos de naturaleza extralegal o extraprocesal encontrados, por lo general, al inicio de la investigación, y que tratados de forma científica, permite la identificación del presunto autor. Las fuentes probatorias a proteger son diversas según sea la naturaleza del elemento hallado en el lugar del suceso. Sirven al proceso penal de soporte material sobre los que se han de probar los hechos delictivos, al contener información relevante para el esclarecimiento del delito.

Así, una cosa es que la declaración del testigo protegido sea analizada como fuente de prueba para la viabilidad del auto de intervención telefónica, y otra que la lectura de su declaración sumarial ex art. 730 LECRIM no sea utilizada como medio de prueba por ausencia de contradicción. Pero esta ausencia no priva de facultad al Tribunal para que se tenga en cuenta que, dado que la fuente de prueba del testigo protegido fue válida para el dictado de la medida de injerencia, lo que sí pueden valorarse son las conversaciones que se llevaron a cabo y que son utilizadas por el tribunal para valorar la responsabilidad penal de los participantes en los hechos declarados probados.

Con todo ello, no está prohibido o provoca consecuencias invalidantes de los medios de prueba que el testigo protegido "solo" haya intervenido como "fuente de prueba" y no como "medio de prueba", ya que su lectura ex art. 730 LECRIM solo lo sería en torno a la validación de la justificación del juez de instrucción para acordar la medida de injerencia, pero no como prueba de cargo ante la ausencia de contradicción.

Y que el testigo protegido esté, luego, ilocalizado, no puede atraer la nulidad de lo actuado a su intervención, ya que debemos considerar que en estos casos los testigos tienen un temor fundado que en el entorno de la organización criminal tengan conocimiento exacto de la dirección del testigo, sus movimientos y circunstancias personales y familiares.

Pues bien, en estas situaciones nos encontramos con testigos que quieren obtener la protección del «status» que le otorga la consideración de testigos protegidos, pero en otros casos hay testigos que pueden tener el mismo temor a ser afectados en su integridad personal y que no lo solicitan pero que tienen el mismo derecho a que se les tutele en la forma de su declaración para que, respetando los derechos fundamentales del proceso



penal, se le conceda su derecho a declarar en condiciones respetuosas con su lógico temor a declarar ante el acusado. Desdoblado, así, ambas situaciones vemos que:

a) El testigo protegido

La STS 1215/2006 de 4 de diciembre dedica su primer FD precisamente a analizar esta figura incluida dentro de la prueba testifical y que fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica 19/1994. Señala así la Exposición de Motivos de la LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales, que: «la experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias.

Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos.

Ante esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la Justicia.

De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.

Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares».

Pues bien, las circunstancias que debemos destacar en la declaración de testigos protegidos se deben situar alrededor de las siguientes premisas:

- No es posible exigir a los ciudadanos que cumplan con las previsiones contenidas en el art. 410 LECrim que recoge la obligación que todos los españoles tenemos de declarar como testigos en un proceso penal, si el Estado no asume su corolaria obligación de otorgarle al testigo la debida protección y seguridad de que no quedará afectada su integridad personal o la de su familia por el hecho de cumplir con esta previsión de la LECrim.

- Debe procederse a una adecuación a la realidad social que vivimos de la regulación de la práctica de la prueba testifical a la actual situación de inseguridad que sufren numerosos testigos que deben deponer sobre lo que saben y conocen de un hecho. La creciente inseguridad obliga a regular la forma en que debe verificarse esta prueba sin que se ponga en juego la seguridad personal del testigo.

- La LO 19/1994 exige para aplicar la normativa en esta recogida y la condición de testigo protegido a una persona que el Juez de Instrucción declare y motive el reconocimiento de este «status» a los testigos o víctimas que deben declarar en un proceso penal en el que se constate el riesgo que existe en la declaración de un testigo (art. 2). Ahora bien, resulta difícil en ocasiones delimitar o graduar la concurrencia de los presupuestos para que el juez declare la existencia de la «situación de riesgo». Por ello, más que hablar aquí de situación de riesgo debería valorarse si es la posición personal del testigo la que le debe situar en esta posición al ser «el riesgo o peligro» un concepto jurídico indeterminado que queda a la propia subjetividad del que debe apreciarlo.

Pero que el testigo protegido "desaparezca" cuando se le trate de localizar no puede suponer un beneficio procesal para la defensa que postula su declaración, ya que la localización del testigo lo que provoca es la lectura de la declaración sumarial siempre que haya habido contradicción, pero el efecto de su lectura, como exponemos, no es de prueba de cargo, sino de validación y confirmación del presupuesto del auto habilitante de la injerencia, del que se obtienen pruebas que sí son utilizadas en este caso por el tribunal para la condena.

Por ello, la sentencia, no toma como prueba de cargo la declaración del testigo protegido, y, difícilmente podría ser de otro modo, habida cuenta que el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, dispone que

Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.



Aquí no puede cuestionarse si se trató de que hubo, o no, contradicción en la declaración del testigo protegido, sino que su intervención lo fue como fuente de prueba habilitante de la intervención telefónica, de aquí que sea irrelevante la inexistencia de contradicción, ya que de la lectura de la declaración sumarial no se desprende la existencia del uso de la misma como prueba de cargo.

Con ello, se desestiman los motivos atinentes a este extremo.

Sobre la existencia de organización

El Tribunal de instancia individualiza de forma acertada y detallada sobre qué acusados confluje la circunstancia de pertenecer a la organización y a quiénes excluye. Y, así, señala en el FD nº 4 que:

"En lo que respecta a la pretensión sostenida por el Ministerio Fiscal de perpetrarse los hechos relativos al tráfico de drogas en el seno de una organización, el Tribunal llega a la misma consideración, en la que queden enmarcados los acusados nombrados en esta resolución, y que responden a las identidades de Víctor , Rosendo , Rogelio , Prudencio , Jaime , Pedro , Onesimo , Romualdo , Carlos Manuel , Victorio , Clara , Teodoro , Torcuato y Adolfinia (f.122)".

Sobre el tema de la pertenencia a organización criminal y su diferencia con el grupo criminal hay que señalar que, como hemos señalado en la sentencia de esta sala del Tribunal Supremo, 141/2013 de 15 Feb. 2013, Rec. 722/2012, "la agravación de las penas relacionadas con el tráfico de drogas para aquellos casos en los que la conducta delictiva se realiza a través de una organización delictiva, forma parte de una idea básica desde el punto de vista de las exigencias de cualquier política criminal. La intensidad de la ofensa al bien jurídico se multiplica cuando la acción típica no es el fruto de una iniciativa individual, más allá de los ocasionales apoyos con los que el autor pueda contar, sino que aparece como el resultado de una convergencia de voluntades puestas al servicio del delito.

Si además esta puesta en común cuenta con una estructura organizativa, con un reparto funcional de cometidos y, en fin, con un organigrama jerarquizado que se subordina al fin delictivo que se persigue, las razones para el incremento de pena están más que justificadas. Esta agravación estuvo ya presente en la redacción del art. 344 bis a) 6º del Código Penal 1973, introducida por Ley Orgánica 1/1988, que se producía cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional. Esta agravación, con el añadido de pertenencia a una asociación, pasó a configurar el subtipo agravado núm. 6 del art. 369 en el texto original del Código Penal regulado por Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre; el cual, en idénticos términos, fue trasladado al núm. 2 del mismo art. 369.1 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La supresión expresa de la agravación previgente, recogida en el núm. 2ª del art. 369 CP que ahora efectúa la Ley Orgánica 5/2010, no puede ser interpretada, claro es, como un nuevo enfoque de política criminal. Antes al contrario, el legislador ha considerado oportuno acentuar la sustantividad típica del delito de tráfico de drogas cometido en el seno de una organización y dispensa una regulación individualizada, ahora alojada en el nuevo art. 369 bis, en cuyo primer párrafo se establece que cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

En el segundo párrafo del nuevo art. 369 bis CP se imponen las penas superiores en grado a las antedichas, a los jefes, encargados o administradores de la organización.

La nueva regulación introducida por el art. 369 bis se aparta de su inmediato precedente, representado por el art. 369.1.2 del CP. En éste se castigaba la pertenencia a una organización, o asociación "... incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional". En el nuevo texto legal no se hace referencia a la transitoriedad de las organizaciones puestas al servicio del delito.

Esta novedad, sin embargo, es congruente con el renovado enfoque legislativo abanderado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, consistente en la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», establece un concepto de organización criminal en el artículo 570 bis CP, con arreglo al cual, "... se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas".

Esta definición, en su esencia, es también acorde con la línea jurisprudencial mayoritaria, expresada entre otras muchas, en las SSTS 808/2005, de 23 de junio; 763/2007, 26 de septiembre, 1601/2005, 22 de diciembre,



808/2005, de 23 de junio y 1177/2003, 11 de septiembre, con arreglo a la cual, la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura.

En consecuencia, son elementos definitorios de la organización criminal:

- a) la agrupación de, al menos, tres personas para la comisión del delito;
- b) una actuación planeada, bien con carácter estable, bien por tiempo indefinido;
- c) el desarrollo de una tarea concertada y coordinada, con un reparto funcional de cometidos puestos al servicio del delito (cfr. STS 112/2012, 23 de febrero)".

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 30/2019 de 29 Ene. 2019, Rec. 10357/2018 señalamos que:

"La doctrina, por ello, ha considerado que se trata de la organización criminal como hermana mayor del grupo criminal. Y que la menor entidad de este último se manifiesta ya en los verbos nucleares utilizados en relación con los sujetos responsables.

Nótese que estaríamos en la finalidad de cometer cualquier otro delito grave del apartado b) en el art. 570 ter 1 CP entre los que están los delitos contra la salud pública.

Dichos grupos, sin reunir las notas de complejidad necesarias para ser organización, sí que advierten la existencia de una serie de medios y recursos que dotan de una cierta estructura interna a sus miembros, algunos de los cuales son intercambiables en sus funciones, presentando una estructura muy básica, sin sofisticación, ni perfilada definición en el reparto de papeles, pero con capacidad para obtener droga y transportarla, cuál era el objetivo y la prueba evidente de permanencia, incluso, era que la colaboración de un agente policial les era imprescindible para conseguir el fin previsto que consta en los hechos probados.

En cualquier caso, la doctrina también ha fijado con acierto en relación al elemento de la estabilidad temporal que alguna se exige, ya que el plus de peligrosidad que representan los grupos criminales se deriva del carácter colectivo y de la facilidad de cometer los delitos, y la falta de este elemento es lo que lleva a la dificultad de diferenciarlo de las formas de participación.

Debemos destacar, asimismo, el elemento de la "concertación" en el grupo criminal, ya que lo exige el art. 570 ter CP, al referirse a la perpetración concertada de delitos. Por eso, apunta la doctrina que en la definición de los grupos criminales, y con relación a la alusión a la "concertación" debe existir algún elemento aglutinador de todos ellos, ya que en el caso contrario estaríamos ante un claro ejemplo de coautoría. Por ello, se apunta que la carencia de conexión entre los integrantes del grupo criminal debe ser suplida a través de una mínima estructura entre sus integrantes y tipificada en esta misma línea si se pretende configurar el grupo criminal como un delito autónomo diferente de una forma de participación.

Por ello, el Tribunal ha fijado las conexiones existentes.

En cuanto al elemento de la estabilidad y permanencia que es propio de las organizaciones criminales y no se exige del grupo criminal, al ser "su hermana menor", se recuerda, también, que esta falta del carácter de estabilidad o indefinición en el tiempo en el grupo es lo que venía siendo propio de las "organizaciones transitorias" criminalizadas en referencia con muchos delitos, y que ahora se integra en el grupo criminal, por lo que si ante un caso concreto se comprueba la inexistencia probatoria de la duración indeterminada y el claro reparto de funciones bajo una estructura nos llevaría a la consideración de grupo criminal si se dan los dos elementos antes citados.

Ello, sin embargo, no nos debe llevar a que el grupo criminal sea como una especie de "cajón de sastre" donde, "si no cabe la organización criminal, cabe el grupo criminal", ya que será preciso definir los límites frente a la conspiración y la coautoría como forma de participación frente al delito autónomo, y, así, aunque no se exijan como tales, deberá existir algún mínimo reparto de tareas y un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia aunque no con la duración que se exige en la organización criminal y, como apunta algún autor, supera la simple consorciabilidad del acuerdo.

En cualquier caso, como apunta la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 389/2018 de 25 Jul. 2018, Rec. 1171/2017, "concurría grupo criminal dado el reducido número y lo sencillo del entramado de los acusados. Con ello, para excluir la mera coautoría como forma de participación y entrar en el delito autónomo, al menos existiría un cierto entramado que se debe colegir de la prueba practicada, y que en los casos de delitos contra la salud pública queda acreditado con las conversaciones telefónicas, y seguimientos policiales donde se detecta ese cierto entramado entre más de dos personas para organizarse de alguna manera para recoger la



droga, transportarla y llevarla a algún lugar, o tenerla a disposición para su venta con algún mínimo control que lo distingue de la simple coparticipación en el delito".

Y esto es lo que ha ocurrido en el caso analizado en la sentencia por el Tribunal, descartando la mera coautoría.

También, como poníamos de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo 216/2018 de 8 May. 2018, Rec. 941/2017 en los grupos criminales no se trata de una "unión fortuita para la comisión inmediata de un solo delito", que es el caso de la sentencia de esta sala 271/2014 de 25 de Marzo, sino que los grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes". "La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas".

Y se añade en esta sentencia para describirlo:

"El concepto de grupo criminal es, pues, de carácter residual frente al de organización criminal, con el que presenta algunas semejanzas, como el hecho de estar constituido por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos; sin embargo, se crea sobre los conceptos negativos de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que surja la figura de grupo criminal.

En definitiva y a tenor de la anterior definición legal el grupo criminal sólo requiere de dos elementos:

a.- Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas.

b.- Finalidad criminal: pues debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos.

... el grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que esté presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares".

Estas circunstancias que se han expuesto concurren en el presente caso, y han sido analizadas por el Tribunal en los supuestos de condena.

De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Por lo tanto, para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codeincuencia o, incluso, de grupos criminales.

La distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

Diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo.

En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

"1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis.

2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter".



Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

En consecuencia, debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art 369 1 2º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor:

1º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal.

2º) acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal".

Como se suele decir, el relato de hechos y la fundamentación permiten apreciar en el juicio histórico los contactos entre los miembros del grupo. Y así, refleja, también, esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 289/2014 de 8 Abr. 2014, Rec. 2158/2013 que "deben constar la existencia de relaciones o contactos personales entre el acusado y los restantes miembros del grupo criminal por el que se ha formulado condena. En efecto, la pertenencia al grupo criminal al que se refiere el art. 570 ter del CP exige una actuación concertada de más de dos personas, concebida para la perpetración de delitos. Y esto es lo que se describe precisamente en el factum.

El precepto no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan. La concertación a que se refiere aquel precepto no evoca, ni siquiera en su significado genuinamente gramatical, la proximidad física entre aquellos que se conciertan. Dicho de forma más gráfica, el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario. Es más, no son descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación".

En la STS 132/2019, de 12 de marzo señalamos:

"La actividad de los distintos acusados se realizó en el marco de una organización criminal en la que, si bien es cierto que no se han podido acreditar las eventuales relaciones de jerarquía, si se ha podido determinar la permanencia e intensidad de la actividad delictiva, el desarrollo continuado en el tiempo, el reparto de funciones y la utilización de medios idóneos para llevar a cabo la actividad ilícita».

«(...) En el segundo motivo de este recurso, por la vía de la infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim se censura la indebida aplicación del artículo 369 bis del Código Penal, que establece una agravación por la comisión del delito en el seno de una organización criminal. Se afirma que el relato fáctico es pobre en orden a la subsunción de la conducta del recurrente en el precepto citado dado que no se establece una estructura jerárquica, ni la función desempeñada por el recurrente, ni la relación con los demás integrantes del grupo.

A esta queja ya se la ha dado contestación en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, a cuyo contenido nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias y debemos abundar en que el juicio histórico de la sentencia describe la existencia de una organización criminal.

Especificación de los integrantes y su función.

En primer término, identifica a los integrantes, especificando la función que cada uno de ellos desempeñaba dentro del grupo y

Acciones desplegadas.

En segundo lugar, se van describiendo cronológicamente las distintas acciones realizadas por el grupo, identificando la captación de sus integrantes, así como las relaciones entre ellos para vincular unas operaciones con otras dentro de un plan general.

Preparación de operaciones.

El relato fáctico define al grupo como una organización internacional y describe su operativa con la suficiente precisión. A partir de este relato y en una extensa fundamentación jurídica se han descrito con todo detalle las conversaciones habidas entre los miembros del grupo para preparar cada operación, las comprobaciones realizadas y las pruebas acumuladas frente a cada miembro. La aplicación del subtipo agravado de organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal ha sido correcta, lo que conduce a la desestimación del motivo»".



STS 591/2018, de 26 de noviembre:

"«Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno».

El plan orquestado para la introducción de droga en España desde el extranjero por varias personas que actúan en concierto lo integra, como se trató en este caso en el que "los hechos probados describen con acierto un grupo de personas, más de dos, que tenían como finalidad introducir a través del Aeropuerto de El Prat cantidades de cocaína de cierta relevancia, y la prueba evidente era la concertación con un agente policial que facilitara la concertación con los inspiradores del proyecto delictivo para garantizar el buen fin de las operaciones. Pese a la negativa de la existencia de un plan criminal que se alega, la propia redacción de los hechos probados evidencia la existencia del mismo, y la determinación del agente policial en su colaboración que pretendían no lo era para un caso concreto, sino que el recurrente con C. M., y, según consta en los hechos probados, «junto con otros individuos que no han sido habidos en las presentes actuaciones, formaban un colectivo estructurado dedicado a la obtención de un ilícito beneficio económico mediante la ilícita introducción en España de importantes cantidades de cocaína a través del aeropuerto de El Prat», y pretendían orquestar la llegada de droga mediante el sistema operativo diseñado y descrito en los hechos probados".

El art. 570 ter CP señala que se considera grupo criminal «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos».

En este marco legal, el grupo criminal tiene para la jurisprudencia las siguientes características (STS 509/2019, de 25 de octubre; STS 108/2019, de 5 de marzo; STS 660/2018, de 17 de diciembre):

- Unión de más de dos personas
- Concertación
- Finalidad delictiva

No se exige pues, frente a la organización criminal, estabilidad temporal y reparto de funciones, de ahí que la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal haya entendido que el grupo operará de manera residual. La organización criminal es la «hermana mayor del grupo criminal».

Declara al respecto la STS 509/2019, de 5 de octubre :

«Desde el plano de lo sustantivo, y de conformidad con el motivo tercero de este recurrente, articulado por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concurren los requisitos del art. 570 ter del Código Penal.

En efecto, la sentencia de esta Sala 660/2018, de 17 de diciembre, recoge la doctrina sentada por este Tribunal en torno a lo que debe considerarse grupo criminal. De esta forma, decíamos en la misma que, conforme a lo dispuesto en el artículo 570 bis.1, párrafo 2º, "... se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delito, pero no se predica ello del grupo criminal, ya que el art. 570 ter.1, párrafo 2º del Código Penal lo define como la unión de más de dos personas, que, sin reunir alguna u algunas de las características de la organización criminal definidas en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. El grupo criminal operará de manera residual con menor importancia cualitativa y cuantitativa, aunque sí que se exigen dos conceptos esenciales (...):

- 1) La pluralidad de más de dos personas, y
- 2) La finalidad delictiva.



Y, además, en el grupo criminal puede faltar la estabilidad temporal y el reparto de funciones, pues se trata de una entidad menor que la de la organización criminal, donde sí se requiere una mayor estabilidad temporal en sus miembros.

La doctrina, por ello, ha considerado que se trata de la organización criminal como hermana mayor del grupo criminal. Y que la menor entidad de este último se manifiesta ya en los verbos nucleares utilizados en relación con los sujetos responsables.

Y es que estos clanes, reuniendo las características organizativas que, de acuerdo con el código penal en el momento de los hechos hubieran determinado su calificación como organizaciones, lo cierto es que tras la reforma legislativa y la clasificación antes expuesta, encuentran mejor acomodo en la consideración de grupo organizado, pues sin reunir las notas de complejidad necesarias para ser organización, sí que advierten la existencia de una serie de medios y recursos que dotan de una cierta estructura interna a sus miembros, algunos de los cuales son intercambiables en sus funciones, presentando una estructura muy básica, sin sofisticación, ni perfilada definición en el reparto de papeles.

En cualquier caso, la doctrina también ha fijado con acierto en relación al elemento de la estabilidad temporal que alguna se exige, ya que el plus de peligrosidad que representan los grupos criminales se deriva del carácter colectivo y de la facilidad de cometer los delitos, y la falta de este elemento es lo que lleva a la dificultad de diferenciarlo de las formas de participación.

Debemos destacar, asimismo, el elemento de la "concertación" en el grupo criminal, ya que lo exige el art. 570 ter del Código Penal, al referirse a la perpetración concertada de delitos. Por eso, apunta la doctrina que en la definición de los grupos criminales, y con relación a la alusión a la "concertación" debe existir algún elemento aglutinador de todos ellos, ya que en el caso contrario estaríamos ante un claro ejemplo de coautoría. Por ello, se apunta que la carencia de conexión entre los integrantes del grupo criminal debe ser suplida a través de una mínima estructura entre sus integrantes y tipificada en esta misma línea si se pretende configurar el grupo criminal como un delito autónomo diferente de una forma de participación.

En cuanto al elemento de la estabilidad y permanencia que es propio de las organizaciones criminales, no se exige del grupo criminal, al ser "su hermana menor", se recuerda, también, que esta falta del carácter de estabilidad o indefinición en el tiempo en el grupo es lo que venía siendo propio de las "organizaciones transitorias" criminalizadas en referencia con muchos delitos, y que ahora se integra en el grupo criminal, por lo que si ante un caso concreto se comprueba la inexistencia probatoria de la duración indeterminada y el claro reparto de funciones bajo una estructura nos llevaría a la consideración de grupo criminal si se dan los dos elementos antes citados.

Ello, sin embargo, no nos debe llevar a que el grupo criminal sea como una especie de "cajón de sastre" donde, "si no cabe la organización criminal, cabe el grupo criminal", ya que será preciso definir los límites frente a la conspiración y la coautoría como formas de participación frente al delito autónomo, y así, aunque no se exijan como tales, deberá existir algún mínimo reparto de tareas y un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia aunque no con la duración que se exige en la organización criminal y, como apunta algún autor, supera la simple consorciabilidad del acuerdo.

STS 719/2013, de 9 de octubre:

Organización criminal, grupo criminal y mera delincuencia:

"Para delimitar los supuestos de organización y grupo criminal de los supuestos de codelinquencia o coparticipación, una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial facilita la distinción con la organización criminal porque ésta exige la concurrencia de una serie de requisitos que permiten distinguirla de los supuestos de simple codelinquencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito:

- a.- Pluralidad de personas,
- b.- Utilización de medios idóneos,
- c.- Plan criminal previamente concertado,
- d.- Distribución de funciones o cometidos, y
- e.- Actividad persistente y duradera.

La permanencia y la estructuración interna permiten una clara diferenciación.

Superación de la mera codelinquencia.



La STS de 2 de febrero de 2006 señala que la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes.

Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión.

Diferenciación entre organización y grupo:

Con el grupo la diferenciación es más compleja

- a.- No requerir estabilidad o permanencia,
- b.- Tampoco estructura interna compleja con reparto de funciones.

En estos casos puede ser aplicable al grupo la doctrina jurisprudencial referida a las organizaciones «de carácter transitorio». La STS 1095/2001, de 16 de julio, por ejemplo, con cita de las de 25-5-97 y 10-3-00, señala que cuando el Legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una «mínima permanencia» que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia".

Organización criminal y asociación ilícita

La doctrina apunta que El art. 515.1 CP considera como tal, entre otras, la asociación que «tiene por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión». La jurisprudencia (STS 437/2018, de 3 de octubre o STS 69/2013, de 31 de enero, entre otras) considera que la aplicación de esta figura exige los siguientes requisitos:

- 1) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.
- 2) La existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.
- 3) Consistencia o permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.
- 4) El fin de la asociación que, en el caso del art. 515.1 CP ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación ilícita es un delito que atenta contra el derecho de asociación.

Ante lo expuesto, resulta obligado preguntarse cómo se distingue la organización criminal del art. 570 bis CP de la asociación ilícita del art. 515.1 CP. Al respecto, se han sostenido doctrinalmente varias posibilidades. La jurisprudencia de la Sala en STS 544/2012, de 2 de julio (reiterada en STS 1057/2013, de 12 de diciembre y STS 852/2016, de 11 de noviembre) ha entendido que el delito de asociación ilícita es un delito que atenta contra el derecho de asociación, por lo que se castiga el ejercicio abusivo de tal derecho.

Concreta a este respecto la doctrina que el legislador, reconoce que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

Diferencia entre el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia.

La concreta diferencia que afecta al presente caso consta en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 15/2018 de 16 Ene. 2018, Rec. 374/2017 donde se recoge que:

"La STS 309/2013 nos dice que la codelincuencia se apreciará, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la



Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito".

Características del art. 369 bis CP

Apunta la doctrina que el art. 369 bis CP considera un tipo hiperagravado de tráfico de drogas cuando los hechos descritos en el artículo 368 CP «se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva», imponiéndose aún una pena superior a los jefes, encargados o administradores de la organización.

La aplicación de este precepto plantea algunas cuestiones dado el castigo autónomo de las organizaciones criminales en el art. 570 bis CP que, según la Jurisprudencia de la Sala obliga a tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) La agravación se produce exclusivamente cuando quienes ejecutan las conductas descritas en el art 368 CP pertenecen a una organización criminal.
- b) Ha de operarse con la definición legal de organización que ahora se plasma en el nuevo art. 570 bis antes transcrita.
- c) La organización ha de estar integrada, en consecuencia, por un mínimo de tres personas, no siendo suficiente con dos (art. 570 bis del C. Penal).
- d) Se ha suprimido de la agravación para la ejecución del delito el consorcio meramente transitorio u ocasional, ajustándose así el subtipo a la exigencia de estabilidad que impone el nuevo art. 570 bis del C. Penal al definir la organización.
- e) La agravación no comprende a quienes simplemente formen parte de un grupo criminal, tal como aparece definido en el art 570 ter.
- f) Se amplían las conductas que se especificaban en el antiguo 369.1.2º, pues allí se exigía la pertenencia del culpable a una organización que tuviera como finalidad difundir tales sustancias y productos, mientras que la actual redacción de la agravación del art. 369 bis cubre la totalidad de las conductas previstas en el art 368 (actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal), que van más allá de la simple distribución material. Se recogen, pues, sustancialmente en la definición legal los caracteres que asumía la jurisprudencia supra citada, en cuanto que se requiere una pluralidad de personas (tres o más), estabilidad en el tiempo, y una actuación concertada y coordinada con distribución de tareas y reparto de roles o funciones entre sus distintos componentes.
- g) Ha de sopesarse también que el nuevo art. 570 bis 1 del C. Penal equipara punitivamente a quienes participan activamente en la organización con los que forman parte de ella o cooperan económicamente o de cualquier otro modo.
- h) El nuevo subtipo agravado de organización previsto en el art. 369 bis del CP suscita complejos problemas concursales con la nueva regulación de las organizaciones criminales en el art. 570 bis, dada la posibilidad de que se dé un concurso de normas entre el nuevo subtipo agravado de organización (art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas (art. 570 bis, apartados 1 y 2). Tal concurso



de normas habrá de resolverse, con arreglo al art. 570 quáter.2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena (art. 8.4 del C. Penal). (SSTS. 334/2012 de 25.4, 732/2012 de 1.10).

El Tribunal admite la agravación de la pertenencia a la organización criminal a los que cita en el FD nº 4, efectuando un proceso de "depuración" con respecto a aquellos respecto de los que había prueba y motivando los que deben quedar fuera de esta agravación.

Señala, así, que:

"El Tribunal llega a la misma consideración, en la que queden enmarcados los acusados nombrados en esta resolución, y que responden a las identidades de Víctor , Rosendo , Rogelio , Prudencio , Jaime , Pedro , Onesimo , Romualdo , Carlos Manuel , Victorio , Clara , Teodoro , Torcuato y Adolfina .

Agrupación de personas que de modo permanente y estable desplegaban su actividad para introducir la droga en España.

En el relato fáctico de esta resolución, se parte de que el origen de la sustancia estupefaciente que se iba a gestionar en España, era Sudamérica, de donde invariablemente procedía en cada ocasión, en la que se incautó, la cocaína, y, se establecía que el hilo conductor entre el lado español y las personas ubicadas en Venezuela o Colombia, principalmente, eran en cuanto a estos últimos países, justamente las personas citadas por el testigo protegido, aparte de que fueron surgiendo otras, constituyéndose los acusados arriba citados, a los fines de la introducción de dicha sustancia en España, a modo de una agrupación de personas que de modo permanente y estable desplegaban su actividad a tal efecto.

En puridad, son los gestores de la mayoría de las operaciones Víctor y Rosendo , con los que a su vez se implican en la misma actividad delictiva concertada los otros acusados más arriba nombrados, con los que, con su mayoría mantienen las reuniones y se chatean o entablan conversaciones telefónicas, de tal modo que se está en presencia de una asociación estructurada, con reparto de papeles y permanente en el tiempo.

Reparto de tareas

El reparto de tareas, sin que se solape en la misión de cada uno, aun cuando en ocasiones se acometen indistintamente por unos y otros (la búsqueda de algún pasajero con el que contar) se activa, en cada ocasión que se requiere, estando determinada tal como aparece descrita en los Hechos Probados, revelándose así, la concreta aportación de cada uno. La organización matriz es la constituida en Venezuela, si atendemos a lo que señaló el testigo protegido, cuya versión, en tanto ha confirmado otros extremos en otros aspectos, lleva a considerar que todo surge de la misma, asentada en Venezuela denominada Los Soles. Pero a su partir, el resto del cometido se desenvuelve entre Víctor y Rosendo y las demás personas de las que van disponiendo y éstos aceptan invariablemente el cometido, al margen de que las tareas de unos estén directamente vinculadas a disponer de la droga de la que se está a la espera y/o han buscado a los que la portarían, la de otros, encuadradas en recepcionar a los que llegan a España provistos de la cocaína siendo su labor la de evitar cualquier obstáculo que impida disponer de la sustancia, o estando pendientes de los portadores de la droga en su estancia en España, proveyéndoles de lo que necesiten, y, finalmente, la de aquellos que se ponen en marcha en medio de la operativa siguiendo las pautas marcadas por Víctor o Rosendo , de ahí las diversas reuniones, siendo la persona de enlace entre la organización conformada en este país y la del lado sudamericano, Onesimo , según se comprueba por varias conversaciones telefónicas de las que en otro apartado de la resolución se han transcrito diversos pasajes y porque Víctor se refirió a él como el amigo de Carlos Alberto con el que éste cuenta en España.

...

En lo que respecta a la participación de los acusados en los hechos, se ha hecho mención en la fundamentación jurídica, en correlación a cada apartado del relato fáctico, a las pruebas tenidas en cuenta, fueran, conversaciones telefónicas, que algunas hablan por sí mismas y otras precisamente por su lenguaje críptico desmonta otras tesis distintas de estar empeñados en el tráfico de drogas, chats de BlackBerry, correos electrónicos, las vigilancias cubiertas por agentes de las citas de las que a través de aquellos datos se tenían noticias por la unidad policial al frente de la investigación, y, finalmente las incautaciones efectuadas, así como las declaraciones de los acusados, de los que algunos han admitido los hechos de forma inequívoca, otros de manera más tibia y los que la han negado, se acredita su participación por otras pruebas que han sido referidas en cada caso.

Participación, de un lado, de los intervinientes en la organización delictiva, enmarcada en la autoría del artículo 28 del Código Penal, aun cuando la de Clara se haya degradado a la de complicidad, de la que hay que partir a los efectos penológicos, e igualmente la de la autoría, en la que se incardina para el resto de acusados, distintos, de los que conforman aquella".



Con ello, el Tribunal elabora un detallado estudio de la participación de cada uno de los recurrentes para articular la presencia de unos en la organización, excluyendo a otros. Y, así, los hechos probados describen un grupo que comparte una misma finalidad delictiva, como era la introducción en España de cocaína desde distintos países de Sudamérica para su posterior distribución.

Identificación de quien inicia las operaciones con la estructura organizativa.

Detallando tal estructura, la sentencia identifica a una persona que se desplaza desde Venezuela a España, estableciendo aquí contactos con "el acusado Víctor (Marí Juana) el que a su vez tenía al tanto al asimismo acusado Rosendo (Gallina) [...] contando a su vez dichos acusados para los distintos cometidos encaminados a la recepción de la sustancia estupefaciente, con varios del resto de acusados [...] dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable, entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios.

Permanencia en el tiempo.

La estructura se prolonga en el tiempo -desde el último trimestre de 2012 hasta mediados de 2013- y sirviéndose de la misma se realizan los numerosos actos que se agrupan en los 14 puntos de los hechos probados.

Fundamento de derecho cuarto con respecto a quien participa en la organización y quién no.

Se va detallando quién, cómo y cuándo interviene cada uno de los procesados.

No todos los acusados son condenados por el artículo 369 bis, por pertenencia a la organización. Su inclusión resulta de la valoración de las pruebas de cargo disponibles.

Existencia de una organización (FD nº 4 de la sentencia). Se está en presencia de una asociación estructurada, con reparto de papeles y permanente en el tiempo.

"En el relato fáctico de esta resolución, se parte de que el origen de la sustancia estupefaciente que se iba a gestionar en España, era Sudamérica, de donde invariablemente procedía en cada ocasión, en la que se incautó, la cocaína, y, se establecía que el hilo conductor entre el lado español y las personas ubicadas en Venezuela o Colombia, principalmente, eran en cuanto a estos últimos países, justamente las personas citadas por el testigo protegido, aparte de que fueron surgiendo otras, constituyéndose los acusados arriba citados, a los fines de la introducción de dicha sustancia en España, a modo de una agrupación de personas que de modo permanente y estable desplegaban su actividad a tal efecto.

En puridad, son los gestores de la mayoría de las operaciones Víctor y Rosendo, con los que a su vez se implican en la misma actividad delictiva concertada los otros acusados más arriba nombrados, con los que, con su mayoría mantienen las reuniones y se chatean o entablan conversaciones telefónicas, de tal modo que se está en presencia de una asociación estructurada, con reparto de papeles y permanente en el tiempo.

El reparto de tareas.

El reparto de tareas, sin que se solape en la misión de cada uno, aun cuando en ocasiones se acometen indistintamente por unos y otros (la búsqueda: de algún pasajero con el que contar) se activa, en cada ocasión que se requiere, estando determinada tal como aparece descrita en los Hechos Probados, revelándose así la concreta aportación de cada uno. La organización matriz es la constituida en Venezuela, si atendemos a lo que señaló el testigo protegido, cuya versión, en tanto ha confirmado otros extremos en otros aspectos, lleva a considerar que todo surge de la misma, asentada en Venezuela denominada Los Soles. Pero a su partir, el resto del cometido se desenvuelve entre Víctor y Rosendo y las demás personas de las que van disponiendo y éstos aceptan invariablemente el cometido, al margen de que las tareas de unos estén directamente vinculadas a disponer de la droga de la que se está a la espera y/o han buscado a los que la portarían, la de otros, encuadradas en recepcionar a los que llegan a España provistos de la cocaína siendo su labor la de evitar cualquier obstáculo que impida disponer de la sustancia, o estando pendientes de los portadores de la droga en su estancia en España, proveyéndoles de lo que necesiten, y, finalmente, la de aquellos que se ponen en marcha en medio de la operativa siguiendo las pautas marcadas por Víctor o Rosendo, de ahí las diversas reuniones, siendo la persona de enlace entre la organización conformada en este país y la del lado sudamericano, Onesimo, según se comprueba por varias conversaciones telefónicas de las que en otro apartado de la resolución se han transcrito diversos pasajes y porque Víctor se refirió a él como el amigo de Carlos Alberto con el que éste cuenta en España (F. 123 y siguientes).

