

Roj: **STS 5218/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5218**Id Cendoj: **28079120012016100892**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/11/2016**Nº de Recurso: **795/2016**Nº de Resolución: **878/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por los condenados **Samuel Olegario** , **Romeo Clemente Y Alexis Damaso** contra sentencia de fecha siete de marzo de dos mil dieciséis dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda , en causa seguida contra los mismos por delito contra la salud pública e integración en grupo criminal, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Samuel Olegario y Romeo Clemente representados por la Procuradora Sra. De Haro Martínez y Alexis Damaso representado por la Procuradora Sra. Pérez García.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Valladolid incoó Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 3195/2011 contra Samuel Olegario , Romeo Clemente , Alexis Damaso y otros no recurrentes por delito contra la salud pública e integración en grupo criminal, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial, cuya Sección Segunda (Rollo de P.A núm. 17/2015) dictó Sentencia en fecha 7 de marzo de 2016 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"1. Como consecuencia de diversas actuaciones policiales se ha podido determinar la existencia en esta provincia de Valladolid, al menos durante el periodo comprendido entre julio de 2011 a enero de 2012, de varias personas que se dedicaban a la comisión de delitos. Se trataba de Samuel Olegario , alias " Perico " , y su yerno Romeo Clemente , alias " Triqui " , quienes estaban concertados fundamentalmente para la adquisición y venta de drogas y también para cometer delitos de robos en viviendas a fin de financiar aquella actividad, y a los que se unió Cipriano Ruben (Evelio Julio ó Abel Calixto) , alias " Anton Calixto " , ciudadano rumano que, tras su salida del Centro Penitenciario de Zaragoza en octubre de 2011, fue acogido por aquellos en el grupo realizando labores no solo de ejecución de las órdenes dadas por Samuel Olegario y Romeo Clemente sino también facilitando el contacto con otras personas, algunas de origen rumano, para tratar de adquirir sustancias estupefacientes y para llevar a cabo asalto a viviendas.

2. Romeo Clemente mantuvo contactos de naturaleza no definida con una persona identificada como Candido Secundino , alias Mantecas .

Así mismo Samuel Olegario , con la intervención de Romeo Clemente , tuvo conversaciones y entrevistas con Gabriel Teodoro , alias " Flequi " para una operación de drogas en la zona norte de España.

Ambos acusados también llevaron a cabo reuniones y contactos con Ambrosio Leonardo , alias " Capazorras " sobre tratos para la adquisición de droga en la provincia de Madrid.

Sin embargo, ambas negociaciones no acabaron en acuerdo.



3. En octubre de 2011, los acusados Samuel Olegario , Romeo Clemente y Cipriano Ruben (Evelio Julio) alias Anton Calixto , se desplazaron a Zaragoza, manteniendo un encuentro con una persona de origen rumano, no identificada, sin que conste el objeto concreto del viaje, ni que llegase a ningún pacto.

4.- Como las negociaciones para adquirir la droga no se cerraban y necesitaban conseguir dinero en efectivo, Samuel Olegario y Romeo Clemente , tomaron la decisión de asaltar una vivienda en Valladolid y, a través de Cipriano Ruben , se pusieron en contacto con una persona de Zaragoza, de origen rumano, conocido con el alias de Tiburon , quien se encargaría de ejecutar, con sus hombres, el asalto mencionado. En las conversaciones telefónicas hablan del porcentaje de participación en los beneficios que obtuvieran. El día 25 de noviembre de 2011 se desplazaron a Valladolid, desde Zaragoza, dos personas quedando con Cipriano Ruben y con Romeo Clemente a fin de enseñarles la vivienda. Finalmente no se llevó a cabo el robo al comprobar estas personas que la casa estaba habitada y no era lo que esperaban.

5.- No obstante lo cual, Samuel Olegario y Romeo Clemente , con la intermediación de Cipriano Ruben , se pusieron en contacto con otro ciudadano rumano, quien disponía de personas para ejecutar el asalto a otra vivienda aunque estuviera habitada. Romeo Clemente , bajo las indicaciones de Samuel Olegario , seleccionó la vivienda en la zona del CAMINO000 en la ciudad de Valladolid y remitió documentación sobre la misma por fax a Zaragoza para facilitar el robo. El día 5 de diciembre de 2011 tres personas se trasladaron a tal fin a Valladolid. Samuel Olegario y Romeo Clemente les proporcionaron alojamiento en Cabezón de Pisuegra, localidad donde vivía Romeo Clemente . El día 8 de diciembre de 2011, entre las 16 y las 18 horas se detecta la presencia en las inmediaciones de la calle CAMINO000 de esas personas que habían venido desde Zaragoza y también de Romeo Clemente y Cipriano Ruben . Finalmente no se ejecutó el plan previamente determinado por un problema de acceso a la vivienda.

6.- Samuel Olegario y Romeo Clemente proporcionaron a Calixto Gabino cocaína para que este la distribuyese en su domicilio de la CALLE000 n° NUM000 , NUM001 de Valladolid, y les entregase el producto de la venta de la misma. Calixto Gabino realizó esta labor. El 21 de diciembre de 2011, Samuel Olegario llamó por teléfono a Calixto Gabino para preguntarle cómo iban las ventas a fin de recaudar el dinero cuanto antes y este le contestó que le quedaba todavía por vender y hablaron de esperar diez días más pues quedaban las fiestas navideñas.

El 22 de diciembre de 2011 se procedió por la policía a la entrada y registro en ese domicilio de Calixto Gabino , previa autorización judicial al efecto, interviniéndose las siguientes sustancias y efectos: 6,36 gramos netos de cocaína con una pureza del 45,96%; 36,37 gramos netos de cocaína con una pureza del 19,25%; 14,9 gramos netos de hachis con una riqueza del 14,51%; 50,09 gramos netos de cannabis sativa con riqueza del 13,86%; así como diversos recipientes con restos de cannabis sativa, cuatro picadoras, tres con restos de cannabis sativa y una de cocaína, una báscula de precisión tanita, dos machetes, dos navajas y un puño americano, recortes de plástico y 1.100 euros en diversos billetes procedentes de la venta de dicha droga.

Las mencionadas sustancias han sido valoradas: hachís en 84,78 euros, la marihuana en 218,39 euros y la cocaína en la cantidad de 2.530,89 euros, alcanzando todas ellas la cuantía de 2.834,06 euros.

7.- El día 10 de enero de 2012, con la pertinente autorización judicial, se procedió a realizar diligencia de entrada y registro en el domicilio de Samuel Olegario y de su esposa Lina Lourdes , sito en la C/ DIRECCION000 n° NUM002 , NUM003 de Laguna de Duero (Valladolid), interviniéndose los siguientes efectos: 5.650 euros, varios relojes y joyas diversas, frascos de colonia, prendas precintadas presumiblemente procedentes de hurtos, una navaja, una funda de pistola Sidekick, 40 cartuchos del 9 mm mágnam y un teléfono Motorola.

En el momento de la detención a Samuel Olegario se le ocuparon 380 euros y a Lina Lourdes 375 euros.

8. El acusado Samuel Olegario era titular de los siguientes vehículos: BMW NUM004 , Renault Megane NUM005 , Jeep Gran Cherokee NUM006 y Audi A-4 NUM007 .

9. Lina Lourdes era titular de la vivienda en la Calle DIRECCION000 n° NUM002 , NUM003 de Laguna de Duero comprada el 28-3-2001, en la que vivía junto con su marido; de un terreno en el municipio de Finestrat (Alicante) adquirido el 20-5-2008; y de un remolque Adira matrícula NUM008 .

10. Al acusado Romeo Clemente en el momento de su detención se le intervinieron dos teléfonos móviles, marca Alcatel y Motorola.

11. No ha quedado suficientemente acreditado que la acusada Leticia Remedios , hija de Samuel Olegario y cónyuge de Romeo Clemente , ni la también acusada Lina Lourdes , esposa de Samuel Olegario , interviniesen o colaborasen en las actividades ilícitas objeto de acusación.

12. Alexis Damaso , sobrino de Samuel Olegario , durante ese periodo de tiempo comprendido entre julio de 2011 a enero de 2012, realizó actos de transmisión de cannabis y en una ocasión de speed a terceras personas, pero solo consta algún contacto esporádico en relación a dicha actividad con Romeo Clemente .



13. Los acusados no tienen antecedentes que se puedan computar en la presente causa a efectos de reincidencia.

14.- Calixto Gabino en el momento de esos hechos era consumidor dependiente de cannabis y de cocaína sin que ello le produjese una afectación de sus capacidades intelectivas ni cognitivas. Inició un tratamiento de deshabitación en marzo de 2012 en Aclad con evolución favorable habiendo sido dado de alta en septiembre de 2015 al finalizarlo con éxito".

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

"1.- Absolvemos a Lina Lourdes y a Leticia Remedios de los delitos por los que vienen acusadas en este proceso. Se declaran de oficio las 4/14 partes de las costas.

2.- Condenamos a Samuel Olegario y a Romeo Clemente como autores de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (art. 368-1 del C. Penal) y de un delito de pertenencia a grupo criminal (art. 570, ter.1 b) del C. Penal), que entran en concurso ideal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena, para cada uno de ellos: por el delito de tráfico de drogas de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 3.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 100 euros o fracción impagadas; y por el delito de grupo criminal, a la de 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y 2/14 partes de las costas a cada uno de ellos.

3.- Condenamos a Cipriano Ruben (Evelio Julio ó Abel Calixto) como autor de un delito de integración en grupo criminal (art. 570 ter.1 b), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y 1/14 parte de las costas.

Absolvemos a Cipriano Ruben (Evelio Julio o Abel Calixto) del delito de tráfico de drogas del que se le acusaba. Se declaran de oficio 1/14 parte de las costas.

