



Roj: **STS 2906/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2906**

Id Cendoj: **28079120012016100531**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2016**

Nº de Recurso: **1947/2015**

Nº de Resolución: **521/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, de fecha 29 de junio de 2015. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, los acusados Javier e Leticia, representados por la procuradora Sra. Villalonga Vicens Núñez. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Torremolinos instruyó Procedimiento Abreviado 79/11, por delitos contra la salud pública y atentado, contra Javier, Leticia y otros, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga cuya Sección Novena dictó en el Rollo de Sala 1055/14 sentencia en fecha 29 de junio de 2015 con los siguientes hechos probados:

"Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales y así se declaran los que siguen:

A raíz de las investigaciones realizadas por funcionarios adscritos al Grupo II de la Unidad de Delincuencia Especializada y violenta de la Comisaría de Torremolinos de la policía nacional, se tuvo conocimiento de que un ciudadano egipcio, al que no afecta el presente juicio, podría estar dedicándose a la distribución de cocaína en Torremolinos y Benalmádena por lo que solicitó la intervención de dos teléfonos utilizados por él, que fue autorizada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Torremolinos mediante auto de fecha 7 de enero de 2011. Fruto de dicha intervención se detectaron indicios de la vinculación de dicho ciudadano egipcio con otras personas, relativa a la distribución de sustancias estupefacientes, entre las que estaba Javier, mayor de edad y condenado en sentencia firme el 28/04/95 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga (Sumario nº 6/1993) por un delito de tráfico de drogas entre otras penas a la de ocho años y seis meses de prisión y posteriormente en sentencia firme de 7 de noviembre de 2003 por un delito de daños y otro de amenazas a la pena, entre otras, de cuatro meses de prisión; en Sentencia firme de 13 de septiembre de 2007 por un delito de tenencia ilícita de armas y otro de tenencia de arma prohibida a un total, entre otras penas, de tres años de prisión y en sentencia firme de 2 de julio de 2010 por un delito de lesiones a la pena de tres años de prisión.

Con fecha 27 de enero de 2011 se dictó auto por el que se acordó la intervención del teléfono NUM000 utilizado por Javier.

Del desarrollo de dicha investigación, integrada por las escuchas, vigilancias y seguimientos llevados a cabo por funcionarios del referido grupo de la Policía, se tuvo conocimiento de que Javier e Leticia, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, viajaron sobre las 20,45 horas del día 8 de enero de 2011 a la localidad



de Dos Hermanas (Sevilla), en compañía de la madre del primero, Tatiana , mayor de edad con antecedentes penales no computables, en el vehículo de esta, un Nissan Terrano II matrícula-XYT , y sobre las 22,40 horas quedaron con una persona en la estación de servicio BP de la referida localidad, que les entregó un kilogramo de heroína y emprendieron el camino de regreso a Málaga.

El grupo policial investigador recabó el auxilio del Grupo tercero de la Unidad de Delincuencia especializada y violenta de la Comisaría provincial de Málaga y en la noche del 8 de febrero se establecieron dispositivos cubriendo dos entradas a Campanillas, uno en la salida hacia el cementerio, (dos vehículos camuflados y seis funcionarios policiales y el otro en la entrada al parque tecnológico, (dos vehículos camuflados y cuatro funcionarios policiales).

Sobre las 00.20 horas, del 9 de febrero de 2011, salieron de la autovía tomando la salida hacia el cementerio y cuando vieron que la vía se encontraba bloqueada por tres vehículos policiales con los dispositivos ópticos de emergencia activados, Javier detuvo el todo-terreno a unos diez metros del control y varios agentes, vestidos con chalecos reflectantes y con la leyenda "policía" y con placas emblemas del Cuerpo nacional de Policía sobre el pecho, se acercaron al Nissan Terrano II, y le gritaron "¡Alto!" "¡policía!". En lugar de obedecer, Javier aceleró el vehículo e intentó dar la vuelta para salir por donde había entrado, poniendo en peligro la integridad física de los policías NUM001 , NUM002 y NUM003 que respondieron realizando varios disparos intimidatorios al aire y a las ruedas traseras del vehículo y los dos últimos tuvieron que lanzarse fuera de la calzada para no ser arrollados por dicho acusado, que continuó su marcha, llegando a chocar con una valla lateral, y siguió marchas atrás varios metros hasta que se detuvo, lo que hizo que los policías se aproximaran, y en ese momento Javier emprendió súbitamente la marcha otra vez, esta vez hacia delante abalanzándose sobre ellos, de manera que llegó a golpear al agente NUM004 con uno de los retrovisores exteriores y lo lanzó al suelo, y los agentes NUM005 , NUM006 y NUM007 tuvieron que apartarse de la trayectoria del vehículo conducido por el acusado, lanzándose al suelo para evitar ser atropellados, por lo que realizaron varios disparos frontales y laterales a baja altura y hacia las ruedas delanteras.

