



Roj: **SAP MU 157/2017 - ECLI: ES:APMU:2017:157**

Id Cendoj: **30016370052017100007**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **10/01/2017**

Nº de Recurso: **107/2016**

Nº de Resolución: **6/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JACINTO ARESTE SANCHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00006/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL MURCIA

SECCION 5 CARTAGENA

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (CARTAGENA)

Teléfono: 968.32.62.92.

Equipo/usuario: RAC

Modelo: 213050

N.I.G.: 30035 41 2 2015 0026600

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000107 /2016

Delito/falta: TRÁFICO DE DROGAS SIN GRAVE DAÑO A LA SALUD

Recurrente: Gonzalo , Leon , Porfirio , Víctor , Andrés

Procurador/a: D/Dª MARIA DOLORES CANTO CANOVAS, MARIA DOLORES CANTO CANOVAS , MARIA DOLORES CANTO CANOVAS , CARMEN ALMUDENA CLER GUIRAO , CARMEN ALMUDENA CLER GUIRAO

Abogado/a: D/Dª MANUEL MAZA DE AYALA, MANUEL MAZA DE AYALA , MANUEL MAZA DE AYALA , MARIANO BO SANCHEZ , MARIANO BO SANCHEZ

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION 5ª - CARTAGENA

ROLLO Nº 107/2016

Ilmo. Sr. D. Jacinto Aresté Sancho

Ilmo. Sr. D. Matías M. Soria Fernández Mayoralas

Ilmo. Sr. D. Juan Angel Pérez López

Magistrados

En Cartagena, a diez de enero de dos mil diecisiete.



La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, compuesta por los Ilustrísimos Señores citados

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 6

Vista, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados, la causa procedente del Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, seguida en el mismo como Procedimiento Abreviado 44 de 2016, derivado del Procedimiento Abreviado 44 de 2015 Diligencias Previas 1615 de 2015 procedente del Juzgado de Instrucción N 2 7 de San Javier seguido por un delito contra la salud pública contra Horacio , defendido por el letrado Don Julio Frigard Hernández y representado por el Procurador Don Luis Felipe Fernández de Simón Bermejo; Leon , Gonzalo y Porfirio , defendidos por el letrado Don Manuel Maza Ruiz y representados por la procuradora Doña María Dolores Cantó Cánovas; Víctor , defendido por el letrado Don Mariano Bo Sánchez y representado por la procuradora Doña Carmen Almudena Cler Guirao; y contra Andrés , defendido por el letrado Don Pablo Martínez Pérez y representado por la procuradora Doña Carmen Almudena Cler Guirao, interviniendo el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública siendo partes en esta alzada, como apelantes, los acusados a excepción del primero de los mencionados y, como apelado. Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Jacinto Aresté Sancho, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, con fecha 10 de junio de 2016, dictó Sentencia en los autos de que este rollo dimana declarando probados los siguientes hechos: "Se dirige la acusación contra Horacio , detenido a resultas de esta causa el 6-10-15 y en prisión provisional desde 9-10-15 hasta 3-11-15, mayor de edad y sin antecedentes penales, Gonzalo , mayor de edad y con antecedentes computables a efectos de reincidencia, detenido a resultas de esta causa el 6-10-15 y en prisión provisional desde 9-10-15 hasta 21-12-15, Leon mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, detenido a resultas de esta causa el 6-10-15 y en prisión provisional desde 9-10-15 hasta 27-11-15, Víctor detenido a resultas de esta causa el 8-11-15 y en prisión provisional desde 9-11-15 hasta el 27-11-15, Andrés mayor de edad y con antecedentes penales no computables detenido el 8-11-15 y en prisión provisional desde el 10-11-15 y contra Porfirio , mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia toda vez que fue condenado por sentencia firme del 30-7- 2008 dictada por la Audiencia Nacional, sección 14 por un delito de tráfico de drogas cualificado a la pena de 3 años y 1 día de prisión y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 30-6-2011 dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4 por un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de 2 años de prisión, detenido a resultas de esta causa el 6-10-15 y en prisión provisional desde el 9-10-15. Los acusados se concertaron los días previos al día 6-10-15 para introducir en una embarcación en el puerto Tomás Maestre de la localidad de La Manga del Mar Menor, una partida de hachís para su posterior distribución a terceros as cambio de precio. Así, en uno de los pantalanos de la denominada "Zona 5" del citado puerto deportivo, hizo su entrada el día 3-10-15 la embarcación " DIRECCION000 ", con matrícula NT-.....-..... siendo conducida por el acusado Porfirio y siendo el titular de la misma Leon . En la noche del 6-10-15 se procedió por parte de los funcionarios del Servicio de Aduanas de Cartagena a la intervención de dicha embarcación, precediéndose a la detención de Porfirio , patrón de la embarcación, Leon , propietario de la embarcación, Gonzalo que se encontraban en el puerto dispuestos a descargar la sustancia estupefaciente, y que al detectar la presencia de los funcionarios salieron huyendo arrojando los dos últimos los teléfonos móviles que portaban. Igualmente se produjo la detención de Horacio quien al detectar la presencia de los funcionarios llamó a Andrés diciéndole que abortara la operación, que estaban vigilando la embarcación y que saliera corriendo. Finalmente al día siguiente se produjo la detención de Víctor , quien desde el mes de julio se había concertado por teléfono con Horacio para preparar la operación, y cuyo vehículo fue visto en el puerto Tomás Maestre la noche en que se producen las detenciones; y también se detuvo a Andrés , quien la noche del 6.10- 15 consiguió huir del puerto al ser avisado por Horacio . Al día siguiente, 7-10-15 se dictó por el Juzgado de Instrucción N 2 7 de San Javier auto que acordaba la entrada y registro de dicha embarcación, procediendo los funcionarios al registro de la misma donde incautaron 44 fardos que después del pertinente. análisis por el laboratorio de droga del Área de Sanidad de la Delegación del Gobierno de Murcia, resultó ser resina de cannabis con un peso dentro de 1.419,04 kilogramos con un precio en el mercado ilícito de sustancias estupefacientes de dos millones trescientos trece mil con treinta cinco euros (2.313.035 euros).".