Los hechos probados, y la prueba por la que se atribuye responsabilidad penal a los distintos procesados, evidencian una secuencia fáctica que, prolongada en el tiempo durante más de un semestre, parte de



la introducción de droga en España -con varias detenciones en el aeropuerto, y otras operaciones no consumadas- ocupaciones de cocaína, procesos de adulteración y blanqueo, y junto a ellos, otras actividades relacionadas como son la tenencia de armas y moneda falsa. Un mismo plan desarrollado en distintos momentos y con protagonistas cambiantes".

Con ello, se cumplen los parámetros antes citados en el análisis comparativo de la diferencia entre organización, grupo criminal y la mera codeinencia. Y en este caso concurre:

- a.- Pluralidad de personas,
- b.- Utilización de medios idóneos,
- c.- Plan criminal previamente concertado,
- d.- Distribución de funciones o cometidos, y
- e.- Actividad persistente y duradera.

Y en cuanto a la prueba que implica a los relacionados en la inclusión en la organización se hace referencia a la práctica de la prueba referida a:

- a.- Conversaciones telefónicas, que algunas hablan por sí mismas y otras precisamente por su lenguaje críptico desmonta otras tesis distintas de estar empeñados en el tráfico de drogas,
- b.- Chats de BlackBerry,
- c.- Correos electrónicos,
- d.- Las vigilancias cubiertas por agentes de las citas de las que a través de aquellos datos se tenían noticias por la unidad policial al frente de la investigación, y,
- e.- Finalmente las incautaciones efectuadas,
- f.- Declaraciones de los acusados, de los que algunos han admitido los hechos de forma inequívoca, otros de manera más tibia y los que la han negado, se acredita su participación por otras pruebas que han sido referidas en cada caso.

Con respecto a las alegaciones de algunos recurrentes en relación a la competencia entre el juzgado central de instrucción de Torrejón y el juzgado central de la AN no es relevante el informe inicial del Fiscal en este sentido, sino que tras la investigación llevada a cabo se comprueba la presencia de esta organización que es lo que da lugar a la atracción de la competencia a la AN y la inculpación por la presencia de una organización que ha sido, tras la práctica de la prueba en el juicio reconocido por el Tribunal en su sentencia.

Se desestiman los motivos apelantes a que no existía formalmente organización.

Circunstancia de sustancia que causa grave daño a la salud y la agravante de notoria importancia.

Consta en el FD nº 4 que:

"Los Hechos Declarados Probados son legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas previsto en el artículo 368 del Código Penal, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia del siguiente artículo 369.1, 5 de dicho. Texto Legal, siendo de atribuir a los acusados Víctor, Rosendo, Rogelio, Prudencio, Jaime, Pedro, Onesimo, Romualdo, Serafin, Jose Ignacio, Carlos Manuel, Victorio, Jose Enrique, Clara, Teodoro, Luis Pablo, Torcuato y Adolfin".

Y se añade que: "Se ha de dejar sentado que la sustancia estupefaciente era la cocaína, de la que se hablaba, la que se portaba y la que tendría que llegar, así como la que se adulteraba. ...Se confirma por las distintas incautaciones efectuadas y porque es a la cocaína a la que aluden los acusados cuando la citan en sus declaraciones varios de éstos. De ahí que se parta de la agravación del tipo básico, de tratarse de sustancia que causa grave daño a la salud, descartándose tratarse de sustancia estupefaciente que no lo causa".

En la relación de hechos probados se hace mención a las distintas incautaciones de cocaína que sumadas superan los 750 gramos:

1.- La pasajera María Inés fue detenida en el aeropuerto de Barajas a las 7.50 horas del día 18 de diciembre de 2012, cuando en vuelo NUM000 de la compañía IBERIA procedía de Santa Domingo (República Dominicana), con una, Mochila con la cantidad de 919,9 gramos de cocaína con una pureza del 66,5% [...] El encargado de recoger a la pasajera en el aeropuerto era el aquí acusado Víctor. (f. 20).



2.- Por cuenta de Víctor y Rosendo, estando implicados los también acusados Rogelio y Romualdo, el acusado, Serafín (el negro), transportaba 2.005 gramos de cocaína con una pureza del 51%, y con valor en el mercado de 144.525,17 euros. (f.21).

3.- El día 20 de febrero de 2013, se estaba a la espera de un nuevo pasajero con droga, el cual habla sido detenido ese día en el aeropuerto de Madrid-Barajas al portar en una faja, 3.333 gramos de cocaína de una pureza del 62% valorada en 278.214,99 euros (f. 22).

4.- El acusado Víctor, se encargó personalmente de la recepción de dos paquetes de cocaína empleando para ello la identidad de Julio. En una entrega controlada se ocupa un paquete, conteniendo cocaína, con un peso bruto de 1587,4 gramos de riqueza del 30% y, dos sobres de mermelada de fresa contiendo 153,2 gramos de cocaína con una pureza del 2,9% (f. 25).

5.- El día 6 de mayo la unidad investigadora recogió el paquete que trasladó al Juzgado de instrucción nº1 de Torre Vieja, procediéndose a su apertura a presencia judicial. Efectuado el dictamen pericial de la sustancia, determinó que se trataba de 315 gramos de cocaína de una pureza del 0,2 % impregnadas (f. 26).

6.- En la mañana del día 4 de junio de 2013 llegó un pasajero al aeropuerto de Madrid-Barajas procedente de Lima (Perú), en vuelo de la compañía AIR EUROPA. El pasajero en cuestión era el acusado Jose Enrique, que transportaba una bolsa de mano en cuyo interior fueron hallados 9993,7 gramos de cocaína con una pureza de 35% (con valor en el mercado de 1.215.098,16 euros (f. 28).

7.- Siendo una de las vías de entrada en Europa de la droga procedente de Sudamérica, países distintos de España, Baltasar fue detenido el día 16 de mayo de 2013 en el aeropuerto internacional de José Joaquín de Olmedo de Guayaquil (Ecuador) cuando iba a embarcar en vuelo con destino a Ámsterdam (Holanda). Aconteció, tras ser revisado por la oficina de control antinarcoóticos, el equipaje facturado, que se encontraron en su maleta dos mochilas que ocultaban la cantidad de 11.700 gramos de cocaína, habiendo sido condenado por tales hechos en aquel país.

De ese pasajero estaba encargado el acusado Rosendo, coincidiendo los datos del pasaje de aquél con los que había recibido en fecha de 14 de mayo anterior este acusado por correo electrónico.

8.- Cuando la droga llegaba por vía aérea, la organización gestionada por los acusados Víctor y Rosendo contaban con personal trabajando en Barajas a fin de que se hiciera cargo del pasajero que traía la sustancia y así evitar que fuera sometido a control alguno en dicho recinto, siendo la persona encargada de ese cometido el citado Prudencio.

Con ello, constan las incautaciones de droga que superan en exceso la cifra de los 750 gramos de cocaína, así como en las conversaciones telefónicas que daban lugar a las intervenciones policiales en espera del envío y recepción y autoría de quienes intervenían. A partir del hecho probado resulta un tráfico de drogas, de sustancia que causa grave daño a la salud, cocaína, en cantidad de notoria importancia.

Existe una referencia a la participación de los integrantes en la organización. Se fija en los hechos probados quienes participaban en el entramado y se hace mención a las "gestiones que en la misma dinámica efectuaba, contando a su vez dichos acusados para los distintos cometidos encaminados a la recepción de la sustancia estupefaciente, con varios del resto de acusados, según los fueran necesitando, dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios".

Con ello, la cantidad de notoria importancia es extensiva a los partícipes en las gestiones de entrada de droga. Esta circunstancia se le reconoce a Adolfin, Clara, Onesimo, Jose Enrique, Prudencio, Pedro, Rogelio, Romualdo, Rosendo, Serafín, Teodoro, Víctor, Victorio, Jose Ignacio y Carlos Manuel.

Constan en los hechos probados la participación en la organización, y en otros casos donde no se reconoce la pertenencia a la organización, como es el de Jose Enrique por su actuación concreta (hecho nº 12), pero esa corresponsabilidad por el entramado que supone la pertenencia al ente organizativo hace atraer la agravante de notoria importancia derivada de la droga incautada que consta en los hechos probados a los partícipes en el operativo.

Se desestiman los motivos que hacen mención a la agravante de notoria importancia del art. 369.1.5º CP.

Sobre la atenuante de dilaciones indebidas.

Se responde por el Tribunal respecto de esta atenuante en el FD nº 5º que:



"Se invocó por defensas varias la atenuante muy cualificada o simple de dilación extraordinaria e indebida del procedimiento del artículo 21.6 del Código Penal.

Sin embargo, no se señaló, sino que el procedimiento durante un amplio periodo de tiempo se limitó a acordar o a prorrogar las intervenciones telefónicas, y que: la decisión del Tribunal Supremo que dirimió la causa a favor de la Audiencia Nacional se retrasó un año.

En cuanto al periodo en que se desarrollaron las observaciones telefónicas ello no es equiparable a una paralización del procedimiento y menos aún con el añadido de las connotaciones que exige el meritado precepto y apartado. No es retraso alguno injustificado el desenvolvimiento del procedimiento sobre la base de una investigación judicial centrada inicialmente en el resultado de las observaciones telefónicas acordadas a merced de éste. De tal manera que esa línea de investigación hubo de mantenerse durante un amplio espacio temporal, teniendo en cuenta que su resultado propiciaba nuevas interceptaciones que culminaron con la detención de más de treinta personas. Se trata de una causa ciertamente compleja dado el cúmulo de operativas delictivas y la profusión de intervinientes, además de tener que librarse comisiones rogatorias a varios países, a lo que hay, que añadir el estudio e informes periciales de efectos intervenidos de muy diferente naturaleza.

En cuanto al Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2015, sobre la competencia que dirimió a favor de la Audiencia Nacional, en los antecedentes de hecho de la citada resolución, se recoge que tuvo entrada en el Registro General del Alto Tribunal la exposición y testimonios de las Diligencias Previas 2644/12 del Juzgado de Instrucción no 1 de Torrejón planteando cuestión de competencia con el de igual clase nº 5 Central, con fecha de 25 de febrero, tomándose la decisión el 22 de mayo siguiente. No parece que dicho periodo entre la entrada de la exposición y el Auto en cuestión pueda tacharse de una paralización del procedimiento, con lo que huelga el resto de lo que exige para su apreciación el apartado seis del artículo 21 del Código Penal.

Al margen de dichas incidencias, no se identificó por parte alguna instantes del procedimiento en que se detectase y se pudiera reconducir a un periodo que por su dilación fuera enmarcable en el artículo 21.6 del Código Penal. Sin embargo, se obvia, lo que de alguna manera ya se ha abordado, acerca de la dificultad que presentaba la investigación y la necesidad de enfrascarse en una prolongada instrucción, en aras de su eficacia, que, al tratarse de múltiples implicaciones las que se fueron revelando, dicha circunstancia en si misma considerada arrastra o supone la prolongación temporal de dicha fase inicial de procedimiento, tras la que, el resto de lo actuado hasta alcanzar la fase mimen del proceso, se ha sucedido igualmente en parámetros de normalidad y absoluta regularidad temporal. Con solo ver el oficio remitido a este Tribunal donde figura el número de tomos incoados y piezas separadas de Comisiones Rogatorias, se comprueba la gratuidad de la atenuante invocada, sea muy cualificada o simple".

Como apunta el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 2006 los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes:

- a) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas;
- b) Los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;
- c) La conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso;
- d) El interés que en el proceso arriesgue el demandante, y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, y
- e) La actuación del órgano judicial que sustancia el proceso, y consideración de los medios disponibles.

Necesidad de que el recurrente fije en el recurso los periodos de paralización.

Ahora bien, en el caso de las dilaciones indebidas es carga procesal del recurrente nunca dispensable la de, al menos, señalar los periodos de paralización, justificar por qué se consideran "indebidos" los retrasos y/o indicar en qué momentos se produjo una ralentización no justificada. La desidia del recurrente no sería subsanable.

No se puede obligar al Tribunal de casación ante la novedosa alegación de "dilaciones indebidas" a zambullirse en la causa para buscar esos supuestos e hipotéticos periodos de paralización, supliendo la indolencia de la parte. No es lo mismo la duración de un acto procesal a otro que "los periodos", y menos cuando no es relevante aquél dadas las características de la causa.

También hay que decir que señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 250/2014 de 14 Mar. 2014, Rec. 10454/2013 que:



"Nada tienen que ver las razones para la vigencia de una medida cautelar privativa de libertad con el significado de la atenuante a que se refiere el art. 21.6 del CP. No forma parte del contenido material de esa atenuación la valoración acerca de las dificultades asociadas al estatus de preso preventivo. Qué duda cabe que, como toda medida cautelar, la prisión preventiva ha de ser valorada en términos de absoluta excepcionalidad, siempre ligada, además, a la concurrencia de los presupuestos que justifican su procedencia.

Sin embargo, la construcción jurisprudencial de la atenuante analógica del art. 21.6 del CP es sólo expresión del deseo de esta Sala de hacer efectiva la reparación del daño -por disminución de la culpabilidad- sufrido por la vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 del CP).

Esto no significa, claro es, que nuestro sistema procesal no conozca otros mecanismos jurídicos de control y fiscalización de la duración de las medidas cautelares o de la efectiva progresión en grado, como fórmula para hacer realidad el desideratum constitucional de reinserción (art. 25 CE). Pero aquéllos no se confunden con el fundamento que es propio de la atenuación analógica autorizada por el art. 21.6 del CP (cfr. STS 199/2010, 10 de marzo)".

También, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 117/2019 de 10 Ene. 2019, Rec. 1168/2018 señala que:

"Hemos dicho en sentencia número 585/2015, de 5 de octubre, que no es suficiente con una mera alegación, sino que es necesario que quien la reclama explicita y concrete las demoras, interrupciones o paralizaciones que haya sufrido el proceso, a fin de que esta Sala pueda verificar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si están o no justificadas".

Añade, en cualquier caso, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 556/2017 de 13 Jul. 2017, Rec. 1528/2016 que "hay que recordar que las dilaciones indebidas no se determinan exclusivamente por la duración total del proceso o por el incumplimiento de los plazos, y desde luego la paralización ha de ser "extraordinaria" para ser apreciada como atenuante simple, según el tenor del artículo 21. 6 del Código Penal".

El plazo razonable en las dilaciones indebidas.

Resulta importante explicitar lo que se entiende por el "plazo razonable", o la duración de los procedimientos para, sobre ello, construir la atenuante del art. 21.6 CP.

Señala, así, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 193/2011 de 12 Mar. 2011, Rec. 897/2010 que:

"La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable.

Se subraya también su doble faceta:

- a.- Prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y
- b.- Reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-.

En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en:

- 1.- La complejidad del litigio,
- 2.- Los márgenes de duración normal de procesos similares,
- 3.- El interés que en el proceso arriesgue el demandante y
- 4.- Consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante.

Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTC 237/2001, 177/2004 y 153/2005; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1; 202/2009, de 3-3; 271/2010, de 30-3; y 470/2010, de 20-5, entre otras).

También tiene establecido esta Sala que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante de creación jurisprudencial.



1.- Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", y por otro lado,

2.- La existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Carta Magna en su art. 24.2.

En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos.

Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales.

Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2; 269/2010, de 30-3; y 338/2010, de 16-4)".

No se aprecia que, dadas las características del proceso pueda apreciarse la atenuante en atención a la correcta motivación que expone el Tribunal, dado que fueron muchos los acusados, varias las acusaciones por diversos delitos y un tiempo no excesivo, dadas las circunstancias del caso. No puede haber "dilación indebida" cuando en determinados procesos, como el aquí presente, la dilación que pudiera haber habido "era debida" a las circunstancias concurrentes y confluyentes en el caso. Se trata de una causa declarada "compleja" por su extensión que influye e incide en el análisis que se postula sobre la aplicación de la atenuante del art. 21.6 CP, que no tiene eficacia ante su postulación.

El devenir de los acontecimientos lo refleja con claridad el Ministerio Fiscal al hacer constar que:

1.- Se trata de unos hechos, por los que se acusa, que se sitúan en el año 2012, en aquel año, el Juzgado de Instrucción nº 1 de Torreveja incoo las diligencias previas 2644/2012.

2.- Por auto de 10 de julio de 2014 acordó la inhibición en favor del Juzgado Central de Instrucción, Juzgado que rechazó la inhibición por auto de 24 de julio de 2014, resolviendo el Tribunal Supremo la competencia por auto de 22 de mayo de 2015.

3.- El Juzgado central de instrucción nº 5 incoó las diligencias por auto de 10 de julio de 2014, dictando el 3 de mayo de 2016 auto de procesamiento (f. 21, tomo I). El 3 de junio de 2016 (folio 63, tomo I) se declaró compleja la causa.

4.- El 5 de junio de 2017 se dictó auto de conclusión del sumario (f. 67, tomo I) Ministerio Fiscal se dio por instruido e interesó la apertura de juicio oral el 27 de julio de 2017 (f. 129, Tomo I), auto abriendo juicio oral de 21 de septiembre de 2017 (f. 276, Tomo II) presentando el escrito de conclusiones provisionales el 28 de septiembre de 2017 (f. 299).

5.- Las sesiones del juicio oral comenzaron el 23 de abril de 2018, dictándose sentencia en junio del mismo año.

En este caso se trata de una causa compleja, que ha sido declarada así en las instancias donde se ha desarrollado, y en esta sede, incluso, resultando, como apunta el Fiscal, revelador el auto del Juzgado Central de Instrucción de 3 de junio de 2016 (folio 63, Tomo I) por el que se declara compleja la causa, auto en el que se pone en relación las concretas circunstancias de la causa y los hechos investigados con el artículo 324. 2 LECrim, para señalar cómo en el presente caso concurren, y de forma acumulativa, los presupuestos fijados en la norma para declarar la complejidad, a saber: organización criminal, numerosos hechos punibles, gran cantidad de investigados o víctimas, actuaciones en el extranjero.

Habría que precisar que son 33 los procesados, y añadir el importante número de teléfonos, así como el planteamiento de una cuestión de competencia.

En sentido contrario, dice la sentencia que los recurrentes no identifican en qué concretos momentos se produciría la paralización indebida, sin que desde luego se puedan considerar como tal la prórroga de las intervenciones telefónicas, ni el planteamiento de una cuestión de competencia. Todas estas vicisitudes hacen que en este tipo de causas deben valorarse estas circunstancias para valorar la "debida" dilación existente en macro causas con múltiples acusados que dan lugar a obvios retrasos que tienen su raíz en una instrucción compleja que finalmente se lleva a la Audiencia Nacional y la concurrencia de múltiples acusados en un supuesto, no lo olvidemos, donde se integra una organización con varios hechos objeto de acusación y múltiples partes. En modo alguno puede apreciarse esta atenuación.

Se desestiman los motivos atinentes a esta atenuante.



Desconexión entre la intervención telefónica y la declaración del acusado.

Hemos señalado que las intervenciones telefónicas han sido válidas por ajustarse a los principios relativos a la adopción de esta medida. Pero en cualquier caso los reconocimientos de los hechos por los acusados están desconectados de la medida de injerencia, por lo que en ningún caso pueden conectarse sus reconocimientos en el juicio oral aceptando unos hechos concretos y, más tarde, acudir a postular la "nulidad de los reconocimientos relacionándolo con la nulidad de la intervención telefónica.

Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 23 de octubre de 2003 (STC 184/2003).

Nos centramos en esta Sentencia 184/2003 que viene a delimitar con precisión la situación actual de las intervenciones telefónicas.

a) Cuestiones que fueron planteadas ante el TC en la crítica del procedimiento seguido en la intervención telefónica.

Pues bien, en la sentencia ahora analizada se plantearon dos cuestiones fundamentales que afectaban al derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18 CE, a saber:

En la falta de habilitación legal suficiente desde la perspectiva de la «calidad de la ley» necesaria para salvaguardar la previsibilidad de la medida restrictiva del derecho fundamental, dado que el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.), en base al cual se autorizaron las intervenciones, no cumple los requisitos exigidos de forma reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y

En las irregularidades judiciales cometidas al autorizar las intervenciones telefónicas -ya que en los Autos de intervención y prórroga está ausente la exteriorización de los elementos necesarios para ponderar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida- y al llevarlas a efecto sin control judicial.

El problema que se planteaba el TC era que a las alegaciones efectuadas por los recurrentes de amparo en cuanto a las lesiones del derecho al secreto de las comunicaciones a las que se anudaban varias cuestiones, a saber:

La vulneración del derecho al proceso con todas las garantías por haberse valorado pruebas directamente obtenidas con vulneración de aquel derecho, así como derivadas del conocimiento adquirido a partir de las intervenciones telefónicas ilícitas.

La vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque todas las pruebas que sustentaron sus condenas serían constitucionalmente ilegítimas al haberse obtenido directa o indirectamente a partir de dichas intervenciones telefónicas ilícitas.

b) Las pruebas derivadas no pueden valorarse sólo si están en conexión de antijuridicidad con la inicial ilícita.

Sin embargo, cuando se efectúan estas alegaciones de vulneración de derechos constitucionales en materia de intervenciones telefónicas hay que partir de la premisa de que sólo si hay conexión de antijuridicidad entre las pruebas derivadas de la inicial ilícita no podrán estas últimas ser valoradas por el Tribunal penal.

En este sentido, el TC señalaba en la citada sentencia que: «no puede compartirse la conclusión que los demandantes de amparo extraen de que todas las pruebas que sustentaron sus condenas están sometidas a la prohibición de valoración de las ilícitamente obtenidas, pues, de conformidad con nuestra doctrina, dicha prohibición rige respecto de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento adquirido mediante las intervenciones telefónicas lesivas del derecho al secreto de las comunicaciones sólo si entre las pruebas originales -constitucionalmente ilegítimas- y las derivadas existe conexión de antijuridicidad, ya que las pruebas derivadas no son, en su consideración intrínseca, constitucionalmente ilegítimas, puesto que no se han obtenido mediante la directa vulneración del derecho fundamental (por todas, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4), adquiriendo las derivadas carácter ilícito únicamente si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a ellas».

c) La declaración de un acusado tras la práctica de las intervenciones telefónicas no es prueba derivada de una ilícita en el caso de que la intervención telefónica no sea correcta.

En la sentencia del TC se puso el acento en que una cosa era la existencia de defectos en el procedimiento seguido en la intervención telefónica y otra las declaraciones de los acusados efectuadas con la observancia de las garantías y derechos fundamentales, ya que:

«Este Tribunal ha declarado la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o



compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida (por todas, STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4). En consecuencia, prosigue la citada STC 161/1999, "las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración"».

Por ello, las declaraciones de los acusados son valoradas libremente por el Tribunal haciendo abstracción de la previa intervención telefónica, entendiéndose que aquí podría aplicarse la doctrina jurisprudencial respecto a las declaraciones de coimputados que anteriormente referíamos, aunque también sería preciso recordar la teoría, antes expuesta en este caso, de la necesidad de las corroboraciones objetivas de los datos que también se hicieran constar en esas declaraciones, aunque con la circunstancia de que si en la intervención telefónica no se han observado los requisitos que la doctrina constitucional viene marcando no podría valorarse el resultado de esas intervenciones por ser prueba ilícitamente obtenida, lo que no quiere decir, como mantenemos, que no podamos hacerlo con otras desconectadas de esas intervenciones, como puede ser la declaración de los imputados.

En cualquier caso, los reconocimientos se llevaron a cabo en el plenario con asistencia letrada y con todas las garantías. No puede acudirse ahora a postular una conexión de antijuridicidad entre escuchas y asunción y reconocimiento de hechos.

Ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo 623/2018 de 5 Dic. 2018, Rec. 189/2018 de forma clara y contundente, además, que:

"...El contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente, el de las prestadas en el juicio oral, debidamente informado de sus derechos y asistido de letrado, puede ser valorado siempre como prueba válida, y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena.

La doctrina de la conexión atenuada (*attenuated connection doctrine*) permite considerar difuminada la conexión si la autoinculpación es libremente manifestada y con la asistencia letrada debida, lo que concurre en la declaración del acusado en el plenario con distancia relevante temporal de la prueba ilícita. Recogiendo esta doctrina de la desconexión atenuada se ha declarado por esta Sala que "no cabe duda de que cuando ha existido una suficiente separación temporal entre el hallazgo y la declaración autoincriminatoria de la persona concernida, máxime si esta declaración se produce en el plenario, ya no cabe argumentar sugestión alguna en lo declarado - SSTS 273/2007 es particularmente importante su declaración en el plenario, ya que aquí lo hace de forma completa, y cuando ya conoce los vicios de nulidad que se suscitaban alrededor de las escuchas telefónicas, pues los letrados plantearon al Tribunal la ilicitud de las mismas por vulneración constitucional, 1347/2005 de 16 de noviembre, entre otras- (STS 511/2010, de 25 de mayo).

Que se trate de una confesión completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan sólo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 529/2010 de 24 May. 2010, Rec. 1471/2009)".

En este caso, además, las escuchas han sido declaradas nulas, pero en cualquier caso no puede pretenderse autoanular ahora en sede casacional una confesión en el juicio y conectarlas con el alegato de la nulidad de las escuchas. El planteamiento es contradictorio con lo llevado a cabo con plenas garantías y extemporáneo.

El lenguaje encriptado en el delito de tráfico de drogas

Dado que es un tema que se ha dado en el presente procedimiento y que ha surgido en los recursos suscitados y en la valoración de la prueba por el Tribunal resulta relevante cómo se puede valorar en un proceso penal por delito contra la salud pública la prueba preconstituída consistente en la documental relativa a las transcripciones de las conversaciones telefónicas intervenidas judicialmente, cuando conste en ellas un lenguaje utilizado entre las personas sometidas a investigación, y que han sido acusadas por el Ministerio fiscal, del que se pueda deducir el tribunal por un juicio de inferencia que, conectado al resto de la prueba practicada, pueda dar a entender que lo que en realidad subyace a las palabras que constan en la transcripción telefónica de la conversación esté relacionado con actos de tráfico de drogas. Y ello, porque las conversaciones se refieran a mensajes subliminales que se están entrecruzando las partes de la conversación para evitar que ante la sospecha de una posible intervención judicial telefónica se pueda aportar como prueba que en esa conversación se estaba hablando de envío de sustancias estupefacientes, o solicitud de la recepción de las mismas por parte de uno de los intervinientes.

Es por ello por lo que la práctica de las redes de narcotráfico se utiliza lo que se denomina en la jerga Judicial *el lenguaje encriptado*, como metodología utilizada para, ante la sospecha de intervención telefónica judicial,



evitar que consten en las transcripciones de forma expresa las solicitudes de envío y recepción de sustancia estupefaciente.

La cuestión consistirá en cómo valorar ese lenguaje y el juicio de inferencia que se pueda obtener respecto al uso de esa forma de expresión en la conversación intervenida judicialmente en contacto y conexión con el resto de la prueba practicada para de obtener una inferencia relativa a la incidencia que en la valoración de la prueba pueda tener el uso de esa forma de expresión en la conversación entre las partes que son objeto de investigación.

Apunta la doctrina, pues, que en los delitos de tráfico de drogas resulta frecuente la utilización de lenguaje encriptado como técnica para entorpecer la investigación en el supuesto en el que se intervengan las comunicaciones.

Por lenguaje encriptado debe entenderse aquel que se disfraza bajo la apariencia de un lenguaje inocuo, en cuyo caso habrá que conectar el contenido de la intervención con algún otro medio probatorio para conseguir una prueba de cargo válida, apta para desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, para llegar a la plena convicción de que de la prueba practicada existe una actividad de los acusados dirigida al tráfico de drogas (44). Estos medios pueden consistir en las declaraciones de los coimputados, testifical u ocupación de instrumentos de elaboración de droga en una diligencia de entrada y registro.

Hay datos que pueden ser relevantes a la hora de valorar el lenguaje encriptado en las investigaciones por delitos contra la salud públicas, y que son relevantes, como aquí ocurre, en el proceso de valoración conjunto de la prueba, aquí cuestionado, para llegar a la conclusión de que las expresiones y palabras utilizadas entre las personas cuyos teléfonos están intervenidos se refieren a droga.

Veamos las conclusiones que pueden obtenerse en la valoración del lenguaje encriptado que se ha utilizado en el presente procedimiento y que el Tribunal ha valorado debidamente en el proceso de "conectividad" de este uso con el resto de la prueba practicada, a saber:

- 1.- Debe conectarse las palabras o expresiones proferidas en la intervención con el resultado de la aprehensión de droga para utilizarlo en el proceso valorativo.
- 2.- Un dato relevante es que las conversaciones se intervienen por la declaración judicial de testigos o inculpados que dan cuenta de operaciones de tráfico de drogas, incluso testigos protegidos.
- 3.- Los teléfonos intervenidos pertenecen a quienes están sometidos a seguimiento.
- 4.- Los resultados del lenguaje encriptado se conectan con aprehensiones de droga en algunos casos (aunque en otros finalmente no los lleven a cabo por miedo a que se les detenga, o cambio de planes) que justifican que la jerga utilizada estaba relacionada con la droga.
- 5.- El lenguaje encriptado viene a ser descriptivo de cuál es el trasfondo real de la conversación. El "sin sentido" del contenido de la conversación permite construir el proceso de inferencia con el total de la prueba practicada para permitir la convicción del Tribunal del destino al tráfico de drogas de los intervinientes.
- 6.- No por el hecho de utilizar un lenguaje críptico se enmascara un delito contra la salud pública, sino que ese lenguaje, interpretado racionalmente, permite deducir otro contenido de la conversación, análisis que deberá realizarse en cada caso concreto y a la vista de las conversaciones mantenidas que pueden llegar a ser reveladoras sobre la existencia de operaciones de tráfico y en las que se utilizan otros términos para ocultar dicho tráfico y típico de quienes disimulan la verdad y evitan el sujeto de la oración, con modismos, palabras confusas y simbólicas bien conocidas.
- 7.- Es un hecho notorio que en los delitos de tráfico de drogas resulta frecuente la utilización de lenguaje encriptado como técnica para entorpecer la investigación en el supuesto en el que se intervengan las comunicaciones.
- 8.- Con el uso del lenguaje encriptado se permite llegar a la deducción de su fin por el empleo de frases incoherentes en sí mismas consideradas, lo cual es una vía que se utiliza en el proceso de tráfico de drogas.
- 9.- Es el proceso de inferencia del Tribunal el que, en base a las máximas de experiencia, permite concluir que tras esta conversación existe un flujo de información que se están dando entre los intervinientes y que está relacionado con el tráfico de drogas.
- 10.- Se trata de un "juicio deductivo" y válido en el proceso de valoración de la prueba en virtud del cual el tribunal puede llegar a su convicción y utilizar el lenguaje encriptado como un dato más que se une al material probatorio para concluir el destino al tráfico de drogas de las operaciones que llevan a cabo los intervinientes en la conversación.



11.- El lenguaje encriptado se relaciona con un proceso de motivación con respecto a la necesidad de llevar a cabo la motivación suficiente en la conectividad de esas conversaciones que se producen entre personas directamente relacionadas con los hechos probados y que se coligen con alguna intervención de droga, sin que el hecho de que en ese acto concreto de aprehensión de droga estén todos los intervinientes en las conversaciones si puede deducirse, como se lleva a cabo en el proceso motivador, esa conectividad que permite concluir al Tribunal la implicación de aquellas personas que son detectadas en las conversaciones telefónicas y que utilizan un "extraño lenguaje" encriptado del que se deduce con absoluta claridad que lleva a cabo un proceso de ocultamiento de la realidad ilícita que trata de evitar se detecte por los agentes de la investigación.

12.- El uso de este lenguaje encriptado, al final, coadyuva como un elemento indiciario más a tener en cuenta en el proceso de inferencia.

13.- El lenguaje encriptado es un sistema de autoprotección que se emplea por los intervinientes en círculos de tráfico de drogas, y cuyo uso excesivo coadyuva en el proceso de inferencia del que se deduce "lo que se trataba de ocultar".

14.- El Tribunal puede utilizar el concepto de "incoherencia total" que coadyuva al proceso de inferencia del Tribunal en relación al contenido de las conversaciones.

15.- El claro objetivo del lenguaje encriptado no es otro que el de que extraños pudieran conocer sus ilícitas actividades.

Como doctrina de esta sala del Tribunal Supremo sobre el uso del lenguaje encriptado se pueden destacar las siguientes sentencias:

a.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 579/2013 de 2 Jul. 2013, Rec. 2044/2012

Es un dato importante a tener en cuenta en el proceso de valoración de la prueba cuál es el resultado de las escuchas y de la correlación entre las frases y palabras que se utilizan en la jerga de los interlocutores en el delito de tráfico de drogas, así como en la posible aprehensión de droga que se conecta con la intervención policial ante la cita entre las partes tras las expresiones usadas en la conversación que son altamente sospechosas de encubrir el envío de droga.

Se recoge, así, en esta sentencia que:

"Como que en el Plenario reconoció que en tres ocasiones Jesús María le había vendido cocaína, una de las veces dentro del club en el que trabajaba, y las otras dos fuera. Además de esta prueba el Tribunal tuvo en cuenta el contenido de las intervenciones telefónicas que fueron admitidas sin impugnación, siendo usual que se empleasen términos figurados para no nombrar por su nombre la droga, y así se habla de "camisas", "camisetas", "paquete", "medio bocadillo". Es un dato de experiencia la utilización de este lenguaje figurado. Más aún, por las intervenciones telefónicas se tuvo conocimiento del encuentro del recurrente con su proveedor, el también condenado y recurrente Luis Antonio. El encuentro fue seguido por la policía gracias a las intervenciones, con el resultado de ocupársele a Luis Antonio 20 gramos de cocaína que iba a transmitir a Jesús María como lo acreditaría la conversación de ambos con anterioridad que fue intervenida".

b.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 555/2012 de 22 Jun. 2012, Rec. 2413/2011

El lenguaje encriptado viene a ser descriptivo de cuál es el trasfondo real de la conversación. El "sin sentido" del contenido de la conversación permite construir el proceso de inferencia con el total de la prueba practicada para permitir la convicción del Tribunal del destino al tráfico de de drogas de los intervinientes.

Señala, así, la sentencia citada que:

"En el caso del ahora recurrente, además de la posesión de tales sustancias, se llevó a cabo una selección de las conversaciones, propuestas por el Ministerio Fiscal en la vista, que evidenciaban tal sentido incriminatorio, pues si repasamos el estudiado y perfectamente construido fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida, observamos que en las expresiones recogidas, se utiliza un lenguaje encriptado con objeto de enmascarar el verdadero sentido de tales comunicaciones. Unas veces, porque abiertamente se le pide que «le traiga algo», sin decir cuál, lo que es perfectamente convenido por los comunicantes, otras, porque lo solicitado es «titanlux», o una inespecífica clase de «documentación», en ocasiones, lo que se necesita es «poner un rodapié», que están a dos metros setenta, y a veces es para pegar un rodapié o dos nada más, o «una garrafa de 20 litros de origen», a veces se expresa «si ha recogido alguna nómina», en otras ocasiones, se observa una necesidad apremiante de conseguir «rodapiés» como sea.