4.- Condenamos a Calixto Gabino como autor de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (art. 368-1 D. Penal), aplicando el tipo del artículo 376-2 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 2.834,06 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 100 euros o fracción impagados, así como a 1/14 parte de las costas.

Absolvemos a Calixto Gabino del delito de integración en grupo criminal del que se le acusaba. Se declaran de oficio 1/14 parte de las costas.

5.- Condenamos a Alexis Damaso como autor de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, en su modalidad del artículo 368-2 en relación con el 368-1 del C. Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, así como a 1/14 parte de las costas.

Absolvemos a Alexis Damaso del delito de integración en grupo criminal. Se declaran de oficio 1/14 parte de las costas.

Se decreta el **comiso** de las sustancias, los efectos, dinero y objetos intervenidos, a los que se dará el destino legal previsto en los artículos 374 y 127 del Código Penal , con excepción de los 375 euros ocupados a Lina Lourdes .

No ha lugar al decomiso de los vehículos, ni de los inmuebles titularidad de Samuel Olegario y de Lina Lourdes referidos en los hechos probados".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Samuel Olegario , Romeo Clemente y Alexis Damaso , teniéndose por anunciado, 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes, formalizaron los recursos alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Samuel Olegario y Romeo Clemente

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones,



consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española , en relación con el derecho fundamental a la intimidad, previsto en el artículo 18.1 de nuestra Carta Magna , con respecto a la ausencia de los requisitos establecidos por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a las solicitudes policiales de intervenciones telefónicas.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española , en relación a la falta de motivación de los Autos que acuerdan las intervenciones telefónicas.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española , en relación a la falta de control efectivo en los Autos por los que se autorizan las prórrogas de las intervenciones telefónicas.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución Española , en relación a la falta de motivación de los Autos que acuerdan las diligencias de entradas y registros practicadas.

Motivo Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, ambos consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española , por la ausencia de prueba de cargo válida para fundamentar la condena.

Motivo Sexto.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Carta Magna , por falta de motivación respecto de las consecuencias punitivas.

Motivo Séptimo.- Por infracción de Ley, amparado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley penal sustantiva y doctrina legal, por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal .

Motivo Octavo.- Por infracción de Ley, amparado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley penal sustantiva y doctrina legal, por aplicación indebida del artículo 570 del Código Penal .

Motivo Noveno.- Por quebrantamiento de forma, amparado en el artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, resulta manifiesta contradicción entre ellos y existe predeterminación del fallo.

Alexis Damaso

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de mi representado, e infracción del art. 24.2 de la Constitución Española .

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECr ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim , por indebida aplicación del art. 368.1 del Código Penal .

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de los motivos aducidos, de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 14 de junio de 2016; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de octubre de 2016 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo para el día 3 de noviembre de 2016; continuando la misma hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Samuel Olegario y Romeo Clemente

PRIMERO. - Recurre en casación, la común representación procesal de Samuel Olegario y Romeo Clemente , la sentencia de instancia que les condena como autores criminalmente responsables de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud del art. 368 y de un delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570, ter.1 b); formulando los tres primeros motivos por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental al secreto de las



comunicaciones, del artículo 18.3 de la Constitución Española , en relación con el derecho fundamental a la intimidad, previsto en el artículo 18.1, por:

- i) ausencia de los requisitos establecidos por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a las solicitudes policiales de intervenciones telefónicas;
- ii) falta de motivación de los Autos que acuerdan las intervenciones telefónicas; y
- iii) falta de control efectivo en los Autos por los que se autorizan las prórrogas de las intervenciones telefónicas.

1. Argumenta inicialmente, que los Oficios policiales no aportan indicios objetivos sobre la comisión del delito contra la salud pública pretendido ni la relación de los recurrentes con el mismo; que tan sólo se basan en meras sospechas y no en datos objetivos válidos y accesibles a terceros que constituyan una base real que haga entender la comisión de un delito y la conexión de los ahora condenados con el mismo.

1.1 Efectivamente, como indica la sentencia de esta Sala, 203/2015, de 23 de marzo , "la mera mención de fuentes confidenciales no es suficiente para justificar tal invasión en los derechos fundamentales y así se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones, como es exponente la Sentencia 1497/2005, 13 de diciembre , en la que se recordaba que las noticias o informaciones confidenciales, aunque se consideren fidedignas, no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de los derechos fundamentales (cfr. STC 8/2000, 17 de enero). Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a *fuentes o noticias confidenciales* ".

No obstante, añadíamos: "si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a contrastar la verosimilitud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida. En este mismo sentido se han expresado, entre otras muchas, las SSTS 1047/2007, 17 de diciembre y 25/2008, 29 de enero ; 141/2013, 15 de febrero y 121/2010, 12 de febrero)".

A su vez, precisábamos que "los indicios que se han de tomar en consideración no son los correspondientes a una Sentencia condenatoria, ni siquiera a un Auto de inculpación o procesamiento".

Tal jurisprudencia, incluso es invocada en la formulación del recurso. Pero, a su vez, en relación a las comprobaciones efectuadas por las fuerzas policiales de esa denuncia anónima, no es razonable confundir los indicios necesarios para irrumpir en el derecho al secreto de las comunicaciones, con los que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas. Pero no puede exigirse de ellos la solidez de una "provisional cuasi certeza".

La consecuencia es que " *no se puede decir que una interceptación telefónica carezca de justificación por haber sido concedida en virtud de meras sospechas siempre que éstas sean razonables* y estén suficientemente fundadas, convirtiéndose en indicios. Precisamente por esto, la Policía debe ofrecer al Juez -y éste debe exigirla- su razón de ciencia, es decir, los motivos en que basa su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés invocado por los Agentes de las Autoridad".

La motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, tanto los autos iniciales que la autorizan, como los dictados sucesivamente como ampliación de los primeros o los de prórroga, como señala muy reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 167/2002, de 18/09 , con cita de los numerosos precedentes) "tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida" (véase también STC 200/2000, de 11 de diciembre).

Deben expresarse los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona; número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas; tiempo de duración; quiénes han de llevarla a cabo y cómo; y los periodos en los que debe darse cuenta al juez para controlar su ejecución, particular relevancia tiene la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, señalándose que "los indicios son algo más que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento" o "sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo" (SSTC 171/99 , 299/00 ó 14 y 202/01). Estos últimos han de manifestarse



en el doble sentido de ser accesibles a terceros y de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito.

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

Doctrina jurisprudencial reiterada en la STC 145/2014, de 22 de septiembre, con cita de la 25/2011, de 14 de marzo: Como es sabido, lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifican la intervención telefónica sea exteriorizada directamente en la resolución judicial. Sin embargo, esa premisa no impide que dicha intervención, según una consolidada doctrina de este Tribunal, cumpla el canon de motivación suficiente si, una vez integrada con la solicitud policial a la que venga a remitirse, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la medida. E igualmente seguida por la jurisprudencia, de esta Sala Segunda, reitera que los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos.

1.2 En el oficio policial de 7 de julio de 2011, se narra la información confidencial recibida sobre una organización dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes, que estaría encabezada por Samuel Olegario (del que se indica edad, localidad de residencia -Laguna de Duero- y modelos y color de vehículos que utiliza) y por otro ciudadano, del que se indica también localidad de residencia -Cabezón de Pisuerga- y vehículos que utiliza. Y a continuación las diligencias realizadas para identificar a dichas personas y contrastar la verosimilitud de su dedicación al referido tráfico.

Continúa el oficio, que tras varias vigilancias en esas localidades, lograron identificar como el residente en Laguna a Samuel Olegario, conocido por una investigación anterior por tráfico de drogas y como el residente en Cabezón, a su yerno Romeo Clemente.

Que a partir de esas identificaciones, se realizó una investigación previa sobre:

- El estudio de las investigaciones previas de que fueron objeto y antecedentes.
- Una básica investigación patrimonial.
- Seguimientos y vigilancias.

En la investigación patrimonial, pese a que no realizan actividad laboral conocida, las entradas y salidas de domicilio indican la inexistencia de horario fijo alguno, en el caso de Samuel Olegario, resulta ser titular de cuatro vehículos (BMW, modelo Z-3; todoterreno Jeep, Gran Cherokee; Audi A-4 y Renault Megane), una moto Yamaha y un local comercial en Valladolid de 149 metros cuadrados; y además a nombre de su esposa Lina Lourdes, la vivienda de Laguna, un terreno en Finestrat (Alicante) y un remolque marca Adria, modelo 550P. En el caso de Romeo Clemente dos vehículos, un Renault Laguna y un todoterreno Hyundai, modelo Santa Fe.

En el historial policial, varios episodios de muy diversas fechas referidos a Samuel Olegario y de manera más significativa, la detención de ambos en marzo de 2007 por un delito de tráfico de drogas y homicidio. Destaca que en el curso de esa investigación, en uno de los seguimientos (el 27 de febrero de 2007) a un Ford Tourneo del que se sospechaba que sus ocupantes, dos ciudadanos de rasgos sudamericanos acudían a un intercambio de cocaína es avistado hasta su llegada a la localidad de Martín Muñoz de las Posadas y poco después llega un todoterreno Mitsubishi Montero verde NUM009, donde el conductor era Samuel Olegario e iba en el mismo también Aurelio Paulino y Nazario Nemesio y tras la estancia en el restaurante observan que Aurelio Paulino recoge del copiloto de la furgoneta una bolsa marrón y la introduce en el todoterreno. Parten, Samuel Olegario como conductor y Aurelio Paulino como copiloto; y pese a que son seguidos, logran adentrarse por un camino de tierra y ser perdidos de vista y cuando casi una hora después como consecuencia del dispositivo montado, son interceptados, el registro del vehículo resulta negativo. Ese seguimiento se llevaba a cabo, en el seno de las Diligencias núm. NUM016 de la Brigada Provincial de la Policía Judicial de Zaragoza, donde concretamente a Samuel Olegario se le interviene una pistola, una escopeta de caza con la culata y cañones recortados, 250 gramos de sustancia para adulterar cocaína, 23.600 euros en metálico, tres vehículos de alta gama, una báscula de precisión y diversas joyas; por su parte, la manifestación de Romeo Clemente determinó el hallazgo de una pistola semiautomática con fuerte oxidación y no apta para el disparo.