A continuación, Javier , continuó con su huida y a gran velocidad atravesó el cerco policial por uno de sus laterales y se inició una persecución en la que desde el interior del vehículo tiraron por las ventanas puñados de heroína. A unos quinientos metros del control, pudieron interceptarles y detener el vehículo, siendo necesario reducir entre varios agentes a Javier , y cuando fueron a sacar del coche a Tatiana le arrojó un puñado de heroína a los ojos, al policía NUM002 , perdiendo la visibilidad por unos instantes, pero sin que precisara finalmente asistencia médica.

El Policía NUM004 resultó con tumefacción en región anterior del tobillo derecho que limitaba su deambulación, para cuya sanidad precisó una primera asistencia facultativa y quince días, cinco de los cuales estuvo incapacitado para el ejercicio de sus ocupaciones habituales y le quedó como secuela dolor en tobillo valorado en un punto.

Por su parte, el funcionario policial NUM005 sufrió una contusión con erosión en rodilla izquierda y contusión en brazo izquierdo, para cuya sanidad solo precisó una primera asistencia facultativa y cuatro días, uno de los cuales estuvo incapacitado para el ejercicio de sus ocupaciones habituales.

Parte de la heroína que transportaban quedó dispersa en el interior del coche e impregnada en sus ropas si bien se recuperaron un total de 512,69 gramos de heroína: una parte aspirada del interior del vehículo (497,60 gramos con una pureza del 2,64% adulterada con paracetamol y cafeína; un envoltorio de plástico con auto cierre con 1,29 gramos de heroína con una pureza del 1,04% adulterada con paracetamol y cafeína; un envoltorio de plástico con 7,60 gramos de heroína con una pureza del 4,03% adulterada con paracetamol y cafeína; aspirada de las ropas de Leticia (pantalón vaquero, cinturón, chaqueta con capucha y camiseta de manga larga), 4,40 gramos de heroína con un pureza del 3,55 % adulterada con paracetamol y cafeína.; aspirada de las ropas de Javier (camiseta de manga larga y pantalón de tela), 0,50 gramos de heroína con una pureza del 3,37% adulterada con paracetamol y cafeína; aspirada de las ropas de Tatiana (falda, pantalón, camiseta de manga larga y pañuelo), 1,30 gramos de heroína adulterada con paracetamol y cafeína.

También se intervino a los acusados: 18 comprimidos de metadona, cuatro blister con 26 comprimidos de diazepam, un blister con 8 comprimidos de lorametazepan, un teléfono móvil marca Nokia, 105 euros en efectivo del monedero de Leticia .

La droga incautada habría podido alcanzar en el mercado ilícito, en venta por dosis o unidades un precio total de 7.348 euros.

No ha quedado probado que Aurelio y Bienvenido participaran en la operación de tráfico de heroína descrita en el presente relato de hechos, ni tampoco se ha probado que Tatiana participara en la misma".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " Fallamos:



Que debemos condenar y condenarnos a Javier y a Leticia , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, concurriendo en él la circunstancia agravante de reincidencia y no concurriendo en ella modificativas de responsabilidad criminal, a la pena, para Javier de cuatro años y seis meses de prisión y para Leticia la pena de tres años de prisión y para ambos la multa de 22.044 euros con un mes de arresto sustitutorio para caso de impago, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la condena y pago de una séptima parte de las costas procesales, a cada uno de ellos.

Debemos condenar y condenamos a Javier como autor de un delito de atentado con medio peligroso ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo necesario durante el cumplimiento de la condena y como autor de dos faltas de lesiones previstas y penadas en el artículo 617-1° del Código penal a la pena de 40 días de multa con cuota de 10 euros por día por cada una de ellas y que indemnice en la cantidad de 1.200 euros al agente de la policía NUM004 y en la cantidad de 150 euros al policía NUM005 por sus lesiones temporales y al pago de una séptima parte de las costas procesales.

Debemos condenar y condenamos a Tatiana como autora de un delito de atentado, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo necesario durante el cumplimiento de la condena y pago de una séptima parte de las costas procesales la absolvemos del delito contra la salud pública del venía siendo acusada.