Este lenguaje es suficientemente descriptivo de la actividad por la que ha sido condenado el recurrente, plural y concluyente, junto a las sustancias intervenidas, que, aunque no son muy cuantiosas, la valoración del tráfico



por el número de llamadas, es suficientemente ilustrativo de tal comportamiento, y habiendo prueba de cargo, procede la desestimación del motivo, porque más allá no se extiende nuestro control casacional cuando de la presunción de inocencia se trata".

c.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 333/2019 de 27 Jun. 2019, Rec. 2513/2017*

Expresiva es sobre el tema que estamos tratando esta sentencia en la que se analiza con detalle la viabilidad del uso del lenguaje encriptado en el proceso de valoración de la prueba, a saber:

"Sobre el uso del lenguaje encriptado o críptico hemos expuesto que: (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 233/2014 de 25 Mar. 2014, Rec. 10914/2013)

"Como destaca la STS. 26.11.2009 : "Esta Sala se ha referido a las conversaciones en lenguaje críptico como aquellas en las que los interlocutores evitan la expresión de los sujetos de las acciones que relatan, enmascaran los objetos de sus acciones, a los que se refieren con varios nombres que no guardan relación con lo parecen decir, etc, pero que analizadas racionalmente, bien por lo que dicen, bien por las pautas de comprensión que proporcionan los investigadores, permiten dar un contenido racional a la conversación y descubrir su auténtico contenido.

Es decir, no por el hecho de utilizar un lenguaje críptico se enmascara un delito contra la salud pública, sino que ese lenguaje, interpretado racionalmente, permite deducir otro contenido de la conversación , análisis que deberá realizarse en cada caso concreto y a la vista de las conversaciones mantenidas que pueden llegar a ser reveladoras sobre la existencia de operaciones de tráfico y en las que se utilizan otros términos para ocultar dicho tráfico y típico de quienes disimulan la verdad y evitan el sujeto de la oración, con modismos, palabras confusas y simbólicas bien conocidas, por otra parte, en el ambiente policial" (en el mismo sentido STS. 849/2013 de 12.11)".

Recuerda la doctrina en este sentido que en los delitos de tráfico de drogas resulta frecuente la utilización de lenguaje encriptado como técnica para entorpecer la investigación en el supuesto en el que se intervengan las comunicaciones. Por lenguaje encriptado debe entenderse aquel que se disfraza bajo la apariencia de un lenguaje inocuo, en cuyo caso habrá que conectar el contenido de la intervención con algún otro medio probatorio para conseguir una prueba de cargo válida, apta para desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, para llegar a la plena convicción de que de la prueba practicada existe una actividad de los acusados dirigida al tráfico de drogas.

Resulta evidente que, visto el contenido de tales conversaciones y su lenguaje encriptado o en clave, solo puede referirse, como señala la sentencia, a la ilícita actividad declarada probada, especialmente si se ponen en relación con el resto del material probatorio".

d.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 485/2018 de 18 Oct. 2018, Rec. 953/2017*

Se reconoce en esta sentencia que con el uso del lenguaje encriptado es una en la que la deducción del empleo de frases incoherentes en sí mismas consideradas, es una vía que se utiliza en el proceso de tráfico de drogas.

Se recoge, así, en la sentencia que:

"...Utilizando el lenguaje encriptado para evitar implicaciones en el caso de escuchas, que, en realidad, era lo que estaba ocurriendo, aunque como se constata con el contenido de las conversaciones telefónicas los intervinientes guardan un extraordinario celo y autoprotección en los términos empleados propios de dos auténticas estructuras destinadas al tráfico de drogas, como eran los dos clanes, comandados por Apolonio y la recurrente, y en los que si bien el primero tiene una intervención más "activa" al llevar a cabo directamente las operaciones con su equipo de actuación, la recurrente adopta una posición en la jerarquía de mando para que sean las personas que cita el Tribunal en su sentencia, perfectamente identificadas, las que vayan realizando las actuaciones previas que constan con el VºBº de la recurrente".

e.- *Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 485/2018 de 18 Oct. 2018, Rec. 953/2017*

Al final, este tema consiste en un proceso de motivación con respecto a la necesidad de llevar a cabo la motivación suficiente en la conectividad de esas conversaciones que se producen entre personas directamente relacionadas con los hechos probados y que se coligen con alguna intervención de droga, sin que el hecho de que en ese acto concreto de aprehensión de droga estén todos los intervinientes en las conversaciones si puede deducirse, como se lleva a cabo en el proceso motivador, esa conectividad que permite concluir al Tribunal la implicación de aquellas personas que son detectadas en las conversaciones telefónicas y que utilizan un "extraño lenguaje" encriptado del que se deduce **con absoluta claridad** que lleva a cabo un proceso de ocultamiento de la realidad ilícita que trata de evitar se detecte por los agentes de la investigación.



Es por eso, por lo que, curiosamente, el uso de este lenguaje encriptado, al final coadyuva como un elemento indiciario más a tener en cuenta en el proceso de inferencia.

Así, la sentencia apunta que:

"Se cumple de forma clara el presupuesto de la motivación a deducir del uso del lenguaje encriptado de los condenados, del que a la vista de las investigaciones policiales el Tribunal llega a conclusiones lógicas deducibles de la inferencia a la que se llega por la prueba practicada y destacada por el Tribunal. El grado de motivación es suficiente atendidas las dificultades que tuvo la investigación, como se explicó ya en la sentencia de esta Sala de fecha 23 de Marzo de 2013 que validó los autos habilitantes y los oficios policiales determinantes de la inferencia".

f.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 376/2018 de 23 Jul. 2018, Rec. 1119/2017

Se refleja en esta sentencia con claridad el uso del lenguaje encriptado con una metodología en la que se trataba de ocultar hasta los lugares de entrega de la droga, creando un entramado de ocultación de lo que en realidad querían transmitir ante las sospechas evidentes de que sus teléfonos pudieran estar intervenidos judicialmente, como así lo estaban.

Al final, el lenguaje encriptado es un sistema de autoprotección que se emplea por los intervinientes en círculos de tráfico de drogas, y cuyo uso excesivo coadyuva en el proceso de inferencia del que se deduce "lo que se trataba de ocultar".

Así, se recoge en la sentencia que:

"Tras la exposición por el Tribunal de las resoluciones dictadas y la motivación de cada una de ellas añade que "A lo largo de la investigación se realizaron por los agentes de la UDYCO numerosas vigilancias en torno los implicados, documentadas en la causa constatando sus citas telefónicas para llevar a cabo sus actividades de tráfico de sustancias estupefacientes, se fueron produciendo detenciones de varios investigados y aprehensiones de sustancia estupefaciente, infiriéndose racionalmente sus actividades ilícitas de tráfico de drogas por el modo de comunicarse, en el que utilizaban casi con exclusividad los SMS para evitar la existencia de documentos fonográficos que pudieran permitir acreditar en el futuro la identidad de los comunicantes, utilizando un lenguaje encriptado y convenido, en el que evitaban a toda costa referirse a datos de identificación de personas, de sus lugares de encuentro, el objeto de la comunicación y su finalidad, designando la sustancia estupefaciente (cocaína, heroína), su calidad, cantidad y precio con palabras en clave como (coches, morenas, piezas, prima) y el dinero como papel".

Es decir, que el Tribunal razona el método de intervención de los investigados con uso de lenguaje encriptado en su mecánica operativa, cambios constantes de teléfonos para evitar ser descubiertos en el caso de posibles medidas de intervención telefónica y aprehensión de sustancia estupefaciente que queda reflejada en los hechos probados, fruto de las medidas de intervención telefónica que permitía a los agentes policiales tener datos claros de los lugares de entrega, pese a las dificultades que ponían los investigados en cuanto a la forma de actuar para evitar ser descubiertos y utilizando palabras clave solo conocidas por ellos para, en su lenguaje encriptado, poder actuar y operar sabiendo lo que "ellos querían decir". Método tradicional utilizado en estos casos para huir del control policial y judicial, pero del que se infiere, como así concluye con acierto el Tribunal una evidente actuación destinada al tráfico de drogas más las aprehensiones físicas descritas en los hechos probados que es lo que acredita ese destino de toda su actividad antes explicada en los sucesivos oficios policiales suficientemente explicativos para el dictado de los autos de prórroga".

g.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 774/2016 de 19 Oct. 2016, Rec. 10332/2016

Trata esta sentencia sobre el concepto de "incoherencia total" que coadyuva al proceso de inferencia del Tribunal en relación al contenido de las conversaciones.

Se destaca, así, que:

" Recibe una llamada que en el lenguaje encriptado que utilizan es de una incoherencia total, y a raíz de esa llamada conmina de una manera que entra en la amenaza, a Casimiro para que ese segundo contenedor, utilizando ya abiertamente el nombre de Constancio el acusado mexicano rebelde, Casimiro lo lleve a la nave que Casimiro tenía, negándose Casimiro".

h.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 596/2005 de 9 May. 2005, Rec. 519/2002

Se destaca en esta sentencia el claro objetivo del lenguaje encriptado, que no es otro que el de:

"Los procesados utilizan en sus conversaciones telefónicas un lenguaje encriptado para evitar que extraños pudieran conocer sus ilícitas actividades".



En el presente caso existe una expresiva explicación del Tribunal en la relación de las conversaciones existentes, su incoherencia en sí misma considerada, la relación de las mismas con operaciones concretas de tráfico y la conexión entre el control y seguimiento policial a raíz de los resultados obtenidos en las escuchas, pese al contenido oculto de las conversaciones, lo que ha sido, finalmente, reconocido por algunos de los acusados.

La notitia criminis del testigo protegido

Cuando hemos tratado sobre la validez del auto de injerencia en el secreto de las comunicaciones hemos incidido la importancia de la declaración del testigo protegido que declaró ante el juez de instrucción.

Pero no podemos perder el punto de vista de la importancia que tiene la puesta en conocimiento del juez de lo que se denomina la *notitia criminis* dada por una persona que tiene un conocimiento muy directo del contenido de la organización que se dedicaba a traer sustancia estupefaciente a España.

No se trata, como ya sea expuesto, de una confidencia anónima de una persona que no se identifica, sino de una persona a la que se ha reconocido, previa identificación, el estatus de testigo protegido que pone en conocimiento de un juez, no de la policía, lo que es importante a los efectos de la medida de injerencia judicial, hechos que son claramente constitutivos de delito y que dan lugar a una obligada investigación policial y judicial.

Con ello, la proporcionalidad de la medida está relacionada con la validez y virtualidad de la puesta en conocimiento de una *notitia criminis* por una persona previamente identificada y con la calidad del contenido de aquello que se recogió en su declaración ante el juez instructor.

Sobre la validez de las medidas de injerencia adoptadas por un juez de instrucción en base a la "notitia criminis" recordemos la sentencia del Tribunal Supremo 649/2010 de 18 Jun. 2010, Rec. 2816/2009, que señala que:

"En la sentencia del Tribunal Constitucional 56/2003, de 24 de marzo, se sintetiza la doctrina de esa jurisdicción sobre los requisitos generales que han de cumplimentarse para cercenar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio con motivo de una investigación delictiva. Al respecto se exponen los siguientes argumentos:

"En las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre; 136/2000, de 29 de mayo; y 14/2001, de 29 de enero, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión; SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4)".

"A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal.

No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, *bastando una notitia criminis alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión.*

Lo que resulta exigible es la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, así cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o que éstas pudieran ser destruidas, junto a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos; por último, se requiere también que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro. En suma, a falta de otra indicación en el precepto constitucional, los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4 y 14/2001, de 29 de enero, FJ 8). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito-con las personas



que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; y 8/2000, de 17 de enero, FJ 4)"".

Esto es perfectamente trasladable a las medidas de intervención telefónica con la puesta en conocimiento de una persona que tiene conocimiento directo del entramado de una organización destinada al narcotráfico de hechos constitutivos de delito y que esta *notitia criminis* comunicada al juez instructor es presupuesto habilitante y proporcional para la adopción de la medida de injerencia.

En la sentencia del Tribunal Supremo 798/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 1674/2016 se expuso que:

"Respecto a la entidad de los indicios que pueden amparar una intervención telefónica, cabe señalar que, como decíamos en la STS 524/2017, de 7 de julio -con cita de otras muchas resoluciones de esta Sala-, para el Tribunal Constitucional los indicios idóneos para fundamentar la injerencia en el derecho fundamental son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es debe tratarse de «sospechas fundadas» en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

Pues bien estos presupuestos se cumplieron en el supuesto de autos y así se exteriorizó debidamente en el auto que acordó la intervención, tal y como se reflejó en la sentencia recurrida. Particularmente los indicios puestos allí de manifiesto para acordar la medida impugnada eran suficientes a estos efectos, como fue correcta la valoración de los datos aportados por la testigo protegida. Estos, junto con los demás elementos reflejados en el oficio policial, ponían de manifiesto, en efecto, la existencia de claras sospechas de la comisión de los delitos en cuestión, que es lo que exigía la adopción de la intervención impugnada. El hecho de que posteriormente la credibilidad de las manifestaciones de la testigo protegido haya planteado dudas al Tribunal de instancia no obsta a la conclusión expuesta; implicando, como ya puso de manifiesto dicho tribunal en la resolución recurrida, un juicio *ex post*, que excedía del que era exigible para la adopción de la decisión impugnada".

Por ello, lo importante a la hora de valorar la viabilidad de la medida de injerencia es valorar la situación *ex ante*, y no *ex post*, por si el testigo llegara a declarar en el juicio, y el Tribunal dudara de su declaración, circunstancia que no podría interferir en este dato que se utilizó en la declaración del testigo protegido, en su caso, para darle validez a la injerencia. En este caso no ha ocurrido la duda, sino que el testigo está ilocalizado y la lectura de la declaración sumarial no se tiene en cuenta como prueba de cargo, sino tan solo a los efectos de justificar la viabilidad de la *notitia criminis*, sin que la circunstancia de que en el juicio los letrados de los acusados no hayan podido interrogar al testigo protegido pueda ser utilizado como dato que anula esa injerencia, dado que la ilocalización del testigo hace inviable que pudiera deponer en el juicio, circunstancia que no puede dar lugar a la nulidad de la medida de intervención judicial.

También, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 793/2013 de 28 Oct. 2013, Rec. 424/2013 añade que:

"No existe ningún precepto en nuestro sistema procesal que obligue a rechazar, por impertinente, la declaración de testigos que han presenciado hechos de significación delictiva y que, precisamente por ello, se convierten en portadores de una *notitia criminis* susceptible de provocar la incoación del proceso penal".

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1140/2010 de 29 Dic. 2010, Rec. 10256/2010:

"La investigación directa de los hechos con una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria -dirigida frente a una determinada persona- es la que puede considerarse integrante de una actividad instructora. *Para ello la simple notitia criminis es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito (SSTC. 169/90 , 32/94).*

La finalidad a que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 LECrim .). El cumplimiento de tales fines, basados en un indudable interés público, hace que la Ley autorice con las garantías necesarias la imposición de determinadas restricciones en los derechos fundamentales, de manera que se posibilite la investigación y se impida la frustración de los fines que la misma persigue.

En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona, habrán de estar debidamente



motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal de un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española".

Resulta evidente que la gravedad de los hechos puestos en conocimiento de un juez de instrucción por un testigo protegido son basamento suficiente para la adopción de la injerencia.

Recurso de Clara

TERCERO.- Es condenada Clara, como cómplice criminalmente responsable, de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos y la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de diez días en caso de impago, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

También como autora criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de un año, cuatro meses y quince días de prisión, y multa de doce mil euros con responsabilidad personal subsidiaria de cinco días caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

1.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia, por indebida aplicación del delito contra la salud pública de los artículos 368 (sustancia que causa grave daño a la salud), 369.1.5 (notoria importancia) y 369 bis (organización) del Código Penal y delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave del artículo 301.3 del Código Penal.

Como se alega por varios acusados la presunción de inocencia hay que señalar que en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que



esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la intermediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

En la misma dirección, la doctrina constitucional ha establecido que la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

La presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias:

- 1.ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos (STC 140/1991, de 20 de junio);
- 2.ª) solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad;
- 3.ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y, especialmente, la posibilidad de contradicción (SSTC 82/1992, de 28 de mayo; y 138/1992, de 13 de octubre); y
- 4.ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

La recurrente sostiene en su alegato que fundamentalmente la condena dimana de ser la pareja de Víctor .

Pues bien, frente a este alegato que sostiene de ausencia de prueba de cargo hay que comenzar señalando que consta que se le ha apreciado la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos, lo que ha llevado a un reflejo en la pena impuesta.

La sentencia declara en los hechos probados la presencia de la recurrente en el grupo de copartícipes en el operativo desplegado, lo que le lleva a integrar la organización, sin que su condena venga simplemente por su relación familiar con Víctor , sino por efectuar acciones integradoras en la organización.

Consta en los hechos probados al nº 7 que *En el mes de enero del año 2013, había acontecido que por desconocidos se perpetró el robo de un kilogramo de cocaína y 95.000 euros sin constar que tal incidente ocurriera en el domicilio de Víctor , acudiendo dicho acusado a Rosendo y al también acusado Romualdo para recuperar lo sustraído y poniendo el primero al tanto del incidente a su esposa, la asimismo acusada Clara .*

Ejerció labores de vigilancia constanding que En el mes de abril, se iba a contar con otro pasajero (declarado rebelde), que traería cocaína. A tal efecto, el día 11 Víctor envió su fotografía a Rosendo quien la reenvió a Rogelio , estando pendientes de la llegada de dicho pasajero los acusados Carlos Manuel y Torcuato .

Por su parte, éste último, en compañía del también acusado Luis Pablo , se encargaron de dar seguridad al acusado Víctor en tanto mantenía citas por razón de la cocaína en la que estaba empleado en obtener, motivo éste, de las reuniones, que era conocido por aquellos acusados, los cuales hicieron labores de vigilancia en la cita de Víctor el día 23 de abril de 2103, en compañía de Clara , con el acusado Victorio .

También, en el HP nº 13 se recoge que: *En ese afán de conseguir cocaína, los acusados Víctor y Rosendo contactaron con el acusado Carmelo al que se referían como el rumano, averiguándose que una forma de introducción de la droga sería utilizando el barco denominado DIRECCION001 , cuyos documentos sobre su itinerario los envió la también acusada Clara a su pareja Víctor , el que a su vez se lo reenviaría a una persona en Ecuador para proceder al traslado de la cocaína a bordo de dicha embarcación. La misma, tendría que salir del*



puerto de Cartagena de Indias (Colombia) el día 21 de mayo de 2013 con llegada al puerto de Sagunto (Valencia), el día 3 de julio siguiente.

También se añade que entre los documentos intervenidos a Teodoro se encontraba los enviados por Clara a Víctor , y participa, de igual modo, en el hecho 14, adulteración de la cocaína, señalando que "en dicha actividad que gestionaba directamente aquel acusado, participaba Clara ".

Refleja el Tribunal en la fundamentación jurídica de la sentencia (FD nº 2) que "Se ha mencionado a las acusadas Clara y Adolfiná , las que han negado alguna participación en los hechos, a la par que la primera mostró su arrepentimiento en el juicio oral al igual que Víctor cuando dijo que se arrepentía de haberla involucrado. Una y otra o estuvieron presentes en alguna de las reuniones o mantenían interlocuciones fuera con Víctor o con Rosendo , por la actividad desplegada para la recepción de cocaína en España o en otro país europeo.

Siguiendo con Clara , la vinculación con Víctor no era solo de pareja sino involucrada con éste en la actividad delictiva descrita en esta resolución, teniendo ella un papel activo en ocasiones y en las que no, al menos era informada por su marido de los acontecimientos.

Nueva prueba de ello es la conversación telefónica que los agentes vinculan a un desplazamiento de Víctor a la isla de Tenerife para desplegar la actividad delictiva a la que se dedicaba, en ese territorio insular".

Resulta clara su implicación en la organización, aparece en las conversaciones. No se trata de una aparición aislada o desconexa con los hechos que eran investigados. De las conversaciones telefónicas se evidencia su participación directa y pertenencia al entramado de la organización. Actúa dentro y por y para ella. No se trata solo de un vínculo familiar con el responsable penal, sino una participación directa en los hechos. Asiste a varias reuniones. Con ello, existen declaración de varios condenados, conversaciones telefónicas, papeles intervenidos, seguimientos policiales, declaración de los instructores y agentes policiales y hay reconocimiento de hechos.

Con respecto al blanqueo de capitales consta en los hechos probados que *El acusado Víctor , del montante dinerario obtenido por el tráfico de drogas, enviaba a Colombia parte de aquél a nombre de otras personas, en su amplia mayoría, para que no se detectase su procedencia y sin que ningún envío alcanzase el importe de 3.000 euros. Con ese mecanismo remitió la cantidad de 137.234 euros. Figuran entre los remitentes las identidades de Clara , Luis Pablo , Torcuato y Carlos Manuel . En el caso de la acusada Clara , Víctor disponía de sus datos de identidad a tal efecto, circunstancia que podía ser conocida por dicha acusada.*

Ese envío de dinero a Colombia procedente de la actividad del narcotráfico de la organización integra el delito de blanqueo de capitales, que el tribunal motiva en el FD nº 2 citando las explicaciones del instructor del atestado (f, 113).

Es aquí condenada como autora criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, y en este caso consta en el FD nº 2 la referencia a envíos de dinero a Colombia a su nombre, bien utilizado por su marido o por ella misma. No se le condena por delito doloso, sino por la vía del art. 301.3 CP y existe prueba bastante para ello, dado que era conocedora de todo el operativo que se estaba llevando a cabo, ya que estaba integrada en la organización, y no puede negar que no fuera consciente de la disposición de sus datos para realizar los envíos, lo que degrada la responsabilidad a la vía de la imprudencia grave, mientras que Víctor lo es a título de dolo.

Señala, así, el Tribunal que *Lo que tiene declarado Clara es que su esposo le cogería el pasaporte, cuando según el perito la acusada figuraba en variadas ocasiones como la persona ordenante de los envíos de dinero a Colombia, señal, de que estaba al tanto no solo de dicha actividad de su marido con el que participaba en el tráfico de drogas, sino que, en cuanto al blanqueo de capitales, como mínimo aceptaba figurar en los envíos de dinero cursados por aquel pues sospechando que Víctor hiciera uso de su pasaporte, nada hizo por evitarlo . Partiendo de ello, la conducta de Clara ha sido enmarcada por el Ministerio Fiscal en la autoría de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, del artículo 310.1 y 3 del Código Penal . Aunque niegue conocer por qué aparecía su nombre en la lista de envíos es evidente que lo conocía por su implicación en los hechos.*

El motivo se desestima.

CUARTO.- 2.- Por infracción de ley del artículo 849 nº 1º LECrim, por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la Sentencia, por indebida aplicación del artículo 570 Bis CP. No existencia de banda organizada. Y por la indebida aplicación del artículo 301. 3, del CP, blanqueo de capitales por imprudencia grave.



Dado que varios recurrentes también apelan a la vía del art. 849.1 LECRIM hay que recordar que esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim . se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Consta en los hechos probados, como se ha explicitado, la presencia de la recurrente en la organización y se han explicado con detalle en el FD nº 2 las referencias a la admisión de la organización criminal que lleva a la aplicación del art. 369 bis CP. Consta en los hechos probados la existencia de un grupo compacto y estable, en cuya secuencia se disponía de tales en función de que se requiriese sus servicios, y se cita a la recurrente entre los integrantes de la organización. Se fija la participación de la recurrente en varios hechos concretos, participando en reuniones, entregando documentos sobre barcos y envíos, participando en las tareas de adulteración de la cocaína, y aportando sus datos para el blanqueo. Todo ello supone concretar su participación en una estructura que se prolonga en el tiempo.

Con respecto al delito de blanqueo de capitales consta en los hechos probados que:

"El acusado Víctor , del montante dinerario obtenido por el tráfico de drogas, enviaba a Colombia parte de aquél a nombre de otras personas, en su amplia mayoría, para que no se detectase su procedencia y sin que ningún envío alcanzase el importe de 3.000 euros. Con ese mecanismo remitió la cantidad de 137.234 euros.

Figuran entre los remitentes las identidades de Clara , Luis Pablo , Torcuato y Carlos Manuel ".

Con la declaración de hechos probados, es correcta la subsunción en el artículo 301.3 CP, pues se da por acreditado que " Víctor disponía de sus datos de identidad a tal efecto, circunstancia que podía ser conocida por dicha acusada", lo que determina que siendo consciente del operativo desplegado la participación directa o por cesión de la identidad para hacer el envío del dinero procedente del narcotráfico, al menos integra la vía del art. 301.3 CP.

Lo que es preciso dejar claro en este caso es que al sujetarse la condena al principio acusatorio en el que se desplegaba una acusación por imprudencia grave, incluso podría haberse llevado a cabo una más grave a la vista de los hechos probados y la prueba llevada a cabo, pero al sujetarse la condena al principio acusatorio el Tribunal la llevó a cabo conforme a este presupuesto.

Existe un error en el FD 4º en la calificación jurídica en este caso que más tarde es subsanado, y así consta en el FD Fundamento de Derecho Tercero (f. 118), que

"El Ministerio Fiscal recondujo al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, el comportamiento por blanqueo de, capitales del que acusó a Clara , al artículo 301.3 del Código Penal.

Dicho apartado del artículo 301 del Código Penal, prevé la comisión de dicho delito por imprudencia grave, sin que nada explicase el Ministerio Fiscal en el informe, debido quizás a que ya avanzaba dicho comportamiento en el relato de su escrito al decir que Víctor ponía giros a nombre de su esposa, por cuanto tenía plena



disponibilidad de la documentación de ésta, la cual pese a saber que podía usar datos para la comisión de este ilícito, los dejaba a su disposición confiando, sin más, en que no lo haría.

Sin embargo, lo que tiene declarado Clara es que su esposo le cogería el pasaporte, cuando según el perito la acusada figuraba en variadas ocasiones como la persona ordenante de los envíos de dinero a Colombia, señal, de que estaba al tanto no solo de dicha actividad de su marido con él que participaba en el tráfico de drogas, sino que, en cuanto al blanqueo de capitales, como mínimo aceptaba figurar en los envíos de dinero cursados por aquel pues sospechando que Víctor hiciera uso de su pasaporte, nada hizo por evitarlo. Partiendo de ello, la conducta de Clara ha sido enmarcada por el Ministerio Fiscal en la autoría de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, del artículo 310.1 y 3 del Código Penal", lo que se colige luego en la determinación de la pena impuesta por este delito en base a la fundamentación jurídica sobre el proceder imprudente de la misma de facilitar el envío del dinero a Colombia con su identidad, ya que se fija la pena en un año, cuatro meses y quince días de prisión, y multa de doce mil euros con cinco días de responsabilidad persona subsidiaria caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y lo mismo ocurre en el fallo de la sentencia donde se le condena por imprudencia grave en delito de blanqueo de capitales.

Sobre esta figura delictiva señala esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 924/2005 de 17 Jun. 2005, Rec. 2418/2003 que:

"Las modalidades dolosas del blanqueo de dinero se centran en dos géneros de actuación. Por un lado, el blanqueo, a sabiendas, de que los bienes tenían su origen en un delito grave y por otro, como modalidad agravada, cuando los bienes proceden del tráfico ilícito de drogas. Ahora bien, casi todas las modalidades delictivas, requieren actuar con conocimiento de la procedencia u origen de los bienes, con actos de ayuda, ocultación o encubrimiento, encaminados a eludir las consecuencias legales de las actividades ilícitas que han generado los bienes. Asimismo castiga cualquier otra modalidad de encubrimiento para difuminar u ocultar la procedencia de los bienes. Este texto del artículo 301 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) tiene una extensión discutible en el apartado 3, a los hechos de igual naturaleza realizados por imprudencia grave, introduciendo un factor culpabilístico que no deje de chocar y confrontarse con la redacción del texto, que se refiere reiteradamente, a conductas realizadas a sabiendas del origen ilícito de los bienes.

La referencia a la imprudencia grave hay que conectarla con los sujetos que tienen una especial obligación o deber de actuar desplegando un específico cuidado. No toda negligencia determinará una responsabilidad penal sino solamente aquella que además de ser grave, integre una actividad de blanqueo que permita su inclusión en el tipo delictivo".

Resulta evidente el deber de cuidado que le compelia a sabiendas de que estaba inmersa en un operativo de tráfico de drogas en el seno de la organización, y más en su caso era la pareja de quien disponía de los envíos del dinero a Colombia para blanquear el producto de la venta de droga. La calificación por imprudencia que finalmente sostuvo el Fiscal en los AH 4.5, se detecta que esa es la calificación final que se sostuvo, la que se desprende de los hechos probados y la que consta en la fundamentación jurídica, pese a un error inicial de transcripción, la que se desprende de la penalidad impuesta antes dicha y que consta en el fallo de la sentencia en sentido condenatorio como se ha relatado.

No puede negarse la conexión entre el envío del dinero que en el caso de la recurrente se verifica por imprudencia grave con la "actividad delictiva previa" relativa al tráfico de drogas que exige el art. 301 CP para la condena por blanqueo. Consta en los hechos probados esa actividad delictiva previa y la incautación de droga, así como el concomitante en el tiempo envío del dinero que consta en los hechos probados, facilitando la recurrente con su identidad ese envío aunque a título de imprudencia grave. No puede alegar desconocer lo que estaba ocurriendo, pero más en su posición en relación a Víctor. El deber de cuidado en este caso debía ser extremo, y la indiferencia y ausencia del deber de diligencia, muy exigible en este caso, le lleva en este caso a la condena por el tipo penal del art. 301.3 CP.

Si estaba clara su participación dolosa en la actividad del tráfico de drogas fácil es alegar "desconocer" el envío del dinero a Colombia procedente de esa actividad previa de la que es partícipe y ha reconocido, mediante la facilitación de su identidad a Víctor para el envío del dinero. Resulta indudable que no hay una inocencia determinante de la absolución. Más aún en este caso en donde el deber de especial diligencia o cuidado para detectar los signos que pudieran llevar a la sospecha de la procedencia ilícita del dinero resulta evidente cuando la recurrente es responsable de esa actividad delictiva previa por su integración en la organización y se le ha aplicado una atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos en ambos delitos.

Resulta importante destacar en este caso que el legislador ha querido en estos casos sancionar solo la imprudencia grave, no la menos grave, y, obviamente dejando fuera la leve. Esto tiene su importancia en las imprudencias, por ejemplo, del profesional que asiste a una persona que se dedica a actividad delictiva previa,



pero que lo ignora, pero no adopta medidas de cuidado. Debe observarse que solo se entenderá delito de blanqueo de capitales por imprudencia si ésta fuera grave, pero no la menos grave.

En la sentencia del Tribunal Supremo Sentencia 1034/2005 de 14 Sep. 2005, Rec. 1043/2004 ya señalamos que:

"La imprudencia se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida.

Es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan.

En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas.

A pesar de las divergencias existentes al respecto en la doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el art. 301.3 CP es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido.

Problemático será en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social, y si es en el ámbito de los negocios cuál sería la actitud con respeto a la realización de operaciones comerciales extrañas (pago con elevadas sumas en metálico, transferencias a o de paraísos fiscales, etc.).

Supuesto, por tanto, que todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo, la distinción entre imprudencia grave y leve, a pesar de su sutilidad y dificultad, radicará en la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, caracterizándose la primera por la omisión de todas las precauciones o al menos una grave infracción de normas elementales de cuidado.

Ya algún fallo de tribunales de instancia, distinto del ahora recurrido vino a reputar la imprudencia de grave o inexcusable cuando cualquier persona mínimamente cuidadosa advierte el riesgo, y, advertido el riesgo, la actividad entraña un alto nivel de omisión de la diligencia debida".

También se destaca en la sentencia del Tribunal Supremo 997/2013 de 19 Dic. 2013, Rec. 854/2013:

"Debemos reiterar aquí el rechazo que nos merece el sintagma "ignorancia deliberada" al que ya nos referimos en la sentencia antes citada de 3 de diciembre de 2012: Y hemos de hacerlo reiterando una doctrina de esta Sala que ya proclamaba serias advertencias sobre la difícil compatibilidad de tal método con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Así en la Sentencia de este Tribunal Supremo nº 68/2011 de 15 de febrero dijimos: En alguno de los precedentes de esta Sala, no obstante, se ha mencionado la "ignorancia deliberada", como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo (hecho constitutivo de la infracción penal en la terminología del art. 14.1 CP) o de un hecho que cualifique la infracción penal, como es el caso de la cantidad de notoria importancia discutida en el recurso)... En lo que se refiere a la prueba indiciaria en esta clase de delitos, utilizada frecuentemente, la jurisprudencia ha insistido en un grupo de indicios relevantes, principalmente consistentes en: "a) la importancia de la cantidad del dinero blanqueado; b) la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; c) lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; d) la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; e) la inexistencia



de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; f) la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales".

Consta en los hechos probados las cantidades enviadas y la referencia de la identidad de la recurrente en algunos envíos. En supuestos como el presente donde se forma parte de forma dolosa de la actividad delictiva previa difícilmente puede tener encaje la imprudencia menos grave, y sí la grave, a la vista en este caso de cómo se han desarrollado los hechos probados en orden a su integración en los hechos propiamente reconocida por la recurrente y la facilitación imprudente a Víctor de medios para poder operar al envío del dinero que no puede desconocer y que lleva a su condena por imprudencia grave, pese a ese error de transcripción que es subsanado claramente al examinar el conjunto de la resolución.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 3.- Por infracción de ley del artículo 849 nº 2 LECrim, por haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en las pruebas que obran en autos, que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se ha hecho mención anteriormente al error de transcripción que se detecta fácilmente en el examen de la sentencia, su relato de hechos probados y la fundamentación jurídica, la determinación de la pena y el fallo donde se le condena por imprudencia grave.

En cuanto a la excusa absolutoria, por último, se recoge que por la vía del art. 849.2 LECRIM se alega la excusa absolutoria planteando una nueva valoración de la prueba.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestran la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

No se citan documentos que sean la base del uso del art. 849.2 LECRIM.

El motivo se desestima.

Recurso de Onesimo

SEXTO.- Ha sido condenado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

1.- Al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por violación de los derechos constitucionales a la intimidad personal, al secreto de las comunicaciones y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, derechos reconocidos en los artículos 18 y 24 de la Constitución, en relación a las intervenciones



de las comunicaciones telefónicas realizadas en el presente procedimiento por considerar las mismas nulas de pleno derecho desde el mismo momento de su adopción por infracción de dichos derechos constitucionales.