De manera más vaga se indica también que fueron investigados en 2008, en investigación que dio lugar a la Diligencias Previas núm. 809/2008 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Medina del Campo, que concluyó con 5 detenidos y 395 gramos de cocaína intervenida, si bien no logró establecerse con carácter probatorio vínculo con los investigados.

En cuanto a las vigilancias, donde se especifica días y horas y número profesional de los funcionarios intervinientes, destacan sobremanera las medidas de seguridad y contravigilancias empleadas en sus desplazamientos, con paradas en autovías, continuos cambios de dirección, sentido y velocidad, giros prohibidos, etc.; entradas en estaciones de servicio de carretera sin realizar compra, suministro ni gestión alguna en momentos previos a sucinto encuentro en diverso lugar con el anteriormente referido Aurelio Paulino . Citas en gasolinera de Romeo Clemente acompañado de su compañera, la hija de Samuel Olegario , Leticia Remedios (también con diversos antecedentes policiales, entre otros detenida en 2007 en las diligencias seguidas por un delito de tráfico de drogas y homicidio), tras adoptar diversas cautelas con Pío Javier y Casilda Otilia , a los que había ido a ver dos días antes Samuel Olegario .

Y se concluye que se les observa portando diversos móviles así como que frecuentan tiendas de telefonía móvil.

En ese momento, sólo se aporta el número de un terminal, el NUM010 utilizado por Romeo Clemente , por lo que es la única interceptación (voz y datos) que se interesa.

Cinco días después de la autorización judicial, por conversación mantenida de Romeo Clemente con la operadora, donde se hace pasar por su suegro Samuel Olegario , se revela que éste, asociado al contrato del número objeto de investigación, es titular de los números de teléfono NUM011 , NUM012 , NUM013 y NUM014 ; y que por las conversaciones mantenidas, el último número es utilizado por Samuel Olegario y el segundo por Leticia Remedios hija de este y compañera de Romeo Clemente , cuya intervención también se interesa. Si bien, dos días después, el día 20, se detecta un error de transcripción sobre el número NUM013 , en cuya redacción en el párrafo en que se solicita al mandamiento para la interceptación de la misma fue transcrito como NUM015 , y se interesa subsanar el error que desvirtúa la legalidad de las actuaciones.

En definitiva, tras la comunicación recibida, se identifica a los sujetos de quienes se afirma que se dedican al tráfico de drogas; se comprueba sus antecedentes policiales y concretas diligencias de investigación que los relacionan con el mismo; se investiga su patrimonio, donde en el caso de Samuel Olegario resulta de entidad relevante; la falta de horario fijo y carencia de actividad laboral conocida, el excesivo cuidado y medidas de seguridad utilizadas en los desplazamientos, con medidas de contravigilancia desmesuradas; las extrañas detenciones injustificadas en estaciones de servicio, previas a una cita precisamente con Aurelio Paulino (persona que iba como copiloto en vehículo conducido por Samuel Olegario , quien tras lo que aparentaba un intercambio de droga objeto de seguimiento, logró despistar a los agentes en tráfico investigado la policía judicial de Zaragoza); la extraña entrevista de Romeo Clemente y su compañera la hija de Samuel Olegario , en una gasolinera de carretera, con especiales medias de observación en el interior de los vehículos allí aparcados, con personas a las que Samuel Olegario había visitado dos días antes; el porte simultáneo de varios móviles y su asiduidad a comercios de telefonía móvil; permiten concluir en su consideración global la existencia de sospechas fundadas de la interacción entre varias personas dedicadas al tráfico de drogas.

Conviene advertir como precisa la STS núm. 203/2015, de 23 de marzo con cita de la STS núm. 339/2013, de 20 de marzo , que la veracidad y solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. Cuando, siendo posible, no se refrenda por una investigación judicial previa -e improcedente en este momento- el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos. Pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante y casi burocrática. No hay razones para desconfiar por sistema de esos datos policiales. El Instructor no tiene por qué dudar sistemáticamente de todos los datos objetivos proporcionados por la policía: basta con que tenga la capacidad de contrastarlos cuando lo considere necesario.

Para la legitimidad constitucional de la autorización no es precisa una investigación judicial previa exhaustiva, ni la comprobación anticipada de los datos objetivables ofrecidos por la policía como son las observaciones derivadas de vigilancias. Aunque, efectivamente, no desconfiar por sistema de la policía judicial, no significa abandonar en ella una tarea que es primordialmente judicial. Pero esas consideraciones no impiden que el Instructor en principio haya de fiarse lógicamente de los datos objetivos que le transmite la policía. Si la policía afirma que una persona tiene antecedentes policiales por un determinado delito, no es necesario que lo corrobore con un certificado; si relata que ha realizado vigilancias y ha observado determinada secuencia, tampoco hay que poner entre paréntesis la veracidad de esos datos objetivos indagando sobre la identidad de los agentes intervinientes y recibiendo declaración; si el oficio policial indica que han observado que varias



personas se acercaban a otra breves momentos e intercambiaban algo, no es necesario antes de decidir sobre la autorización solicitada ni tomar declaración bajo juramento a los testigos, ni a los que contactaban, ni a los policías que hicieron las vigilancias.

En este sentido también razona la STS núm. 567/2013, de 8 de mayo, al precisar que el escenario en esta fase preliminar es muy diferente al del momento del juicio oral en que sí se impone una "duda metódica" sobre los elementos de cargo, usando la expresión cartesiana acuñada en un marco reflexivo (metafísica) muy diferente pero que es plástica. No es necesaria una a modo de "mini-instrucción" previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia.

En autos, el oficio, concretaba todos esos datos, de manera que fuera posible su comprobación, gozaban de la doble condición de ser accesibles o comprobables por terceros y también a su vez proporcionaban una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la personas concernidas, sin que nada sugiriera la existencia de sospechas de ilegitimidad en la investigación.

La afirmación de que el teléfono cuya inicial intervención se interesa era utilizado por Leticia Remedios y no por Romeo Clemente, es afirmación no sustentada por prueba alguna y es además desmentido por las intervenciones ulteriores dónde siempre es utilizado por Romeo Clemente.

La doctrina de esta Sala, de la que es exponente, la STS 202/2012, de 12 de marzo precisa que "no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, ya que es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respecto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho (SSTS 508/2009, de 13 de mayo ; 309/2010, de 31 de marzo ; 862/2010, de 4 de octubre). Y es que no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos en tal sentido (85/2011, de 7 de febrero)".

Menos aún cuando el motivo de ilicitud que indica el recurrente, la sospecha de trueque del usuario del teléfono inicialmente intervenido, ha quedado desvirtuada.

También se cuestiona el hecho de intervenir los cinco terminales titularidad de Samuel Olegario, cuando pudieran ser utilizados por personas ajenas a la investigación; pero sucede que además de la expresada titularidad, son gestionados por Romeo Clemente e identificados tres de los usuarios, ligados por lazos familiares, pero también en las medidas extremas de vigilancia y en peculiares contactos en gasolineras, aunado a su porte múltiple cuando han sido detectados, lo que posibilita justificadamente su intervención; y así la STS 454/2015, de 10 de julio, con cita de la STS 877/2014, de 22 de diciembre, en donde se declara que incluso no es exigencia de la validez de la intervención la previa identificación del titular de un número de teléfono que luego resulta intervenido; y en la jurisprudencia constitucional que "no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir", siendo lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad "la aportación de aquellos datos -como se constata en autos- que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas" (SSTS 712/2012, de 26 de septiembre, 751/2012, de 28 de septiembre, 309/2010, 31 de marzo y 493/2011, 26 de mayo). De manera que incluso más allá de concreción de autos, la posibilidad de que la persona investigada no sea la titular del terminal objeto de injerencia ha sido admitido en numerosas resoluciones de esta Sala y del Tribunal Constitucional (SSTC 299/2000, 11 de diciembre ; 17/2001, 19 de enero ; 136/2006, 8 de mayo ; y SSTS 463/2005, 13 de abril ; 918/2005, 12 de julio y 1154/2005, 17 de octubre ; 712/2012 de 26 de junio ; 503/2013 de 19 de junio). Los datos objetivos de su relación con el investigado, además de la más que significativa titularidad de los móviles intervenidos, posibilitan constitucionalmente la medida; vinculación motivada en el Auto de 18 de julio, que autoriza la injerencia.

En definitiva, no se ha conculcado el derecho al secreto de las comunicaciones ni el derecho a la intimidad en las injerencias telefónicas acordadas, al existir datos objetivos suministrados y ponderados adecuadamente que manifestaban la existencia de sospechas razonadas de la dedicación de varias personas al tráfico de drogas.

2. El segundo reproche a las intervenciones telefónicas acordadas se sustenta en el argumento de que en el primer Auto por el que se autoriza la primera intervención telefónica se limita a exponer literalmente los supuestos indicios y conclusiones alcanzadas en el Oficio solicitante, sin que se efectúe un verdadero juicio de valor entre los mismos y los principios que deben contemplarse para autorizar esta diligencia sumamente



perjudicial para el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones; así como en los autos sucesivos pues en todo momento se hace remisión a lo expresado en el Auto inicial y no aportan nuevas razones o presunciones.