Sirviéndoles de abono el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa. Procédase al comiso de la droga, dinero, y objetos intervenidos, y déseles el destino legal. Póngase en conocimiento esta resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado y de la Dirección Provincial de Sanidad y Consumo.

Incóese y termínese, conforme a derecho, la pieza separada de responsabilidad civil. Llévase nota de esta condena al Registro General de Penados y Rebeldes.

Debemos absolver y absolvemos a Aurelio y a Bienvenido del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados con declaración de oficio del resto de las costas procesales.

Contra esta resolución puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Javier e Leticia que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- La representación de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Javier : PRIMERO.- Por vulneración del art. 18.3 de la CE , en lo relativo al secreto de las comunicaciones. Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr . por vulneración de derecho fundamental. SEGUNDO.- Por infracción del art. 24.1 y 24.2 de la CE en lo relativo a la tutela judicial efectiva y al principio de presunción de inocencia. TERCERO.- (nombrado también como segundo) Por infracción de ley con base en los arts. 849.1 y 2 de la LECr y 5.4 de la LOPJ por aplicación indebida de los arts. 28 , 368 , 550 , 551.1 , 552.1 y 617.1 del Código Penal al ser calificado como autor de los hechos y por haberse producido error en la apreciación de la prueba. CUARTO.- (nombrados como quinto y sexto).- Por infracción de ley, aplicación indebida de la agravante de reincidencia, art. 22.8 del Código Penal . QUINTO.- (nombrado como tercero) Por infracción del art. 24 y 120.3 de la Constitución Española en lo relativo a la motivación de sentencias.

B) Leticia : PRIMERO.- Vulneración del art. 18.3 de la Constitución Española , en lo relativo al secreto de las comunicaciones. SEGUNDO.- Infracción del art. 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en lo relativo a la tutela judicial efectiva y al principio de presunción de inocencia. Infracción de ley por aplicación indebida del art. 368 del Código Penal al ser calificada como autora de los hechos. TERCERO.- Infracción del art. 24 y 120.3 de la Constitución Española en lo relativo a la motivación de sentencias.

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

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 26 de mayo de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR . 1. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga condenó, en sentencia dictada el 29 de junio de 2015 , a Javier y a Leticia , como autores criminalmente responsables de un delito contra la



salud pública, concurriendo en él la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena, para Javier , de cuatro años y seis meses de prisión y para Leticia la pena de tres años de prisión, y para ambos la multa de 22.044 euros con un mes de arresto sustitutorio en caso de impago, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la condena y pago de una séptima parte de las costas procesales, a cada uno de ellos.

También condenó a Javier como autor de un delito de atentado con medio peligroso, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la condena, y como autor de dos faltas de lesiones previstas en el artículo 617-1° del Código penal a la pena de 40 días de multa, con cuota de 10 euros por día, por cada una de ellas, y que indemnice en la cantidad de 1.200 euros al agente de la policía NUM004 y en la cantidad de 150 euros al policía NUM005 por sus lesiones temporales, y al pago de una séptima parte de las costas procesales.

Condenó a Tatiana como autora de un delito de atentado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo necesario durante el cumplimiento de la condena y pago de una séptima parte de las costas procesales, absolviéndola del delito contra la salud pública del que venía siendo acusada.

Y absolvió a Aurelio y a Bienvenido del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados, con declaración de oficio del resto de las costas procesales.

2. Los hechos que fueron objeto de condena los resumimos, a efectos de mera introducción, en que, con motivo de una investigación integrada por escuchas telefónicas, vigilancias y seguimientos llevados a cabo por funcionarios policiales, se tuvo conocimiento de que Javier e Leticia viajaron sobre las 20,45 horas del día 8 de febrero de 2011 a la localidad de Dos Hermanas (Sevilla), en compañía de la madre del primero, Tatiana , en el vehículo de ésta, un Nissan Terrano II matrícula-XYT ; y sobre las 22,40 horas quedaron con una persona en la estación de servicio BP de la referida localidad, sujeto que les entregó un kilogramo de heroína, emprendiendo a continuación el camino de regreso a Málaga.