Se ha tratado sobre esta cuestión en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 2.- Al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sin indefensión, apartado primero del artículo 24.2 de la Constitución, en relación al derecho constitucional a un proceso con todas las garantías al haberse admitido como medio de prueba una declaración prestada en sede judicial por un testigo anónimo o protegido con infracción de las más elementales garantías que rigen el proceso penal, entre ellas el de la inmediación y el de poder ser sometido a contradicción su testimonio por parte de las defensas de los acusados.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado. La no intervención del testigo protegido en juicio y la ausencia de contradicción inicial determina que su participación lo sea a los solos efectos de la validación de las escuchas telefónicas, como se ha explicado, de tal manera que no se valora como prueba por la reproducción de la declaración sumarial cuyos efectos lo son exclusivamente a los efectos de la medida de injerencia, tal y como se ha explicado con detalle en el FD nº 2.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 3.- Al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial por violación del derecho constitucional al Juez predeterminado por la Ley reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución al ser manifiestamente incompetente el Juzgado de Instrucción de Torreveja para conocer sobre unos hechos cuyo conocimiento, desde el mismo momento del inicio de las actuaciones judiciales, venía y viene atribuido, en exclusiva, a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

Este tema también ha sido ya analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 4.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución por no existir prueba, que pueda entenderse como de cargo y válidamente obtenida, en la cual fundamentar el que mi representado haya participado en los hechos imputados.

Se ha hecho referencia anteriormente a las exigencias relativas a la presunción de inocencia.

En este caso, la prueba tenida en cuenta por el Tribunal reviste las características de cargo y suficiente.

Así, consta en los hechos probados la referencia del recurrente como uno de los integrantes del grupo compacto y estable de acusados. (f. 19).

Consta la intervención del recurrente en el hecho nº 7, donde se menciona que la droga posteriormente iba a ser adquirida por terceros, entre los que se encontraba Onesimo, alias Pulpo, al cual cuando fue detenido se le encontró en una agenda anotado el número de teléfono NUM003, intervenido judicialmente a Víctor como su usuario y anotado DIRECCION000, que se corresponde con el del investigado Carlos Alberto, y que usaba desde Venezuela para mantener el contacto del lado español. También se le intervinieron a Onesimo, 740 euros, fruto de esta actividad.

En el análisis de la prueba (FD nº 2) consta la presencia en las actuaciones relacionadas con los operativos del recurrente, y, así, se refiere que "El acusado Víctor en la declaración en juicio oral, identificó a Pulpo como el acusado Onesimo (al que se le intervino una agenda con entre otros números de teléfono el de "DIRECCION000" así anotado, tratándose de Carlos Alberto).

Su referencia era Pulpo y consta en la conversación de 23 de marzo de 2017 (f. 44). En la misma declaración se refirió a Carlos Alberto como la persona que se puso en comunicación con él para buscar contactos en el aeropuerto de Barajas para pasar la droga (f. 45). Se relacionan más conversaciones a los folios 45 y 46.

Se hace constar por el Tribunal al folio nº 47 que "De las conversaciones que se acaban de referir se puede concluir que los acusados Víctor y Rosendo estaban empleados en la recepción de la cocaína (que es la droga procedente de Colombia y Venezuela) en continuo contacto con las personas que desde Sudamérica les iban dando las indicaciones, o bien con trato directo en España, en el caso de Carlos Alberto en alguna ocasión, del que es amigo y según dichas conversaciones, implicado en el mismo acontecer delictivo, Pulpo o Onesimo".

Consta, también, conversación al folio nº 73) del 23 de marzo, Onesimo , recibe llamada de Víctor por encargo de DIRECCION000 .

Por ello, aunque se insiste el recurrente en negar que él sea el " Pulpo ", nombre que coincide con el de su lugar de nacimiento, si bien tal como dice la sentencia: El acusado Víctor en la declaración en juicio oral, identificó a Pulpo Como el acusado Onesimo , al que se le intervino una agenda con entre otros números de teléfono el de " DIRECCION000 " así anotado, tratándose de Carlos Alberto . Aun cuando se pretenda desvincular Onesimo al decir que no era Pulpo y que había visto en una ocasión a Carlos Alberto , son precisamente las conversaciones las que alertan de lo contrario, dado las continuas referencias a él, siendo Víctor el que dijo que a Onesimo le llamaban Pulpo y que dicha persona era amigo de Carlos Alberto . Existe relación probada entre el recurrente y Carlos Alberto .

Existe prueba suficiente de su participación en los hechos y su implicación en la organización al incluirse en este estatus en los hechos probados. Es el propio Víctor el que le implica en los hechos y constan las conversaciones, aunque el recurrente pretenda sostener que debe ser otra persona con el mismo apodo.

El motivo se desestima

DÉCIMO.- 5.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución por no existir prueba de clase alguna que fundamente la aplicación de la circunstancia agravante de pertenencia a organización de mi representado.

Sobre la pertenencia a la organización y las circunstancias y características de la misma se ha tratado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

Consta en los hechos probados la pertenencia del recurrente a la organización.

Se hace mención en la sentencia que (FD nº 4) "siendo la persona de enlace entre la organización conformada en este país y la del lado sudamericano, Onesimo , según se comprueba por varias conversaciones telefónicas de las que en otro apartado de la resolución se han transcrito diversos pasajes y porque Víctor se refirió a él como el amigo de Carlos Alberto con el que éste cuenta en España". Se destaca la relevancia y notoriedad del rol que desempeñaba el recurrente en el entramado organizativo y que resulta de las escuchas. Se recoge en la sentencia que le ocupa una agenda con teléfono de otro miembro de la organización, al decir que *La droga posteriormente iba a ser adquirida por terceros, entre los que se encontraba el asimismo acusado Onesimo , alias Pulpo , al cual cuando fue detenido se le encontró en una agenda anotado el número de teléfono NUM003 , intervenido judicialmente a Víctor como su usuario y anotado DIRECCION000 , que se corresponde con el del investigado Carlos Alberto , y que usaba desde Venezuela para mantener el contacto del lado español. También se le intervinieron a Onesimo , 740 euros, fruto de esta actividad.* En las conversaciones telefónicas hay continuas referencias a él.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 6.- Al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución por no existir prueba de clase alguna que fundamente la aplicación de la circunstancia de sustancia que causa grave daño a la salud y la agravante de notoria importancia aplicada en el fallo dictado a mi representado.

Se ha tratado este tema en el FD nº 2 al que nos remitimos. Se ha fijado la pertenencia del recurrente a la organización. Se han fijado las incautaciones de cocaína y la suma reflejada excede de la cantidad de 750 gramos, siendo aplicable la notoria importancia. Se ha tratado sobre esta agravación en el FD nº 2, y existe comunicabilidad de la pertenencia a la organización con la agravación por la droga incautada, y se ha reflejado antes que el recurrente era uno de los elementos claves para el adecuado funcionamiento de la organización.

En los delitos de tráfico de drogas llevados a cabo por miembros de una organización en donde se aprecia por la droga incautada la notoria importancia la comunicabilidad de la notoria importancia a los partícipes no quiere que todos tuvieran un conocimiento exacto de la cantidad de droga, pero es evidente que lo asumen como responsables y partícipes integrantes del entorno del operativo desplegado. Existe una corresponsabilidad de su integración, no en hechos aislados, sino en una estructura propia de la organización en donde el reparto de tareas les hace responsables, no solo de los actos aislados, sino de la totalidad de los llevados a cabo. Con ello, cada sujeto integrante de la organización se representa la posibilidad de que está prestando su cooperación al tráfico de sustancias estupefacientes en su modalidad de notoria importancia por el volumen que se mueve, y acepte a pesar de ello actuar a su servicio en la ejecución del plan común. Así, la comunicabilidad de la notoria importancia se extiende a quienes están puestos de común acuerdo y ejecutan un plan común.



En la STS del 17 de febrero de 2012 analizando el problema de la comunicabilidad de los elementos integrantes de un subtipo agravado, aun cuando sean de carácter subjetivo, entiende que no debe estarse a la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 65 CP respecto de las circunstancias modificativas (agravantes o atenuantes) genéricas, que, por ejemplo, admiten la compensación vía art. 66 CP, sino que teniendo en cuenta que los subtipos agravados pueden construirse sobre la base de la concurrencia de elementos que determinan una mayor cantidad de injusto, constituyéndose en un elemento del tipo, aun de naturaleza subjetiva, resultará comunicable a todos los que, conociéndolo, participaron en la ejecución. En este caso, al tratarse la circunstancia de notoria importancia de naturaleza objetiva al formar parte del subtipo agravado, es aplicable a todos los partícipes que intervengan en la ejecución, siempre que la conozcan y de una u otra forma la acepten, y ello resulta evidente en este caso con el entramado organizativo reseñado en los hechos probados y las conversaciones intervenidas.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 7.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 368 (sustancia que causa grave daño a la salud), artículo 369.1.5º (notoria importancia) y artículo 369 bis (organización), todos ellos del Código Penal.

Ya hemos fijado que los motivos planteados por la vía del art. 849.1 LECRIM deben respetar los hechos probados, y en este caso ya se ha expresado con claridad la constancia en los hechos probados tanto la referencia a la organización, como a la existencia de la notoria importancia (FD nº 2).

El motivo se desestima.

Recurso de Ramón

DÉCIMO TERCERO.- 1.- Por infracción de ley, con base en el número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber cometido la Sentencia recurrida error de derecho por indebida aplicación del art. 17 CP, en relación con el art. 373 CP, precepto sustantivo que ha sido infringido.

Se le ha condenado como autor criminalmente responsable de la conspiración para un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Ya hemos reflejado que la vía del art. 849.1 LECRIM exige respetar los hechos probados. Y estos son clarividentes acerca de la existencia del delito por el que se le ha condenado, ya que al nº 14 se recoge que:

"14- Por otra parte, Víctor contaba con el también acusado Ramón conocido por Sardina, para que llevase a cabo el proceso de adulteración de la cocaína. En dicha actividad que gestionaba directamente aquél acusado, participaba Clara. En el registro en el domicilio de Ramón, sito en la CALLE003 NUM016 de Leganés (Madrid), se incautaron los siguientes objetos destinados a la manipulación de dicha sustancia estupefaciente. En la cocina: una báscula de precisión, una jeringuilla de plástico, un bote en cuya etiqueta ponía Ethanol, dos botellas con Hydrocloridric acid fuming al 37% correspondiéndose con 2000 gramos de esta sustancia. En el dormitorio utilizado por dicho acusado: cuatro botes de acetona, cuatro botes can metilo acetato al 80%, otro bote con Hydrocloric acid al 37% además de un carnet de conducir estadounidense a nombre del imputado en este procedimiento Adolfo, localizándose e incautándose un teléfono cuya tarjeta se corresponde con el número NUM017, que estaba sometido a intervención judicial. Por su parte, el acusado Carlos Miguel, también conocido como el empresario, estaba en continua comunicación con Domingo y Ramón, para la adquisición y en la distribución de partidas de cocaína, tras ser, en alguna ocasión, manipuladas, sin que conste determinada la cantidad. En el vehículo marca Peugeot 407 con matrícula RZD utilizado por Carlos Miguel para sus desplazamientos con los anteriores, se encontró, además de resguardos de ingresos de dinero y pagarés, la cantidad de 1296 euros y en una agenda escrito el número de teléfono NUM018 junto a "Pelirrojo", intervenido judicialmente".

Pues bien, refiere el Tribunal sobre ello en la valoración de la prueba (FD nº 2) que:

"En relación a los hechos relativos a que Víctor era el que entraba en contacto con persona alguna a fin de adulterar la cocaína, contando para ello con el acusado Ramón o Sardina, el Instructor del atestado manifestó que esta persona junto: con Domingo o químico (rebelde), se dedicaban a manipular la droga, relacionándose con Víctor y Rosendo, habiéndose practicado un registro en el domicilio de Ramón, creyendo recordar que se habían encontrado precursores de la droga y que por conversaciones telefónicas hablaba de que estaba en mal estado.

Por su parte Víctor manifestó que conocía a Ramón con el que se vería en dos, o tres ocasiones y el resto por mensajería no recordando para que hablaban, sin haber estado nunca en su casa. Añadió que en fecha de



12 de mayo dicha persona le mandó una foto .de; un paquete de cocaína (folio 283 def Tomo 15, entre otros pasajes), no sabiendo el declarante si 'era verdadero o no y sin tampoco saber por qué se lo mandó. Que se reunió en una cafetería en Torrejón para hablar sobre un piso que, buscaba.

La acusada Clara manifiesto que no recordaba quiénes eran Ramón y Domingo, Sin que tampoco lo negase, pues era Víctor el que le decía que le acompañase (folios 112 y siguientes del Tomo 33 de reportaje fotográfico de. la reunión).

Ramón manifestó que eran falsos los hechos que se decían en el escrito del Ministerio Fiscal, sin que fuera su número de teléfono el NUM017.

Exhibida el acta de registro en su domicilio (folio 434 a 438 del Torno 29), manifestó que no tenía nada en absoluto y que lo hallado en el dormitorio no era suyo, encontrándose en dicha habitación un carnet de Adolfo pues vivió allí cuatro días, insistiendo en desconocer que en la cocina se encontrase etanol y todo lo que dice el acta pues llevaba viviendo en dicha casa tres o cuatro semanas, siendo cierto que se había reunido en tres o cuatro ocasiones con Víctor y con Domingo y pachito con motivo de que iban a ayudarle a alquilar una vivienda y también que el día. 14 de mayo de 2013 se reuniera con Víctor y Clara quizás para ver el futbol y buscar una habitación para el declarante, no recordando si estaba también Domingo.

Sobre varias conversaciones telefónicas, (las 109, 110, 111 y 112), negó que fuera su voz, admitiendo que en una (la 130) hablase él con Domingo sin saber por qué dicha persona le contaba lo que le contaba, siendo él (en la 135), Sardina, sin que se esté hablando de droga preparada con Domingo (la 132), volviendo a tener otra interlocución con esa misma persona sin recordar a qué se referían cuando hablaban (la 138).

En la conversación de 18 de junio de 2013 a las 23:28 horas (la 108) entre Sardina y el químico (según así viene identificado policialmente Domingo), 'Que mañana viene el español con la plata de las dos, de las dos entradas, ...dile que si que si lo hay...".

En la conversación de 11 de julio siguiente a las 13:54 horas (la. 117) entre esas personas- "¿Llamo a los de Cali?¿ A los de allá o qué? Llamo yo y no me responden llamo aquí para que cuando venga usted, llamar a la gente de abajo..si si para que los recojan ...a que lo entreguen allá no pasé na trae cuarenta y ocho mil ..; cuarenta y cuatro mil ochocientos, mira a ver si le arregla la platica que nos debe, pero que en ja oficina eso va muy bien...

En la de 11 de agosto a las 22:25 horas (la 130), su interlocutor le dice "...tú habla con el yo tengo muestra una hoy y otra mañana yo manda treinta y dos manda treinta y dos..,a todo si aquí van a hacer un negocio grande...me dice que hablemos con su amigo con el amigo -comando y le dio la muestra hoy y otra mañana y el negocio a treinta y dos.:y hablo cara a cara con él para comprarlo todo el otro dueño, por precio más bajo...".

En la conversación de 12 de agosto a las 15:52 horas (la 132), en la que habla Sardina como el comandante, dice éste "Si bajan el precio es posible que comencemos hoy o mañana...".

En la de 14 de agosto a las 21:24 horas (la 136) entre Ramón y la persona identificada policialmente como el químico, aquel le dice que "Mire que, aunque sea de muestra de esto bla bla uno de dos...".

Por su parte el Guardia Civil con TIP NUM021, relató que había cubierto una vigilancia el día 23 de abril en la calle Londres de Torrejón de Ardoz internándose Víctor en una cafetería hasta llegar a donde se encontraba Ramón y el químico, quedándose el primero y tercero, estando todo fotografiado (entre otros a los folios 322 y siguientes del Tomo 29).

Siguió diciendo que volvió a efectuar otra vigilancia el día 14 de mayo de 2013 en la calle Cibeles de Torrejón, llevándole a dicho domicilio la noche anterior Víctor, quien llegó en el vehículo marca Mazda en compañía de Clara y en un turismo marca Seat Ibiza aparecieron Ramón, el químico y un tercero, observando cómo Clara pasó una bolsa que extrajo del Mazda a Víctor y éste seguidamente se la entregó a Ramón, tomándose también en esta ocasión fotografías del encuentro, sin que el testigo las realizase todas en las vigilancias.

El comportamiento del acusado Ramón responde al de la persona que se encarga de la adulteración de la cocaína suministrada a tal efecto por Víctor, sin que las explicaciones dadas por estos dos acusados, acerca, del motivo de las reuniones en torno a buscar una vivienda para aquel sean convincentes y sin que.. Víctor que recibió una fotografía negase rotundamente que se tratase de aquella sustancia, ello, una vez culminado el proceso de adulteración que es para lo que tenía los productos localizados en su domicilio Ramón, y siendo así lo que da sentido a las conversaciones telefónicas sobre muestras y cantidades y las citas que tenían".

Puede decirse que su actuación -conspiración- se sitúa al margen de las operaciones, circunstancia que determina su no inclusión en la organización, ni haber dado comienzo a unos actos que bien pudieran encuadrarse en la tentativa. Describe pues los elementos necesarios para la conspiración, pero en modo alguno



puede sostenerse que, vistos los hechos probados y la argumentación jurídica se llegue a hablar de actos preparatorios impunes.

El recurrente señala que "ni existía un plan acabado, ni había droga para adulterar o cocinar, ni medios económicos para llevarla a cabo". Pero existe constancia en los hechos probados que son intangibles del rol que desempeñaba, y la convicción del Tribunal que se deduce de las vigilancias y escuchas telefónicas conducen a la responsabilidad que, al menos, le declara el Tribunal, pero que nunca pueden dar lugar a unos actos preparatorios impunes, dados los hechos probados existentes, las conversaciones y el rol relevante que tenía en el dispositivo, pese a lo cual se le extrae del ente organizativo y se le condena por conspiración. No se entra por la sala en esta consideración, pero lo que es evidente es que no existe una impunidad de la conducta declarada probada, ni que se trate de actos preparatorios impunes.

A la hora de calificar los hechos el Tribunal apunta en el FD nº 4 que:

"En el caso de Ramón, es innegable que su contacto con Víctor (éste en nombre de la organización), estaba relacionada con el proceso de adulteración de la droga facilitada por el segundo y que de ahí sus citas e intercambio de fotografías de lo que podía ser dos kilogramos de cocaína una vez ultimado aquel, teniendo además en cuenta las interlocuciones telefónicas del primero con otras personas, que giran en torno a dicha manipulación de la droga, sin que, si bien lo anterior, de forma palmaria conste ocasión alguna en la que efectivamente dicho proceso lo llevase a cabo según la encomienda recibida y aceptada.

...

En cualquier caso, es ciertamente difícil establecer con nitidez la línea que separa la conspiración de la tentativa. De ahí que, asaltando la duda racional, se haya optado en los casos acabados de significar por el grado de comisión delictiva penalmente menos gravosa".

Señala esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo de 9 Mar. 1998, Rec. 972/1996 que:

"Constituye la conspiración una forma de los actos preparatorios del delito que no pertenecían aún a la ejecución misma sobre la que la jurisprudencia ha señalado la necesidad de ser interpretada de forma restrictiva (S 1 Oct. 1990). Pero esto dicho, y aunque existe una tendencia doctrinal contraria a su admisión generalizada, no se presenta en el CP -tanto en el de 1973 como en el nuevo aprobado por LO 10/1995 de 23 Nov.- como una figura sólo sancionable cuando esté específicamente contemplada para delitos concretos, sino en la parte general, como figura posible en relación con cualquier delito aunque naturalmente han de coincidir una serie de circunstancias para su apreciación. En primer lugar, ha de estar relacionada necesariamente con alguna de las infracciones definidas como delito en el Texto Legal, y subjetivamente, requiere la concurrencia de una pluralidad de personas, dos al menos, que puedan cada una de ellas ser sujetos activos del delito que proyectan, que acuerdan sus voluntades mediante un pactum scaeleris y aparezcan animados de una resolución firme de ser coautores de un concreto delito. No es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta que ponga de relieve su voluntad de delinquir no soportada por meras conjeturas o suposiciones. De ahí que el Tribunal debe tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso (SS 24 Oct. 1989, 1 Dic. 1992 y 25 Jun. 1995)".

En la sentencia del Tribunal Supremo 823/2012 de 30 Oct. 2012, Rec. 2511/2011 se recoge que:

"De la STS 1129/2002 de 18 de Junio citada en dicho f.jdco., retenemos las características de la conspiración delictiva, que, recordemos solo es punible en los concretos casos previstos en el Cpenal de acuerdo con el principio de especialidad declarado en el art. 17-3º en relación con el 373 del mismo texto.

En dicha sentencia 1129/2002 de 18 de Junio se concretan las características de la conspiración en las siguientes:

1- Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como delito de "dinámica propia", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro.

2- Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "ejecución de un delito" y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz"), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373).



3- Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

4- Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de "condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia" cual son, no sólo el carácter previo o "pactum scaeleris" entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o "resolutio finis".

Por otra parte es evidente que estos actos preparatorios no son actos neutrales. Por actos neutrales pueden entenderse actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo. No son actos típicos de ningún delito. Las SSTs 34/2007; 185/2005; 797/2006; 928/2006; 189/2007 o 1300/2009, han tratado la problemática de tales actos neutrales. En general la opinión mayoritaria se inclina por el criterio objetivo para diferenciar los actos neutrales de los que no lo son, estimando que no son actos neutrales los que conducen inequívocamente a la consecución de un delito. Es decir se tiende a la relevancia penal que merezca tal acto por aparecer claramente favorecedor o tendente a la realización de un delito".

El que se acuda a la vía del art. 373 CP no puede conllevar una interpretación extensiva, dados los hechos probados, de constituir actos preparatorios impunes por debajo del art. 373 CP y de la tentativa para cometer el delito del art. 368 CP, por debajo de lo cual el Tribunal ha optado por la conspiración.

En el presente caso los hechos probados describen una relevante participación del recurrente en los hechos y el dispositivo llevado a cabo, como actividad previa a su distribución de la droga, tras haberla recepcionado. Niega que los materiales hallados en su domicilio fueran suyos, pero ello junto con las conversaciones telefónicas fruto de la investigación llevada a cabo lo integran en el organigrama con el rol atribuido que ha sido calificado como conspiración, circunstancia que al no ser recurrida no se debate, pero que es evidente que estos hechos probados nunca y en ningún caso podrían ser actos preparatorios impunes. Resulta claro el concierto de voluntades y el rol desplegado por el recurrente en los hechos.

En la sentencia del Tribunal Supremo 823/2012 de 30 Oct. 2012, Rec. 2511/2011 dijimos que:

"La conspiración a que se refiere el art. 17 del Cpenal tipifica las doctrinalmente llamadas resoluciones manifestadas que tienen de común con los actos preparatorios el que no contienen un principio de ejecución, por lo que se encuentran en un estadio anterior a la tentativa, vertebrándose tales resoluciones manifestadas por la existencia de un concierto de voluntades de varios en orden a la ejecución de un delito, en este caso, de tráfico de drogas. De ahí la definición de conspiración del art. 17 C penal que nos dice que:

"...La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo..." "

Surge en este caso la conspiración cuando hay una puesta en común de la ideación criminal, y aquí resulta evidente y en el presente caso, incluso se superó la fase interna de la mera ideación y resolución en la medida que se adoptaron medidas externas, habida cuenta los objetos hallados en el registro y el contenido de las conversaciones telefónicas.

El motivo se desestima.

Recurso de Jose Enrique

DÉCIMO CUARTO.- 1.- Por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º de la L.E.Crim., por no aplicación de los artículos 80.4 y 82 en relación con artículos 84 y 85 del Código Penal.

Ha sido condenado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de cuatro años seis meses y un día de prisión y multa de un millón de euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de diez días, caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Cuestiona el recurrente que el Tribunal debió estimar la petición de suspensión de ejecución de condena por la vía del art. 80.4 CP, que señala que:

80. 4. Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.



No obstante, hay que recordar que el art. 82 CP señala que:

82. 1. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

Ello quiere decir que no puede ahora suscitarse este debate cuando ello pertenece a la fase de ejecución de sentencia, y una vez firme se podrá evaluar el tiempo transcurrido en prisión preventiva, y el resto de pena que falta por cumplir, pero el hecho de que se le hubiere dispensado de asistir a las sesiones del juicio por su conformidad alcanzada con el Fiscal no determina que exista un derecho a la obtención del beneficio en la misma sentencia.

El motivo se desestima

Recurso de Prudencio

DÉCIMO QUINTO.- 1.- Al amparo del artículo 852 L.E.Crim., en relación con el art. 18.3 de la Constitución Española, relativo al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Esta cuestión ya ha sido analizada con sumo detalle en el FD nº 2. La resolución dictada estaba motivada y el extenso argumento del recurrente debe conectarse con las bases que obtuvo la juez de la declaración efectuada por el testigo protegido, que luego se fue ampliando y donde giró la investigación. Se trató de una declaración sólida de una persona a la que se le dio el estatus de testigo protegido. Ha sido debidamente analizado este tema. Lo argumentó debidamente el Tribunal y se ha explicado anteriormente.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- 2.- Al amparo de lo prevenido en el artículo 852 de la L.E.Crim., en relación con el art. 24 de la Constitución Española, puesto en relación con el artículo 11 de la L.O.P.J.

Se articula el presente motivo por entender que la nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas, por vulneración de derechos fundamentales, conlleva, por conexión de antijuridicidad, la nulidad del reconocimiento de hechos efectuado por parte de mi patrocinado en plenario.

No obstante, ante el planteamiento de la validez de la medida de injerencia el motivo se desestima.

Recurso de Jose Francisco

DÉCIMO SÉPTIMO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional, artículo 852 LECrim., y 5.4 LOPJ, por vulneración de derechos fundamentales, derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva sin causar indefensión material, y a un proceso justo con todas las garantías y a la legalidad penal (Art. 9, 24, 25 y 120 C.E).

Se le condena como autor criminalmente responsable de conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Al recurrente se le aplican las mismas consideraciones expuestas en torno a la conspiración para delinquir en este tipo de delito del art. 368 y ss CP en el FD nº 13.

Se recoge en los hechos probados que (7) "A su vez, el acusado Pedro , cuyo teléfono estaba intervenido, se puso en contacto con quien resultó ser el acusado Jose Francisco , con el que se reunió los días 25 y 29 de enero, quedando en que el primero proporcionaría la cantidad de 53.3 gramos de cocaína al segundo. A la cita acudió el primero en el vehículo Seat Toledo YLZ y el segundo en el automóvil Ford Focus con matrícula YWM . En el momento de la detención de Pedro se le encontró la BlackBerry con número NUM004 con la que se comunicaba con otros acusados y el teléfono con número NUM005 sometido a intervención judicial".

Se justifica y razona la prueba existente por el Tribunal en el FD nº 2 al señalar al respecto que:

"Volviendo al mes de enero de 2013, al seguir en parte como hilo conductor el orden de los hechos expuesto por el Ministerio Fiscal en el escrito de conclusiones elevado a definitivas, se ha de abordar la prueba de los que se atribuyen al acusado Jose Francisco con el también acusado Pedro , (obrante entre otros pasajes



del procedimiento a los folios 92 y siguientes del Tomo 4) figurando, que intercambiaron conversaciones telefónicas ciertamente crípticas (escuchadas en juicio oral las enumeradas al 26 y 27), y que, tras la segunda de las reuniones mantenidas, el primero envió al segundo un mensaje con el único texto de "53.3".

Son crípticas en tanto que hablan de mecánico, repuesto, "que le estuvo llorando para ver si cambiando las ruedas le cobraba menos y que esta semana se lo entregaba pero que no sabía si fiarse mucho". Pero a la par a través de SMS, Pedro le dice que "Guebon si lo vas a querer pal martes seguro o q para que yo organisarme dime" a lo que le contesta Jose Francisco "Claro amigo yevo la mar de tiempo seko pero primero pasta todo lo que más ke pudiera pasar eske se retrasara un día por recoger más pero en principio martes amigo".

En juicio oral sendos acusados no han querido responder a las preguntas del Ministerio Fiscal, si bien Jose Francisco afirmó que conocía a su interlocutor, siendo amigo suyo y que les buscaba droga para dos o tres parejas, sin que hubiera comprado droga para venderla.

En relación a las conversaciones manifestó que le había vendido un coche pero que se enfadaron pues no le hizo las reparaciones y que lo tenía aparcado en el campo, añadiendo que no mandó un SMS a Pedro .

Por su parte éste último afirmó que era mecánico y que había tenido un problema con un vehículo que intercambió con Jose Francisco , sin que nunca haya vendido droga a dicha persona, sino que se intercambiaban. Terminó por negar que fuera su número de teléfono donde figuran las conversaciones y SMS, al igual que también lo negó Jose Francisco .

Pues bien, el tenor de las conversaciones no parece que tenga nada que ver con un vehículo estropeado que requiera reparación alguna, sino, más bien con la droga que Jose Francisco necesita, y que, como tiene admitido, le suministra Pedro .

Si bien lo anterior, no consta que el día que se encontraron se materializase transacción alguna por la cantidad de 53.3 gramos de cocaína, la que según el instructor del atestado se trataba de una droga que gestiona Pedro , del que añadió que dicho acusado junto a Gallina y paisa, de Venezuela, estaban preparando otro viajero, del tal modo que, con cargo a partidas de droga de ese origen, suministraba Pedro , cocaína a Jose Francisco .

Los datos ciertamente indiciarios ubican la conducta de Jose Francisco en la fase de concierto previo tendente a suministrarle por su interlocutor 55.3 gramos de cocaína, dado el tenor de las conversaciones, entre ambos, mantenidas, y por el mensaje de SMS tras la cita de los mismos, no disponiéndose de más datos que revelasen haberse superado aquel instante del acuerdo al que llegaron".

Con ello, el Tribunal en el FD nº 4 justifica que:

"Se ha de mencionar expresamente que los acusados a los que el grado de perpetración del delito se ha fijado en el de la conspiración, se debe a que el Tribunal ha convenido que los actos desplegados por los mismos, no superaban ese umbral de la comisión delictiva, moviéndose en el concierto previo para la perpetración de la operativa acordada en cada caso. En dicha situación se encuentran los acusados Carmelo , Jose Francisco , Ramón y Carlos Miguel .

En el caso del primer nombrado, admitiendo como hizo, las reuniones y el motivo de las mismas, con las personas que se identifican en los Hechos Probados, no consta que pasara de una exteriorización del acuerdo entre él y los que hablaban en nombre de la organización, de hacer llegar la cocaína en embarcaciones, hasta tener dispuesta una cuyos datos se encargaron de intentar destruir, siendo reconstruido el documento que reveló el nombre de un barco para trasladar la cocaína por vía marítima a un puerto español. Más allá, ninguna otra actuación encaminada a dicho traslado de la droga a España se desplegó.

Igual acontece en el caso de Jose Francisco que convino la adquisición de una cantidad de cocaína, sin que tampoco más allá de la cita, donde se concertó con Pedro para que éste se la facilitase, se desarrollase otra conducta distinta".

Se recoge en relación al recurrente que les buscaba droga para dos o tres parejas, aunque niega que la vendiera.

Frente a la queja del recurrente en torno a la extensión de la mención del mismo en la sentencia debe entenderse suficiente, ya que nótese que su intervención y condena es por grado de conspiración para delinquir, por lo que no se trata de la exigencia probatoria de pertenencia a la organización, o al que se le puedan ubicar otros hechos y pruebas que los referidos a los condenados que lo han sido en el grado de conspiración en el tráfico de drogas, en situación más privilegiada que la tentativa, pero que no constituyen actos preparatorios impunes.

Asimismo, este motivo debe analizarse en relación con el conjunto del material de material probatorio con referencia a aquellos condenados que lo han sido por la conspiración en el delito de tráfico de drogas. Y, en concreto, en relación a la existencia de un lenguaje encriptado por parte de los intervinientes que ha sido



reconocido en la fundamentación jurídica. Sin que fuera preciso que el teléfono se le hubiera interceptado al recurrente, ya que él interviene en las conversaciones aunque se le intervenga a otro de los implicados.

Por ello, no puede entenderse este recurso una forma aislada con el resto de aquellos recurrentes que operan de la misma forma que en este caso, ya que la actividad que ha sido condenada por el tribunal como conspiración se desarrolla en el mismo marco de actuación y situación en orden a las relaciones con las personas que integraban el operativo del narcotráfico y sus relaciones con personas que recibían la droga para su posterior distribución. Ha sido condena por un delito de conspiración del artículo 373 CP, en base a la prueba obtenida de las conversaciones telefónicas.

El recurrente construye la tesis al margen de los hechos probados y bajo otro contexto, pero el Tribunal llega a la convicción de la autoría, pese a que el recurrente niegue la versión ofrecida, achacando las conversaciones a hechos ajenos a lo juzgado. Incluso, cualquier referencia a regalarla a parejas ya de por sí implica un favorecimiento del consumo siendo una de las conductas tipificadas en el artículo 368 CP en cuanto actividad destinada a "facilitar" el consumo de drogas.

Y al margen de lo ya expuesto, el hecho de que "les buscaba droga para dos o tres parejas" integraría una donación. Y se entiende por tal, según la doctrina, la entrega gratuita de sustancias prohibidas sin contraprestación (SsTS 03-12-1993, 26-09-2000, 23-11-2002, 18-12-2002 y 27-05-2004). Entre los supuestos de donación se incluyen los siguientes: un regalo (STS 14-04-2003), la invitación dentro de un establecimiento penitenciario (STS 28-06-1991), la invitación al consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (SsTS 14-10-1993 y 05-12-2003), para iniciar a neófitos o cualquier otra manera de proporcionar drogas a un tercero (STS 14-04-2003) o a un grupo.

La Jurisprudencia contempla la figura de la donación dentro de las conductas de tráfico, basándose en las siguientes consideraciones:

- 1) Traficar es equivalente a hacer circular cosas y comerciar es, a la vez, sinónimo de traficar (STS 08-04-1994). Por tanto, los verbos traficar y comerciar se emplean indistintamente para abarcar cualquier clase de negocio.
- 2) La entrega de una cantidad de droga a un tercero es una modalidad de tráfico que no requiere del sujeto activo la obtención de un lucro (SsTS 14-04- 2003 y 27-05-2004).
- 3) La jurisprudencia es unánime al declarar que quien entrega droga a otro, aunque sea sin contraprestación, realiza el tipo del delito del art. 368 CP pues la donación constituye un favorecimiento del consumo de drogas (STS 23-11-2002).
- 4) La donación es un acto de promoción o favorecimiento que supone un grave riesgo de iniciación y habituación en el consumo a quienes no son adictos a las drogas (STS 01-09-2003).
- 5) Si la donación no se incluyera entre las conductas de tráfico, igualmente se encontraría recogida en el art. 368 CP, dentro de la expresión «o de otro modo» (STS 14-10-1993).

La inferencia que se construye no es endeble o débil como propone el recurrente, ya que de todos estos indicios la Sala concluye la participación del recurrente en un delito de tráfico de drogas por la vía de la conspiración con una pena reducida de nueve meses de prisión. Se relacionan los indicios que permiten concluir la participación en la actividad de conspiración al tráfico ilícito de estupefacientes con los demás acusados, en ejecución de un plan. Las conductas son similares, con lenguaje encriptado en conversaciones extrañas que se suceden para enmascarar el objeto de la transacción por si los teléfonos estaban intervenidos. Al final, este lenguaje encriptado viene a operar en razón a justificar la inferencia, por cuanto se conectan con los indicios restantes para formar un todo en base a la suma de indicios sobre la conversación de la que se infiere la entrega de la droga para su distribución.

El motivo se desestima.