Sin embargo, de la lectura del Auto de 8 de julio, no resulta relegación decisional alguna, al margen de que se enumeren los indicios suministrados en el oficio policial, sino que se valoran los mismos, en orden a la necesaria subsunción en los parámetros jurisprudencialmente exigidos; y así al inicio del fundamento tercero, previo a la exposición de los datos suministrados por el oficio (antecedentes, patrimonio, ausencia de actividad laboral, operativo de vigilancia, seguimiento y control, maniobras de seguridad...), se expresa (con el subrayado ahora añadido donde resulta el concreto objeto de la investigación) : *para el esclarecimiento de los hechos investigados en la presente causa, deviene necesaria la intervención solicitada y es proporcional este sacrificio del derecho fundamental a los fines perseguidos, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, por lo que es procedente, en la forma que se dirá, acceder a la solicitud deducida. El oficio recibido recoge la posible existencia de un grupo de personas implicadas en el delito de tráfico de drogas . Frente a lo que podría suponer una investigación prospectiva, en el presente caso contamos:...*

(...) Todo ello supone la existencia de datos suficientes como para superar el límite de la mera sospecha y alcanzar el de indicio suficiente. Los últimos seguimientos son de finales de junio de 2011. Consta también el modo riguroso con el que se comportan los implicados respecto de su seguridad, lo que impide avanzar en el control y vigilancia de los implicados de modo personal. Así, surge la necesidad de la medida, siendo en este momento la única posible para concretar los indicios apuntados en el oficio solicitud. El continuar con los seguimientos de los implicados puede suponer que adviertan el dispositivo, dadas las medidas que toman, y se desbarate la investigación.

Resta en este caso concretar el modo de operar de los implicados, y es con la intervención de las comunicaciones como se podrá determinar el operativo de tráfico de drogas.

De otra parte, las intervenciones se acuerdan en el seno de un proceso judicial, no a través de Diligencias indeterminadas, práctica que efectivamente proscribe la jurisprudencia invocada del pasado siglo, pero ajena a la práctica de autos; se acuerdan las diligencias para el concreto esclarecimiento de la actividad de tráfico de drogas por un concreto grupo de personas, donde se argumenta la aptitud de la medida los fines de investigación, la proporcionalidad de la medida ante la gravedad del delito investigados y la necesidad de la misma por las cautelas que adoptan los investigados; en definitiva, aunque ciertamente de manera sucinta, se motiva sobre la concurrencia de los principios de especialidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Las medidas de investigación, se practican para contrastar la información recibida y de la misma resulta la necesidad de la intervención telefónica. Que fuere posible continuar con las medidas de investigación, en nada oscurecen el cumplimiento del auto con las exigencias de excepcionalidad y proporcionalidad, en cuanto que se trataba de la investigación de un delito grave como lo es el delito de tráfico de droga por grupo criminal con especial cuidado en evitación de la constatación de sus contactos y con múltiples medidas de contravigilancia en sus desplazamientos, con un especial conocimiento de las vías de la zona de Palencia y Valladolid, como resulta de previas diligencias donde lograban eludir el seguimiento policial, por lo que desde un juicio ex ante, el único medio que devenía mínimamente eficaz, era la injerencia acordada. En el oficio policial, se proporcionaban los datos objetivos suficientes para la fundamentación fáctica del auto, que posibilitaban la ponderación de la proporcionalidad de la medida judicialmente adoptada que justificaba su adopción, así motivada en el Auto judicial habilitante.

Obviamente, los indicios que conducen a una sospecha razonable deben ser considerados en su ponderación global; el análisis de la idoneidad de la información policial para alzar las barreras de protección que el art. 18.3 de la CE reconoce a todo ciudadano, ha de ser valorado de forma conjunta, en su integridad, sin desmenuzar todos y cada uno de los indicios de delito. La aceptación o rechazo del auto de intervención de comunicaciones, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial de todos y cada uno de los indicios de los que se dispone, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios, sino que hay que atender a la cadena lógica de informaciones e indicios conjuntamente considerados para valorar las hipótesis iniciales ofrecidas por la investigación policial. La glosa descompuesta que realiza el recurrente de los antecedentes, patrimonio, conexiones, contactos y contenido de los seguimientos con significativa elusión de la información concreta y detallada de la identificación de los agentes que lo realizan, matrículas de los vehículos utilizadas por los investigados, recorridos, horarios, estaciones de servicio por las que se para o atraviesa sin función ni gestión, etc..., ni siquiera es criterio lógico operativo.

La STS núm. 77/2014, de 11 de febrero y las que allí se citan (SSTS 744/2013, 14 de octubre ; 593/2009, 8 de junio ; y 527/2009, 27 de mayo) señalan que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. Pues el



grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes. La fragmentación del resultado probatorio para analizar separadamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar un cuadro probatorio (STS 631/2013, de 7 de junio).

Por último y en relación a las intervenciones acordadas los días 18 y 21, en modo alguno pueden ser analizadas sin la acordada el día 8; y no porque se justifiquen por impropia remisión a esta inicialmente acordada; sino porque ontológicamente forman parte de la misma, aunque se dicten diferidas en unos días. Todo el oficio policial inicial y el propio Auto del día 8, alude como cabeza del grupo a Samuel Olegario y el acopio de datos objetivos sobre su dedicación al tráfico reiterados; de forma que cuando cinco días después de haberse acordado la intervención del terminal conocido de Romeo Clemente , se averigua que el efectivo titular es Samuel Olegario y que además es titular de otros cuatro concretos terminales se solicita su intervención, que es lógicamente acordada. El Auto del día 8 es absolutamente justificativo de esa intervención, no resultaba necesario ningún dato más, salvo cuál o cuáles eran los terminales de los que resultaba titular o usuario. El Auto del día 15, recuerda su condición atribuida de cabecilla o jefe del grupo y en su consecuencia se explicita *la solicitud no tiene otra finalidad que cumplir con el objeto de la primera intervención acordada*. Así era. Y la solicitud del día 21 únicamente atendía a subsanar el error padecido con uno de los números intervenidos el día 18.

3. En cuanto al tercer y último motivo referido a las intervenciones telefónicas, la falta del efectivo control judicial sobre las mismas, que califica de inexistente, pues indica que no se expone el tiempo durante el cual deben trasladarse los resultados al instructor ni el sistema o modo de ejecución de la medida, que no se ha llevado el control ex post, es decir, al no examinarse la información ofrecida sino que se procede a reproducir íntegramente lo expuesto en los Oficios policiales sin observar las incoherencias y contradicciones que se aprecian en los mismos, accediendo a las intervenciones y prórrogas en absoluto justificadas.

En cuanto la periodicidad de transmisión de los resultados, más allá del límite legal de la redacción entonces vigente del art. 579.3 LECr , es obvio que en todos los Autos se vincula la duración de la intervención al plazo establecido en los mismos al acordar el secreto de las actuaciones determinado por *la especial naturaleza del delito perseguido y el carácter de las diligencias de investigación que se están practicando* : treinta días. Período que se observa por las fuerzas policiales al dar cuenta del resultado de las intervenciones e interesar en su caso eventuales prórrogas; que en su caso son acordadas dentro de ese término.

En diversas resoluciones de esta Sala, hemos precisado que siendo cierta la necesidad de conocer el resultado de las conversaciones, ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dice, ni esta Sala ha exigido, que deba oír las conversaciones directamente el juez o leer su transcripción.

Lo esencial es que aquel efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad en base a los datos que la policía le facilite, si los estima suficientes. La credibilidad que al Instructor le merece la labor policial, en este cometido, deriva no solo de la especial responsabilidad que recae sobre los miembros de la policía que actúan a las órdenes y bajo la dirección del juez en la investigación de las causas penales, sino además y especialmente de que cualquier discordancia entre el contenido de las conversaciones, en breve tendría que aflorar cuando aquéllas se transcribieran.

Al margen de que los aspectos relativos a la incorporación del resultado de las diligencias a las actuaciones se refieren tan sólo a las exigencias de la eficacia probatoria de sus propios contenidos pero, sin que en ningún caso, ello pueda suponer la nulidad del material derivado de las mismas, el aludido "control" de la práctica de las intervenciones por la autoridad judicial no exige la necesaria audición personal de las cintas que, no lo olvidemos, se encuentran a su disposición, sino que, basta con que, antes de las decisiones ulteriores a propósito de la evolución de la injerencia, el Juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos, lo que, en este caso, sin duda, se produjo mediante la aportación de transcripciones e informes en apoyo de las nuevas solicitudes de autorización.

Por ello la alegación de que el Juez no ha efectuado las oportunas comprobaciones para acordar las prórrogas constituye una mera afirmación de la parte. Lo relevante es que conste en las actuaciones que el servicio policial especializado que por delegación del Instructor realiza materialmente las escuchas, ya que es obvio que éstas no se pueden materializar por el propio Juez, entregó al Instructor los elementos probatorios necesarios para poder valorar la conveniencia de la prórroga. Así la sentencia recurrida, expresamente recoge: *El instructor actuó ejerciendo el debido control de esas intervenciones. Así consta documentalmente que se le remiten periódicamente los resultados obtenidos y, por tanto, su pleno conocimiento de la evolución de lo que*



había autorizado, y cuando no observa indicios en relación a determinadas líneas acuerda el cese de las mismas (por ejemplo el auto de 5-9-2011 y en el auto de 13-12-2011 entre otros pronunciamientos). También se hace entrega al Juez en la instrucción de los cedés donde constaban las grabaciones

En este momento procesal, no se trata todavía de utilizar el resultado de las intervenciones como medio de prueba en el juicio, sino que el Juez controle el proceso de intervención y decida, conforme a su propio criterio profesional y en atención a los datos que se le proporcionan, la procedencia de la continuidad de la investigación. Consecuentemente no deben confundirse los requisitos necesarios para que el Instructor prorrogue o amplíe una intervención telefónica con los exigibles para su utilización posterior como prueba de cargo.