Una vez establecidos los pertinentes dispositivos policiales cubriendo las dos entradas a la localidad de Campanillas, sobre las 0.20 horas del 9 de febrero de 2011, los referidos acusados salieron de la autovía tomando la salida hacia el cementerio y cuando vieron que la vía se encontraba bloqueada por tres vehículos policiales con los dispositivos ópticos de emergencia activados, Javier detuvo el todo-terreno a unos diez metros del control y varios agentes, vestidos con chalecos reflectantes y con la leyenda "policía" y con placas emblemas del Cuerpo nacional de Policía sobre el pecho, se acercaron al Nissan Terrano II, y le gritaron "¡Alto, policía!". En lugar de obedecer, José aceleró el vehículo e intentó dar la vuelta para salir por donde había entrado, poniendo en peligro la integridad física de los policías NUM001 , NUM002 y NUM003 , que respondieron realizando varios disparos intimidatorios al aire y a las ruedas traseras del vehículo y los dos últimos tuvieron que lanzarse fuera de la calzada para no ser arrollados por dicho acusado, que continuó su marcha, llegando a chocar con una valla lateral. El automóvil siguió marcha atrás varios metros hasta que se detuvo, lo que hizo que los policías se aproximaran, y en ese momento Javier emprendió súbitamente la marcha de nuevo, esta vez hacia delante, abalanzándose sobre ellos, de manera que llegó a golpear al agente NUM004 con uno de los retrovisores exteriores y lo lanzó al suelo. Los agentes NUM005 , NUM006 y NUM007 tuvieron que apartarse de la trayectoria del vehículo conducido por el acusado, arrojándose al suelo para evitar ser atropellados, por lo que realizaron varios disparos frontales y laterales a baja altura y hacia las ruedas delanteras.

A continuación, Javier , continuó su huida y a gran velocidad atravesó el cerco policial por uno de sus laterales y se inició una persecución en la que desde el interior del vehículo tiraron por las ventanas puñados de heroína. A unos quinientos metros del control, pudieron interceptarles y detener el vehículo, siendo necesario reducir entre varios agentes a Javier . Cuando fueron a sacar del coche a Tatiana , ésta le arrojó un puñado de heroína a los ojos al policía NUM002 , perdiendo la visibilidad por unos instantes, pero sin que precisara finalmente asistencia médica.

Los policías NUM004 y NUM005 resultaron con heridas leves.

Parte de la heroína transportada en el vehículo quedó dispersa en el interior del coche e impregnada en sus ropas, si bien se recuperaron un total de 512,69 gramos de heroína, con diferentes porcentajes de riqueza, que se especifican en la sentencia recurrida. También se intervinieron a los acusados 18 comprimidos de metadona, cuatro blister con 26 comprimidos de diazepam, un blister con 8 comprimidos de lorametazepan, un teléfono móvil marca Nokia, y 105 euros en efectivo del monedero de Leticia .

Contra la referida condena recurrieron en casación las defensas de los acusados Javier e Leticia .

A) Recurso de Javier



PRIMERO . 1. En el *primer motivo* del recurso denuncia, por la vía procesal de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental al **secreto de las comunicaciones** del art. 18.3 CE , precepto que pone en relación con los arts. 11.1 , 238 y 240 de la LOPJ .

Alega al respecto la parte recurrente que el oficio policial que da pie al inicio de las intervenciones telefónicas, en concreto la del teléfono de " Bigotes ", se elabora mediante meras sospechas y conjeturas desprovistas de la entidad suficiente para fundamentar la merma del derecho fundamental, por lo que estaríamos ante unas escuchas meramente prospectivas, ya que no se habrían practicado previamente diligencias de investigación personales y patrimoniales sobre el presunto autor de tráfico de sustancias estupefacientes. Por lo cual, afirma que nos hallamos ante una injerencia ilegítima en un derecho fundamental del denunciado de la que se deriva la nulidad del auto dictado el 7 de enero de 2011 , resolución que permite acceder mediante su ejecución a la persona del recurrente, cuyo teléfono es intervenido mediante auto de 27 de enero siguiente, sin que se aporten datos concretos y verificables.

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

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el **presupuesto habilitante** de la intervención telefónica, constituye un **príus 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).

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

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

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

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



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

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

3. Al proyectar sobre el **caso concreto** la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, se comprueba que en la causa figura un oficio policial (folios 3 y ss.) en el que se solicita del Juzgado de Instrucción nº 3 de Torremolinos la intervención del teléfono de un sujeto llamado Amadeo (alias " Bigotes "), sobre el que se aportan todas sus señas personales, y del que constan datadas 32 detenciones, algunas de ellas por tráfico de drogas y también figura con varias identidades diferentes.

Reseña la policía en el oficio que han realizado vigilancias sobre esa persona que le han posibilitado constatar que frecuenta cafeterías y bares próximos a su domicilio, especificando los nombres de los locales. Esa persona permanece en las terrazas de los establecimientos consumiendo alguna bebida a la espera de contactar con presuntos compradores de sustancia estupefaciente, y adopta numerosas medidas de seguridad y de precaución ante la presencia policial, por conocer a los agentes y los vehículos que utilizan, circunstancia que dificulta sobremanera las vigilancias. Suele subir a su domicilio para reponer el par de papelinas de cocaína que acostumbra a llevar encima.