Recurso de Adolfina

DÉCIMO OCTAVO.- 1.- Por infracción de derechos fundamentales, al amparo del art. 852 LECrim., en relación con el artículo 18.3 de la Constitución Española en relación con al artículo 11.1 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Se le condena como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.



Se ha tratado este tema con detalle en el FD nº 2 al que nos remitimos, y ante la extensa doctrina jurisprudencial que se cita en el recurso debe estarse a la especificidad de lo ocurrido y de la base habilitante para el dictado del auto de injerencia, ya que no se está ante una sospecha que tiene un valor de credibilidad muy inferior al de un indicio, sino ante una declaración judicial, no es un confidente policial, sino una declaración reconociendo una serie de hechos delictivos que dan lugar a la medida proporcional de la injerencia ante la gravedad de la notitia criminis puesta en conocimiento del instructor.

El motivo se desestima.

DÉCIMO NOVENO.- 2.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que incide expresamente el artículo 120.3 de nuestra Constitución.

Se denuncia falta de motivación de la sentencia. Sin embargo, el Tribunal ha dedicado el FD nº 2º a la valoración probatoria, pero que disienta la recurrente de esta valoración no determina un ataque a la tutela judicial efectiva.

En los hechos probados en lo que se refiere a la recurrente se hace constar que:

"... dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios. Entre dichos acusados se encontraba... Adolfina (Diamante)".

Para concretar que:

"- 4. El día 20 de febrero de 2013, se estaba a la espera de un nuevo pasajero con droga, el cual habla sido detenido ese día en el aeropuerto de Madrid- Barajas al portar en una faja, 3333 gramos de cocaína de una pureza del 62% valorada en 278.214,99 euros. La persona en cuestión se llamaba Romulo que había salido de Bogotá, comunicando Adolfina a Víctor a las 15:34 horas de esa fecha el nombre del pasajero en cuestión, donde portaba la sustancia estupefaciente, la cantidad, así como que la llegada prevista a España era; a las 09.45 horas en vuelo de Iberia".

Y "7. En el mes de marzo de ese año, los acusados Rosendo , Víctor , Adolfina , además de Rogelio y Jaime , se encontraban preparando la recepción de una maleta con quince kilogramos de cocaína".

Y la probanza llevada al efecto y valorada por el Tribunal se concreta en el FD nº 2 de la sentencia donde se especifica que:

"El día 20 de febrero de 2013, a través de la BlackBerry se comunicaron los acusados Víctor y Adolfina (Sección 5 PIN NUM022), donde decía a las 15:34 horas Adolfina " Romulo , bogota 6.30pm Madrid 09.45am iberi en faja de lipo acompañado con 3ninas".

El Instructor del atestado manifestó que en una de las conversaciones entre Víctor y Diamante le pide a ésta el nombre del viajero, dándoselo, al tiempo que Diamante le decía que había caído con una faja tipo lipo, en Barajas, comprobándose, que habían sido intervenidos tres kilogramos de cocaína ocultos en una faja de esas características. Añadió, que previamente la unidad tenía el nombre, pues lo había mandado dicha acusada.

El acusado Víctor manifestó que, con Adolfina o Diamante , salía a bailar e iba a su casa si estaba en Madrid, siendo ella la que le dijo que llamase a la santera para ver si el viajero estaba preso o no, sin que el declarante tuviera nada que ver cuando dijo la acusada lo de faja tipo lipo.

Por su parte Adolfina que no quiso contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, se limitó a decir que no tenía nada que ver con el alijo de 3.300 gramos en el aeropuerto de Madrid-Barajas.

El procedimiento seguido como Diligencias Previa 1648/2013 del Juzgado de Instrucción 27 de Madrid, figura testimoniado en el presente procedimiento y obra que la droga la portaba oculta el pasajero debajo de los pantalones, en diez envoltorios de los que cuatro en cada pierna y bajo de los calzoncillos y otras por delante. (folios 328 y siguientes del Tomo 62).

De no tener nada que ver estos acusados, carecerían de sentido las comunicaciones que mantuvieron, sirviendo además para acreditar que Adolfina , no solo asistía a reuniones con otros acusados, sino que en un paso más, informaba a Víctor de, personas que traían droga a España, con antelación, a que llegasen al aeropuerto de Madrid-Barajas.

Este hecho sirve para acrecentar la prueba de que la relación entre los dos acusados nombrados no se limitaba exclusivamente a salidas de baile o similar, Cuando Víctor se acercaba a Madrid, sino vinculados por la operativa de recepción de pasajeros en vuelos con destino a España, provistos de Cocaína".

...



"La acusada Adolfinia que responde al sobrenombre de Diamante , además estaba al tanto de otras formas de introducir la sustancia estupefaciente en España, como así lo pensaron efectuar, a través de barcos. De tal modo que en conversación con Rosendo el día 15 de marzo de 2013 a las 18:36 horas (la 30) hablaban de que no hacía falta ninguna naviera, que deba igual la empresa que ustedes usen, decía Diamante , porque ese mantenimiento se lo tienen que hacer a todas las, empresas, que vengan con ese tipo de contenedor.

Lo que no evitaba que la vía en principio empleada para la introducción de droga en España iba a ser por avión tal como así expresaba Rosendo a una persona ubicada en Venezuela que se puso al teléfono del hermano de aquel "quieren que todo sea aéreo y ese tema aéreo aquí lo quieren hacer aéreo...".

Se ha mencionado a las acusadas Clara y Adolfinia , las que han negado alguna participación en los hechos, a la par que la primera mostró su arrepentimiento en el juicio oral al igual que Víctor cuando dijo que se arrepentía de haberla involucrado. Una y otra o estuvieron presentes en alguna de las reuniones o mantenían interlocuciones fuera con Víctor o con Rosendo , por la actividad desplegada para la recepción de cocaína en España o en otro país europeo".

...

"No son las únicas conversaciones o chata con Clara , además de con Adolfinia o Diamante .

En la BlackBerry con PIN NUM023 de Diamante con Rosendo , en fecha de 25 da febrero de 2013, aquel le hablaba de que tiene uno que está pendiente de ir a ecua (Ecuador), pidiéndole que él compre el pasaje para diez días al día siguiente, negándose dado que tengo una en la H para los limones con el man de abajo", pues: ya se había comprometido pues le "hablan dado fechas arriba y abajo, poniendo al pasajera y los "biaticos y la conexión, habiéndole ya pasado las datos del pasajero"

...

"En la del día siguiente, su interlocutor le dice que ya se montó el amigo preguntándole ella por qué línea, de lo que se le pasarían los detalles al día siguiente, manifestando Diamante que se los mandase y ella a su vez los pasaría a un tercero informándole Rosendo que se iban "2" rnanes", concluyendo pila que "estamos luchando mucho y ya pronto tendremos recompensa", volviendo ella , a "pásame los datos esos nn que yo se los hago pasara est sr.

Por la BlackBerry con PIN NUM024 de Rosendo , en 11 de marzo de 2013 entre aquel y Diamante habla ella de que no sabían que tenía la una cita antes de la que tenían a las cinco, a lo que precede que él le dice que "hagamos eso breb, y para mandar ya la persona aya, donde mi campaa" respondiendo ella "Sisis", y sigue él "Vamos ya firmee a los echoss q estoy listo ya...el compaa esta relist0000 mas q firmeeeee" a lo que Diamante dice 'y ese man igua

En fecha de 14 de marzo de 2013, desde con el PIN NUM025 de la BlackBerry de Diamante e igual interlocutor ella le informa de que "Él está en el aeropuerto recogiendo a la mujer y que quedaban a las cinco para ver al paisa, estando el otro paisa esperándola, sin que Rosendo pudiera contactar con él y Diamante si, tras lo que ella le pide que le mande la foto de la maleta que le ha comprado, y alude a que no se les escapen detalles que ellos pueden matizar, diciendo ella que "Haber que nuevas adquisiciones" y él que "no hables tan claro", tras lo que ella más adelante dice que "Xk tienen aca una reunión, y así no me toca ire, como para el tropicalismo me lo acaban de decir".

Se ha de mencionar una conversación de 16 de marzo siguiente entre Víctor y Rosendo a: través de sus-BlackBerry (PIN NUM024 y NUM026), en la que se destaca lo que tratan y además se menciona e varios de los acusados "La cita es a las 2...lo de Jaime ...necesito que le digas a 2 manes., a los dos manes de la Diamante ...".

Todo el desarrollo de los hechos en los que se implica en los operativos a los recurrentes se evidencian de las escuchas telefónicas perfectamente válidas que han sido incorporadas a la prueba tenida en cuenta por el Tribunal. Existe una perfecta y adecuada correlación entre las acciones desplegadas que han llevado a algunos recurrentes a confesar los hechos en juicio, aunque tardíamente y que ha determinado que el propio Tribunal les haya reconocido penológicamente esta circunstancia.

Recordemos que el volumen de asunción de las operaciones y de la responsabilidad fue mecánica procesal operativa en el plenario, como recoge la sentencia en el FD nº 5:

"Concurre: la circunstancia atenuante Muy cualificada de reconocimiento tardío de los hechos de los artículos 21,7, 21.4 y 66 del Código Penal, en los acusados Jose Enrique , Carmelo , Prudencio , Torcuato , Serafin , Victorio y Romualdo .



Concurre la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento tardío de los hechos, de los artículos 21.7, 21A 66 del Código Penal en los acusados Víctor, Rosendo, Rogelio y Clara.

Con la excepción destacada de Jose Enrique, que desde el inicio reconoció los hechos, el resto de acusados en relación a la totalidad o de parte de lo que se le atribuía en el escrito de acusación, lo admitieron en el juicio oral, siendo también, del resto de los que así se condujeron, exclusivamente Victorio el que incluía a los citados junto a él en los hechos por los que venía siendo acusado de manera eficaz a consolidar el resto de la probanza practicada. Así mismo ha servido para agilizar el procedimiento, implicando ello, la renuncia a la práctica de testifical alguna, así como a la mayoría de las pruebas periciales acordadas.

Fueron varios acusados los que a través de sus defensas interesaron volver sobre sus declaraciones, momento que aprovecharon para reconocer los hechos por los que venían siendo acusados. Otros se adelantaron a ese instante que el Tribunal generosamente, pues ya habían sido interrogados, concedió a los que lo solicitaron tras la práctica de diversas pruebas, en aras, de su derecho de defensa y por el derecho a la tutela judicial efectiva. Ese recapacitar asumiendo que se había contribuido a la comisión de los hechos objeto de acusación, puede tener encaje en la atenuante examinada".

En el FD 5º de la sentencia del Tribunal se incide en la operativa desplegada en la que la recurrente estaba implicada y se le inscribe en la propia organización y asume la comunicabilidad de la notoria importancia. Queda enmarcada en lo que en el Fd nº 5 se refiere acerca de que:

"En el relato fáctico de esta resolución, se parte de que el origen de la sustancia estupefaciente que se iba a gestionar en España, era Sudamérica, de donde invariablemente procedía en cada ocasión, en la que se incautó, la cocaína, y, se establecía que el hilo conductor entre el lado español y las personas ubicadas en Venezuela o Colombia, principalmente, eran en cuanto a estos últimos países, justamente las personas citadas por el testigo protegido, aparte de que fueron surgiendo otras, constituyéndose los acusados arriba citados, a los fines de la introducción de dicha sustancia en España, a modo de una agrupación de personas que de modo permanente y estable desplegaban su actividad a tal efecto.

En puridad, son los gestores de la mayoría de las operaciones Víctor y Rosendo, con los que a su vez se implican en la misma actividad delictiva concertada los otros acusados más arriba nombrados, con los que, con su mayoría mantienen las reuniones y se chatean o entablan conversaciones telefónicas, de tal modo que se está en presencia de una asociación estructurada, con reparto de papeles y permanente en el tiempo".

Pues en base a la inclusión de la conducta de la recurrente en los hechos probados, la prueba analizada descrita, las conversaciones telefónicas y el entramado global en el que no puede aislarse la recurrente determina una adecuada motivación de la sentencia y su suficiencia para tener por debidamente articulado el deber de motivación y explicación de las razones de la condena, para enervar la presunción de inocencia.

Se concreta, también, en este FD nº 5 que:

"En lo que respecta a la participación de los acusados en los hechos, se ha hecho mención en la fundamentación jurídica, en correlación a cada apartado del relato fáctico, a las pruebas tenidas en cuenta, fueran, conversaciones telefónicas, que algunas hablan por sí mismas y otras precisamente por su lenguaje críptico desmonta otras tesis distintas de estar empeñados en el tráfico de drogas, chats de BlackBerry, correos electrónicos, las vigilancias cubiertas por agentes de las citas de las que a través de aquellos datos se tenían noticias por la unidad policial al frente de la investigación, y, finalmente las incautaciones efectuadas, así como las declaraciones de los acusados, de los que algunos han admitido los hechos de forma inequívoca, otros de manera más tibia y los que la han negado, se acredita su participación por otras pruebas que han sido referidas en cada caso".

Además, pese a la queja de la recurrente el Tribunal ha llevado a cabo un exquisito proceso de depuración de las responsabilidades individuales, ubicando a cada uno en la que le adjudica en base a la prueba practicada, atribuyendo la responsabilidad de la organización y la notoria importancia a quienes participan de esa responsabilidad, en otros casos del blanqueo de capitales, incluso por imprudencia grave, o aplicando la teoría de la conspiración para delinquir del art. 373 CP, y reconociendo atenuante por reconocimiento de los hechos y su respuesta penal en base a cada una de las conductas de modo individualizado. No hay en modo alguno vulneración de la tutela judicial efectiva.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO.- 3.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, siendo directa relación con los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española, por vulneración fundamental a la tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.



Se ha hecho referencia en el motivo anterior a la prueba tenida en cuenta para enervar la presunción de inocencia en este caso y la coexistencia de prueba de cargo suficiente para ello, debidamente relatada.

El motivo se desestima.

Recurso de Victorio

VIGÉSIMO PRIMERO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, amparado en el artículo 24 CE.

Ha sido condenado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de reconocimiento de los hechos, a la pena de dos años, tres meses y un día de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Con respecto al recurrente consta en los hechos probados que:

- "... dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios. Entre dichos acusados se encontraba... Victorio (Bola y Pitufo)"

...

"-Punto 7. Por su parte, éste último (Torcuato), en compañía del también acusado Luis Pablo , se encargaron de dar seguridad al acusado Víctor en tanto mantenía citas por razón de la cocaína en la que estaba empleado en obtener, motivo éste, de las reuniones, que, era conocido por aquellos acusados, los cuales hicieron labores de vigilancia en la cita de Víctor el día 23 de abril de 2103, en compañía de Clara , con el acusado Victorio , mientras estaban en el interior de la cafetería "Dani Pan Pasión Colombiana" sita en la calle Londres de Torrejón de Ardoz, volviendo a realizar Torcuato y Luis Pablo idéntico cometido al día siguiente en tanto Víctor mantenía nuevamente una reunión con Victorio , relativa, a los planes de la organización para seguir obteniendo partidas de cocaína".

...

"- Punto 12. Cuando la droga legaba por vía aérea, la organización gestionada por los acusados Víctor y Rosendo contaban con personal trabajando en Barajas fin de que se hiciera cargo del pasajero que traía la sustancia y así evitar que fuera sometido a control alguno en dicho recinto, siendo, la, persona encargada de ese cometido el citado Prudencio que, puntualmente, acudió a Jose Ramón , el cual, dispuso lo necesario junto a Prudencio y Victorio para hacerse cargo de una pasajera proveniente de República Dominicana, sin 'que: se; haya acreditado que finalmente la persona enviada portase sustancia estupefaciente".

...

"- Al acusado Victorio se le intervino una BlackBerry con PIN NUM010 , NUM014 , una balanza de precisión marca SCA 301, otra digital de la. marca ORBEGOZO, una prensa metálica con su correspondiente molde que contenía 23,24 gramos de cocaína con una pureza del 1,3% y con un valor en el mercado de 42,36 euros".

El recurrente consta en el devenir de los operativos y su penalidad impuesta lo es en atención al propio reconocimiento que le ha operado como muy cualificada, lo que es relevante a los efectos del recurso.

Respecto de la prueba, el Tribunal lo motiva en el FD nº 2 de la sentencia apuntando que:

"En cuanto a las distintas reuniones, que eran conocidas por la unidad investigadora a través de las conversaciones telefónicas o por los chats de BlackBerry, de modo que podían cubrirlas y tal corrió obra en el procedimiento, en algunos casos con reportaje fotográfico, el Guardia Civil NUM021 , manifestó que el día 9 de abril en el centro comercial La Gavia visualizó á Rosendo y Jaime , los que se marcharon al Starbucks del Palacio de Hielo donde se encontraba Rogelio , a Rosendo y Rogelio con Victorio el día 11 de abril, y ese mismo día volvió a ver a Rosendo , Prudencio y Rogelio (reportaje fotográfico a los folios 19 y siguientes del Tomó 33)".

...

"-Por su parte Victorio dijo que también era conocido por Bola y Pitufo , negando haber 'tenido reuniones en el mes de abril con Víctor y Clara , sin recordar si había mantenido algún chat con aquel y no recordando si en el mes de marzo en un chat aludió a «jugador. Aclaró que él iba como intermediario de Prudencio y que hablaba con algunos para ver si "hacían esto de la droga", dado que trabajaba en el aeropuerto, sin que nunca



se hiciera. El acusado Victorio termino reconociendo los hechos en los que es mencionado en el escrito de acusación extensivo a la implicación en tales de los otros acusados citados junto a él en dicho escrito".

...

"Los acusados en cuestión son vistos en dos ocasiones. (folios 266: a 273 del. Tomo 14), en la actitud que indico el Guardia Civil conT1P NUM021 , con motivo de una vigilancia a las 15.39 horas del día 23 de abril de-2013 en la zona de. Usera localizando a Víctor y a Victorio , entrando y saliendo del locutorio".

...

"Por otro lado, y volviendo a la mecánica desplegada en el aeropuerto de Madrid-Barajas, para la recepción de pasajeros provistos de cocaína, se ha de incidir en la participación de los acusados Victorio , Prudencio y Jose Ramón , dado los contenidos de varias conversaciones telefónicas reveladoras de que estaban por facilitar la salida de pasajeros provistos de droga, del aeropuerto, debido a que tenían fácil acceso a sus dependencias por su trabajo en dicho recinto".

Por ello, se reproduce aquí lo ya expuesto acerca de la valoración de la prueba, el entramado existente y la participación en los hechos y el rol atribuido al recurrente y que se han valorado conversaciones telefónicas, seguimientos policiales detectando reuniones con otros condenados, y la confesión del acusado, recordando, como hemos expuesto, que se le ha apreciado la atenuante muy cualificada de reconocimiento de los hechos.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- 2.- Al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración de precepto constitucional.

Ante el alegato de la falta de motivación de las razones de la condena, reproducimos lo antes expuesto en el FD nº 19, ya que la motivación es suficiente, circunstancia distinta es que no se comparta, pese a haberse reconocido los hechos, e incidir en que se recoge que "estaban por facilitar la salida de pasajeros provistos de droga, del aeropuerto, debido a que tenían fácil acceso a sus dependencias por su trabajo en dicho recinto". La argumentación jurídica expuesta es suficiente.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO TERCERO.- 3.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 2 LECrim, al haber error en la apreciación de la prueba que ocasiona indefensión.

Ya hemos expuesto anteriormente con motivo del planteamiento de la vía del art. 849.2 LECRIM los límites del uso de esta vía basada en error.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. pueda prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).



Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluíbles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y
- b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Están excluidos, por regla general, la ampliación de la inspección ocular, y las declaraciones del imputado en fase sumarial y en el juicio oral no son pruebas documentales. Así no son documentos, recuerda la S. 1532/2004 de 22.12, los atestados policiales, las actuaciones de las partes que constan por escrito en el procedimiento y las resoluciones judiciales, y si bien con carácter excepcional se ha admitido el valor documental del acta que refleja la diligencia de inspección ocular, y reconstitución de hechos, solo lo es en cuanto a los datos objetivos que en ella se contienen, pero no en relación con las manifestaciones que allí consten (SSTS. 4.3.86, 17.1.92, 22.7.96, 23.1.98), sin olvidar que no es suficiente sobre la base del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal sentenciador, es preciso, por el contrario que el documento (en este caso la ampliación de la inspección ocular) revele de forma clara un error del Tribunal; bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que en ambos supuestos sea la única prueba sobre este extremo (STS. 524/2003 de 9.4).

En la jurisprudencia de esta sala sobre el concepto de documento a efectos casacionales no se han considerado documentos aptos para acreditar la existencia del error en la apreciación de la prueba los siguientes casos, que son considerados documentos inidóneos a los efectos casacionales, al calificarse de pruebas personales documentadas que no tienen el carácter de ser externas a la causa, a la mayoría de diligencias sumariales generadas en el propio ámbito interno del proceso penal, tales como las declaraciones de los acusados, de los testigos, las pruebas periciales aunque con excepciones, incluso las escrituras públicas o las sentencias judiciales. La razón está en que son pruebas sometidas al principio de inmediación del Tribunal de instancia, y a la libre valoración de la prueba en conciencia por el juzgador, por lo que generalmente, escapan al control y revisión del Tribunal de casación.

En otros casos, el motivo de su inidoneidad se debe a que el documento carece de literosuficiencia, pues al necesitar de otro complemento y apoyo probatorio para la demostración del error, el documento se revela insuficiente y dependiente, alejado de la autonomía que se requiere. Tal es el caso, de las cintas de vídeo o la filmación de una película que acredita por su visionado un hecho delictivo. No reunir datos objetivos y verificables, sino opiniones y apreciaciones subjetivas como en la inspección ocular o la reconstrucción de los hechos, o tener un carácter provisional como el auto de procesamiento, hace al documento no apto para los fines del recurso de casación:

- 1) La confesión, declaración o interrogatorio del procesado, acusado o imputado. Prueba personal documentada (entre otras, SSTS 902/2010, de 21 de octubre; 1030/2010, de 2 de diciembre y 1098/2011, de 27 de octubre).



- 2) Las declaraciones de los coimputados, coinclupados o coacusados.
- 3) Las declaraciones testificales.
- 4) Las declaraciones de la víctima.
- 5) Las declaraciones de los perjudicados.
- 6) Las actas que contienen declaraciones prestadas en la instrucción (STS de 4 de marzo de 2010).
- 7) Las pruebas periciales, con excepciones. Las pruebas periciales son excepcionalmente documentos a efectos casacionales, pero la norma general es que no sean auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sometidas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el art. 741. La comparecencia de los peritos en el juicio oral, como es habitual, permite al Tribunal disponer de la ventaja de la inmediación, y así poder completar y fijar el contenido básico del dictamen con las precisiones que realicen los peritos a las preguntas y repreguntas que les hagan las partes. Y como es doctrina reiterada, lo que depende de la inmediación, no puede ser revisado en casación - STS 168/2008, de 29 de abril.
- 8) Los informes médicos, con excepciones.
- 9) Los informes psiquiátricos, con excepciones.
- 10) Los partes médicos de asistencia, ni las radiografías.
- 11) Informe de sanidad y de consultas externas de las lesionadas. No son documentos literosuficientes - STS 1062/2009, de 19 de octubre-
- 12) La autopsia.
- 13) Las actas del juicio oral.
- 14) Las grabaciones del juicio oral.
- 15) Los atestados policiales. El atestado policial no tiene el carácter de documento sino de prueba personal documentada. Entre otras; SSTS 905/2008, de 3 de diciembre; 195/2012, de 20 de marzo y 365/2012, de 15 de mayo.
- 16) Las notas y diligencias policiales.
- 17) El acta de información reservada. La información reservada constituida por declaraciones, informes y conclusiones de sus autores, tampoco tiene carácter documental, más allá de demostrar su existencia y el hecho de que finalizó con unas determinadas conclusiones, lo cual no impide al Tribunal alcanzar otras distintas sobre la base de las pruebas practicadas a su presencia - STS 543/2010, de 2 de junio-
- 18) Los informes de la Guardia Civil. Son mera opinión, aunque sea muy cualificada.
- 19) Actuaciones sumariales en general (ATS 27 de marzo de 2003).
- 20) Diligencias de careo.
- 21) Reconocimiento en rueda.
- 22) El auto de procesamiento.
- 23) El auto que deniega la libertad provisional (STS 23 de noviembre de 1995).
- 24) El acta de información de derechos al detenido.
- 25) La inspección ocular, en cuanto a las opiniones, manifestaciones y meras deducciones de los asistentes.
- 26) Las piezas de convicción como la pistola, objetos u otros instrumentos empleados en el crimen.
- 27) El cuerpo del delito.
- 28) Diligencia de entrada y registro domiciliario expedida por Secretario.
- 29) Acta del registro domiciliario (STS 13 de junio de 2012).
- 30) Actas de reconocimiento de objetos recuperados y entrega a sus propietarios (STS 21 de septiembre de 1998).
- 31) Diligencia del pesaje de la droga incautada (STS 26 de abril de 2007).



- 32) Conversaciones telefónicas.
- 33) Intervenciones judiciales telefónicas.
- 34) Las transcripciones de conversaciones grabadas y recogidas en soporte de cintas magnetofónicas.
- 35) Las grabaciones de vídeo o videográficas, que reproducen audio y visualizan imágenes como una película filmada. En el caso de las cintas de vídeo o películas filmadas que reproducen datos o imágenes sobre unos hechos, en audio y de forma visual, el Tribunal Supremo consideró que sí eran catalogadas como documentos a efectos casacionales, pues reunían los requisitos de ser externos al proceso, y ajustarse al modelo de documento abierto que incorpora el art. 26 CP. Sin embargo, no tuvo el alcance deseado a efectos de modificar el factum de la sentencia por error del juzgador, pues se consideró que no tenían el carácter de literosuficientes, ya que necesitaban para demostrar el error, de otras pruebas e interpretaciones complementarias ajenas a las grabaciones - STS 210/2003, de 17 de febrero-.
- 36) El escrito de calificación del Ministerio Fiscal.
- 37) El escrito de calificación de la acusación particular (STS 25 de septiembre de 2002).
- 38) La querrela de una de las partes.
- 39) Las sentencias y resoluciones antecedentes de otros órdenes y órganos jurisdiccionales. Las sentencias de otro orden jurisdiccional que sirvan de antecedente tampoco gozan de la cualidad documental a efectos casacionales, pues se rigen por principios y presupuestos que son distintos a los del orden penal y por tanto no vinculan a éste - STS de 30 de mayo 1990)-.
- 40) Las sentencias y resoluciones antecedentes del mismo orden jurisdiccional. Los datos fácticos de resoluciones precedentes que lo sean de la jurisdicción penal, carecen de la virtualidad suficiente para que en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos anteriores declarados probados, no pudiendo sobreponerse éstos a la apreciación de los jueces posteriores, salvo que entre las dos resoluciones concorra la identidad de cosa juzgada - STS 232/2002, de 15 de febrero-. La sentencia en la que se consideró que el acusado había actuado en estado de inimputabilidad disminuida a causa de su drogadicción, no implica una declaración válida para el futuro, sino sólo para el caso que es objeto de enjuiciamiento - STS de 28 de febrero de 1995)- , porque entre otras cosas a nadie se le escapa que las condiciones subjetivas de inimputabilidad, al estar expuestas sus efectos a determinadas variables, son susceptibles de alteración y modificación en el tiempo, además de que son distintos y contingentes los hechos imputados.
- 41) Las providencias judiciales, salvo las citaciones y exhortos.
- 42) Certificación y testimonio de otra sentencia. La STS de 27 de marzo de 1995), afirma, que los testimonios o certificaciones de sentencias, dictadas por cualesquiera órganos judiciales, acreditan la realidad de su emisión, pero de ninguna manera, frente a otros órganos judiciales, hacen fe del acierto y corrección jurídica de lo resuelto, ni de la realidad y veracidad de los hechos que le sirvieron de antecedente y determinaron su pronunciamiento.
- 43) Las escrituras públicas no son más que pruebas personales documentadas. Tampoco lo tienen las escrituras públicas como aquellas que recogen la carta de pago y extinción de condición resolutoria porque el documento público prueba que la declaración documentada tuvo lugar, a tenor del art. 1218 CC, pero no que lo declarado allí sea verdad. Por lo tanto, el Tribunal a quo podía, sobre la base de otras pruebas, apartarse del contenido de las declaraciones incluidas en la referida escritura pública - STS de 5 de febrero de 1996). También STS 8 de octubre de 1996)-. Esta doctrina cuestiona el mismo art. 1218 del Código civil que atribuye al documento público notarial eficacia probatoria frente a terceros y frente a los contratantes, tanto del hecho que motiva su otorgamiento, como de la fecha de éste, al igual que de la identidad de los otorgantes, porque todos estos datos le constan al notario autorizante. Además, y de conformidad con lo estipulado en el art. 319.1 de la LEC, las escrituras públicas hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten y por tanto de las declaraciones que aparecen contenidas en las mismas.
- 44) Las actas notariales. Las manifestaciones hechas ante Notario no dejan de ser simples declaraciones de una persona prestadas sin ser sometidas a contradicción, a las que en ningún caso cabría reconocer un valor probatorio igual o superior al reconocimiento de los testimonios prestados ante la autoridad judicial, bajo la fe pública del Secretario correspondiente y con las pertinentes garantías legales. De modo, que si no se reconocen a estas últimas valor documental a efectos casacionales, es evidente que tampoco cabe reconocérselo a los testimonios extrajudiciales. Por tanto, dichas declaraciones no acreditan la verdad intrínseca, por lo que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario - SSTS de 9 de octubre de 1989) y 1238/2009, de 11 de diciembre-.



45) Las fotografías. Las fotografías no tienen carácter documental a efectos casacionales, sin perjuicio de que sean valoradas por el juzgador. Así en un delito de apropiación indebida, las fotografías en las que aparecen varias personas festejando un premio de seis millones de euros, nada evidencian ni demuestran que el recurrente no quiera atribuírselo y apropiárselo de forma exclusiva, excluyendo a los demás - STS 712/2006, de 3 de julio-.

46) El reconocimiento fotográfico.

47) Las fotocopias.

48) Los escritos y reportajes periodísticos.

49) Las noticias dadas por los medios de comunicación.

50) Los estatutos de una sociedad.

51) Las actas del Pleno del Ayuntamiento.

52) La Circular de un ministerio.

53) Libreta de anotaciones. No es literosuficiente.

54) Una carta.

55) Texto manuscrito.

56) Diario de una acusada.

57) Declaración del IRPF.

58) La solicitud del documento de devolución a la agencia tributaria.

59) Escrito de demanda y contestación a la demanda, pues es prueba personal documentada.

Esta Sala del Tribunal Supremo sí ha reconocido el carácter de documento a efectos del error en la apreciación de la prueba, en los siguientes supuestos:

1) Los certificados de nacimiento y otros datos de filiación del Registro Civil. Son documentos válidos y literosuficientes a efectos casacionales, y nos demuestran el error padecido por la Sala de instancia al consignar en hechos probados, que el recurrente había cumplido los 18 años al momento de la comisión de los robos, cuando tenía tan sólo 17. Documentos que en su veracidad no están contradichos por otras pruebas - STS 12 de febrero de 1999)-.

2) Certificado emitido por el Fondo de Garantía Salarial.

3) Las actas de la Tesorería General de la Seguridad Social.

4) Las actas de liquidación de la deuda tributaria de Hacienda.

5) Certificado del Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

6) El reconocimiento de deuda, que no se impugne y cuestione por alguna de las partes.

7) El certificado de antecedentes penales.

8) La inspección ocular, o el reconocimiento judicial, en cuanto a los datos objetivos que incorpora. La inspección ocular o el reconocimiento judicial, o la reconstrucción de los hechos, excepcionalmente pueden ser tenidos por documentos a efectos casacionales en cuanto a los datos objetivos que contienen; planos, croquis u otros similares, pero no en cuanto a las declaraciones o manifestaciones que en el curso de la misma emitan los testigos, inculpados y demás asistentes - SSTS 341/2008, de 16 de junio; 1159/2005, de 10 de octubre y 3 de noviembre de 1998)-.

9) La reconstrucción de los hechos.

10) Registro domiciliario, por los datos objetivos que incorpora.

11) Acta del levantamiento del cadáver por el juez.

12) Libelo infamante en relación con el delito contra el honor.

13) Documento de ingreso en cuenta y depósito de consignaciones judiciales. Es literosuficiente.

14) Certificado del encargado de pasaportes de una ciudad extranjera, acreditando la ausencia de falsificación (STS 21 de septiembre de 1994).



15) Los dictámenes emitidos por los Gabinetes técnicos de la Policía, tales como dactiloscopia, identificación, análisis químico, balístico y otros análogos. Tales informes tendrán, al menos, el valor de dictámenes periciales, especialmente si se ratifican en juicio oral y se someten a las observaciones, aclaraciones y objeciones de las partes. Por tanto, dichos informes, incluidos los que muestran la naturaleza, cantidad y pureza de la droga emitidos por organismos oficiales, pueden ser declarados como documentos a efectos casacionales de forma excepcional, puesto que la jurisprudencia, y en último caso el art. 788.2 LECrim, les atribuye el controvertido carácter de prueba preconstituida.

17) Fotocopia autenticada de un documento que reúna las características de documento auténtico (STS 29 de septiembre de 1981).

En consecuencia, visto el objeto de impugnación y que el motivo es de error facti, así como que su alegato queda contradicho por los elementos probatorios que se citan, así como su propio reconocimiento, se desestima el motivo.

VIGÉSIMO CUARTO.- 4.- por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECrim., por inaplicación indebida del artículo 21.6 CP, atenuante de dilaciones indebidas.

Se ha resuelto sobre este motivo en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

Recurso de Carlos Manuel

VIGÉSIMO QUINTO.- 1.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 de la ley de enjuiciamiento criminal, por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por infracción de los artículos 18 y 24 de la Constitución Española.

Se le condena como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Nos remitimos en este motivo a lo desarrollado en el FD nº 2.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEXTO.- 2.- Al amparo de lo establecido en el art. 852 de la ley de enjuiciamiento criminal, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española, y en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en lo relativo a la motivación de la sentencia para justificar la condena.

Al recurrente no se le ha reconocido por su propia declaración la participación en los hechos; de suyo, no se le aprecia esta circunstancia que sí se le aprecia a otros recurrentes. Su responsabilidad resulta de la prueba practicada.

Consta en los hechos probados que:

"... dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios. Entre dichos acusados se encontraba... Carlos Manuel".

...

"En el mes de abril, se iba a contar con otro pasajero (declarado rebelde), que traería cocaína. A tal efecto, el día 11 Víctor envió su fotografía a Rosendo quien la reenvió a Rogelio, estando pendientes de la llegada de dicho pasajero los acusados Carlos Manuel y Torcuato".

...

"El acusado Víctor, del montante dinerario obtenido por el tráfico de drogas, enviaba a Colombia parte de aquél a nombre de otras personas, en su amplia mayoría, para que no se detectase su procedencia y sin que ningún envío alcanzase el importe de 3.000 euros. Con ese mecanismo remitió la cantidad de 137.234 euros. Figuran entre los remitentes las identidades de Clara, Luis Pablo, Torcuato y Carlos Manuel".

Se recoge como prueba reflejada en el FD nº 2 que:



"De otro lado, al hilo de las observaciones telefónicas en esas fechas, se detectó que otros de los acusados Carlos Manuel y Torcuato, tenían que estar pendiente del pasajero al que debía atender una vez arribase a este país, lo que lo demuestra la conversación telefónica que mantuvo con Víctor el día 2 de abril de 2013 a las 13:27 horas (la 59) en la que "Pero dígame al man que ya, que en este momento le están comprando la violeta para el partido...porque el man bueno hay que comprarle algo de ropa...cuando este con el man llámeme".