Segundo: En el fallo de dicha resolución, expresamente se disponía: "Que debo condenar y condeno a Horacio , Porfirio , Gonzalo , Leon , Víctor , y Andrés como autores de un delito contra la salud pública



previsto y penado en el artículo 368 y 369.5 del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 4.626.070 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria dos meses de privación de libertad, así como al abono de las costas procesales por partes iguales. Precédase al comiso de las sustancias estupefacientes aprehendidas y de los demás efectos y dinero intervenidos, dándoles el destino legal prevenido en los arts. 127 y 374 del CP ."

Tercero: Contra la anterior Sentencia, en tiempo y forma, se interpusieron, para ante esta Audiencia Provincial, Sección Quinta, recursos de apelación por la representación de Leon , Gonzalo y Porfirio ; la de Víctor ; y la de Andrés , recursos que fueron admitido en ambos efectos, y por los que se expusieron por escrito y dentro del plazo que al efecto les fue conferido, la argumentación que les sirve de sustento, dándose seguidamente a la causa, por el Juzgado de primer grado, el trámite dispuesto por los artículos 803 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , con traslado de los escritos de los recurso a las demás partes personadas para impugnación, oponiéndose el Ministerio solicitando la confirmación de la sentencia apelada por considerarla ajustada a derecho, remitiéndose seguidamente los autos a este Tribunal, formándose el correspondiente rollo que ha quedado para Sentencia sin celebración de vista, habiéndose señalado la deliberación, votación y fallo en el día de la fecha