En el oficio policial se describe con detalle una operación de pase de sustancia estupefaciente correspondiente al día 4 de enero de 2011 presenciada por los funcionarios policiales NUM002 y NUM003 , quienes pudieron observar, según se expone en el oficio, a las 20,17 horas, cómo se acercaba al lugar donde se hallaba el acusado (cerca del kiosco ubicado en la barriada de "Cantarranas" del Arroyo de la Miel, en Benaldámana-Málaga) un ciclomotor marca Yamaha, de color azul, que utilizaba un individuo con casco integral de color negro. Este sujeto se acercó a " Bigotes ", quien le entregó algo que extrajo de su bolsillo, correspondiéndole el ciclomotorista con la entrega de un billete. Los actuantes intentaron después detener al presunto comprador, pero éste consiguió darse a la fuga aprovechando las circunstancias de la calle, la afluencia de tráfico y la velocidad del ciclomotor.

También reseñaron los funcionarios que el sospechoso carece de medio conocido de vida. Por todo lo cual, y ante las dificultades que concurrían para avanzar en la investigación, solicitaron la intervención de los dos teléfonos que utilizaba.

Respondiendo a la solicitud policial, el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 3 de Torremolinos dictó un auto el 7 de enero de 2011 debidamente fundado (folios 8 y ss. de la causa), en el que se recogen las circunstancias fácticas del oficio y se motiva jurídicamente la autorización de las dos intervenciones telefónicas.

A tenor de lo expuesto, y en contra de lo que alega la defensa del recurrente, sí se dan en el caso sospechas fundadas o fuertes presunciones de que el investigado se estaba dedicando habitualmente a la venta de sustancias estupefacientes, dado que en el curso de las vigilancias los funcionarios comprobaron los contactos que hacía orientados a la venta de algo que todo indicaba que tenía que tratarse de sustancias estupefacientes, según acabaron comprobando con la aparente venta de una papelina probablemente de cocaína a un ciclomotorista que se dio a la fuga. A lo cual han de sumarse los movimientos de contravigilancia que hacía el propio acusado ante la presencia policial, su carencia de medios de vida conocidos, las subidas reiteradas a su domicilio y las numerosas detenciones relacionadas con la venta de sustancias estupefacientes.

Y lo mismo debe decirse del auto dictado el 27 de enero siguiente (folios 28 y ss. de la causa) en el que se acordó la intervención del teléfono del ahora recurrente. Pues en este caso el Instructor contó con las sospechas fundadas derivadas de las escuchas de uno de los teléfonos de " Bigotes ", quien mantuvo una conversación con el recurrente en la que hablaban en sentido figurado de probar "coches y motores", refiriéndose realmente a la prueba de la calidad de la sustancia estupefaciente para lo cual



establecieron un contacto entre ambos (folio 24 de la causa). Esa conversación, una vez relacionada con las circunstancias personales del acusado Javier , sobre el que constaban seis detenciones por presunto tráfico de drogas, justificó debidamente la intervención del teléfono del impugnante en el referido auto judicial, en cuya fundamentación se hace referencia al contacto telefónico previo con " Bigotes ", en el que se habla de un tal " Luis Miguel ", que al parecer era quien suministraba sustancia a los dos anteriores.

Así las cosas, y una vez acreditadas las sospechas fundadas que determinaron las intervenciones telefónicas que ahora se impugnan, el motivo es claro que no puede prosperar.

SEGUNDO. El *motivo segundo* lo dedica la defensa a invocar, por el cauce procesal de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24 CE).

Toda la argumentación de la parte recurrente parte de la premisa de que las intervenciones telefónicas son nulas por violar derechos fundamentales. Por lo tanto, una vez que esa pretensión de nulidad ha sido rechazada en el fundamento anterior, la tesis en la que se sostiene el motivo no puede acogerse, habida cuenta que, al ser admitida la validez de las escuchas y de las pruebas posteriores que se derivaron de ellas, la presunción de inocencia queda diáfananamente enervada, pues el acusado fue sorprendido por los funcionarios policiales cuando pilotaba el vehículo en cuyo interior fue hallada parte de la heroína sobrante de la que arrojaron los acusados previamente por la ventanilla del turismo.