Tampoco es indicativo de la falta de control, que algún o algunos de los períodos de treinta días no haya mediado conversación significativa o relevante en alguno de los terminales intervenidos, pues no resulta reglado que esa carencia en un determinado plazo, conlleve el inexorable cese de la intervención, especialmente cuando las iniciales razones de su intervención persisten y cuando como sucede en autos, los investigados además de habituados a comportamientos habituales de contravigilancia, son observados con frecuencia en comercios dedicados a servicios de telefonía y se les veía portar varios móviles, lo que implica necesariamente una cierta alternancia y eventualmente períodos silentes con terminales "durmientes" para ilícitas actividades; pues la omisión de tal ponderación, ante quien utilizara alternativamente los terminales con periódica cadencia, haría estéril cualquier intervención (SSTS núm. 259/2016, de 1 de abril y 492/2016, de 8 de junio).

Por último y en relación a un terminal que resultó utilizado por Lina Lourdes , del que se afirma, su falta de relevancia, salvo sendas conversaciones relativas a conducta ilícita diversa de la que motivó la autorización sin que se solicitara la correspondiente ampliación de la autorización en el injerencia, una vez que esta ha sido absuelta, sin que se acredite ni justifique la relación con la investigación que conduce a la obtención de material probatorio utilizado como elemento de cargo contra los recurrentes, carece de incidencia alguna.

SEGUNDO. - El cuarto motivo lo formulan por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución Española , en relación a la falta de motivación de los Autos que acuerdan las diligencias de entradas y registros practicadas.

Argumenta en esencia, que carecen del estándar de motivación fáctica exigido por la Jurisprudencia constitucional y de la propia Sala Segunda.

En autos, son dos los autos de esta naturaleza acordados, el 22 de diciembre de 2011, en el domicilio de Calixto Gabino y el 10 de enero de 2012 en los respectivos domicilios de los recurrentes, Samuel Olegario y Romeo Clemente .

En el referido a Calixto Gabino , en relación a la cuestión fáctica alegada, el auto remite a las actuaciones y al contenido de las diligencias policiales para afirmar la existencia de datos objetivos *que revelan la comisión de un delito de tráfico de drogas así como la conexión entre la investigación del delito objeto de la presente causa y la persona afectada por la medida así como la existencia de indicios racionales, suficientes y bastantes de que en los lugares indicados en la solicitud pudieran encontrarse sustancias estupefacientes, dinero u otros instrumentos o efectos relacionados con el delito investigado o procedentes del mismo* ; para terminar concretando: *Calixto Gabino participa en el presente caso como distribuidor de droga en permanente contacto con otros implicados. Se le ha vigilado y seguido, y se han detectado los contactos con otras personas implicadas y con clientes. Fruto de las vigilancias en conexión con la actividad instructora es la aprehensión de droga a un comprador, que fue seguido e interceptado con la misma, alejado de la casa de Calixto Gabino para no levantar sospechas.*

Si tal como hemos narrado existían datos objetivos de que los recurrentes participaban en una actividad grupal dedicada al tráfico de drogas y se añade conforme las actuaciones y seguimientos el contacto de estos, inicialmente investigados, con Calixto Gabino , lo que el auto señala sin concreción por emplear remisión a las actuaciones y las diligencias policiales informantes y a ello se añade que se intercepta a un adquirente con cinco bolsitas que resultaron contener cocaína adquirida en su domicilio; la motivación fáctica no es cuestionable; como resume el propio auto, *en definitiva los indicios del delito, la participación del afectado y lo que puede encontrarse en su casa son claros* . Si además se motiva de manera racional sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, la pretendida nulidad del auto debe decaer.

En cuanto al Auto de 10 de enero de 2012, igualmente debe predicarse su validez. El apartado fáctico contiene de sobra todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad. Describe que *de las diligencias policiales obrantes en autos se desprende claramente que existen datos objetivos que revelan*



la comisión de un delito de tráfico de drogas en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el artículo 368 del Código Penal , resultando que las actuaciones practicadas por la Policía nacional que los afectados por la solicitud, Samuel Olegario y Romeo Clemente han venido efectuando conversaciones, encuentros, actividades dirigidas a la compra de una cantidad importante de droga para su distribución. No se ha llegado a culminar por diferentes causas que obran en autos precedentes, según informes también precedentes, y que en resumen supone problemas de salud de alguno de los implicados, de disponibilidad económica, de imposibilidad de obtener financiación, e incluso de intento de robo con violencia en casa habitada fallido.

Pero ello no elimina la esencia del delito según se desprende de las escuchas telefónicas habidas.

Samuel Olegario aparece como jefe de una organización con distribución de papeles, dentro de la cual Romeo Clemente es pieza principal, y es quien ha participado en muchas conversaciones con su jefe y terceros, en la negociación de la adquisición de la droga.

Tales actuaciones policiales permiten considerar válidamente acreditada la conexión entre la investigación del delito objeto de la presente causa y las personas que son afectadas por la medida.

Por otra parte, de las diligencias policiales hasta ahora practicadas se infiere la existencia de indicios racionales, suficientes y bastantes de que en el mencionado lugar pudieran encontrarse sustancias estupefacientes, dinero u otros instrumentos o efectos relacionados con el delito investigado o procedentes del mismo puesto que las gestiones referidas han revelado que ante la momentánea imposibilidad de adquirir una gran cantidad de droga la organización ha derivado en la realización de actividad de grado inferior, pero manteniendo los contactos previos, evitando su pérdida para un futuro. Así se ha detectado que Samuel Olegario y Romeo Clemente ofrecen droga en el mercado, de otros, para al menos obtener una comisión.

La situación económica, derivada de los motivos antes mencionados, y otros que se reflejan en la solicitud, ha culminado en una discusión en la organización, en la que está implicada Leticia Remedios , pareja de Romeo Clemente e hija de Samuel Olegario . Ella, junto con Romeo Clemente , abandonó Valladolid por temor a represalias derivadas de la ausencia de liquidez en la organización...

En definitiva, ha llegado el momento en que la falta de dinero derivó en enfrentamientos y éstos en amenazas que han hecho que el grupo se empiece a dispersar, y todo ello ha motivado la detención de varios de los implicados, y la necesidad del registro de sus domicilios.

Si los detenidos no tenían droga en su poder pero la estaban vendiendo a cambio de una comisión, al menos es posible que la tengan en su casa, junto con elementos relacionados con el delito investigado, lo que muestra a las claras la concurrencia de indicios sólidos que indican que las viviendas pudieran ser utilizadas bien para el almacenaje de sustancias prohibidas o bien para otras actuaciones relacionadas directamente con el delito de tráfico de drogas.

En definitiva, los datos objetivos que abocan a la sospecha fundada de la comisión delictiva de tráfico de drogas son abundantes; y permiten concluir de manera racional, el juicio ulterior sobre idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida realizado.

El motivo sólo es explicable, a través del complemento argumentativo de los recurrentes sobre el sustento de la nulidad de las intervenciones telefónicas, que al no haberse estimado, determina obviamente que las varias conversaciones mantenidas y sugestivas del referido tráfico, integren el cúmulo indiciario que justifica el registro domiciliario.

El motivo se desestima.

TERCERO. - El quinto motivo se formula por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, ambos consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española , por la ausencia de prueba de cargo válida para fundamentar la condena.

El motivo está subordinado a la previa estimación de la nulidad de las intervenciones telefónicas, cuestión antes examinada y desestimada, lo que acarrea la desestimación de este motivo. Ciertamente, también se afirma que incluso con la validez de la injerencia en las comunicaciones inexistente prueba de cargo contra los recurrentes; argumenta que de las conversaciones mantenidas entre los recurrente y Calixto Gabino en cuyo domicilio se interviene la droga, nada se puede extraer en relación a la distribución de sustancias, pues en "todo momento se hace referencia a jamones y lechazos, términos que en absoluto pueden vincularse con drogas, máxime si tenemos en cuenta la fecha en la que se produce dicha conversación, coincidencia con la víspera de Navidad. Se considera por el Tribunal que se trata de conceptos utilizados en clave, sin embargo, no existe hecho posterior que avale estas suposiciones".



Pero tal argumentación, no resulta atinente ya al derecho a la presunción de inocencia, sino meramente implica una diversa valoración probatoria, extramuros del ámbito casacional, por cuanto la inferencia obtenida por la Audiencia de aludirse a drogas en las referidas conversaciones, en absoluto es irracional sino acomodada plenamente a reglas lógicas, tanto más en el contexto prolijo y detallado en la resolución recurrida de las actividades preparatorias de tráfico en conversaciones con terceros (por ejemplo Anton Calixto), donde con intervención de Romeo Clemente se habla de "algo bueno de Sudamerica", contacto que nos venda paquetes "con ropa"; o de Samuel Olegario con Gabriel Teodoro , donde hablan de "50 pares de zapatos", "tarjetas", "chapas", "20 ki...", se ofrece en garantía un local de 90 millones de pesetas, etc.

En concreto, respecto de la relación de Calixto Gabino con los recurrentes, se explicita por la Audiencia:

- la conversación telefónica de 12-8-2011 (folios 313314, 567) donde Samuel Olegario comenta a Romeo Clemente que ha estado con el compadre (al que luego se identifica como Calixto Gabino , y que este "le ha dado uno y le ha dicho que el próximo mes uno y medio, espera sea fuerte por las fiestas...y que se queda con 200 euros...". Mediante la llamada de 23-9-2011 (folios 315, 568) Calixto Gabino dice a Romeo Clemente que suba a su casa y le indica que es en el NUM000 , NUM001 .