Esa conversación está relacionada con la existencia de un correo enviado a las 09:52 horas del día 23 de abril siguiente cuyo remitente es junior o Rogelio (DIRECCION002) a Víctor (DIRECCION003) en el que adjunta dos fotografías a nombre de Adriano, siendo la misma persona cuya fotografía había sido enviada por la BlackBerry de Marí Juana a rey el 11 de abril anterior. Por la unidad, investigadora se comprobó: el día 15 de abril que dicha persona no llegó en vuelo- alguno procedente de Lima (Perú) (folio 338, anexo 8 del Torno 12 y sección 47 de BlackBerry con PIN NUM024 de 11 de abril de 2013 a las 15:10 horas)".

...

"Añadió, que creía que aquellos dos acusados estuvieron por el domicilio de la CALLE001 de Guadalajara la noche del 14 de marzo de 2013, donde durmió Víctor, estando empadronado allí Carlos Manuel, creyendo que también Luis Pablo".

...

"En conversación a través de BlackBerry entre Víctor y Rosendo de 16 de marzo de 2013 (sección 17, con PIN NUM024 y NUM026), se refieren a "no necesito 2. Gusanos para ese el...2 gusanos para ki papi...que vayan .con el...hay ya tengo SORl 2 gusanos Para q Jaime los recoja en Getafe".

El Instructor del atestado manifestó que en conversaciones telefónicas entre aquellos dos acusados hablaban del bloque de gusanos, a los que se les fotografió y también a la llegada de pasajeros (en esta última actividad el escrito de acusación se refiere a Torcuato y a Carlos Manuel)".

...

"Estas dos personas son mencionadas en otra ocasión pues, cuando se abordan los hechos por blanqueo de capitales atribuido a Víctor, aparecen "sus nombres entre las identidades (le las personas que efectúan envíos de dinero a Colombia. Además, figura que un paquete con droga a nombre de Julio (sobre lo que se volverá en otro apartado), va dirigido al domicilio del hermano de Luis Pablo, con él que vive Carlos Manuel.

De tal manera que los acusados Torcuato y Carlos Manuel estaban vinculados a la operativa relativa a la droga portada por pasajeros de los que tenían que estar pendientes en la que no está involucrado Luis Pablo".

...

"Procede abordar los hechos relatados en esta resolución relativos a la recepción de dos paquetes a nombre de Julio.

El instructor del atestado manifestó que Julio era la identidad de Víctor tanto para enviar dinero como para recepcionar droga. Que por conversación telefónica del día 27 de marzo en el teléfono intervenido a aquel, se detectó que de Perú iba a llegar un paquete, produciéndose una conversación de dicha persona con Carlos Manuel, existiendo un error pues la policía había ido a la dirección del paquete, siendo el 2-A, un piso- más abajo, y era el 3; tal como supo Víctor de dicho error y de la llegada de la policía al decir "ha llegado la secreta". Se trataba, según dijo, de un error deducido de las conversaciones entre dichas personas.

...

Dedujimos, siguió diciendo el agente; que, el destino era el pito NUM007 donde vivía Carlos Manuel, persona ésta a la que se le preguntó sobre una conversación entre Víctor y Torcuato (folio 177 bis del Torno 11), en la que se referían al cartero y a que es la casa de Carlos Manuel, negando su participación".

...

"Se solicitó la entrega vigilada, abriéndose el paquete en el juzgado de Torre Vieja.

El secretario del atestado a preguntas de la defensa de Carlos Manuel manifestó que se registró su domicilio en su presencia y que se hizo en dicha vivienda al ser donde iba dirigido uno de los paquetes, no registrando la planta segunda porque en las conversaciones hablaban de que la planta era otra, no recordando si se hizo gestiones sobre quien fuera el titular en la planta 2, verificando quién estaba empadronado y vivía, viendo como Víctor salía de ese bloque. Se registró la planta 3 fue porque los moradores que conocían a dicho acusado manifestaron que vivía allí, debiendo haberse confundido en las direcciones de envío, siendo este parecer una hipótesis del agente".



...

"El acusado Víctor ... manifestó, que no recordaba haber hablado con Cebollero (Rogelio .), de estos envíos de droga y sí del envío a la dirección de Guadalajara en la CALLE001 , en cuyo edificio vivía Carlos Manuel , valiéndose de dichas señas el declarante sin saberlo Carlos Manuel Carlos Manuel , al que conoce del pueblo, de fumar porros y de jugar al fútbol en Guadalajara".

Al igual que en los supuestos anteriores se ha especificado por el Tribunal la participación del recurrente, que en este caso no reconoció los hechos, sin embargo, pero que resulta clara la motivación del Tribunal en torno a la prueba practicada, y que implica y responsabiliza al recurrente en la participación en un delito de tráfico de drogas en el seno de organización, tipificación que implica el reparto y distribuciones de papeles. Así, en este caso la sentencia describe con suficiencia la tarea que se le ha encomendado a Carlos Manuel , que como consta en los hechos probados y en la fundamentación jurídica consistía en dar cobertura a la entrada de la droga a España, y para acreditar su participación, la sentencia identifica las conversaciones telefónicas, mensajes de BlackBerry, registro en domicilio, declaraciones del instructor y agentes, y también, las declaraciones de otro de los condenados.

No se trata de que existan meras sospechas respecto a la participación del recurrente en los hechos, como refiere, sino que existe prueba bastante y acreditación de su participación directa y el rol que desempeñaba.

Se ha tratado ya anteriormente en relación a los requisitos en relación a la posición de la sala con respecto al respeto a la presunción de inocencia, pero lo que en este caso concurre es una diferencia valorativa de la prueba tenida en cuenta por el recurrente frente a la del Tribunal, lo que no supone vulneración de la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- 3.- Por infracción de Ley por presunta violación por no aplicación del artículo 24 de la Constitución, en lo relativo con el derecho fundamental constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120.3º del mismo texto legal; ya que creemos que se ha incumplido la obligación de motivar la sentencia; y se le ha impuesto a mi representado a una pena de 9 años y una multa de un millón y medio de euros, y dicho sea con los debidos respetos, sin estar de forma debidamente motivada y razonada.

Se condena al recurrente como autor de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Entiende el recurrente que tal pena no está motivada, pero la pena de 9 años de prisión impuesta es la mínima, ya que el arco es de 9 a 12 años, y no se ha producido rebaja alguna de la pena, por cuanto no concurre atenuante muy cualificada que permita esa rebaja penal.

La pena de multa es de un millón y medio de euros y el art. 369 bis CP lo fija en multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratase de sustancias y productos que causen grave daño a la salud. Y visto el valor de las cantidades que se describen en los hechos probados de la droga, y que podrían llegarse hasta el cuádruplo de la cantidad valorada la multa impuesta es proporcional y no rebasa en modo alguno las previsiones de admisión previstas en la multiplicación que permite el precepto. El recurrente parte de que no pertenece a la organización criminal, pero ello ya ha sido analizado en el FD nº 2 de esta sentencia y en los precedentes fundamentos. Por ello, no es posible rebajar la pena, ya que está en el mínimo previsto. Además, al plantear suprimir el concepto de organización postula suprimir cantidades de droga aprehendida, lo que no se ajusta a los hechos probados.

La pena impuesta está motivada.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO OCTAVO.- 4.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que esta parte considera infringido el artículo 24.2 de la Constitución Española y al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como el artículo 21.6º del Código Penal.

Se ha resuelto sobre este motivo en el FD nº 2.

El motivo se desestima.

Recurso de Víctor



VIGÉSIMO NOVENO.- 1.- Por Infracción de Ley al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 18.3 de la Constitución Española que garantiza el secreto de las comunicaciones.

Ha sido condenado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa daño, en cantidad de notoria importancia, en el seno de una organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de tres millones de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad de moneda en su modalidad de tenencia de moneda falsa para su distribución, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de dos años de prisión y multa de dos mil euros con responsabilidad personal subsidiaria de cinco días en caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como autor criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de dos años, nueve meses y un día de prisión y multa de doscientos sesenta mil euros con diez días de arresto sustitutorio en caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Sobre el tema de las intervenciones telefónicas ya se ha analizado debidamente en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO.- 2.- Por Infracción de Ley al amparo del artículo 5, párrafo 4º, de la Ley Orgánica del Poder judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de precepto constitucional, en concreto del artículo 24 de la Constitución Española que recoge garantías de carácter procesal y entre ellas el Derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva, a un juez ordinario predeterminado por la ley, a valerse de los medios de prueba pertinentes en su defensa y la prohibición de indefensión.

Ya se ha hecho mención en la sucesiva relación de hechos probados que se ha expuesto al relevante papel que desempeñó el recurrente en el operativo llevado a cabo y en las actuaciones desplegadas para traer la droga a España con el entorno de una organización que le exigía y permitía llevar a cabo su objetivo, pero que queda cortada por la declaración llevada a cabo por el testigo protegido, absolutamente completa y definiendo y concretando lo que estaba ocurriendo, lo que determina la medida de injerencia, dada la gravedad de lo relatado y la necesidad de actuar mediante la medida de injerencia e investigación llevada a cabo que desemboca en las progresivas detenciones.

Al recurrente se le ha admitido y reconocido la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos en base a lo expuesto en reconocimiento de hechos.

Se fija su clara y relevante participación en los hechos, y que se refleja en los hechos probados, a saber:

"Dicha persona mantenía los contactos con el acusado Víctor (Marí Juana) el que a su vez tenía al tanto al asimismo acusado Rosendo (Gallina) y este al anterior en las gestiones que en la misma dinámica efectuaba, contando a su vez dichos acusados para los distintos cometidos encaminados a la recepción de la sustancia estupefaciente, con varios del resto de acusados, según los fueran necesitando ...".

...

"Punto 1. El acusado Víctor , se encargó de buscar a una persona que iría a recoger un paquete procedente de Colombia con cocaína"

...

"Punto 2. El encargado de ir a recoger a la pasajera al aeropuerto era el acusado Víctor "

...

"Punto 3. Por cuenta de Víctor y Rosendo , estando implicados los también acusados Rogelio y Romualdo , el acusado, Serafin (Ezequiel), transportaba 2.005 gramos de cocaína con una pureza del 51% (y' con valor en el mercado de 144.525, 17 euros".

...



"Punto 4. El día 20 de febrero de 2013, se estaba a la espera de un nuevo pasajero con droga, el cual habla sido detenido ese día en el aeropuerto de Madrid-Barajas al portar en una faja, 3333 gramos de cocaína de una pureza del 62% valorada en 278.214,99 euros. La persona en cuestión se llamaba Romulo que había salido de Bogotá, comunicando Adolfina a Víctor a las 15:34 horas de esa fecha el nombre del pasajero en cuestión".

...

"Punto 5. Los acusados Víctor y Rosendo, en torno al día 23 de febrero de 2013, -estaban preparando el desplazamiento de un pasajero que desde España viajara a Sudamérica para regresar con cocaína".

...

"Punto 6. El acusado Víctor el día 27 de febrero del 2013, facilitó a un tercero el nombre de un declarado rebelde, en la idea de que se comprobase si podía contar con él como pasajero que desde Ecuador regresase con cocaína, sin que en la reunión que tuvo esa tercera persona con aquel acusado y con Rosendo, se ultimase la operación".

...

"7. Punto. En el mes de marzo de ese año, los acusados Rosendo, Víctor, Adolfina, además de Rogelio y Romualdo, se encontraban preparando la recepción de una maleta con quince kilogramos de cocaína a través de un pasajero que saldría de Caracas... En el mes de abril, se iba a contar con otro pasajero (declarado rebelde), que traería cocaína. A tal efecto, el día 11 Víctor envió su fotografía a Rosendo".

...

"El acusado Víctor, se encargó personalmente de la recepción de dos paquetes de cocaína empleando para ello la identidad de Julio".

...

"10. El acusado Rogelio en el mes de marzo de 2013, envió a Víctor la fotografía de otro pasajero que traería cocaína, tratándose del acusado Benedicto con el que se contaba a tal efecto.

13. En ese afán de conseguir cocaína, los acusados Víctor y Rosendo contactaron con el acusado Carmelo al que se referían como el rumano, averiguándose que una forma de introducción de la droga sería utilizando el barco denominado DIRECCION001 ... Para ultimar la operación Víctor en compañía de Rosendo se desplazó a bordo del turismo Mazda 3 con matrícula ZTR hasta la puerta del hotel 'La Carretera' de la salida 334 de la A-3 dirección Madrid".

...

"14. Por otra parte, Víctor contaba con el también acusado Ramón conocido por Sardina, para que llevase a cabo el proceso de adulteración de la cocaína".

...

"El acusado Víctor, del montante dinerario obtenido por el tráfico de drogas, enviaba a Colombia parte de aquél a nombre de otras personas, en su amplia mayoría, para que no se detectase su procedencia y sin que ningún envío alcanzase el importe de 3.000 euros. Con ese mecanismo remitió la cantidad de 137.234 euros".

Existen constantes referencias en el FD nº 2 a la actuación del recurrente reconocida, y así:

"De las conversaciones acabadas de referir se puede concluir que los acusados Víctor y Rosendo estaban empleados en la recepción de la cocaína (que es la, droga procedente de Colombia y Venezuela) en continuo contacto con las personas que desde Sudamérica les iban dando las indicaciones, o bien con trato directo en España..".

...

"En la conversación de 12 de noviembre siguiente, a las 1.4:03 horas, mantenida con Pallaras() Zambrano, Víctor facilita el correo «los DIRECCION004. Se aprovecha aquí para introducirlo pues a su través se detectaron varios mensajes relacionados con hechos varios, objeto de esta 'resolución, negando el acusado en juicio oral que le perteneciera a la par que reconoció en términos generales la mensajería y conversaciones telefónicas, como dijo".

...

"El Guardia Civil con TIP NUM027 manifestó que cubrió una vigilancia en la que estaban juntos-el día 10 de diciembre de 2012; Víctor y Rosendo, tirando el primero un papel al suelo por el lado del conductor, siendo recogido por sus compañeros que lo llevaron a la base, apareciendo una fotografía de una persona que iba



a tomar un vuelo que no llegó a coger y haciendo el testigo fotografías de dicha cita que recordaba que tuvo lugar en un VIPS de Alcobendas (Madrid Con los datos derivados de los documentos recogidos, comprobaron los agentes la expedición de un billete para el vuelo IBERIA NUM028 con el trayecto Lima (Perú) aeropuerto J. Chávez Int! a Madrid-Barajas, terminal 4S, pagado en efectivo y con salida el 10 de diciembre de 2012, sin que la viajera embarcara siendo el vuelo cancelado".

...

Se hacen constar los mensajes y conversaciones que implican al recurrente, y en el FD nº 5 se recoge que: "En puridad, son los gestores de la mayoría de las operaciones Víctor y Rosendo, con los que a su vez se implican en la misma actividad delictiva concertada los otros acusados más arriba nombrados, con los que, con su mayoría mantienen las reuniones y se chatean o entablan conversaciones telefónicas, de tal modo que se está en presencia de una asociación estructurada, con reparto de papeles y permanente en el tiempo".

..."El resto del cometido se desenvuelve entre Víctor y Rosendo y las demás personas de las que van disponiendo y éstos aceptan invariablemente el cometido. Al margen de que las tareas de unos estén directamente vinculadas a disponer de la droga de la que se está a la espera y/o han buscado a los que la portarían, la de otros, encuadradas en recepcionar a los que llegan a España provistos de la cocaína siendo su labor la de evitar cualquier obstáculo que impida disponer de la sustancia, o estando pendientes de los portadores de la droga en su estancia en España proveyéndoles de lo que necesiten, y, finalmente, la de aquellos que se ponen en marcha en medio de la operativa siguiendo las pautas marcadas por Víctor o Rosendo, de ahí las diversas reuniones, siendo la persona de enlace entre la organización conformada en este país y la del lado sudamericano, Onesimo, según se comprueba por varias conversaciones telefónicas de las que en otro apartado de la resolución se han transcrito diversos pasajes y porque Víctor se refirió a él como el amigo de Carlos Alberto con el que éste cuenta en España.

Como se ha dicho, la gestión al frente de la operativa no se centra en el acusado Víctor, pues de la misma y en igual grado participa el acusado Rosendo, los que indistintamente mantienen interlocuciones con personas ubicadas en Sudamérica, siendo su misión prácticamente igual. De tal modo que no se puede incardinar a Víctor en la jefatura de la repetida organización constituida en España a los fines ya dichos de introducción de la cocaína en territorio español, en tanto que es perfectamente sustituible e intercambiable dicho acusado con Rosendo, siendo el papel de uno y otro idéntico en la trama delictiva que alentaban y se encargaban de poner en marcha en lo que a la misma competía una vez se estaba a la espera de la cocaína que provenía de Sudamérica".

Existe prueba bastante que ha sido debidamente valorada por el Tribunal en la extensa motivación e individualización de la sentencia.

En cuanto a la competencia del juzgado instructor nos remitimos al FD nº 2 de esta sentencia.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- 3.- Por Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto, dados los hechos que se declaran probados, se infringe precepto penal y norma jurídica de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la Ley penal. En concreto se produce infracción del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto el Tribunal para valorar la prueba se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos.

Se desiste del motivo.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- 4.- Por Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación de juzgador sin resultar contradicha por otros elementos probatorios.

Ya hemos hecho mención a la vía del art. 849.2 LECRIM y las características de la vía del error de hecho basado en documentos literosuficientes, y ya hemos hecho referencia anteriormente a los límites en la cita o basamento de documentos.

Se citan sentencias y fundamentos de derecho que no pueden referirse como hemos explicitado con sumo detalle en el FD nº 23, dado el carácter restringido de esta vía. No pueden utilizarse declaraciones de testigos, actas, ni argumentos jurídicos recogidos en sentencia. El cauce que utiliza no es el idóneo, como ha explicado esta Sala en reiteradas sentencias.

El motivo se desestima.



TRIGÉSIMO TERCERO.- 5.- Por Infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 369.1.5º del Código Penal en relación con el 369 bis del Código Penal.

Con respecto a la atribución de la aplicación al recurrente de los tipos agravados de cantidad notoria y pertenencia a una organización delictiva ya se ha tratado con detalle, tanto en el análisis de la prueba en el caso del recurrente como en el FD nº 2 con sumo detalle. Y más en el caso del recurrente al que el Tribunal le aplica el carácter relevante y de responsabilidad que tiene en la organización que lleva a cabo las operaciones. Si existe algún responsable donde confluyen con fuerza es en el recurrente. Cuestiona la referencia de los hechos probados donde se hace mención a aspectos que permiten la subsunción de los hechos en los tipos penales por el que es condenado, olvidando que ya hemos hecho referencia a que la vía utilizada del art. 849.1 LECRIM exige el respeto a los hechos probados y en este sentido, éstos son evidentes de la comisión de los delitos por los que se le condena. Se ha explicado anteriormente los límites en el uso de esta vía casacional que se debe respetar.

En cuanto a la competencia del juez instructor que acordó la medida de injerencia ya se ha tratado en el FD nº 2 de esta sentencia.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO CUARTO.- 6.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el artículo 851, apartados 1º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se alega falta de claridad técnica. Sin embargo, debemos hacer notar que este motivo se refiere solo al relato de hechos probados. Y para ello se exigen los siguientes requisitos:

1.- Que en el contexto del hecho probado se produzca incompreensión, bien por uso de frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por empleo de juicios dubitativos, o por absoluta ausencia de presupuesto fáctico. Este vicio procesal es interno del hecho probado.

2.- La incompreensión del hecho probado ha de ser casualmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia y no existiría un engarce entre el hecho y la fundamentación de la subsunción.

3.- La falta de claridad por incompreensión o falta de entendimiento debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 716/2001 de 6 Abr. 2001, Rec. 386/2000).

La omisión del hecho probado da lugar al vicio procesal cuando la omisión tenga trascendencia para la calificación jurídica.

Esta Sala del Tribunal Supremo señala en Auto 1160/2016 de 30 Jun. 2016, Rec. 476/2016 que:

Respecto a la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incompreensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado. Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

También en Auto 1216/2018 de 13 Sep. 2018, Rec. 1054/2018 hemos señalado a propósito del vicio procesal consistente en la falta de claridad o contradicción en los hechos probados, según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), que este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" (Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015 , 837/2015 o la más reciente 44/2016). Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.



La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos. Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma" (Sentencias del Tribunal Supremo 323/2005 , 1024/2005 , 248/2007 , 474/2009 o 229/2016). Por las razones aducidas en el párrafo anterior tampoco la pretendida contradicción puede prosperar porque enfrenta hechos con razonamientos jurídicos.

Lo que considera el recurrente es más una disparidad con el relato de hechos probados y las consecuencias jurídicas que de ello se deriva, pero no es este el cauce que permite la vía utilizada del art. 851 LECRIM. El examen de los hechos probados no evidencia la queja casacional que se utiliza, ya que su no aceptación no supone vulneración de la exigencia que prevé el art. 851 LECRIM.

En el relato de hechos probados no se encuentra ninguna de las circunstancias expresadas ya que en su redacción se contienen términos claros, precisos y congruentes con la calificación jurídica de los mismos, describiéndose los actos delictivos por los que es condenado.

Atendiendo al objeto del motivo, no hay contradicción en los hechos probados, ni ausencia de referencia al recurrente en cuanto a ilícita actividad, ya que consta perfectamente descrita la actividad delictiva en los tipos penales, así como no se hacen constar conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, lo que vendría en contradicción con el alegato de ausencia en los hechos probados de referencia inculpatoria.

No pueden en modo alguno considerarse el relato de hechos probados incurso en los vicios denunciados, por lo que el motivo articulado, está carente manifiestamente de fundamento.

El motivo se desestima.

Recurso de Carlos Miguel

TRIGÉSIMO QUINTO.- 1.- Al amparo del Artº 5.4 de la L.O.P.J., por entender que la Sentencia recurrida vulnera el derecho a la presunción de inocencia establecido en el Artº 24.2, de la Constitución Española, toda vez que en el presente caso se ha vulnerado el indicado principio, puesto que se ha dictado una Sentencia condenatoria contra mi representado, sin la existencia de la más mínima prueba de cargo.

Se condena al recurrente como autor criminalmente responsable de conspiración para el delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, con la concurrencia de la circunstancia-agravante de reincidencia, a la pena de dos años y tres meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Nos encontramos ante otra condena en la que el Tribunal ha graduado la reducida responsabilidad del recurrente y lo ubica en la tesis de la conspiración, remitiéndonos a las consideraciones ya efectuadas anteriormente al respecto sobre las condenas por conspiración ex art. 373 CP.

En este supuesto, como hecho probado, la sentencia refleja que:

"El acusado Carlos Miguel, también conocido como el empresario, estaba en continua comunicación con Domingo y Ramón, para la adquisición y en la distribución de partidas de cocaína, tras ser, en alguna ocasión, manipuladas, sin que conste determinada cantidad".

Se refleja en el FD nº 2 de la sentencia que:

"Se ha de mencionar expresamente que los acusados a los que el grado de perpetración del delito se ha fijado en el de la conspiración, se debe a que el Tribunal ha convenido que los actos desplegados por los mismos, no superaban ese umbral de la comisión delictiva, moviéndose en el concierto previo para la perpetración de la operativa acordada en cada caso. En dicha situación se encuentran los acusados ... y Carlos Miguel ...

... En la misma línea argumental en relación al acusado Carlos Miguel pues aun contándose con un amplio número de conversaciones telefónicas, que por su lenguaje se advierte su involucración en operativas de droga, resulta difícil, dar por sentado partidas, cantidad de dicha sustancia y resto de datos que suficientemente



ponga de manifiesto que había sobrepasado esa ideación y concierto para la adquisición de la sustancia estupefaciente. En cualquier caso, es ciertamente difícil establecer con nitidez la línea que separa la conspiración de la tentativa. De ahí que, asaltando la duda racional, se haya optado en los casos acabados de significar por el grado de comisión delictiva penalmente menos gravosa".

En esta línea, esta Sala ha admitido esta modalidad de la conspiración en materia de tráfico de drogas en sentencia del Tribunal Supremo 977/2004 de 24 Jul. 2004, Rec. 633/2003 que señala que: "Por otro lado, los hechos que se describen en el "factum", como ponerse de acuerdo con otro, "para confirmar que podría ser puesta a disposición de una tercera persona" una determinada cantidad de cocaína, "sin que conste la efectiva puesta del estupefaciente en poder o al alcance de ninguno de ellos", satisface más las exigencias de la conspiración criminal, descrita en el art. 17 del Código penal, y sancionada en esta clase de delitos, en el art. 373 del propio Cuerpo legal, con idéntica pena que la prevista en el aplicado artículo 62 en relación con el art. 368. Individualizaremos penológicamente la sanción imponible en la segunda sentencia que ha de dictarse".

También en la sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 823/2012 de 30 Oct. 2012, Rec. 2511/2011 señalamos que:

"La conspiración a que se refiere el art. 17 del Cpenal tipifica las doctrinalmente llamadas resoluciones manifestadas que tienen de común con los actos preparatorios el que no contienen un principio de ejecución, por lo que se encuentran en un estadio anterior a la tentativa, vertebrándose tales resoluciones manifestadas por la existencia de un concierto de voluntades de varios en orden a la ejecución de un delito, en este caso, de tráfico de drogas. De ahí la definición de conspiración del art. 17 Cpenal que nos dice que:

"...La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo..." .

De acuerdo con ello, surge la conspiración cuando hay una puesta en común de la ideación criminal. En el presente caso, incluso se superó la fase interna de la mera ideación y resolución en la medida que se adoptaron medidas externas como adquisiciones de medios de transporte, y pagos hechos por los financiadores de la operación, actos todos de naturaleza preparatoria, previos a la ejecución.

En todo caso, hay que insistir, por un lado en la autonomía de esta figura --ciertamente autonomía relativa--, ya que la pena está en relación al delito proyectado y por otra parte solo pueden ser autores de conspiración los que reúnan las condiciones necesarias para ser autores del delito proyectado. En todo caso dada su condición de actividad previa a los actos de ejecución, nos encontramos en una fase previa a la tentativa.

Desde esta doctrina, es claro que no puede prosperar el motivo. En definitiva, la Sala comparte la decisión de la sentencia al fundamentar la calificación de conspiración en el f. jdco. segundo.

De la STS 1129/2002 de 18 de Junio citada en dicho f.jdco., retenemos las características de la conspiración delictiva, que, recordemos solo es punible en los concretos casos previstos en el C. Penal de acuerdo con el principio de especialidad declarado en el art. 17.3º en relación con el 373 del mismo texto.

En dicha sentencia 1129/2002 de 18 de Junio se concretan las características de la conspiración en las siguientes:

1- Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como delito de "dinámica propia" , no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal" , o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro.

2- Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "ejecución de un delito" y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz"), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373).

3- Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

4- Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de "condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia" cual son, no sólo el carácter previo o "pactum scaeleris" entre esas formas sino también la decisión de su efectividad o "resolutio finis".

El Tribunal basa su condena en seguimientos, fotografías, y conversaciones telefónicas, señalando que:

"Sin embargo, no se ha acreditado que, de las partidas de cocaína preparadas por Ramón, se destinasen alguna de estas al también acusado Carlos Miguel, persona ésta, que se reunió con el anterior y con Domingo, y mantuvo continuos contactos telefónicos con el último citado.

Es más que evidente que el acusado Carlos Miguel estaba empleado en actividades ilícitas del mismo tenor y vinculado solo a estos últimos acusados, desconociendo al resto.

De un lado constan documentadas las reuniones aludidas (folios 118 y siguientes del Tomo 33), además de haberse ratificado en juicio oral.

Así el Guardia Civil con T1P NUM021 manifestó que la sala les avisó que se reunía en Riofrío el químico (Domingo), con el "empresario", siendo este último Carlos Miguel, tomándose fotografías de dicha reunión.

Sobre esta reunión, la conversación de fecha 1 de julio de 2013 a las 12:35 horas (la 116) entre Carlos Miguel y la persona identificada policialmente como Domingo. En la misma dicen "Pachito estoy más o menos a media hora, entonces vea, le recojo ¿sabe dónde queda el museo de cera? No. Justo enfrente de Colón, ahí que hay un banco, es que me coge de camino y puedo entrar, puedo entrar más fácil que Atocha...creo que es el E3arclays...voy a coger y engancho pa allá.

El acusado Carlos Miguel vive en Zaragoza yeso da explicación a que llegue a la estación de Atocha y que Domingo se ofrezca a recogerle y llevarle hasta Riofrío, próximo a la plaza de Colon.

La relación entre los citados es innegable, figurando juntos, en otra, ocasión y con Sardina (folios 118 y siguientes del Tomo 33), revelándose la concreta actividad del acusado Carlos Miguel, Ella por cuanto los lenguajes crípticos de las conversaciones telefónicas se refieren a cantidades de droga y destinos - de la misma, o también .al previo proceso de adulteración, y a la par no se sabe si están inmersos en un blanqueo de dinero, a lo que también eludió el Instructor de las diligencias. ayudó nada le declaración de Carlos Miguel en juicio oral que en su legítimo derecho de defensa. dio una versión difícilmente creíble, lo que alertaba no corresponderse lo que dijo con aquello en lo que estaba involucrado".

Se evidencia, pues, que el recurrente "estaba en continua comunicación con Domingo y Ramón, para la adquisición y en la distribución de partidas de cocaína," hecho susceptible de ser subsumido en el supuesto de conspiración.

El motivo se desestima.

Recurso de Jose Ignacio

TRIGÉSIMO SEXTO.- 1.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 LECrim., por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, por infracción de los artículos 18. 3 CE en relación con el 24.2. CE.

Se condena al recurrente como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de prisión con multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Este motivo ya ha sido analizado con detalle en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- 2.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 LECrim., por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24. 2 CE, y en relación a su vez con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en lo relativo a la motivación de la sentencia para justificar la condena lo que no ocurre.

Se declara probado en la sentencia como hechos probados en este caso que:

"Por cuenta de Víctor y Rosendo, estando implicados los también acusados Rogelio y Romualdo, el acusado, Serafin (Ezequiel), transportaba 2.005 gramos de cocaína con una pureza del 51% (y con valor en el mercado de 144.525, 17 euros) en el vehículo Renault MeganeYKN que conducía el día 6 de febrero de 2013, por la vía A-5, siendo interceptado, cuando circulaba a la altura de la localidad de San Pedro de Mérida (Badajoz).



Inicialmente no se encontró sustancia estupefaciente pero como parecía que la marcaban los caninos de la unidad policial, se sometió al vehículo a una inspección comprobándose la existencia de un doble fondo detrás de los asientos.

El automóvil lo había prestado el asimismo acusado Jose Ignacio , y figuraba a nombre del también acusado Laureano , persona ésta que había vivido en el domicilio del primero en fechas anteriores, estando aquel al tanto del uso que se iba a dar al turismo.

En el registro practicado en el domicilio de Jose Ignacio sito en la CALLE000 NUM002 (Madrid), en el salón se encontró un revólver de 38 mm, una pistola de calibre 5,3, 22 cartuchos de calibre. 38 y 505 euros fruto de la actividad ilícita descrita.

Tanto las armas como la munición habían sido manipuladas y habilitadas como armas de fuego, e igual proceso en los números de registro, estando la munición en buen- estado de conservación.

En un dormitorio se encontró una bolsa con 16 cartuchos de 9mm corto y otros cinco cartuchos de 9mm de munición apta para ser utilizada".

Existe, pues, una plena colaboración del recurrente con los citados a fin de llevar a efecto las operaciones, y con una disposición del vehículo con el doble fondo habilitado para tal fin de ocultar la droga. Queda probada la relación del recurrente para facilitar la operación llevada a cabo.

En el FD nº 2 se añade que:

"El Instructor del atestado manifestó que controlaron el turismo que era de dos personas de raza árabe dado -que uno era el usuario de hecho y el titular formal era otro, llegándose a Saber todo por las conversaciones telefónicas. persona titular de turismo o titular de derecho Laureano y de hecho Jose Ignacio , que lo puso a nombre del anterior. Que en las conversaciones telefónicas se oía a un niño llorando y en el registro en casa de Jose Ignacio se comprobó que había un niño de dos años.

Que, participaron: -en este hecho Romualdo y. Serafin o- Ezequiel ; estando todo organizado por el tándem Víctor y Gallina o Rosendo siendo la Siguió diciendo, que Serafin llevó el turismo la noche antes de viajar al domicilio de Jose Ignacio y que se interceptó el paso al automóvil por miembros de su grupo que le seguían, sin que al principio se descubriera la droga, llevándolo a tráfico de Mérida sin resultado alguno y de ahí a Torre vieja a un concesionario de la, marca Renault, desguazándose, prácticamente,

Que a la unidad actuante les constaba que Jose Ignacio y Laureano vivían juntos, lo que se hizo constar en acta de registro domiciliario así como que se encontraron dos armas; que creía que tenían intervenidos dos teléfonos de Jose Ignacio , comunicándose Serafin por uno de Jose Ignacio , comprobándose por las conversaciones que Víctor y Rosendo en relación al vehículo contactaron con Serafin "

"En nombre de acusado Jose Ignacio se cuestionó la regularidad del registro en el vehículo Renault Megane pilotado el día 6 de febrero de 2013 por Serafin , sin otra mención a aquella incidencia que el hecho de que el registro y desguace del turismo se efectuase en Torre vieja que no en un concesionario próximo al lugar donde se interceptó por la A-5 al turismo pilotado por Serafin .

La explicación dada por los agentes fue nítida pues entraron en contacto con la titular del juzgado al frente de la investigación, la que autorizó que se examinase el turismo en un concesionario en su demarcación y a presencia del Letrado de la Administración de Justicia, que era lo relevante.

De las diligencias expuestas queda acreditada la participación de los nombrados con la excepción de Laureano . Y ello por cuanto esta persona llevaba tiempo sin vivir con Jose Ignacio , con lo que no consta que estuviera de otro modo al tanto de que se iba a utilizar el vehículo en que figuraba su identidad como titular. Se ha cuestionado a través de un informe que no fue impugnado por el Ministerio Fiscal que la firma que figura en una compraventa del Renault Megane fuera realmente estampada por Laureano , cuando, además, añadió su defensa que a tal efecto se empleó un DNI caducado".

...

"Que las armas estaban debajo de donde se sentó la mujer de Jose Ignacio , metidas en una bolsa en el salón, siendo aquel el que le habló de que Laureano venía de vez en cuando por el domicilio, pero que ya- no pues había alquilado una vivienda. Que los datos que dio Jose Ignacio fueron en una conversación informal cuando ya había sido instruido de sus derechos, Siendo así recogido en las. diligencias (folio 155 bis del Tomo 6)".

...

"Se ha de traer a colación la declaración judicial de Jose Ignacio (folio 267 del Tomo 5), en la que habla de un amigo suyo que se llama Laureano pero en relación a éste como la persona que le entregó una bolsa con



pistola y un revolver, afirmando en relación al vehículo que es de un amigo suyo sin dar nombres, siendo el declarante normalmente la persona que pilota el turismo, habiendo sido comprado haría un raes, no sabiendo nada de un, doble fondo y. prestando el vehículo a una persona que le dijo que su coche estaba averiado y que iba a ver a la familia a Badajoz devolviéndoselo en dos días".

...