Y en lo referente al delito de atentado, las declaraciones testificales de los funcionarios policiales vertidas en la vista oral del juicio, debidamente recogidas en la fundamentación de la sentencia, y que aparecen además complementadas por los partes de lesiones que obran en la causa, constituyen prueba de cargo sólida y suficiente para enervar la presunción constitucional.

En consecuencia, el motivo resulta inviable.

TERCERO . En el *motivo tercero* del recurso (que la parte en su farragosa enumeración hace coincidir con el submotivo segundo por infracción de ley) se alega, con cita procesal de los arts. 849.1 ° y 2° de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la **aplicación indebida de los arts. 28 , 368 , 550.1 , 552.1 y 617.1 del C. Penal** por entender que se ha incurrido en error en la apreciación de la prueba.

En este submotivo la parte mezcla los motivos por error en la apreciación de la prueba con el de estricta infracción de ley.

En lo que afecta al tema probatorio, incide de nuevo en la nulidad de las intervenciones y en la doctrina de los "frutos del árbol envenenado", en virtud de la cual carecerían de eficacia probatoria todas las pruebas derivadas causalmente de las escuchas telefónicas. Sin embargo, al haber sido validadas éstas, todo el alegato de la parte se queda sin base argumental alguna.

A continuación cuestiona la defensa la existencia del delito de atentado, circunscribiendo su impugnación al elemento subjetivo del tipo penal. Pues señala al respecto que el acusado no pudo tener conocimiento de que las personas que le daban "el alto policía" fueran verdaderamente agentes de la autoridad, ya que no portaban distintivos que permitieran su identificación.

Acude así la parte al argumento probatorio que suele ser habitual en estos casos en que los implicados en una conducta delictiva previa acaban arrollando a los funcionarios policiales en lugar de detener el coche, bajo el argumento exculpativo de que realmente no sabían quiénes eran.

Pues bien, en este caso el relato de hechos probados, que ha de permanecer intangible al hallarnos ante un motivo de impugnación por infracción de ley, refiere que el vehículo marca Nissan de los acusados salió de la autovía tomando la salida hacia el cementerio, y cuando vieron que la vía se encontraba bloqueada por tres vehículos policiales con los dispositivos ópticos de emergencia activados, Javier detuvo el todo-terreno a unos diez metros del control. En ese momento varios agentes, vestidos con chalecos reflectantes y con la leyenda "policía", y también con placas emblemas del Cuerpo Nacional de Policía sobre el pecho, se acercaron al Nissan Terrano II y le gritaron a los acusados "¡Alto policía!".

Por consiguiente, el relato fáctico de la sentencia impugnada, basado en la prueba testifical practicada en la vista oral del juicio, desvirtúa toda la versión exculpativa del recurrente sobre la falta del dolo propio del delito de atentado, pues en las declaraciones testificales figuran datos objetivos inequívocamente evidenciadores de la conciencia que tenía el acusado de que las personas que le daban el alto y le bloqueaban la carretera eran funcionarios policiales en acto de servicio.

En consecuencia, al decaer los argumentos con que opera la parte recurrente en este submotivo del recurso, es claro que no puede acogerse.



CUARTO . En el *motivo cuarto* (rotulado con los motivos quinto y sexto), impugna la defensa la aplicación de la *agravante de reincidencia* (art. 22.8ª del C. Penal) por no especificarse en la sentencia recurrida los datos objetivos que pudieran justificar la apreciación de la precitada agravante, a tenor de las exigencias de los precedentes jurisprudenciales relativos a esa materia.

Según la jurisprudencia de esta Sala, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el " *factum* " de la sentencia los siguientes datos: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último extremo sólo será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho que es objeto del enjuiciamiento actual, por cuanto la aplicación "contra reo" de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE . Y en los supuestos en que no consten en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición (SSTS 875/2007, de 7-11 ; 132/2008, de 12-2 ; 647/2008, de 23-9 ; 1175/2009, de 16-11 ; 1061/2010, de 10-11 ; y 207/2012, de 12-3).

En el caso que se juzga los datos que se plasman en el "factum" de la sentencia para fundamentar la reincidencia son los siguientes: " *condenado en sentencia firme el 28/04/95 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga (Sumario nº 6/1993) por un delito de tráfico de drogas entre otras penas a la de ocho años y seis meses de prisión y posteriormente en sentencia firme de 7 de noviembre de 2003 por un delito de daños y otro de amenazas a la pena, entre otras, de cuatro meses de prisión; en Sentencia firme de 13 de septiembre de 2007 por un delito de tenencia ilícita de armas y otro de tenencia de arma prohibida a un total, entre otras penas, de tres años de prisión y en sentencia firme de 2 de julio de 2010 por un delito de lesiones a la pena de tres años de prisión*".