- El día 21-11-2011 hay conversaciones entre Samuel Olegario y Calixto Gabino para concertar una cita. A raíz de ello, ese mismo día Samuel Olegario encarga a Romeo Clemente acudir a la misma. Después hay una posterior llamada de Romeo Clemente a Samuel Olegario diciéndole que "ya han echado el café", aludiendo a que ha tenido lugar el encuentro con Calixto Gabino .

- Al día siguiente, 22-11-2011 se produce una comunicación entre Samuel Olegario y Calixto Gabino (folios 319, 320) en la que aquel pregunta a este "qué tal el jamón.... te llamaba para eso, no nos metan paletilla por jamón" y añade "no es jamón de 5 jotas pero digamos sería un jamón ibérico, no de Jabugo, pero bien". Calixto Gabino le responde "tenía mucho gordo de primeras, pero a lo mejor por dentro está mejor". Samuel Olegario dice "de aquí a quince días te llamo....tu date cuenta que las paletillas que nos llevamos la otra vez eran normalitas... además le he dicho, como te debemos jamones, atrás los cuatro jamones y pico, te pago dos jamones más estos dos jamones que te llevo". Este es un lenguaje claramente en clave pues los citados acusados, a tenor de sus declaraciones y de lo investigado, no se dedican al negocio de chacinería. Se está preguntando en realidad por la venta de sustancia estupefaciente (como más adelante se comprobará con la aprehensión de droga en casa de Calixto Gabino) y por la calidad de la misma, evidenciando que Calixto Gabino se ocupa de venderla por encargo de Samuel Olegario y de Romeo Clemente .

- En fecha 13-12-2011 hay una llamada de un desconocido a Calixto Gabino en la que esa persona queda en acercarse a la casa de este último, mandándole luego un mensaje SMS con el texto "puedo ir 15h 35" (folios 321, 605 y 606). Resultó ser Ernesto Leovigildo , a quien se ocuparon cinco bolsitas que resultaron contener cocaína, tras salir del domicilio de Calixto Gabino . En su declaración, únicamente dice que conocía a Calixto Gabino de un bar de Valladolid, con lo que la visita al domicilio del mismo se vincula lógicamente con la adquisición de la droga que se le ocupó por la policía tras salir de dicho inmueble, sin que en su declaración el Sr. Ernesto Leovigildo ofreciese que fuera otro el motivo de acudir a la casa de Calixto Gabino ese día.

- El 21-12-2011 (folio 323, 607) se produce una nueva comunicación telefónica de Samuel Olegario con Calixto Gabino (le había dicho que le llamaba en quince días), en la que le pregunta cómo van las ventas. Calixto Gabino contesta que "ha salido eso muy mal". Samuel Olegario le dice: ¿te queda mucho lechazo para estas fiestas?. Calixto Gabino le responde. Sí, sí... hasta yo creo que vamos pasando fiestas... no he comido ni la mitad... yo estoy más que en ello, pero.... Hablan del día 30. Samuel Olegario añade, "son diez días más, lo mejor, días de fiesta.... es que encima le pagamos el lechal caro, a ver compadre aprétame (sic) un poco, compadre, con pasta". Nuevamente emplean términos crípticos para aludir la transmisión de sustancias estupefacientes, siendo Samuel Olegario (concertadamente con Romeo Clemente) quien ha encargado la venta de la partida, a la que se refieren como lechazos (antes hablaban de jamones y paletillas), y Calixto Gabino quien se ocupa de distribuirla y entregar el dinero a Samuel Olegario , el cual está pendiente de que se venda todo y recibir el beneficio.

- A ello se une la droga y útiles intervenidos en el registro del domicilio de Calixto Gabino .

La inferencia obtenida por la Audiencia, se corresponde con un criterio lógico, racional, alejado de cualquier arbitrariedad; por lo que el motivo se desestima.

CUARTO. - El sexto motivo lo formulan por infracción de precepto constitucional, amparado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Carta Magna , por falta de motivación respecto de las consecuencias punitivas.



Argumenta que la sentencia recurrida no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el artículo 120 de la Constitución y artículo 66 y 72 del Código Penal, pues el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta, vulnerándose de esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

1. Esta Sala, efectivamente, ha reiterado que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Aunque, también es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, si bien resulta insuficiente, aludir meramente a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado, que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización *en cuanto no se impuso la mínima legal*.

2. En autos, la motivación no es exhaustiva, pero sin embargo sí es suficiente. Pues se explica que resulta más conveniente al concurso medial calificado, penar por separado que aplicar la regla consistente en imponer la pena de la infracción más grave en su mitad superior, de forma que impone a Samuel Olegario y a Romeo Clemente por el delito contra la salud pública a cada uno de ellos, tres años de prisión y multa de 3.000 euros habida cuenta que la cantidad de droga intervenida no es muy elevada y las fechas en que acaecieron los hechos; y por el delito de grupo criminal, la pena de nueve meses de prisión, por cuanto tomaban las decisiones fundamentales mientras que el otro miembro del grupo actuaba dentro del grupo bajo las instrucciones o directrices de aquellos.

La pena impuesta por el delito de tráfico de drogas, es la mínima, por lo que el recurso carece de objeto en relación a esta infracción; y la impuesta por el delito de pertenencia a grupo criminal, se aproxima a la mínima, pues el tramo imponible es de seis meses a dos años de prisión, donde la toma decisiva, adicionada a la ulterior ejecutiva, sucintamente alegada, justifica suficientemente que alcance los nueve meses impuestos, aún muy próximos al umbral mínimo.

QUINTO. - El séptimo y octavo motivo lo formulan por infracción de Ley, amparado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley penal sustantiva y doctrina legal, por aplicación indebida: i) del artículo 368 del Código Penal y ii) del artículo 570 del Código Penal, respectivamente.

1. Argumenta que no existe prueba válida que incrimine de manera irrefutable a los recurrentes en los hechos relatados, pues las únicas pruebas de cargo en las que basa el fallo recurrido, en clara alusión a las intervenciones telefónicas y las entradas y registros domiciliarios adolecen de nulidad.

2. El motivo elegido, precisa la sentencia 579/2014, de 16 de julio y las que allí se citan, formulado al amparo del art. 849.1 LECr, "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr".

3. Consecuentemente el motivo debe ser desestimado, en cuanto las nulidades invocadas no han sido declaradas y el relato de hechos probados asevera la conducta que permite subsumir la conducta de los recurrentes en ambos tipos penales:

- se ha podido determinar la existencia en esta provincia de Valladolid, al menos durante el periodo comprendido entre julio de 2011 a enero de 2012, de varias personas que se dedicaban a la comisión de delitos. Se trataba de Samuel Olegario, alias "Perico", y su yerno Romeo Clemente, alias "Triqui", quienes estaban concertados fundamentalmente para la adquisición y venta de drogas y también para cometer delitos de robos en viviendas



a fin de financiar aquella actividad, y a los que se unió Cipriano Ruben (Evelio Julio ó Abel Calixto), alias " Anton Calixto ", ciudadano rumano que, tras su salida del Centro Penitenciario de Zaragoza en octubre de 2011, fue acogido por aquellos en el grupo realizando labores no solo de ejecución de las órdenes dadas por Samuel Olegario y Romeo Clemente sino también facilitando el contacto con otras personas, algunas de origen rumano, **para tratar de adquirir sustancias estupefacientes y para llevar a cabo asalto a viviendas** .

- Samuel Olegario y Romeo Clemente proporcionaron a Calixto Gabino cocaína para que este la distribuyese en su domicilio de la CALLE000 n° NUM000 , NUM001 de Valladolid, y les entregase el producto de la venta de la misma. Calixto Gabino realizó esta labor....

4. Añaden los recurrentes, en el caso del delito de constitución e integración en grupo criminal, dado que para que pueda apreciarse la existencia de grupo criminal es preciso que exista una concertación de más de dos personas creada ex ante con la intención de cometer uno o varios delitos, es decir, que no se trate de un encuentro fortuito y sucede que no se ha acreditado la participación de Cipriano Ruben delito de tráfico de sustancias estupefacientes, difícilmente podrá hablarse de grupo integrado por más de dos personas.

Sucede sin embargo, del mismo modo que en el caso de la asociación ilícita, no es preciso para la consumación y apreciación del tipo penal que el miembro participe en los actos punibles del grupo ni tampoco que haya un principio de ejecución, ni siquiera que sea inmediata la ejecución de los mismos; basta a estos efectos, indica la Circular de la FGE, 2/2011, en ejemplo que se adecua plenamente a autos «con que se acredite alguna clase de actuación de la que pueda deducirse que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción. Traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, como su formación o el aprovisionamiento de medios materiales para sus fines, o la preparación y ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan ».

Como precisa la STS núm. 636/2016, de 14 de julio , la codelincuencia viene a ser un simple consorcio ocasional para la comisión de un delito en tanto que la organización y el grupo criminal constituyen un aliud en el que no concurre una mera ocasionalidad, sino la finalidad de realización concertada de una pluralidad de delitos. La existencia de un grupo familiar, aunque no lo presupone, no excluye que sus miembros se dediquen por tiempo indefinido a la comisión concertada de delitos, lo que constituye un grupo criminal.

La ocasionalidad resulta contrariada en la declaración de hechos probados, donde se describen los diversos ilícitos planificados por los recurrentes para obtener dinero en efectivo con que sufragar adquisiciones de droga, acompañados de Cipriano Ruben y la actividad desplegada por este, con traslados a Zaragoza, búsqueda de ejecutores con su intermediación, inspección de las viviendas donde el robo se iba a perpetrar, espera en Valladolid de los concertados en Zaragoza, etc., en datas cifradas al menos entre octubre y diciembre de 2011.