Cuarto: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Único: Se aceptan los de la resolución impugnada, que se dan por reproducidos, complementados con los siguientes, en realidad implícitos en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia impugnada: El acusado Andrés era consumidor de cocaína y anfetaminas, sin que conste su grado de adicción ni que actuara impulsado por su dependencia a dichas sustancias ni que en su tuviera sus facultades afectadas por el consumo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Frente a la sentencia que condena a seis personas como autoras de un delito contra la salud pública por su participación concertada en un alijo de 1.419,04 kilogramos de resina de cannabis se alzan cinco de los condenados con tres recursos en los que se plantean las siguientes cuestiones: a) nulidad de actuaciones por vulneración del derecho al Juez Natural (recurso de Gonzalo y otros, aunque la cuestión aparece también en el de Víctor , junto a lo que se indica en el apartado c); b) vulneración del derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, planteándose en los tres recursos, desde diversas perspectivas, la nulidad de la entrada y registro en la embarcación en la que se intervino la sustancia estupefaciente; c) vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, al considerarse insuficientes los testimonios de la causa en la que inicialmente se acordó la intervención telefónica y sus prórrogas (recurso de Víctor y por remisión el de Andrés); d) error de apreciación de la prueba, en términos genéricos en el primer recurso; e) vulneración de presunción de inocencia, en los recursos de Víctor y de Andrés , al considerar los mencionados recurrentes que su condena se funda en una errónea interpretación subjetiva de unas conversaciones telefónicas; f) posible mera complicidad de Víctor ; g) atenuante de drogadicción en Andrés .

Segundo: Respecto a la primera de las citadas cuestiones, es preciso tener en cuenta que según la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015 , en la misma línea que la de 27 de julio de 2015 , con doctrina que se reitera en la Sentencia del mismo Tribunal de 19 de julio de 2016 , "Como repetidamente tiene dicho esta Sala la determinación del órgano competente dentro de los Tribunales ordinarios, tanto para la instrucción como para el enjuiciamiento carece de relevancia constitucional, salvo en aquellos casos en que un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al órgano que la ley designa para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad (véanse S.T.S. 35/2000 de 14 de febrero y S.T.S. 39/2011 de 1 de febrero). Las cuestiones de competencia tienen en el proceso penal ordinario el cauce adecuado para su proposición con anterioridad a la celebración del juicio oral (declinatoria de jurisdicción: art. 666 L.E.Cr .). Por otro lado las normas de reparto son disposiciones de régimen interno que no tienen por finalidad establecer la competencia, materia propia de las leyes procesales, sino de regular entre órganos jurisdiccionales que tienen la misma competencia territorial, objetiva y funcional, cuál va a ser el que debe conocer del asunto, que en ningún caso da lugar a la vulneración de ningún derecho fundamental. Por ello, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, no afecta al derecho al juez predeterminado por la ley. En el caso que se nos plantea jugaría en contra de la pretensión casacional el principio de seguridad jurídica y el de la necesidad de la conservación de los actos procesales (art. 242 L.O.P.J . y S.T.S. 619/2006 de 5 de junio). Por último -como bien apunta el Mº Fiscal- los efectos anulatorios de los arts. 11 , 238.1 º y 240 L.O.P.J . únicamente



se producirían en los supuestos en que las diligencias hubieren sido acordadas por un juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos (S.T.S. 757/2009 de 1 de julio), que no es el caso, ya que tanto funcional como objetivamente el juzgado que llevó a cabo las actuaciones estaba habilitado para ello (arts. 22.2 L.E.Cr . y 243 L.O.P.J .)".