Por consiguiente, el acusado fue condenado por un delito de tráfico de drogas en el año 1995 a una pena de ocho años y seis meses de prisión, desconociéndose toda clase de circunstancias relativas a la ejecución de esa sentencia que permitan constatar si se ha cumplido o no el tiempo necesario para la cancelación de los antecedentes penales. Lo que sí resulta en cambio incuestionable es que han transcurrido más de 16 años desde la fecha de la condena hasta la comisión del nuevo delito, tiempo más que suficiente para inferir en favor del reo el transcurso del periodo de tiempo exigible para la cancelación, máxime cuando no consta ningún hecho objetivo que lo haya interrumpido.

Siendo así, ha de dejarse sin efecto la aplicación de la agravante de reincidencia, exclusión que ha de repercutir en la extensión de la pena impuesta. Pues si bien, tal como señala el Ministerio Fiscal, la pena que le fue aplicada al acusado en sentencia, 4 años y seis meses de prisión, constituye el límite máximo de la mitad inferior, por lo que sería también imponible sin la concurrencia de la agravante de reincidencia, parece razonable reducirla al quedar sin efecto la aplicación de tal circunstancia.

Ahora bien, al ponderar la gravedad de la ilicitud del hecho, constituido por el transporte de una notable cantidad de heroína, y la circunstancia de que el acusado ya ha sido condenado en varias ocasiones por diferentes delitos, lo que permite auspiciar una difícil reinserción social, se considera que la pena adecuada a la ilicitud delictiva (prevención general) y a las circunstancias personales del acusado (criterio de prevención especial) ha de ser la de cuatro años de prisión, puesto que resulta evidente que no se está ante un supuesto en que proceda imponer la pena en la cuantía mínima que postula la defensa. De otra parte, se mantiene la misma pena de multa, que le ha sido impuesta en la misma cuantía que la asignada a la acusada.

Se estima, pues, parcialmente este motivo de impugnación.

QUINTO . En el motivo que enumeramos como *quinto* (se corresponde con el tercero del recurso) se denuncia la infracción de los arts. 24 y 120.3 de la Constitución , en lo relativo a la *motivación de las sentencias* .

Aquí arguye la parte recurrente, en primer lugar, que el Tribunal no ha motivado específicamente la subsunción de los hechos declarados probados en los delitos contra la salud pública (art. 368.1 del C. Penal) ni en el delito de atentado (arts. 550 , 551.1 y 552.1 del C. Penal).

La relectura de la sentencia recurrida constata que nos hallamos ante una alegación retórica y formal, realmente ajena al contenido de la decisión judicial. Pues en el fundamento segundo de la sentencia se describen cuáles son los elementos integrantes del delito del art. 368 del C. Penal , requisitos que sin duda concurren en el presente caso a tenor del análisis de la prueba que hace la Audiencia.

Y en el mismo fundamento segundo se desglosan todos los elementos del delito de atentado agravado por la utilización de medio peligroso (un vehículo de motor). En la sentencia se razona por qué concurre el uso



de medio peligroso y por qué nos hallamos ante un acto de acometimiento, argumentando también de forma específica la concurrencia del dolo propio del delito de atentado contra agente de la autoridad.

De otra parte, vuelve el recurrente a mencionar formalmente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, obviando toda la prueba testifical, pericial y documental que se recoge debidamente argumentada en los folios que integran el fundamento tercero de la sentencia, a los que ya nos hemos referido en su momento, teniéndolos aquí por reproducidos.

En consecuencia, se desestima este último motivo de impugnación, aunque, al acogerse el motivo cuarto, se estima parcialmente el recurso, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECr .).

B) Recurso de Leticia

SEXO . El **primer motivo** del recurso está referido a la vulneración del derecho fundamental al **secreto de las comunicaciones** (art. 18 CE) por haber acordado y ejecutado unas intervenciones telefónicas careciendo de unos datos indiciarios que pudieran justificar el cercenamiento del referido derecho constitucional.

Los argumentos que aquí expone la defensa son exactamente los mismos que los alegados en el recurso del acusado, y como también es igual la pretensión de nulidad que formula, nos remitimos a los razonamientos y la conclusión que se expuso en el fundamento primero de esta sentencia, que se tiene aquí por reproducido con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo por tanto se desestima.

SÉPTIMO . En el **motivo segundo** se invoca, por el cauce procesal de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la **presunción de inocencia** (art. 24 CE).