De otra parte, aún en sede probatoria, las conversaciones de Cipriano Ruben , sobre "gansos" e introducir algo en España, o paquetes con ropa procedentes de Sudamérica aunque luego no se llevaran a cabo, resulta igualmente indicativo de sus sondeos en orden al logro de operaciones de tráfico de drogas; incipientes negocios relacionados con las drogas, afirma la resolución recurrida, pero cuya negociación no prosigue desconociéndose si llegó a pacto real alguno.

SEXTO. - El noveno motivo lo formulan por quebrantamiento de forma, amparado en el artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto entienden que en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, resulta manifiesta contradicción entre ellos y existe predeterminación del fallo.

1. Argumenta la **falta de claridad** en que: a) el apartado dedicado a los hechos que se consideran probados se encuentran incompletos por cuanto no se hace alusión alguna a los mensajes de texto y demás comunicaciones mantenidas entre los implicados que se añaden en los Fundamentos de Derecho; b) la existencia de diversas omisiones como la referencia al local ubicado en la calle Canterac de Valladolid, afirmando que el mismo fue utilizado por D. Samuel Olegario como cafetería; y las características de los vehículos e inmuebles propiedad de D. Samuel Olegario y los miembros de su familia; c) cómo se llega a la conclusión de que los recurrentes proporcionaron a Calixto Gabino cocaína para proceder a su distribución; y d) la afirmación de que las prendas precintadas intervenidas en el domicilio de Samuel Olegario presumiblemente, proceden de hurtos.

2. La **contradicción de los hechos probados** la afirma porque el Primer hecho probado indica que los recurrentes se habían concertado para la adquisición y venta de drogas y también para cometer delitos de robos en viviendas , en unión con Cipriano Ruben , pero inmediatamente a continuación, afirma, se expresa que las reuniones y contactos mantenidas con otros individuos , supuestamente con la finalidad de adquirir sustancia



estupefacientes, *no acaban en acuerdo* ; y lo mismo sucede respecto al *viaje realizado por los miembros del grupo a Zaragoza* , sobre el que se establece literalmente "*sin que conste el objeto concreto del viaje, ni que llegasen a ningún pacto*".

3. Y la **predeterminación del fallo** en que la Audiencia establece que "*de las diversas actuaciones policiales se ha podido determinar la existencia en esta provincial de Valladolid (...) de varias personas que se dedicaban a la comisión de delitos. Se trataban de Samuel Olegario y su yerno Romeo Clemente , quienes estaban concertados fundamentalmente para la adquisición y venta de drogas y también para cometer delitos de robos en viviendas a fin de financiar aquella actividad, y a los que se unió Cipriano Ruben (...)*". Considera que dicha frase supone predeterminación del fallo pues expresa los tipos delictivos por el que son acusados y posteriormente condenados los recurrentes.

Este mismo modo de proceder, indican los recurrentes, se aprecia en el Hecho Probado 6, en el que se establece literalmente que " Samuel Olegario y Romeo Clemente proporcionaron a Calixto Gabino cocaína para que este la distribuyese en su domicilio (...) y les entregase el producto de la venta de la misma".

4. La jurisprudencia de esta Sala Segunda, de la que es ejemplo la STS 307/2016 de 13 de abril y las que allí se citan, sobre el vicio procesal relativo a la *falta de claridad de los hechos probados* (art. 851.1 LECr .), reitera que la sentencia debe anularse, prosperando por lo tanto este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de la descripción fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que imposibiliten saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que genere dudas acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos no permitan calificar jurídicamente los hechos.

Desde concurrente criterio, que tal falta de claridad que impide la falta de comprensión del hecho probado, debe a su vez impedir una correcta subsunción; es decir, la incomprensión, ambigüedad, etc., del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia.

Ahora bien *la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados* , ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (STS núm. 896/2012, de 11 de noviembre y las que allí se citan).

Por ello se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el Tribunal puede no considerar probados o meramente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto. La solución a las omisiones en los Hechos Probados no viene por el cauce de la *-falta de claridad art. 851.1-*, sino por la vía del art. 849.2 LECr .

La omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, en el entendimiento del recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el art. 851.1, precepto que no ampara el ensanchamiento del "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECr .

5. En cuanto al vicio formal de la contradicción, la STS 714/2016, de 26 de septiembre , citada a su vez en la STS 774/2016, de 19 de octubre , señala que su esencia consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4 de marzo).

Para que pueda prosperar este motivo de casación son necesarios los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra; por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual;

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato;



c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica; a su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos;

d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias;

e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo 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;

f) que sea esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

Concluyen esas resoluciones con cita de la STS 1250/2005, de 28 de octubre : "...como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en qué consiste el "iudicium", lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causa y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas".

6. En cuanto la *predeterminación del fallo*, que se contempla y proscribire en el art. 851.1º LECr, explica la STS 231/2016 de 17 de marzo con cita de abundantes precedentes, exclusivamente se produce por la inclusión de conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la sentencia del tipo penal aplicado. Es decir se adelanta al *factum* la calificación jurídica. Esto ocurre cuando:

a) Se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

b) Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.

c) Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo, y

d) Que, suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal.

Consecuentemente, indica una reiterada y antigua jurisprudencia que este vicio procesal solo surge cuando las expresiones utilizadas condicionaren ostensiblemente, adelantándolo, el fallo condenatorio con evidente menosprecio de las pretensiones y argumentaciones de las partes intervinientes, si el defecto, y esto es fundamental, se consuma y proyecta por medio de palabras jurídicas y profesionales alejadas de las que, por inherente al lenguaje vulgar, son acervo común del idioma; por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejan el hecho histórico sin base alguna, huérfano de inteligibilidad y sentido, el vicio procesal no existe (Sentencia 129/96, de 19 de febrero).

De ahí que en aplicación de esta doctrina, como recopila la STS 361/2006, de 21 de marzo, tiene declarado esta Sala que no debe estimarse *predeterminación* en expresiones como: "intención de traficar" o en delitos contra la propiedad: "puestos de común acuerdo para apropiarse de...", "intención de obtener ventajas patrimoniales", "que el acusado llegó a incorporar a su patrimonio", "con ánimo de enriquecerse", etc.

En realidad, el relato de hechos probados debe en todo caso, *predeterminar* el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de la imprescindible lógica en la subsunción jurídica que conduce al fallo. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha *predeterminación fáctica -imprescindible-* sino impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.

Enseñan la SSTS núm. 414/2014, de 21 de mayo y la 311/2016, de 13 de abril que la proscripción del uso de categorías normativas en la construcción de los hechos probados responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su lesividad para algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan descritas, de manera taxativa, en el Código Penal; pues sólo a partir de esta previa intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia,



mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Sólo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquella en un supuesto típico de los del Código Penal. Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisional se haría tautológico o circular, al carecer de un referente objetivo, y por ello arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter descriptivo, que son los idóneos para referirse a datos de los que podría predicarse verdad o falsedad. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídicos, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º in fine, LECr).

De donde se concluye, que cuando las expresiones cuestionadas, denotan datos de puro hecho, de modo que incluso permiten predicar su verdad o falsedad, característica propia de su naturaleza descriptiva, el quebrantamiento de forma invocado resulta inentendible. Sólo cuando en el apartado de los hechos probados se usan categorías normativas en sustitución de los enunciados asertivos mediante los que tendría que describirse la conducta que luego tendría que valorarse en derecho.

7. En cuya consecuencia, a tenor de la jurisprudencia que desarrolla el quebrantamiento de forma invocado, resulta patente que resulta inatendible:

i) En relación a la falta de claridad, de la lectura de los hechos probados no puede ser observada irregularidad en su narración histórica, ni incomprensión gramatical de tipo alguno.

Tanto más, cuando la adición de circunstancias fácticas supone un ámbito ajeno a este motivo; y en todo caso: a) las concretas conversaciones mantenidas telefónicamente son acreditativas del concierto y la actividad de tráfico, integran prueba del mismo; y las llamadas y contenidos de las mismas que posibilitan la calificación, si son recogidas; b) la relación pretérita de Samuel Olegario con una cafetería, como la fecha de matriculación de sus cuatro vehículos y que uno hubiere sido dado de baja, en nada afectan a la calificación objetiva realizada y ni siquiera al conjunto de datos objetivos que sustentan la autorización de la intervención telefónica, cuando su ponderación debe realizarse ex ante, se indicaba la matrícula de los mismos, se advertía del carácter inicial y básico, mientras que la ligera variación que conllevaba en todo el acervo indiciario, era irrelevante; c) el cómo de la conclusión de que los recurrentes proporcionaron a Calixto Gabino cocaína para proceder a su distribución, es actividad propia de la valoración probatoria donde detalladamente se motiva, mientras que en los hechos probados se da cuenta de la existencia de conversaciones sobre el estado de su venta; y d) la afirmación de que las prendas precintadas intervenidas en el domicilio de Samuel Olegario presumiblemente, proceden de hurtos, es cuestión atinente, no a la calificación jurídica de la conducta, sino al decomiso, donde el párrafo segundo del artículo 127.1, conforme a la redacción del momento de autos, establecía la presunción de procedencia delictiva, en el caso de tratarse, como en autos de una organización o grupo criminal.