Aplicando dicha doctrina al presente caso, el motivo debe ser desestimado. No existe la menor indicación de que se produjera una mala fe procesal determinante de manipulación en la asignación del caso a un determinado juzgado, que es lo que podría dar lugar a la vulneración del derecho invocado. Ni siquiera consta que haya habido infracción de normas sobre competencia o reparto, asumiendo este Tribunal y dando por reproducido lo argumentado al respecto en el apartado 2) del fundamento de derecho primero de la sentencia apelada. En efecto, del testimonio de actuaciones obrante en la causa se deduce lo siguiente: las actuaciones se inician por la intervención de las comunicaciones telefónicas de varias personas, entre ellas el acusado Horacio , empleado del Puerto marítimo Tomás Maestre, por su posible participación en organización delictiva dedicada a la introducción de sustancias estupefacientes por la zona Norte de la Manga del Mar Menor; la intervención es acordada junto al secreto de las actuaciones por el Juzgado de Instrucción nº 4 de San Javier , que accede a la solicitud de 29 de abril de 2015 por ser el de guardia, en auto de 5 de mayo de 2015 en Diligencias Previas 540 de 2015, que son asignadas conforme a las normas de reparto al Juzgado nº 7, donde son registradas como Diligencias Previas 648 de 2015, siendo acertada la deducción de la juez "a quo", pues se trata del mismo procedimiento (en ambos casos NIG 3003541220150019630), continuando éste el conocimiento de las actuaciones, acordando prórrogas de las intervenciones; como resultado del contenido de las comunicaciones telefónicas de Horacio con otras personas, así como del dato recibido por la Agencia Tributaria acerca de la presencia en la Zona 5 del puerto deportivo "Tomás Maestre" de una embarcación de la que no existían datos en el registro de entrada y que presentaba un hundimiento anormal de la proa sugerente de portar un elevado peso, establecen el día 6 de octubre de 2015 un dispositivo de vigilancia en la zona; al interceptar a las 21,44 horas una llamada telefónica en la que desde el teléfono de Horacio se avisaba a un tal Andrés que estaban vigilando el Barco, y que han visto que está cargado de todo, y saliera corriendo, se procede a la intervención policial, procediendo a varias detenciones en el sitio y a la incautación de la embarcación; el día siguiente acuerda la entrada y registro el Juzgado de Instrucción nº 7, a cuya disposición son puestos los detenidos el día 9; el mismo día, tras el estudio de las actuaciones el Juez de Instrucción llega a la conclusión de que el alijo de droga intervenido lo ha sido por una estructura criminal distinta a la investigada sin otro punto de conexión que la colaboración en ambas de Horacio , y decide seguir un procedimiento separado del que se inhibe para que el Juzgado Decano turne el nuevo, si bien el Juzgado al que se turna rechaza la inhibición argumentando en favor de la conexión la actuación del Juzgado nº 7 fuera de su periodo de guardia. Aquel juzgado, no que es reproche a éste, como parecen entender los recurrentes, haber sumido indebidamente las funciones que correspondían al juzgado de guardia, sino que refuerza sus argumentos haciendo ver que el otro juzgado había actuado fuera de su guardia como si los delitos fueran conexos. De lo expuesto, ni se deduce un motivo de nulidad ni siquiera una irregularidad: dadas las características de los hechos investigados, la conclusión de que se trataba de dos estructuras dedicadas a la misma clase de hechos, en la misma zona, y con un colaborador común en ambas, no podía ser automática; tampoco se podía descartar la conexión, dadas las amplias posibilidades que en el momento de los hechos ofrecía el número 5º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción entonces vigente; las funciones asignadas al Juzgado de Guardia no pueden condicionar la actuación de otro Juzgado de la misma localidad que ya está conociendo de unos hechos, y menos en unas actuaciones declaradas secretas

Tercero: Pasando a la siguiente cuestión, adelantamos que todos los motivos de nulidad a que se refiere deben ser rechazados, pues aun en supuesto de que el registro de la embarcación se hubiera practicado carácter previo a la autorización judicial, ello no implicaría una vulneración del derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2009 declara que "Esta Sala ya se ha pronunciado rechazando la misma invocada vulneración constitucional en aquellos casos en los que la embarcación no constituye domicilio sino mero instrumento de transporte de la droga. Así, en la Sentencia 151/2006, de 20 de febrero , se dice que no cabe hablar de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución simplemente porque las embarcaciones no constituyen domicilio a estos efectos constitucionales, salvo en aquellas partes destinadas específicamente a los camarotes, dormitorios de las tripulación o pasajeros, u otros lugares reservados para una persona o grupo de personas. Y ello aunque se tratase de un yate o embarcación de recreo, como en el caso aquí examinado, en el que podría predominar el aspecto de lugar destinado a la vida personal o familiar, íntima en todo caso, que es lo que constituye la razón de ser de esta inviolabilidad proclamada en el art. 18.2 CE ; porque en el presente caso este tipo de embarcación se estaba utilizando, no para tal finalidad de convivencia con la familia o amistades, sino sólo para el transporte de mercancía, en este caso ilícita, ya que se trataba de hachís en cantidades elevadas. Con el mismo criterio las sentencias de esta Sala 1108/1999 , 1534/1999 y 1776/2000 . En el supuesto objeto del presente recurso, la embarcación estaba llena de fardos que imposibilitaban la vida íntima,