Todo el motivo se centra en alegar que no concurre prueba de cargo acreditativa de que la acusada interviniera en el delito contra la salud pública, aduciendo que si bien viajaba en el interior del vehículo, ignoraba sin embargo totalmente que su esposo transportaba heroína dentro del coche, por lo cual habría sido condenada por el mero hecho de ser la esposa del acusado y acompañarlo en el interior del turismo.

El examen de la sentencia revela de forma incontestable que la Audiencia dispuso de un material probatorio sólido y concluyente contra la acusada. Pues no sólo figura el dato de que viajaba en el turismo que transportaba la droga, sino que los funcionarios policiales explicaron en la vista oral del juicio el protagonismo de ambos cónyuges en la planificación del transporte de la droga y en las conversaciones previas al viaje a Dos Hermanas para adquirirla, destacando el testimonio que prestó en tal sentido en el plenario el funcionario policial NUM003 , quien explicó que los hilos de toda la operación de la adquisición y transporte de la droga obtenida en la localidad de Dos Hermanas los movieron Javier y su esposa Leticia mediante llamadas telefónicas a los contactos que tenían en la referida población.

Esto resulta corroborado por la transcripción en la sentencia de las conversaciones telefónicas en que intervino la recurrente, obrantes en los dos últimos párrafos del fundamento tercero de la sentencia, que resultan muy expresivas a la hora de constatar su protagonismo en los hechos delictivos, autoría que se vio también corroborada por su reacción ante la presencia policial arrojando parte de la heroína por la ventanilla con el fin de que no les fuera intervenida por los agentes cuando los sorprendieron en su viaje de regreso a Málaga transportando la sustancia estupefaciente.

En consecuencia, el motivo es claro que no puede prosperar.

OCTAVO . Por último, en el **tercer motivo** del recurso se denuncia la infracción de los arts. 24 y 120.3 de la Constitución , en lo relativo a la **motivación de las sentencias** .

Aquí la parte se limita a reiterar la falta de prueba de cargo contra la acusada para enervar la presunción de inocencia con respecto a los hechos integrantes del delito de tráfico de drogas por el que ha sido condenada. Esta alegación carece de todo fundamento, tal como se explicó y razonó en el fundamento precedente, de modo que basta con la simple lectura del fundamento tercero de la sentencia recurrida para comprobar que estamos ante un argumento estereotipado y vacío de contenido que se desarbola con el mero examen de la resolución dictada en la instancia, cuya motivación cumplimenta holgadamente la motivación exigible tanto por la jurisprudencia constitucional como por la de esta Sala.

Se desestima, en consecuencia, este motivo y con él todo el recurso de casación, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta instancia (art. 901 LECr .).

III. FALLO



ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de **Javier** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, de 29 de junio de 2015, que condenó al recurrente como autor de un delito de atentado agravado contra agentes de la autoridad y de otro contra la salud pública de tráfico de heroína en su modalidad básica, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia en cuanto al último, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

De otra parte, **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN** formulado por la representación de **Leticia** contra la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, en la que fue condenada como autora de un delito contra la salud pública de tráfico de heroína en su modalidad básica, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, con imposición a la recurrente de las costas de esta instancia.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del **Tribunal Supremo**, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil dieciséis.

En la causa Procedimiento Abreviado nº 79/2011, del Juzgado de instrucción número 2 de Torremolinos, seguida por delitos Contra la Salud Pública y Atentado, contra Javier con DNI NUM008, nacido el NUM009 de 1971 en Málaga, hijo de Bienvenido y Tatiana, Leticia con DNI NUM010, nacida el NUM011 de 1971 en Manilva (Málaga), hija de Javier y Tatiana y otros, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena dictó en el Rollo de Sala 1055/14 sentencia en fecha 29 de junio de 2015, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en el fundamento cuarto de la sentencia de casación, se modifica la condena impuesta al acusado Javier como autor de un delito contra la salud pública de tráfico de heroína en su modalidad básica, en el sentido de que se deja sin efecto la agravante de reincidencia y se le reduce la pena impuesta a cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, manteniéndose la misma pena de multa.

III. FALLO

Se modifica la condena impuesta al acusado Javier como autor de un delito contra la salud pública de tráfico de heroína en su modalidad básica, en el sentido de que **se deja sin efecto la agravante de reincidencia y se le reduce la pena impuesta por ese delito a cuatro años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, ratificándose la misma pena de multa.

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



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tourn Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. **D. Alberto Jorge Barreiro** , mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