En definitiva, los incisos del "factum" de la sentencia recurrida que señalan los recurrentes no muestra una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, ni alberga una redacción confusa, dubitativa o imprecisa, sino que se trata de un texto claramente inteligible y exento de oscuridad.

ii) En relación a la contradicción afirmada, su invocación es puramente voluntarista, pues ninguna inviabilidad conlleva el concierto para realizar un determinada actividad y que luego, por dificultades o imprevistos de cualquier clase, no se logre llevar a cabo. En ninguno de los apartados del relato fáctico se encuentra afirmación simultánea alguna de hechos contrarios con la consiguiente neutralización de ambos; ningún vacío resulta con afectación a aspectos esenciales del sustrato fáctico, que impida la subsunción realizada.

iii) En relación a la predeterminación del fallo, ciertamente se utiliza la expresión *concertados fundamentalmente para la adquisición y venta de drogas y también para cometer delitos de robos en viviendas a fin de financiar aquella actividad* . Sucede sin embargo que el propio relato subsana el potencial vicio, al reiterar esa expresión, casi a continuación, con expresión ya inequívocamente descriptiva de sus elementos fácticos: *para tratar de adquirir sustancias estupefacientes y para llevar a cabo asaltos en viviendas* . De forma que aunque si hipotéticamente suprimiéramos la locución con la inclusión del término robo, el hecho histórico no carece de significación penal, pues a continuación se describe la finalidad delictiva del grupo criminal en términos fácticos, descriptivos de la misma.

Sucede también que el tipo de organización y de grupo criminal, en su definición típica, se recoge la finalidad de cometer delitos, donde el elemento normativo viene a integrar la descripción de su actividad; además de que el término robo que efectivamente pertenece al lenguaje legal, antes de ello corresponde al lenguaje corriente; y en autos, de nula incidencia, pues la punibilidad de la organización la determinó el tráfico de drogas y no el robo, de forma que la supresión de la actividad de robo no alteraría el fallo.



En definitiva, no se utiliza el término jurídico penal, para evitar y sustituir la necesaria narración que toda sentencia debe contener sobre lo ocurrido (STS 429/2008, de 4 de julio). No se usa la categoría normativa en sustitución de los enunciados asertivos, sino que la conducta enjuiciada que luego es subsumida jurídicamente, se describe íntegramente a través de elementos fácticos. No se quebranta a nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico (STS 684/2007, de 26 de julio). En la resolución recurrida se discierne perfectamente lo que es simple relato de la forma en que discurrieron las acciones incriminables, de lo que constituye la apreciación jurídica de las mismas; por lo que el motivo debe ser desestimado. (STS núm. 520/2010, de 25 de mayo).

La otra expresión invocada, *proporcionaron a Calixto Gabino cocaína para que este la distribuyese en su domicilio*, deviene ausente de cualquier expresión reservada al mundo jurídico; y así el ATS 947/2016, de 26 de mayo, indica que la expresión "distribución en el mercado ilícito" es utilizada en el lenguaje común y perfectamente entendible, constituyen términos asequibles no sólo a personas con conocimientos técnicos, y no vacían de contenido el tipo penal aplicado; e igualmente el ATS 2014/2014, de 4 de diciembre, niega que la expresión sobre "el destino de la cocaína a su distribución a terceras personas", integre predeterminación del fallo; criterio en que abunda la STS 725/2014, de 3 de noviembre al negar tal vicio en el sentido de la expresión "venta y distribución de sustancias estupefacientes"; y la STS 253/2013 de 27 de marzo dijo que afirmar que la recurrente se dedicaba a la venta de drogas, para desarrollar después en la fundamentación esa afirmación no supone sustituir el hecho por su valoración jurídica.

De otra parte, ni distribución ni cocaína son expresiones recogidas en la literalidad del artículo 368 calificado.

El motivo se desestima.

Recurso de Alexis Damaso

SÉPTIMO. - 1. La representación procesal de Alexis Damaso formula recurso de casación, donde el primer motivo que formula es por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española, pues niega que de las conversaciones grabadas resulte prueba de cargo contra el mismo; el segundo motivo directamente relacionado, también lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECr, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva pues de ninguna de las conversaciones puede concluirse que se dedicaba a la venta de droga; ni una sola, afirma, consta como concluida.

Aunque también en el segundo ordinal, alude a vulneración de principio de especialidad del hecho delictivo, pues iniciadas las intervenciones para investigaciones delictivas en un determinado grupo, en el que no se encuentra el recurrente, pero a través de la injerencia se afirma que se descubre una actividad de tráfico independiente y sin solicitar ampliación del ámbito de la intervención, se usa contra el mismo.

2. La "especialidad" que invoca el recurrente, no resulta del Auto de 28 de julio de 2011, donde se autoriza la intervención del teléfono utilizado por el recurrente, pues si bien se alude a una organización y su relación con el recurrente, cuando se concreta el delito investigado se indica: *los hechos que revisten los presuntos (sic) carácter de un delito contra la salud pública previsto y penado en el art. 368 CP, delito que tiene prevista una pena grave y una gran trascendencia social lo que se constata por la naturaleza del bien jurídico que se ve afectado por este tipo de delitos -salud pública- y el amplio número de sujetos afectados ante la comisión de este tipo de conductas delictivas*. Es decir, actividad de tráfico de drogas y múltiples sujetos implicados.

Pero incluso en su delimitación de tráfico cometido por un determinado grupo, la investigación del recurrente estaría igualmente justificada, cuando resulta de las conversaciones mantenidas los días 18 y 21 de julio de 2011, que motivan la petición y ulterior autorización de la intervención de su teléfono, expresiones ampliamente sugestivas de haberse encargado de examinar en esos días partidas de heroína por encargo de Romeo Clemente e informar de su calidad. Que tales relaciones fueren esporádicas y no mediase integración en el grupo, en absoluto conlleva que su actividad de tráfico de drogas, estuviere excluida del ámbito de la injerencia autorizada.

3. Validez de las intervenciones telefónicas que aportan un acervo probatorio con obvia suficiencia para desvirtuar su presunción de inocencia; y así las conversaciones de varias fechas:

- Del 20 de agosto sobre una caja de zapatos donde tiene dieciséis y deben sacarse cinco.
- Del día 21 de agosto, donde le piden "una barra y media".
- Del día 7 de septiembre donde le preguntan si tiene speed; contesta que sí; y que tarda un ratillo en llevarlo porque se encuentra en Valladolid, "en lo que tardo en subir".
- Del día 20 de septiembre, donde hablan sobre precios.



- Del día 28 de septiembre, donde le piden dos plantas por sesenta euros.
- Del día 7 de octubre, donde al interlocutor le dice que lo espera que le ha traído "el verde" ese de Valladolid que gusta.
- Del día 15 de octubre, donde la hermana de un tal Secundino Faustino le reprocha la mala calidad de una entrega anterior, todo hojas; y el recurrente queda en llevarle otros 20 gramos.
- Del 19 de octubre, le preguntan si tiene algo de "marrón".
- Del 1 de noviembre, donde habla de un pase 50 quitadas ya ramas y bolsa y queda en darle la mitad ya.
- Del 8 de noviembre, donde ofrece skunk (variedad de cannabis) de la que afirma que la había cortado el día anterior y que es la bomba...

Detalladas todas ellas y alguna más en la sentencia de instancia, de donde racionalmente infiere la Audiencia: *De todas estas conversaciones se constata que Alexis Damaso vendía drogas, en la mayoría de los casos se refieren sin duda a marihuana o variedad de cannabis (se identifica por términos como plantas y verde, hojas, skunk), mencionando el peso en gramos y de la cantidad de dinero a pagar, y en una ocasión se habla expresamente de la transmisión de "speed" por dicho acusado.*

Consecuentemente, no se conculca el derecho a la presunción de inocencia, ni tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, pues del examen de la resolución de instancia, compendiada en el conjunto indiciario transcrito y su racional valoración, alumbra con suma claridad de donde resulta la *questio facti*.

Tal quebranto, en lo que concierne a la motivación de las decisiones jurisdiccionales, indica la STS 303/2015 de 30 de mayo que reitera el contenido de la 157/2015 de 9 de marzo, con cita de otras varias, exige una plena ausencia de toda motivación o el carácter patente de arbitrariedad en la argumentación; de modo que *no ampara la mera discrepancia con la retórica argumentadora de la resolución que se impugna*. De otro modo, con tal laxitud el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal abriría la casación a todo el espectro de posibilidades de refutación propias de la más amplia concepción de la apelación. Arbitrariedad que el Tribunal Constitucional afirma cuando la sentencia parte de premisas que sean de manera patente erróneas, cuando está ausente toda coherencia en la vinculación de esas premisas con las conclusiones afirmadas, o dicha vinculación de manera evidente no se ajusta a pautas de lógica y experiencia, o incluso, cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo. Calificaciones que se alejan notoriamente del racional y motivado proceso inductivo exteriorizado por el Tribunal de instancia.

OCTAVO.- El tercer motivo se formula por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1º LECr, por indebida aplicación del art. 368.1 del Código Penal.

En su argumentación reitera que no existe prueba acreditativa de la comisión por el recurrente del tráfico imputado, ni tampoco de que se llevara a efecto la compraventa del speed.

Como antes hemos indicado este motivo solo permite atender a errores de subsunción, pero sin alteración alguna del relato de hechos probados; y obrando en los mismos que *Alexis Damaso*, sobrino de *Samuel Olegario*, durante ese periodo de tiempo comprendido entre julio de 2011 a enero de 2012, realizó actos de transmisión de cannabis y en una ocasión de speed a terceras personas, el motivo debe ser desestimado. Tanto más cuando el tipo se cumplimenta con la tenencia destinada al tráfico, aunque no llegue a transmitirse.

NOVENO. - En materia de costas rige el art. 901 LECr, que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

III. FALLO

Declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formulado por la representación procesal de Samuel Olegario y Romeo Clemente y por la de Alexis Damaso contra sentencia de fecha 7 de marzo de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda, en causa seguida contra los mismos por delito contra la salud pública e integración en grupo criminal; ello, con imposición de las costas causadas, a cada recurrente, las generadas por su respectivo recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia



PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Palomo Del Arco , estando celebrando 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