"Es claro, además, -pues así lo tiene dicho Jose Ignacio , que el usuario del vehículo siempre había sido él, con lo que no parece que tenga que pedir autorización cada vez que, vaya a disponer del mismo, más si se cuestiona la titularidad real de Laureano , lo que así parece que era dada la libertad de disponibilidad que tenía Jose Ignacio -sobre el turismo, en coincidencia así con esas manifestaciones que se hicieron constar de este último durante el registro en su domicilio".

...

"En lo que respecta al acusado Jose Ignacio aun cuando mantenga que dejó el vehículo para hacer un favor a Serafin , según pasajes de las conversaciones escuchadas, ya referidas, de lo que se trataba era de intentar dejarlo fuera. En cualquier caso, el vehículo presentaba un doble fondo lo que se tuvo que hacer con antelación, lo que casa mal con la tesis de Jose Ignacio de que lo prestó para un viaje de Serafin a ver a su familia pues, en ese caso, sólo tendría que haber dispuesto éste del turismo el mismo día en que fue interceptado en la carretera viajando, cuando los agentes dijeron que Serafin lo acercó al domicilio de Jose Ignacio la noche anterior, uso previo que éste debió conocer".

El Tribunal lleva al convencimiento de la clara implicación del recurrente, pero valora ajustadamente la prueba practicada y excluye a Laureano , y señala que:

"En cualquier caso, no hay datos suficientes que avalen la participación de qué se hace objeto a Laureano al que se refiere Jose Ignacio en su declaración judicial para otra cuestión y más si hacemos caso de la diligencia policial (folio 569 del Tomo 29), en la que se hace constar que el segundo comentó en conversación informal que había puesto el coche de un conocido llamado Laureano porque no lo podía poner a su nombre ya que se lo embargaría.

Lo importante no es ese apartado sino el hecho de que incluso partiendo de que figurase como titular el acusado Laureano en la Dirección General de Tráfico, aparte de ese dato, aun cuando no es baladí, no obra otro que le vincule con el hecho de que Jose Ignacio lo prestase a Serafin el automóvil para el traslado de la droga a Badajoz, cuya implicación surge de aquel dato administrativo, que no de otra manera que le vincule con los hechos. Es claro, además, pues así lo tiene dicho Jose Ignacio , que el usuario del vehículo siempre había sido él, con lo que no parece que tenga que pedir autorización cada vez que vaya a disponer del mismo, más aún, si se cuestiona la titularidad real de Laureano , lo que así parece que era dada la libertad de disponibilidad que tenía Jose Ignacio sobre el turismo, en coincidencia así con esas manifestaciones que se hicieron constar de este último durante el registro en su domicilio".

Con ello, el Tribunal depura con detalle la prueba existente entendiendo que Laureano quedaba fuera del entramado, pero no así el recurrente como resulta de toda la prueba y la argumentación que refleja el Tribunal en su sentencia.

...

"En lo que respecta al delito de tenencia ilícitas de armas, fueron localizadas en el domicilio de Jose Ignacio y además tal como informaron los agentes que lo llevaron a cabo, las que se encontraban en el salón se intentaban ocultar por la esposa de aquel sentándose encima. Jose Ignacio hizo por desvincularse del hallazgo sin otra versión que afirmar que no eran suyas sino de otro, crucial extremo este que le incumbía acreditar sin que nada hiciera por ello sino ofrecer esa débil explicación.

La mención a estos hechos figura primordialmente en los folios 183 y siguientes del Tomo 4, en el Tomo 5, en los folios 499 a 503 del Tomo 7, en los folios 271 y siguientes del Tomo 7., en los folios 633 y 642 del Tomo X32, y en el folio 332 del Tomo 73, entre otros".

Queda claro que la intervención colaborativa del recurrente para la ejecución del acto y ocultación de la sustancia era evidente con la específica disposición, así como la tenencia ilícita de armas que queda debidamente probada y argumentada.

No existe vulneración del registro del vehículo, ni de la vivienda al disponer de la orden habilitante a tal efecto. No hay nulidad del registro del inmueble, ya que en estas diligencias lo son del inmueble, y es del registro de donde se deduce y desprende posteriormente las posibles responsabilidades que puedan extenderse, atribuyendo las armas al recurrente que era quien habitaba, siendo viable el registro, ya que las diligencias



llevadas a cabo dimanando de las constantes aportaciones de datos que las conversaciones telefónicas iban dando lugar, además de por las investigaciones llevadas a cabo con respecto al vehículo cedido en la operación antes descrita. Es correcta y adecuada a derecho tanto la diligencia de registro del vehículo que se insta y lleva a cabo en donde es posible verificarlo, así como concomitante del registro del inmueble donde habitaba el recurrente, tal y como se ha descrito.

Ahora bien, tal y como se ha configurado la calificación de los hechos en este caso concreto, y la diferente participación delictiva de los intervinientes, el grado de colaboración del recurrente no puede ser de llegar a la autoría del delito, sino más como cómplice, ya que colabora con la habilitación del vehículo para el hecho probado, lo que le sitúa más en un plano de complicidad que de autoría. Sin embargo, ello lo es a los efectos del presente caso, no como pronunciamiento general, en tanto la aplicación del principio de proporcionalidad en este caso y atendidos los hechos probados y la distinta participación atribuida a cada condenado, ya que en otros supuestos hemos asimilado conductas colaborativas relevantes en la autoría, por lo que hay que valorarlo todo en el caso concreto.

Recordemos con la sentencia del Tribunal Supremo 649/2013 de 11 Jun. 2013, Rec. 1652/2012 que "los meros actos colaborativos en ejecución de actos relativos al tráfico de drogas tienen encaje en la complicidad y no en la autoría. Como decíamos en la STS 147/2007 de 19 de febrero, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005, de 21.2).

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

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriadad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (SSTS 5.2.1998, 24.4.2000).

Debe modificarse la condena por autoría y fijarse que se condena a Jose Ignacio como cómplice criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión con multa de 70.000 euros con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Con ello se aplica la pena inferior en grado (art. 63 CP).

El motivo se estima parcialmente.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- 3.- Con carácter subsidiario a los anteriores. Por infracción de Ley por presunta violación por no aplicación del artículo 24 de la Constitución, en lo relativo con el derecho fundamental constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120.3º del mismo texto legal; ya que creemos que se ha incumplido la obligación de motivar la sentencia.

Se estima el motivo en cuanto a la modificación de la pena antes citada.

TRIGÉSIMO NOVENO.- 4.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que esta parte considera infringido el artículo

24,2 de la Constitución Española y al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como el artículo 21.6º del Código Penal, dicho sea con los debidos respetos y con estricto ánimo de defensa, ya que debemos tener en especial consideración, que si bien a mi mandante se le relaciona con unos hechos del año 2012, son enjuiciados en el año 2018, la sentencia tarda en ser dictada más de un mes, cuando según la Ley de Enjuiciamiento Criminal se debe dictar en cinco días.

Este motivo ya ha sido resuelto en el FD nº 2 de la presente resolución al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

Recurso de Teodoro

CUADRAGÉSIMO.- 1.- Al amparo del artículo 852 LECrim., en relación con el artículo 5.4º LOPJ, por haber mediado vulneración del artículo 18.1 y 3 CE, al vulnerarse el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, además de la garantía del secreto de las comunicaciones, al ser intervenidos los teléfonos utilizados por los ciudadanos de forma prospectiva, inobservando la necesidad de sospechas fundadas.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- 2.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim., por infracción de ley, por infringir el artículo 368, 369.1.5 y 369 bis CP., por haber sido condenado por un delito de tráfico de drogas, concurriendo notoria importancia y pertenencia a organización criminal, del cual no resulta correcta la aplicación de los tipos citados.

Se le condena como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Dado que se utiliza la vía del art. 849.1 LECRIM es preciso señalar cuáles son los hechos probados, a saber:

""Dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios. Entre dichos acusados se encontraba... Teodoro (Flequi).

...

"Para ultimar la operación Víctor en compañía de Rosendo se desplazó a bordo del turismo Mazda 3 con matrícula ZTR hasta la puerta del hotel "La Carretera" de la salida 334 de la A-3 dirección Madrid, -donde se reunieron con una mujer no identificada y con el también acusado Teodoro o " Flequi " quien tras la reunión se introdujo en el turismo A6 con matrícula XVW conducido por Carmelo , dirigiéndose ambos turismos a Valencia. Más tarde, ambos vehículos fueron localizados estacionados en dicha ciudad y los cuatro acusados en la cafetería "La Bodega", Tras la reunión, Carmelo el establecimiento y los tres acusados y la chica se dirigieron a vehículo marca Mazda. En un momento determinado, Teodoro salió del Vehículo y dirigiéndose a un contenedor de basura arrojó una bola de papel en trozos que, tras ser reconstruidos, resultaron ser tres documentos impresos de ordenador con los siguientes datos:

1º.- Hoja impresa de la página web. www.Marinetraffic.com con horarios de llegada del Puerto de Cartagena de Indias, de varios barcos mercantes, estando el nombre de DIRECCION001 entre ellos.

2º.- Hoja impresa de la página web de la empresa náutica NORDANA, en la que constan los puertos de amarre de varias embarcaciones de la empresa, con las fechas de llegada, constando que la embarcación DIRECCION001 (SKA S310), llegaría el 18 de mayo de 2023 al puerto de RIO HAINA (República Dominicana), el día 21 de mayo a Cartagena de Indias, el día 23 de mayo al puerto de Manzanillo (Panamá), el 27 de mayo al puerto de Santo. Tomás de Castilla (Guatemala), el 30 de mayo al Veracruz (México), el 2 de junio a HOUSTON (EEUU), el 7 de junio a SAVANNA (EEUU), y el día 10 de junio a Baltimore (EEUU).

3º.- Hoja impresa de la página web de la empresa NORDANA, continuando el itinerario anterior de varias embarcaciones donde consta que la denominada DIRECCION001 llegaría el 1 de julio al puerto de MOSTANGEANEM (Argelia), y el día 3 de julio al puerto de Sagunto, continuando ruta posteriormente, a otros puertos del Mediterráneo hasta acabar el recorrido el 22 de julio en Tarragona.

Dichos documentos, se correspondían con los enviados por Clara a Víctor , a petición de éste último, dado que los necesitaba y no disponía de los mismos.



Tras aquella reunión; Rosendo y Carmelo mantuvieron conversaciones los días 23 y 24 de Mayo, transmitiendo el primero al segundo el teléfono de la persona que viajaría a Valencia para hacerse cargo de ese transporte, siendo, el número NUM015 que se intervino a Teodoro .

Igualmente, y a los efectos de concretar la operación de introducción de cocaína en España por vía marítima, el día 20 de junio, Carmelo y Teodoro se reunieron en el centro comercial "La Gavia" de Madrid, llegando al acuerdo de que el primer envío sería de prueba y, que la droga vendría en el siguiente barco.

Por su parte el acusado Teodoro estaba en contacto con Rosendo sobre otros envíos de droga por avión, no constando que se desplazasen juntos a Londres por dicha circunstancia.

En el momento de ser detenido Teodoro , se le incautaron dos aparatos de teléfono móvil que habían estado intervenidos judicialmente".

Está claro que los hechos probados identifican al recurrente como parte integrante de la organización y se describe la forma de actuar y su relación con Rosendo que formaba parte de la misma también. El objetivo y los planes estaban diseñados y son los que constan en los hechos probados.

Se añade en el Fd nº 2 que:

"El instructor del atestado manifestó que Carmelo salió por las conversaciones mantenidas entre Víctor y rey o Rosendo y también por Flequi o Teodoro , siendo Clara la que pasó la documentación de varios barcos, precisando que, tras una cita, tiraron unos papeles que lograron reconstruir, apareciendo entre tales, la mención del DIRECCION001Siguió diciendo que se cubrieron más reuniones en Madrid de Carmelo que estaba apremiando con Flequi o Teodoro .

...El acusado Carmelo dijo en el juicio oral que conocía a Víctor , a Rosendo y a Teodoro (a los que señaló donde estaban sentados en el plenario), afirmando con toda rotundidad que se reunía con ellos para traer droga de Sudamérica, siendo ellos los que pondrían la droga y el declarante el contacto para importar el clorhidrato de cocaína, intercambiando con los mismos chats sobre este tema, pero contactaba más en persona y que lo del barco era para traer un contenedor con droga.

Que se los presentó una amiga en un restaurante, y que Jose Miguel era amigo suyo sin que se llevase nada a efecto, como es obvio, según así dijo. Que Víctor aparecía en el chat como Marí Juana , hablando muchísimo en reuniones y por algunos chats. De tal modo que en el chat de 23 de mayo cuando se dice "diez" son los kilogramos de cocaína y "a 37" es el precio, no dando nunca el nombre de empresa alguna. Que no ofreció empresa de pescado, pero que, si figura lo contrario, puede ser, solo que han pasado cinco años. Que lo de "billete" era para el tráfico de drogas pues no se hablaba de otra cosa.

...Siguió diciendo, aunque al principio afirmó que no sabía para que se reunían ni si las personas que lo hicieron el día 17 de abril eran además del él, Rosendo , Carmelo y Teodoro , que la empresa que iban a utilizar de recepción de la droga venía en los papeles, en los del itinerario, sin saber qué empresa iba a ser".

Los hechos probados evidencian la participación del recurrente en el núcleo organizativo que por razón de la "comunicabilidad" le hace responsable de los hechos delictivos asociados a la organización en una corresponsabilidad de los planes y sus ejecuciones. Se argumenta por el Tribunal la participación directa del recurrente a raíz de todo el conjunto de la prueba que se deriva de las propias declaraciones de acusados, intervenciones telefónicas y seguimientos policiales.

Al tratarse del cauce del art. 849.1 LECRIM los hechos probados permiten la subsunción en el tipo penal objeto de condena. Y con respecto a las comparaciones en relación a otros acusados es preciso destacar que corresponde al tribunal valorar la prueba y la diferente intervención en los hechos de los acusados, sin que suponga una desproporción la imposición de una pena que es la mínima atendiendo a los hechos probados y la responsabilidad derivada. Pero el ámbito comparativo no es posible al ser distintos los hechos probados en unos y otros casos cuando se compara la conducta probada de un acusado con la de otro. Del hecho probado no se desprende el carácter de la conspiración que sí se ha aplicado a otros acusados, sino la de perteneciente a la organización y, por ello, la comunicabilidad de lo actuado. No cabe modificar los hechos probados en la vía casacional utilizada. No cabe equiparar conductas probadas entre acusados cuando el tribunal no lo fijó así en el relato.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- 3.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim., por infracción de ley, por infracción del artículo 21.6 CP., por haber sido condenado y no haber sido apreciada la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, por exceder del tiempo previsto por la jurisprudencia.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.



El motivo se desestima.

Recurso de Romualdo

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- 1.- Al amparo del artículo 852 LECrim., en relación con el artículo 5.4º LOPJ, por haber mediado vulneración del artículo 18.1 y 3 CE, al vulnerarse el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, además de la garantía del secreto de las comunicaciones, al ser intervenidos los teléfonos utilizados por los ciudadanos de forma prospectiva, inobservando la necesidad de sospechas fundadas.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- 2.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 852 DE LA LECrim., en relación con el artículo 5.4º L.O.P.J, por haber mediado vulneración del artículo 24.1 y 2 CE, al conculcarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el principio de presunción de inocencia del procesado.

El recurrente fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia, que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión con multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se condena al recurrente en las mismas circunstancias que el recurrente anterior en razón a la pertenencia a la organización, lo que determina la comunicabilidad tanto de la agravante de notoria importancia y las consecuencias derivadas de la pertenencia a la organización. Se ha explicado con respecto al recurrente anterior estas circunstancias de comunicabilidad que se extienden a aquellos partícipes que se describen en los hechos probados como integrantes de la organización y las consecuencias que para ellos, como en este caso ocurre, se derivan.

Señala el recurrente que se le ha condenado por meras sospechas y que no existen indicios concurrentes que determinen la condena y que no hay acto concreto de tráfico, así como que hay error en la inferencia construida.

Los hechos probados que refleja el Tribunal son los siguientes:

"...Dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios. Entre dichos acusados se encontraba ... Romualdo".

...

"- Por cuenta de Víctor y Rosendo, estando implicados los también acusados Rogelio y Romualdo, el acusado, Serafín (Ezequiel), transportaba 2.005 gramos de cocaína con una pureza del 51% (y con valor en el mercado de 144.525, 17 euros)".

...

"En el mes de enero del año 2013, había acontecido que por desconocidos se perpetró el robo de un kilogramo de cocaína y 95.000 euros sin constar que tal incidente ocurriera en el domicilio de Víctor, acudiendo dicho acusado a Rosendo y al también acusado Romualdo para recuperar lo sustraído y poniendo el primero al tanto del incidente a su esposa, la asimismo acusada Clara.

En el mes de marzo siguiente, el acusado Rosendo informó a Víctor que había hablado con Romualdo, según la reunión del día 6 de ese mes, en el establecimiento "Bar Tropicallsima* donde también acudió el que podía ser una, persona a la que no afecta esta resolución. La reunión estaba relacionada con la actividad por drogas en la que los acusados citados estaban inmersos.

Se sucedieron diversas reuniones a lo largo del mes de abril en esa misma dinámica, así, la del día .9 de abril en el centro comercial. Le Gavia entre Rosendo y Jaime que utilizaba la identidad de Evaristo en su BlackBerry, que llegó en el vehículo Audi A4 con matrícula MBT, marchándose seguidamente al Palacio de 1-líe y reuniéndose en el Starbucks donde se encontraba Rogelio".

En cuanto a la prueba tenida en cuenta por el Tribunal se recoge en el FD nº 2 que:

"En la conversación 39 identifica a Rosendo y a Romualdo, contándole el declarante al segundo que no encontraron nada y que revisaron el coche y se halló droga, sin estar dicha persona involucrada en sus cosas. (f. 55).



Aparte de las declaraciones acabadas de referir donde figuran implicados por su tenor vados de los acusados, las conversaciones telefónicas no dejan dudas sobre la involucración de Serafin al que se le encontró la droga que transportaba, además de Rosendo , Romualdo , Rogelio , Víctor y Jose Ignacio .

Así, una vez que no te sabe nada de Serafin (pues se le ha interceptado el paso en la carretera), se producen varias conversaciones que se inician ese día 6 de febrero de 2013. Así (la 35) la mantenida entre Rosendo y Romualdo en la que éste le dice a aquel "el me puso feo y uno me eliminó del pin. ¿Usted cómo lo ve? Yo pienso que feo que le pasó algo feo tan pienso eso...no se los teléfonos apagamos papi...ya han pasado dos horas y media...yo pienso eso el negrito se enredó...no contesta luego le prende, luego pone eso y nos elimina, algún problema y tiene, que ser eso webón..o que los amigos hayan tenido un problema y lo hayan tirada a, él palante...no espere papi elle, lleguemos donde los moros, lleguemos "donde los Moros, lleguemos donde los moros. Llame en 15 Minuticos le llamo pa ver la razón me tienen".

La mantenida a las 12:41 horas entre Romualdo y Rosendo o rey (la 36), en la que dicen "¿Está en la B sí o no? yo no sé Rey .. ¿cómo? lo apagó el webón...y ya lo volví a llamar y ya directamente contestaba el buzón webón..". En la siguiente entre los mismos interlocutores (la 37), Romualdo le dice a Rosendo que es una cosa rara...y le puso feo...y que a ese man le pasó algo, a lo que le Rey le pregunta que algo cómo qué y Romualdo le dice que lo que le cuenta.

Ese mismo día a las 13:38 horas en conversación entre Rosendo y Víctor (la 38), aquel le dice que "papi ahorita acaba, me acaba de llamar Romualdo pa decirme que que le contestó y que es feo, lo eliminó a él y me eliminó a mí" a lo que responde su interlocutor "¿pero qué le contestó feo?, si contestó y escribió feo, ¿pero ¿qué le contestó, COMO le contestó? Yo en el BB escribió "feo" ¿pero entonces como le dejaron contestar al BB o que o Rey? Papi eliminó, nos eliminó, creo que le dieron la oportunidad de, de medio cogerlo y eliminó..." contestando Víctor "Joer y entonces ¿Quién iban?, solo. ¿Vos no sabes, el bar de los moros?" a lo que Víctor contesta "Si... pues entonces yo ya mismo, me voy pa lo de los moros mejor dicho" a lo que responde Rosendo "va va vaya usted, pero quena sepa que usted estaba allá, ¿no? No le dices que no sabía, pero entonces".

En conversación entre Romualdo , Romualdo y Rosendo a las 16:12 horas del 6 de febrero (la '37) el primero dice "Aquí he estado hablando con Ezequiel ...por-fin me agregó. Es que llegando por allá le atravesaron el carro los tombos y que le llevaron el. carro ofendidos porque no le encontraron nada y lo dejaron salir y llevaron el carro. ¿Ahí iban las cosas ¿claro papi...y que supuestamente lo llevaron a él se b llevaron que por que el carro llevaba cosas raras...y que lo llevaron y no encontraron nada, lo dejaron salir B. él y se quedaron que con el carro...porque van a llevarlo-a un técnico de la Renault para que desbarate el carro si el carro de los moros, Ezequiel ése...imagínate Cojan el carro ese y cojan eso a mimbre de quien está en el carro, saben que Ezequiel lo iba manejando...ahora mismo que venga el muchacho para acá para recoger lo que llene donde ande el moro y ya webón...".

A las 17:48, horas entre Rosendo y Romualdo vuelve sobre que le atravesaron: el carro y lo tiraron al suelo...yo aquí voy camino, frente al abogado de mientras le paso eso al abogado por favor.

En conversación del día 11 de marzo de 2013, (la 42), entre la esposa de Serafin y Rogelio , identificándose éste como junior, hablan de que no tiene dinero para abogado y sobre "Si al calvo (Romualdo), le dieron plata esta semana...y el chico que está con él dentro allá dentro ya le dijo a Serafin que habían pagao que ya le habían dao la plata a ese man. yo lo presenté y tales....si él tampoco se va a comer todo el marrón...entonces estará pendiente lo del coche pero ya está ...

...

"En conversación de esa fecha a las 113:29 horas, entre Víctor y Romualdo (cuyo teléfono empleado es el NUM029) el primero dice. "Papi el man dice que el billete apetece y que está entre los dos webo el de ese del zarpalo..."

Aunque el recurrente niegue toda participación en los hechos de la fundamentación jurídica al número dos de la sentencia se evidencia claramente la relación y la pertenencia a la organización por su directa sintonía con Víctor y Rosendo en un contexto de participación directa en las secuencias que se desarrollaba en el seno de la organización y el control que llevaban con respecto a todo lo que acontecía y había que hacer en cada caso.

La circunstancia de la comunicabilidad y el hecho concreto que se detecta y destaca en los hechos probados evidencia que con las conversaciones telefónicas intervenidas que han sido transcritas y que se han escuchado y que, además, son totalmente válidas, como se ha especificado en el fundamento de derecho número dos, conlleva que exista prueba bastante para entender enervada la presunción de inocencia y con ello la responsabilidad del acusado recurrente en los hechos probados, así como en la condena por la pertenencia a organización y la comunicabilidad a las circunstancias que se dan en la comisión de los hechos delictivos.



Existen conversaciones que implican al recurrente con los hechos que en la pluralidad operativa de la organización caracterizaban un proceder de concurso entre los que integran la organización y que son relacionados en los hechos probados. La multiplicidad de conversaciones habidas que les incriminan con el uso de un lenguaje encriptado permiten concluir al Tribunal la culpabilidad, como ocurre en este caso. No existe la pretendida confusión que se alega con otras personas. Las investigaciones conducen al recurrente como uno de los operadores de la organización, además de existir un acto de aprehensión de droga probado, además del conjunto hallado que entra en el ámbito de la organización y su comunicabilidad, una vez que al Tribunal le lleva la convicción de esta pertenencia. No se trata de indicios aislados, sino de datos directos, de intervenciones telefónicas que se contrastan con hechos concretos y de la cita y presencia del recurrente en las conversaciones sin duda alguna de su identidad, como ha valorado el Tribunal. El proceso de valoración es acertado pese a la queja casacional.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- 3.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim., por infracción de ley, por infracción del artículo 21.6 CP, por haber sido condenado y no haber sido apreciada la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, por exceder del tiempo previsto por la jurisprudencia.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

Recurso de Serafin

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- 1.- Al amparo del artículo 852 LECrim., en relación con el artículo 5.4º LOPJ, por haber mediado vulneración del artículo 18.1 y 3 CE, al vulnerarse el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, además de la garantía del secreto de las comunicaciones, al ser intervenidos los teléfonos utilizados por los ciudadanos de forma prospectiva, inobservando la necesidad de sospechas fundadas.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

Se repiten y reiteran extremos que ya han sido analizados en este fundamento. No se utiliza como prueba la declaración del testigo protegido. Que no se le haya localizado impide su interrogatorio, pero ello no lleva a la nulidad de las escuchas, por hechos distintos. La imposibilidad de interrogar es ajeno al Tribunal por su ilocalización. Lo que se hace es no valorar la lectura de la declaración sumarial, pero a los efectos de la validez de las escuchas lo que declaró es válido.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- 2.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim., por infracción de ley, por infracción del artículo 21.6 CP, por haber sido condenado y no haber sido apreciada la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, por exceder del tiempo previsto por la jurisprudencia.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

Recurso de Rosendo

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- 1.- Al amparo del artículo 852 LECrim, en relación con el artículo 5.4 L.O.P.J. por haber vulnerado el artículo 19.1 y 3 CE, al vulnerarse el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, además de la garantía del secreto de comunicaciones, al ser intervenidos los teléfonos utilizados por los acusados de forma prospectiva inobservando la necesidad de sospechas fundadas.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos en cuanto a las intervenciones telefónicas.

Añade el recurrente que "se fundamenta parte de la culpabilidad de mi mandante en las declaraciones de autoinculpación, derivadas de forma directa, a las conversaciones telefónicas interceptadas de forma ilícita. Ese nexo causal indisoluble entre la prueba ilícita que desembocó en la detención y la aplicación de incomunicación, conllevando un estado de presión, miedo, desconcierto y ansiedad, que originó una confesión completamente provocada por la situación descrita, y en ningún caso puede considerarse libre, espontánea y voluntaria".

No puede relacionarse que se confesaron los hechos ante la claridad de las escuchas y la incriminación que les suponía y que estas escuchas devienen nulas y con ellos el reconocimiento de los hechos que han realizado algunos de los acusados, obteniendo con ello la aplicación de la atenuante de confesión. En cualquier caso, al no haber nulidad de escuchas no hay conexión de antijuridicidad que determine nulidad de pruebas obtenidas y alcanzadas.



Y no puede en vía casacional llevarse a cabo un "arrepentimiento" del "arrepentimiento" al entender que se entendía que el haber reconocido los hechos podría llevar una mayor rebaja de penas cuando es sabido los momentos procesales en los que la doctrina jurisprudencial interpreta cuándo debe hacerse la confesión para obtener una plena eficacia y en qué medida se lleva a cabo, confesando absolutamente todos los hechos y favoreciendo y facilitando la investigación judicial. Otra cosa son las situaciones de conformidad en aquellos casos en los que esta es posible en atención de la pena que se pueda imponer y que antepone la pena ab initio del juicio mediante un corolario reconocimiento de hechos y pena, por lo que esta queda tasada desde el principio, siendo un sistema factible y viable para que en aquellos procedimientos en donde esta es posible en atención a las penas solicitadas, algunos acusados puedan reconocer los hechos y conformarse con las acusaciones reduciendo el volumen de las macrocausas si existen estas conformidades parciales, aunque ello no les exima de prestar declaración si la acusación así lo interesa.

Pero cuando no hay conformidad y hay reconocimiento de hechos es distinto el juego de la conformidad al del reconocimiento de hechos, en donde puede haber hasta renuncia de la prueba propuesta por la acusación ante el reconocimiento llevado a cabo, pero la asunción de los hechos solo puede enmarcarse en una "confesión tardía", ya que ha habido mucho tiempo para llevar a efecto ese reconocimiento y facilitar el proceso de investigación. Aquí nos encontramos, sin embargo, con el límite del art. 787 LECRIM en cuanto a la pena que no exceda de seis años para dictar sentencia de conformidad. Pero en otro caso lo que cabe es un reconocimiento de hechos, lo que lleva ya a la vía de las conclusiones definitivas, pero cuyo resultado es diferente al de la conformidad pactada si lo permite la pena que se solicita y el procedimiento a seguir, lo cual solo llevaría a una necesidad de reforma legal que evite estos límites en la opción de la conformidad por la defensa y la acusación sin los límites en la pena reclamada por las acusaciones o el tipo de procedimiento que se siga.

Sea como fuere no puede reclamarse en sede casacional que se reconocen los hechos para obtener determinada pena cuando según el procedimiento y cauce a seguir la vía es la de modificación de conclusiones y en este caso lo que se reconoce es la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento tardío de los hechos que se cuestiona penológicamente por esperarse una rebaja de pena mayor, aunque es cierto que esto no forma parte de la vía de la nulidad que se insta, por cuanto procesalmente es lo que señala la ley procesal penal en cuanto al trámite a seguir con independencia de la evidencia de la disparidad que existe entre los derechos del acusado según sea el procedimiento que se sigue y la pena que se inste por la acusación, para actuar vía conformidad, o vía de reconocimiento de hechos, con las claras diferencias que ello conlleva a la hora de pactar una pena, que es lo que en esencia cuestiona el recurrente con acierto en cuanto a la diferencia de derechos del acusado en el proceso penal, pero que en esta sede y, dadas las posibilidades que otorga la LECRIM no puede tener incidencia, así como tampoco la alegada nulidad de la medida de injerencia que ha sido validada en el FD nº 2 de la presente resolución.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO NOVENO.- 2.- A propósito de lo expuesto en el artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, por infringir el artículo 21.6º C.P., por haber sido condenado y no haber apreciado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificadas, por exceder el tiempo previsto por la jurisprudencia.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

Recurso de Rogelio

QUINGUAGÉSIMO PRIMERO.- 1.- Al amparo del artículo 852 LECrim, en relación con el artículo 5.4 L.O.P.J. por haber vulnerado el artículo 18.1 y 3 CE, al vulnerarse el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, además de la garantía del secreto de comunicaciones, al ser intervenidos los teléfonos utilizados por los acusados de forma prospectiva inobservando la necesidad de sospechas fundadas.

El recurrente ha sido condenado como autor criminalmente, responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón y medio de euros, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como autor criminalmente responsable de un delito de falsedad de moneda en su modalidad de tenencia de moneda falsa para su distribución, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de reconocimiento de los hechos, a la pena de dos años de prisión y multa de quinientos mil euros, con diez días responsabilidad personal subsidiaria caso de impago, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.



Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

Hay que señalar que el reconocimiento de hechos que se lleva a cabo por algunos acusados no tiene que ver con la desconexión de la antijuridicidad que se está reclamando, como se verifica por el recurrente anterior, ya que la circunstancia de que un acusado reconozca tardíamente unos hechos no puede conllevar que se haga una desconexión de antijuridicidad de una medida de injerencia, por cuanto tal nulidad de prueba no se ha producido.

El motivo se desestima.

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO.- 2.- Al amparo del artículo 852 LECrim, por infracción de ley, por infringir el artículo 5.4 DE LA LOPJ, por haber sido condenado por un delito de tenencia de moneda falsa, cuando no han quedado probados los elementos del tipo por el que ha sido condenado.

Sostiene que "no han quedado probados los elementos del tipo", y, en su caso, debiera aplicarse el párrafo 3º, pues a su juicio, para la correcta subsunción del mismo, el poseedor debe tener conocimiento a la hora de la recepción de la moneda, de la ilicitud de su origen en términos de autenticidad [...] no existe elemento alguno que se desprenda conocimiento, ni puesta en connivencia, ni de la falsificación a la hora de la recepción, ni connivencia con los falsificadores, es por ello, que entendemos que debe reorientarse a la libre absolución".

Hay que señalar que los hechos probados destacan que:

En el curso de la investigación se detectó que el acusado Víctor se dedicaba a la venta de billetes inauténticos de cincuenta euros:

Con ocasión de la diligencia de entrada y registro en su domicilio, sito en la CALLE004 número. NUM019 , en Guadalajara, se encontraron en su dormitorio 17 billetes de cien dólares americanos cada uno, enteramente falaces,

Dichos billetes inauténticos tenían el mismo origen que los localizados, en el domicilio del acusado Rogelio , sito, en la PLAZA000 NUM020 (Zaragoza), tratándose de 12.121 billetes de 100 dólares USA íntegramente falaces.

Sendos acusados disponían de los billetes falaces en la idea de: introducirlos en el circuito legal.

Respecto de la prueba pericial practicada señala el Tribunal en el FD nº 3 que: "De los dos TIP de la Guardia Civil que efectuaron el informe pericial, compareció a ratificarlo el NUM086 , concluyendo que los 137 billetes de 100 dólares USA (Incluyendo los intervenidos a Rogelio), son falsos dado que carecen de los contrastes de seguridad, imitando a los auténticos, siendo de destacar que el dictamen repara en que "Una persona profana en la materia, necesita un cierto conocimiento técnico de papel moneda, además de algún instrumento accesorio para comprobar sus características y así poder discriminar su autenticidad o falsedad".

...

En lo que respecta a Rogelio manifestó que efectivamente le encontraron billetes falsos muy malos y a ver si podía hacer algo con ellos.

En ambos casos la tenencia de los billetes inauténticos estaba preordenada a su puesta en circulación, pues de un lado carece de sentido esa disposición y de otro, a Víctor se le detectaron chat en los que pretendía facilitar a terceros billetes de 50 euros falsos, con lo que los dólares respondían a la misma idea, y, en cuanto a Rogelio , junto a la cantidad de billetes en su poder se han de destacar sus propias palabras "A ver si podía hacer algo con ellos", y ese algo si son billetes de la naturaleza que se dictaminó, no parece que pueda ser otra cosa que también ponerlos en circulación.

No dieron además ninguno de los acusados explicación convincente que haga cuestionar la finalidad acabada de exponer.

...

No se opone a esa introducción de forma alguna en el mercado, y por ende en el tráfico mercantil, mezclándolo con la moneda legal, el hecho de la antigüedad de la emisión de los billetes, actualmente fuera de circulación los auténticos a los que imitan los intervenidos. No se trata de que una máquina los pueda detectar, es que hay muchas otras fórmulas de introducirlos sin correr ese riesgo a que se advierta la falsedad. Los acusados están en continua relación con otros países donde también circulan los dólares USA, sin que todo el mundo, esté al tanto de la no vigencia de los emitidos (auténticos) que han sido simulados y pueden serle entregados, percatándose así de dicha circunstancia. En otro caso, aún menos tendría explicación la tenencia de los más de doce mil billetes intervenidos.



Consecuentemente, la puesta en peligro del bien jurídico protegido a través de estas infracciones penales sobre la moneda falsa, es evidente, toda vez que, entregándose en mano, entre particulares, es factible la introducción en el circuito legal de billetes de semejante características. Más, teniendo en cuenta la confusión para un profano en la materia, tal como en ese sentido recalcó el experto".

Por ello, en el FD nº 4 señala el Tribunal que:

"Los Hechos Declarados Probados son legalmente constitutivos de un delito de falsificación de moneda, en su modalidad de tenencia de moneda falsa para ponerla en circulación, prevista en el artículo 386-2º, párrafo segundo, del Código Penal, de atribuir a los acusados Víctor y Rogelio".

Pues bien, plantea el recurrente la "buena fe" en la recepción de la moneda falsa a tenor del art. 386.3 CP, a tenor del cual: "3. El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa LA EXPENDA O DISTRIBUYA después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses. No obstante, si el valor aparente de la moneda no excediera de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses".

Señala el recurrente que "el ÚNICO ELEMENTO DEL TIPO que ha quedado demostrado es la mera tenencia, sin embargo, el conocimiento a la hora de la recepción condiciona la aplicación del tipo al que se le ha subsumido el presente hecho".

Y también sostiene la aplicación de la tentativa en este caso.

Hay que señalar que el Tribunal señala en los hechos probados que "Sendos acusados disponían de los billetes falaces en la idea de: introducirlos en el circuito legal." Existía una clara asunción de que los billetes eran falsos y la idea era introducirlos en el mercado para obtener su beneficio, y además es clara la prueba pericial en este caso, ya que se recoge por el perito que "En lo que respecta a Rogelio manifestó que efectivamente le encontraron billetes falsos muy malos y a ver si podía hacer algo con ellos.

En ambos casos la tenencia de los billetes inauténticos estaba preordenada a su puesta en circulación, pues de un lado carece de sentido esa disposición".

Pero añade el Tribunal que "en cuanto a Rogelio, junto a la cantidad de billetes en su poder se han de destacar sus propias palabras "A ver si podía hacer algo con ellos", y ese algo si son billetes de la naturaleza que se dictaminó, no parece que pueda ser otra cosa que también ponerlos en circulación".

Resulta evidente por la diligencia de entrada, por las relaciones entre ambos condenados y el entorno en el que se estaban realizando las operaciones, por la práctica de la pericial y por la propia valoración que de las declaraciones de los acusados que la "buena fe" en la recepción era inexistente, que se sabía lo que se recibía y estaba claro el objetivo.

Hemos señalado respecto al art. 386.3 CP en sentencia del Tribunal Supremo 75/2002 de 29 Ene. 2002, Rec. 336/2000 que:

"El párrafo tercero del nuevo artículo 386, cuyo antecedente está constituido por el 286 del Texto derogado, criminaliza el supuesto de expendición o distribución de moneda falsa adquirida de buena fe después de constarle al agente la falsedad de la misma, siempre que el valor aparente de la moneda fuese superior a las 50.000 ptas., pues siendo inferior será considerado el hecho como falta tipificada en el artículo 629 del CP vigente.

La consumación del delito, pues, exige:

- a) el hecho de la adquisición de la moneda apócrifa de buena fe, es decir, ello implica que el adquirente haya sido bien engañado por el expendedor de la misma o bien incluso le haya sido entregada sin tampoco conocer aquél su inautenticidad, pues lo relevante es el desconocimiento de la falsedad, siendo incluso indiferente que la posesión haya sido adquirida en virtud de una transacción lícita o de un hecho ilícito, pues la buena fe se predica de la moneda en sí misma pero no del título de su adquisición;
- b) que tenga conocimiento de la falsedad con posterioridad a dicho momento adquisitivo y ya la moneda en su posesión;
- c) que la misma sea expendida o distribuida a un tercero, lo que equivale al traspaso de la posesión de las monedas o su reintroducción en el tráfico, bastando para ello el mero acto traslativo; y d) que el valor aparente de dicha moneda expendida o distribuida exceda de la cuantía de 50.000 ptas. A la vista de los requisitos anteriores se observa la falta de concurrencia del correspondiente al apartado c), de naturaleza eminentemente objetiva, pues los billetes no llegaron a cambiar de mano. Por ello la Audiencia entiende que el desarrollo del



delito no alcanza el grado de consumación, pero los actos descritos en el «factum» son subsumibles en el grado de tentativa que con carácter general regula el artículo 16.1 del CP."

No existe "buena fe" alguna cuando la propia sentencia reconoce que señaló "a ver si podía hacer algo" que implica, claramente, esas finalidades a las que se refiere el artículo 386. 2, párrafo 2º: "para su expedición o distribución o puesta en circulación".

En un caso semejante la sentencia del Tribunal Supremo 1180/2001 de 2 Jul. 2001, Rec. 305/2000 trata este mismo caso sobre la diferencia entre la recepción y tenencia de moneda falsa a sabiendas de que lo es, del apartado 3º en cuanto a la buena fe, por lo que estamos ante el elemento subjetivo que se deriva y obtiene de la inferencia, y en este caso esta no puede ser otra que la actuación del recurrente a sabiendas de su ilicitud e inexistencia de la buena fe, porque esta no puede presumirse en el propio contexto operativo en el que se estaba funcionando, y en donde se apunta "a ver lo que se podía hacer con ello", y en donde los peritos señalan que los billetes falsos eran muy malos, así como que "sendos acusados disponían de los billetes falaces en la idea de introducirlos en el circuito legal". No puede haber buena fe presuntiva cuando en este contexto se producen los hechos.

Señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 1154/2002 de 17 Jun. 2002, Rec. 4148/2000 que:

"Los elementos definitorios del delito se contraerían a los siguientes:

- a) Un hecho objetivo: tenencia de moneda falsa.
- b) Consciente adquisición de la posesión de dicha moneda, en connivencia con los falsificadores, introductores, expendedores o difusores.
- c) Un propósito posterior (elemento subjetivo del injusto), integrado por el destino último de lo poseído, que no es otro que su expendición o distribución. No es preciso que se haya llegado a distribuir o expender la moneda. De suceder así, nos hallamos ante el núm. 3 del párrafo primero del mismo art. 386 CP."

Está claro, de los hechos probados y la prueba, la conciencia de la falsedad de lo recibido que evita la práctica de la buena fe, que lejos de presumirse en este caso, se evidencia la mala fe de esa tenencia y el claro destino de su distribución y obtención de beneficios.

Y en cuanto a la tentativa, se trata éste de un delito de resultado cortado en el que va hasta la mera tenencia a la que va anudada, obviamente, la intención que se desprende del tipo penal no siendo imprescindible la reexpedición de las ilegítimas monedas; es decir la introducción en el tráfico jurídico ya que lo que se castiga es la mera tenencia recepción de la moneda. Con ello, es un delito de mera actividad y es de carácter permanente. El conocimiento de la mendacidad de las monedas es evidente y se desprende de la prueba practicada y está clara su finalidad de mantenerlas para su posterior distribución.

Cuestión distinta es que se tratara y se pudiera probar que las monedas lo son para colección lo cual no consta en el presente procedimiento.

Además, la sentencia antes citada del TS 75/2002 de 29 Ene. 2002 añade que:

"La tentativa supone pasar ya de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el precepto indicado existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario".

Es evidente que el delito se había consumado, ya que disponía de los billetes falsos que fueron intervenidos para su puesta en circulación. No había interrupción alguna. El tipo sanciona la tenencia, recepción u obtención de moneda falsa, y ello se había producido.

Y, además, si se hubiere dispuesto a la expedición nos iríamos al apartado 1º del art. 386, por lo que la mera tenencia no puede quedar asociada a la tentativa por quedar acreditada la consumación por la recepción y tenencia "para su distribución" lo que evidencia que el hecho probado determina la consumación del delito.

El motivo se desestima.

QUINCUGÉSIMO TERCERO.- 3.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim., por infracción de ley, por infringir el artículo 386 CP, por haber sido condenado por delito de tenencia de moneda falsa, cuando la conducta no afecta al bien jurídico protegido.



El motivo está basado en una aparente "inhabilidad" de los billetes para producir el efecto deseado de ser puestos en circulación en el mercado apelando a que las monedas "No podría ponerse en circulación dado que ningún comercio ni particular, aceptaría pagos con una moneda que no es operativa en nuestro territorio", afirmación que se rebate señalando que las monedas o billetes intervenidos, y por los que se condena, son dólares USA, de los que no cabe sostener que no son operativos en España.

Apela a las alarmantes deficiencias de los mismos, cuestión sobre la que la sentencia recoge (f. 119) que los peritos dictaminaron que "una persona profana en la materia, necesita un cierto conocimiento técnico de papel moneda, además de algún instrumento accesorio para comprobar sus características y así poder discriminar su autenticidad o falsedad".

Hay que señalar que lo que recoge la sentencia en el FD nº 3 es que los peritos exponen que: "Una persona profana en la materia, necesita un cierto conocimiento técnico de papel moneda, además de algún instrumento accesorio para comprobar sus características y así poder discriminar su autenticidad o falsedad".

Con ello resulta evidente que no queda constatado el carácter tan burdo y falaz de los billetes, no teniendo virtualidad en este caso que el propio recurrente sea el que asuma "a ver qué puede hacer con ellos" porque la pericial denota que no es tan fácil la detección de la falsedad, además de tratarse de moneda que puede ponerse en circulación por cuanto según los hechos probados al recurrente se le encuentran *12.121 billetes de 100 dólares USA íntegramente falaces. Sendos acusados disponían de los billetes falaces en la idea de introducirlos en el circuito legal.*

Así, que la prueba pericial haya detectado que los billetes son falaces no quiere decir que a simple vista se detecte que lo son, ya que solo es la pericial de expertos la que lo califica, obviamente, para la tipificación del delito, pero ya se expone que "se necesita un cierto conocimiento técnico de papel moneda, además de algún instrumento accesorio para comprobar sus características y así poder discriminar su autenticidad o falsedad".

Es evidente que el bien jurídico protegido en la falsificación de moneda y las modalidades atenuadas consiste en la seguridad en el tráfico monetario, tanto nacional como internacional. Se trata de evitar la introducción en el tráfico de monedas no emitidas por quien figura como emisor y con ello afianzar la seguridad jurídica en las transacciones. Pero es obvio que la conducta probada es típica porque está incluida en el art. 386.2 CP que ya prevé esa sanción para meros actos de tenencia, recepción u obtención de la moneda falsa para su expedición, es decir la preparada para este fin. Lo que ocurre es que es una modalidad atenuada de la del apartado 1º en la que se sigue atacando al bien jurídico en una actividad previa que es típica.

El motivo se desestima.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO.- 4.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, por infringir el artículo 368 CP, en conexión con el artículo 27 y 28 de la misma norma, por errar en la aplicación de los artículos 27, 28 y 61 CP, calificando la conducta como autor, cuando debió haber sido utilizado los artículos 27, 29 y 63, atribuyendo una posición de complicidad.

Señala el recurrente que "la conducta descrita como hechos probados no puede tener acogida, cuando no existe prueba alguna que muestre que mis representado participó de forma decisiva en los actos contra la salud pública de los que se le acusa. Dado que las conductas descritas no pueden encuadrarse directamente como autor, existiendo además un vacío probatorio insubsanable a la luz de las pruebas practicadas, para llegar a una inferencia que el Juzgador ha venido a declarar en la Sentencia impugnada".

El recurrente ha sido condenado como autor criminalmente, responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño en cantidad de notoria importancia y en el seno de organización, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica simple de reconocimiento de los hechos, con lo que la propia redacción de los hechos probados lo incluye en el terreno de la organización que excluye la complicidad.

Recordemos que se recoge que:

""...Dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios. Entre dichos acusados se encontraba ... Rogelio (Cebollero)

...

Por cuenta de Víctor y Rosendo , estando implicados los también acusados Rogelio y Romualdo , el acusado, Serafin (Ezequiel), transportaba 2.005 gramos de cocaína con una pureza del 51% (y' con valor en el mercado de 144.525, 17 euros) en el vehículo Renault MeganeYKN que conducía el día 6 de febrero de 2013, por la vía A-5, siendo interceptado, cuando circulaba a la altura de la localidad de San Pedro de Mérida (Badajoz).



...

Se sucedieron diversas reuniones a lo largo del mes de abril en esa misma dinámica, así, la del día .9 de abril en el centro comercial. Le Gavia entre Rosendo y Jaime que utilizaba la identidad de Evaristo en su BlackBerry, que llegó en el vehículo Audi A4 con matrícula MBT , marchándose seguidamente al Palacio de 1-líe y reuniéndose en el Starbucks donde se encontraba Rogelio . Otra de las reuniones mantenidas entre Rosendo , Rogelio y Prudencio relativas a los preparativos para hacerse con cocaína tuvo lugar el día 11 de abril ...

En el mes de marzo de ese año, los acusados Rosendo , Víctor , Adolfinia , además de Rogelio y Jaime , se encontraban preparando la recepción de una maleta con quince kilogramos de cocaína

... En el mes de abril, se iba a contar con otro pasajero (declarado rebelde), que traería cocaína. A tal efecto, el día 11 Víctor envió su fotografía a Rosendo quien la reenvió a Rogelio , estando pendientes de la llegada de dicho pasajero los acusados Carlos Manuel y Torcuato .

En el mes de marzo de 2013 el acusado Rogelio contactó con un tercero para que buscara pasajeros que regresaran a España portando cocaína, de lo que tenía que dar cuenta a Rosendo , tratándose la persona a la que se le solicitó dicha localización de viajeros, el también acusado Víctor Manuel , sin que finalmente efectuase viaje alguno el pasajero facilitado por este último acusado.

El acusado Rogelio en el mes de marzo de 2013, envió a Víctor la fotografía de otro pasajero que traería cocaína, tratándose del acusado Benedicto con el que se contaba a tal efecto".

La propia dicción de los hechos probados evidencia la decisiva participación del recurrente en los hechos, cuando ya hemos hecho mención a los cómplices en el tráfico de drogas a actividades auxiliares ajenas a la organización, pero no cuando el recurrente ya forma parte de la organización, lo que excluye la complicidad.

Articulando el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM los hechos probados describen una actividad de implicación relevante y en actividades plurales y concretas.

Hemos señalado en sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 690/2013 de 24 Sep. 2013, Rec. 10465/2013 que:

"En la STS 473/2010, de 7 de mayo, realizamos un análisis de la jurisprudencia de esta Sala sobre la admisibilidad de formas de participación en el delito contra la salud pública, ciertamente restrictiva dados los términos de la tipicidad del art. 368 del Código penal . Así, recogimos las SSTS 1036/2003, de 2 septiembre, y 115/2010, de 18 de febrero, que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis».

Y ya en el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, se subraya en la referida sentencia de esta Sala 115/2010 la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor" (STS núm. 643/2002, de 17 de abril), con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (STS núm. 93/2005, de 31 de enero).

En la STS 1276/2009, de 21 de diciembre, se afirma que "respecto de la complicidad en sentido estricto, esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos



de colaboración de poca relevancia, la aplicación del art. 29 con la consiguiente rebaja de la pena en un grado prevista en el art. 63. Tal ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar".

En las sentencias de esta Sala 312/2007, de 20 de abril, y 960/2009, de 16 de octubre, se enumeran "ad exemplum" diversos casos calificados de complicidad:

- a) El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.
- b) La ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- c) La simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (SSTS. 15-10-98 y 28-1- 2000).
- d) La labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10-7-2001).
- e) Facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25-2-2003).
- f) Realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23-1-2003).
- g) Acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7-3-2003).
- h) Colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS. 30-3-2004).

También se ha aplicado la complicidad delictiva en el tráfico de drogas recientemente a dos acusados que acompañaban con un vehículo "a modo de escolta" a aquel en el que se transportaba la droga, descripción que, por sí sola, indica -dice la STS 1230/2009, de 23-11- ya la realización de un papel secundario, sin dominio alguno del hecho y plenamente sustituible o fungible, incluso hasta prescindible. Actuar "de escolta" -matiza la referida sentencia- es descripción de una acción que incorpora, por ende, todos los requisitos propios de la accesoriedad que caracteriza la intervención del cómplice. Y también se le aplicó la condición de cómplice a quien se limitó a vigilar para avisar al vendedor de la sustancia cuando viera aparecer por allí a la policía y así pudo ayudarle en dos ocasiones concretas (STS 1276/2009, de 21-12).

La sentencia de esta Sala 55/2010, de 26 de enero, después de recordar el concepto unitario de autor que se acoge en el art. 368 del C. Penal, según el cual todas las formas de favorecimiento o de facilitación del consumo de sustancias estupefacientes constituyen indiferenciadamente supuestos de autoría, excluyendo así para esta clase de delitos contra la salud pública la distinción entre coautoría, participación necesaria y complicidad, ha acudido para solventar la cuestión de la justicia material del caso concreto en los supuestos de mínima importancia o relevancia de la aportación de un partícipe a la aplicación analógica in bonam partem del art. 29 del C. Penal".

La complicidad es actividad auxiliar y no integrada en el seno de la organización, cuya pertenencia es excluyente de la complicidad al referirse a actividad colaborativa relevante en el devenir de las operaciones, y no meramente auxiliar, o no necesaria, que llevaría a la complicidad. Una actuación puntual, aislada y ajena a la organización, pudiendo ser sustituida, da lugar a la complicidad, pero no es este el caso según se desprende de los hechos probados.

Y, además, en la sentencia muy reciente del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 84/2020 de 27 Feb. 2020, Rec. 2328/2018 se añade que:

"En varias sentencias de esta Sala se ha puesto de relieve la dificultad de apreciar la complicidad en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor. De forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden, no comprendidos en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en lo que se ha llamado " favorecimiento del favorecedor", con lo que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (SSTS núm. 93/2005, de 31-1; 115/010, de 18-2; 473/2010, de 27-4; 1115/2011, de 17- 11; y 207/2012, de 12-3).

Y así, se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del



favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar (STS 1276/2009, de 21-12).

2. La enumeración de supuestos contenida en la sentencia que se acaba de citar, como la que aparece en otras (STS nº :312/2007 de 20 de abril, citada por la STS nº 767/2009, de 16 de julio), no tiene carácter exhaustivo. Lo relevante es que la colaboración o aportación del sujeto al plan delictivo presente escasa relevancia en función de las características de los hechos".

El motivo se desestima.

QUINCUGÉSIMO QUINTO.- 5.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción de ley, por infringir el artículo 21.6º CP, por haber sido condenado y no haber apreciado la atenuante por dilaciones indebidas como muy cualificadas, por exceder el tiempo previsto por la jurisprudencial.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

Recurso de Pedro

QUINCUGÉSIMO SEXTO.- 1.- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 CE, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, en relación con el artículo 852 LECrim., por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia del acusado y el derecho a un proceso con todas las garantías.

El recurrente fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de un millón euros; con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Sostiene que no existe prueba que le incrimine ni relacione con la organización.

Recoge el Tribunal en los hechos probados que:

"...Dando forma a la implicación para los designios indicados desde Sudamérica a la hora de desplegarse la actividad del lado español, a un grupo compacto y estable entre dichos acusados, en cuya secuencia temporal se disponía de tales en función de que se requiriera sus servicios. Entre dichos acusados se encontraba ... Pedro (Cachas).

...

A su vez, el acusado Pedro , cuyo teléfono estaba intervenido, se puso en contacto con quien resultó ser el acusado Jose Francisco , con el que se reunió los días 25 y 29 de enero, quedando en que el primero proporcionaría la cantidad de 53.3 gramos de cocaína al segundo. A la cita acudió el primero en el vehículo Seat Toledo YLZ y el segundo en el automóvil Ford Focus con matrícula YWM . En el momento de la detención de Pedro se le encontró la BlackBerry con número NUM004 con la que se comunicaba con otros acusados y el teléfono con número NUM005 sometido a intervención judicial".

Fundamenta el Tribunal su sentencia en los siguientes extremos en el FD nº 2, a saber:

"Se ha de abordar la prueba de los que se atribuyen al acusado Jose Francisco con el también acusado Pedro , (obrantes entre otros pasajes del procedimiento a los folios 92 y siguientes del Tomo 4), figurando, que intercambiaron conversaciones telefónicas ciertamente crípticas (escuchadas en juicio oral las enumeradas al 26 y 27), y que, tras la segunda de las reuniones mantenidas, el primero envió al segundo un mensaje con el único texto de "53.3".

En juicio oral sendos acusados no han querido responder a las preguntas del Ministerio Fiscal, si bien Jose Francisco afirmó que conocía a su interlocutor, siendo amigo tuyo y que les buscaba droga para dos o tres parejas, sin que hubiera comprado droga para venderla.

En relación a las conversaciones manifestó que le había vendido un coche pero que se enfadaron pues no le hizo las reparaciones y que lo tenía aparcado en el campo añadiendo que no mandó un SMS a Pedro .

Por su parte éste último afirmó que era mecánico y que había tenido un problema con un vehículo que intercambiaba con Jose Francisco , sin que nunca haya vendido droga a dicha persona, sino que se intercambiaban.



Terminó por negar que fuera su número de teléfono donde figuran las conversaciones y SMS, al igual que también lo negó Jose Francisco .

Pues bien, el tenor de las conversaciones no parece que tenga nada que ver con un vehículo estropeado que requiera reparación alguna, sino, más bien con la droga que Jose Francisco necesita, y qué, como tiene admitido, le suministra Pedro .

Si bien lo anterior, no consta que el día que se encontraron se materializase transacción alguna por la cantidad de 53.3 gramos de cocaína, la que según el instructor del atestado se trataba de una droga que gestiona Pedro , del que añadió que dicho acusado junto a Gallina y paisa, de Venezuela, estaban preparando otro viajero, del tal modo que, con cargo a partidas de droga de ese origen, suministraba Pedro , cocaína a Jose Francisco " .

Hay que recordar que a Jose Francisco , que es con quien se relaciona al recurrente se le ha condenado como autor criminalmente responsable de conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y en este caso, ciertamente razón tiene el recurrente con el diferente tratamiento que existe entre ambos cuando en este supuesto no existe una motivación extensiva que permita adicionar al recurrente prueba de que, en efecto, su participación fue más allá de la existente con Jose Francisco , debiendo, por ello, darse el mismo tratamiento a la conducta de ambos y extender la fundamentación jurídica de los FD nº 17 y ss en lo que respecta a Jose Francisco al presente supuesto, lo que nos llevaría a fijar la condena, al igual que en el caso de Jose Francisco como autor criminalmente responsable de conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debe tenerse en cuenta que existe una relación de intercambio conductual que permite la equiparación de la gravedad de la conducta y la misma respuesta penal, pudiendo remitirnos a la argumentación jurídica de Jose Francisco para trasladarla a este caso. La motivación de la sentencia no permite un marco mayor de responsabilidad que implique la pertenencia a la organización con el hecho probado redactado y la prueba reflejada. Las conductas son recíprocas y esenciales en la comisión del delito de ambos en orden a admitir que la gestión estaba dirigida al tráfico de drogas en ambas direcciones, más que incluir al recurrente en un ente organizativo sobre el que no existe suficiente motivación, como en otros casos sí se ha extendido el Tribunal.

Con ello, se estima parcialmente el motivo y se le condena como autor criminalmente responsable de conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la pena de nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

QUINCUGÉSIMO SÉPTIMO.- 2.- Al amparo de los artículos 849.1 y 852 LECrim, en relación con el artículo 5.4 LOPJ y 24 CE, por lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, interesando se excluya del acervo probatorio el contenido del testigo protegido introducida por medio de su lectura por no haber sido sometida dicha declaración a contradicción.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima

QUINCUGÉSIMO OCTAVO.- 3.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo. 850.3 LECrim. Se ha acordado la lectura de la declaración del testigo protegido en el Plenario, sustituyendo así en contra de lo previsto por el artículo 446 de la LECrim. su comparecencia en el juicio oral para ser interrogado, con lo que se ha impedido a esta parte someter dicho testimonio a contradicción, imposibilitándola a formular las preguntas que constan en la grabación del Juicio Oral.

Se ha tratado ya este tema debidamente en los fundamentos precedentes. La lectura no ha producido ningún efecto, porque en esta sede no se tiene en cuenta por ausencia de contradicción, existiendo, sin embargo, prueba bastante debidamente argumentada por el Tribunal y valorada en su conjunto. Pero esta lectura no produce efecto alguno invalidante de la sentencia o el juicio celebrado por las razones ya expuestas. Su uso inicial en su declaración solo se valida para el auto de injerencia, no para la prueba de cargo.

El motivo se desestima.



QUINGUAGÉSIMO NOVENO.- 4.- Por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 849.1 y 852 LECrim, con infracción del artículo 24 CE al ser incompetente el juzgado de instrucción de Torreveja para conocer los hechos enjuiciados.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

SEXAGÉSIMO.- 5.- Por infracción de precepto constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 852 LECrim., en relación con el artículo 5.4 LOPJ, al entenderse vulnerados los artículos 18.3 y 24 CE.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 2 al que nos remitimos.

El motivo se desestima

SEXAGÉSIMO PRIMERO.- 6.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba.

Se ha tratado ya sobre este tema de la vía del art. 849.2 LECRIM en cuanto a la imposibilidad de basarlo en los extremos que se citan de actuaciones judiciales y a ello nos remitimos. Es inviable su utilización para acudir a la vía del *error facti* ex art. 849.2 LECRIM.

El motivo se desestima.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO.- 7.- Por infracción del artículo 24 C.E., al amparo del artículo 5.4 DE LA LOPJ en relación con el artículo 852 LECrim., por haberse infringido el derecho de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías. El derecho de defensa del recurrente se ha visto lesionado por la incomparecencia del testigo protegido y la imposibilidad de someter su declaración a contradicción.

Este tema ya ha sido tratado con sumo detalle anteriormente y a ello nos remitimos.

El motivo se desestima.

SEXAGÉSIMO TERCERO.- 8.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, por entender que dados los hechos probados se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, que debe ser observado en la aplicación de la Ley penal, por indebida aplicación del art. 368, 369.1.5º y 369 bis CP.

Nos remitimos al FD nº 56.

El motivo se estima parcialmente y nos remitimos a la calificación fijada y la pena impuesta modificando la acordada por el Tribunal.

SEXAGÉSIMO CUARTO.- 9.- Por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 849.1 y 852 LECrim., por infracción del derecho a obtener una resolución judicial motivada con infracción del artículo 24 y 120.3 de la CE.

Nos remitimos al FD nº 56.

SEXAGÉSIMO QUINTO.- 10.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 LECrim. La Sentencia de condena no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, habiéndose formulado solicitud de aclaración de la sentencia con fecha 25 de junio (entrada 26 de junio), dictándose Auto por medio del cual se acordaba no haber lugar a la aclaración de la sentencia, sin que se haya esgrimido la más mínima motivación en cuanto a dicha denegación.

Nos remitimos al FD nº 56.

SEXAGÉSIMO SEXTO.- 11.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3 LECrim, al no haberse resuelto en la Sentencia ni en la aclaración expresamente interesada por esta parte con fecha 25 de junio los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa.

Nos remitimos al FD nº 56.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO.- Al proceder la estimación parcial del recurso de Jose Ignacio y Pedro se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional para estos y costas al resto, junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación con imposición al resto (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO



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

DECLARAR HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados **Jose Ignacio** , con estimación parcial de sus motivos segundo y tercero, así como la estimación parcial del motivo octavo del interpuesto por la representación del acusado **Pedro** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 20 de junio de 2018, en causa seguida contra los mismos y otros por delitos contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, de falsedad de moneda en su modalidad de tenencia de moneda falsa para su distribución, de blanqueo de capitales, de tenencia ilícita de armas, contra la salud pública de sustancia que causa grave daño en grado de tentativa y de blanqueo de capitales por imprudencia grave. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados Adolfina , Onesimo , Prudencio , Ramón , Rogelio , Romualdo , Rosendo , Serafin , Teodoro , Clara , Víctor , Victorio , Jose Francisco , Jose Enrique , Carlos Manuel y Carlos Miguel . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García

RECURSO CASACION núm.: 4103/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Marí Juana Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 23 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 4/2017, dimanante del sumario nº 2/2016, del Juzgado Central de Instrucción nº 5, seguido por delitos contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, de falsedad de moneda en su modalidad de tenencia de moneda falsa para su distribución, de blanqueo de capitales, de tenencia ilícita de armas, contra la salud pública de sustancia que causa grave daño en grado de tentativa y de blanqueo de capitales por imprudencia grave, contra los acusados Víctor con NIE NUM030 , nacido el NUM031 de 1981 en Cali Valle (Colombia), hijo de Leoncio y Ángeles . En situación, de libertad provisional decretada el día 06 de julio de 2015 y detenido el día 14 de septiembre de 2013; Rosendo con NIE NUM032 , nacido el NUM033 de 1982, en Cali Valle (Colombia), hijo de Marino y Benita . En situación de libertad provisional decretada el día 22 de abril de 2015 y detenido el día 18 de diciembre de 2013; Rogelio con DNI NUM034 , nacido el NUM035 de 1977 en Valle del Cauca (Colombia), hijo de Olegario y Celestina . En situación de libertad provisional decretada el día 11 de septiembre de 2014 y detenido el día 14 de septiembre de 2013; Prudencio con NIE NUM036 , nacido el NUM037 de 1985 en Cambita Garabito (República Dominicana), hijo de Fátima y Felisa . En situación de libertad provisional decretada el día 20 de marzo de 2014 y detenido el día 05 de junio de 2013; Jaime con DNI NUM038 , nacido el NUM039 de 1979 en Cali (Colombia), hijo de Jose María y Gregoria . En situación de libertad provisional decretada el día 08 de octubre



de 2013 y detenido el día 03 de octubre de 2013; Pedro con NIE NUM040 , nacido el NUM037 de 1977 en Cali Valle (Colombia), hijo de Virgilio y Macarena . En situación de libertad provisional decretada el día 03 de junio de 2014 y detenido el día 24 de septiembre de 2013; Onesimo con DNI NUM041 , nacido el NUM042 de 1972 en Barrancas-Guajira (Colombia), hijo de Juan Francisco y Noelia . En situación de libertad provisional decretada el día 04 de junio de 2014 y detenido el día 26 de septiembre de 2013; Jose Francisco con DNI NUM043 , nacido el NUM044 de 1977 en Crevillente (España), hijo de Alfredo y Rafaela . En situación de libertad provisional decretada el día 24 de septiembre de 2013, de la que no ha sido privado; Romualdo con NIE NUM045 , nacido el NUM046 de 1978 en Palmira Valle (Colombia), hijo de Arsenio y Sabina . En situación de libertad provisional decretada el día 27 de febrero de 2015 y detenido el día 10 de octubre de 2014; Serafin con NIE NUM047 , nacido el NUM048 de 1983 en Cali Valle (Colombia), hijo de Sonia . En situación de libertad provisional decretada el día 13 de enero de 2015 y detenido el día 15 de febrero de 2013; Jose Ignacio con NIE NUM049 , nacido el NUM050 de 1981 en Meknes (Marruecos), hijo de Celso y Zaira . En situación de libertad provisional decretada el día 26 de septiembre de 2014 y detenido el día 15 de febrero de 2013; Laureano con NIE NUM051 , nacido el NUM052 de 1981 en Errachidia (Marruecos), hijo de Eladio y Africa . En situación de libertad provisional decretada el día 29 de octubre de 2014, de la que no ha sido privado; Pedro Enrique con NIE NUM053 , nacido el NUM054 de 1967 en Viterbo Caldas (Colombia), hijo de Eusebio y Angustia . En situación de libertad provisional decretada el día 14 de enero de 2015 y detenido el día 26 de septiembre; Ramón con NIE NUM055 , nacido el NUM056 de 1960 en San Juan de Colón (Venezuela), hijo de Fidel y Elisenda . En situación de libertad provisional decretada el día 11 de junio de 2015 y detenido el día 10 de septiembre de 2013; Carlos Manuel con NIE NUM057 , nacido el NUM058 de 1985 en Cali Valle (Colombia), hijo de Gumersindo y Evangelina . En situación de libertad provisional decretada el día 11 de septiembre de 2014 y detenido el día 14 de septiembre de 2013; Victorio con DNI NUM059 , nacido el NUM060 de 1975 en Tamayo (República Dominicana), hijo de Inocencio y Herminia . En situación de libertad provisional decretada el día 16 de marzo de 2015 y detenido el día 13 de junio de 2013; Victor Manuel con DNI NUM061 , nacido el NUM062 de 1973 en El Charco Nariño (Colombia), hijo de Leonardo y Eugenia . En situación de libertad provisional decretada el día 03 de diciembre de 2014 y detenido el día 14 de septiembre de 2013; Jose Ramón con DNI NUM063 , nacido el día NUM064 de 1974 en Villa Tapia (República Dominicana), hijo de Felisa . En situación de libertad provisional decretada el día 17 de marzo de 2014 y detenido el día 13 de junio de 2013; Jose Enrique con pasaporte NUM065 , nacido el NUM066 de 1960 en Tarancón (España), hijo de Nazario y Melisa . En situación de libertad provisional decretada el día 12 de noviembre de 2015 y detenido el día 05 de junio de 2013; Regina con DNI NUM067 , nacida el NUM068 de 1984 en Azua (República Dominicana), hija de Patricio y Laura . En situación de libertad provisional decretada el día 10 de junio de 2013, de la que no ha sido privada; Carmelo con NIE NUM069 y pasaporte NUM070 , nacido el NUM071 de 1975 en Brasov (Rumania), hijo de Romeo y Mariola . En situación de libertad provisional decretada el día 11 de marzo de 2014 y detenido el día 11 de octubre de 2013; Clara con DNI NUM072 , nacida el NUM073 de 1982 en Cali Valle (Colombia), hija de Natividad . En situación de libertad provisional decretada el día 04 de noviembre de 2014 y detenida el día 14 de. septiembre de 2013; Teodoro con DNI NUM074 , nacido el NUM075 de 1957 en Santa Rosa de Cabal Risaralda (Colombia), hijo de Jose Augusto y Rocío . En situación de libertad provisional decretada el día 20 de mayo de 2015 y detenido el día 20 de septiembre de 2013. Carlos Miguel con DNI NUM076 , nacido el NUM077 de 1953 en Burgos (España), hijo de Luis Andrés y Felisa . En situación de libertad provisional decretada el día 25 de junio de 2014 y detenido el día 14 de septiembre de 2013. Luis Pablo con NIE NUM078 , nacido el NUM079 de 1989 en Cali Valle (Colombia), hijo de Jesús Luis y Evangelina . En situación de libertad provisional decretada el día 17 de febrero de 2014 y detenido el día 14 de septiembre de 2013; Torcuato con DNI NUM080 , nacido el NUM081 de 1984 en Cali (Colombia), hijo de Juan Pablo y María Luisa . En situación de libertad provisional decretada el día 24 de octubre de 2014 y detenido el día 14 de septiembre de 2013; Adolfinia con DNI NUM082 , nacida el NUM083 de 1991 en Madrid (España), hija de Alexander y Candida . En situación de libertad provisional decretada el día 01 de octubre de 2014 y detenida el día 20 de febrero de 2014; Benedicto con NIE NUM084 , nacido el NUM085 de 1974 en Colombia, hijo de Aquilino y Ángela . En situación de libertad provisional decretada el día 13 de marzo de 2015 y detenido el día 09 de febrero de 2014, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 20 de junio de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debe modificarse la condena por autoría por delito contra la salud pública en lo que afecta a la condena a Jose Ignacio como cómplice criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión con multa de 70.000 euros con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Con ello se aplica la pena inferior en grado (art. 63 CP). Se mantiene el resto de su condena por tenencia ilícita de armas y resto de penas impuestas.

Y a Pedro como autor criminalmente responsable de conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

FALLO

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

Debe modificarse la condena por autoría por delito contra la salud pública en lo que afecta a la condena a Jose Ignacio como cómplice criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión con multa de 70.000 euros con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de su condena por tenencia ilícita de armas y resto de penas impuestas. Y a Pedro como autor criminalmente responsable de conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, quedando el resto de la sentencia en los mismos términos ya fijados.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García