sin que existieran señales, como se declaró por los funcionarios que comprobaron su estado, de que pudiera servir a fines distintos del mero transporte de los dos mil kilos de hachís, que llenaban todo el habitáculo siendo visible desde el exterior la presencia de esos fardos que lo cubrían todo, por lo que igualmente podría sostenerse que nos encontramos ante un supuesto de delito flagrante." La similitud de presente caso con el que resolvía el Tribunal Supremo es palmaria: también en el supuesto enjuiciado, en el acta de entrada y registro se hace constar que "toda la embarcación está llena de fardos apilados con gran desorden", en ambos supuestos se puede hablar de situación de imposibilidad de vida íntima, dada la cantidad de droga y el tamaño de embarcación. Por otra parte, se hace referencia a una vulneración del derecho a la intimidad en términos totalmente genéricos, sin concretar quien era el titular de esos derechos, y en el procedimiento no hay el menor dato del que se pueda desprender que la embarcación constituyera domicilio o espacio de intimidad de una o más personas concretas.

Cuarto: Pero es que aunque se entendiera otra cosa, lo cierto es que la entrada y registro había sido acordada judicialmente y se practicó bajo la dirección inmediata del Juez de Instrucción y bajo la fe de la Letrada de la Administración de Justicia, sin que concurra ninguna causa de nulidad, asumiendo este Tribunal lo razonado al respecto por la Juez "a quo".

Se expone por uno de los recurrentes que el auto que acordaba la entrada y registro era nulo, por haberse acordado sin petición previa. Aunque es cierto que no consta en las actuaciones un oficio con una petición expresa para la entrada y registro de la embarcación, esa petición policial no es necesaria ya que el Juez de Instrucción no actúa a instancia de la Policía Judicial, sino que es esta la que actúa bajo las órdenes de aquél. Con los datos el oficio que obra la folio 3 de las actuaciones en que se hace referencia a la existencia de una embarcación "intervenida" y demás datos obrantes en las actuaciones, el Juez podía acordar la entrada y registro en el mismo sin necesidad de que mediara petición de ninguna clase.

En cuanto a la nulidad fundada en la no intervención de letrado de los recurrentes durante el registro, no podemos sino decir, con la sentencia apelada, que "sobre la presencia de abogado en este tipo de diligencias, recuerda la STS de 1/6/12, citando a su vez la STS de 17/12/07, que son innumerables las resoluciones de esa Sala que afirman la innecesariedad de que la diligencia procesal de entrada y registro judicialmente autorizada se lleve a cabo con asistencia de Letrado, a tenor de lo dispuesto en el art. 520 Lecrim., que únicamente exige esta asistencia letrada del detenido para las diligencias de identificación y de declaración, no para los registros domiciliarios. Igualmente, la STS de 24/10/11 señala que la presencia del Letrado del detenido en el registro no es exigible por no existir obligación legal para tal presencia, citando como precedente las SSTS 697/2003 y 1134/2009. Por su parte, la STS de 17/4/02 razona que la presencia de un Letrado en la entrada y registro no es una exigencia derivada de la Ley Procesal Penal, que no regula ese derecho pues no hay norma alguna que establezca esta asistencia en los registros domiciliarios, ni es una exigencia constitucional en la medida que los derechos fundamentales en juego aparecen protegidos con la disciplina de garantía que para la diligencia previene el art. 520 LECrim que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimiento de identidad y declaraciones de aquél, pero sin referencia alguna a la entrada y registro. En definitiva se entiende que la autorización judicial tutela suficientemente el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, el carácter judicial de la diligencia y la presencia del secretario judicial tutelan la legalidad de su práctica y garantizan la fiabilidad del contenido del acta y la presencia del interesado asegura la contradicción, sin que resulte imprescindible la presencia letrada en la diligencia para garantizar los derechos fundamentales del detenido, y concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías."

Y un tema común en los recursos es la afirmación de que, con carácter previo al registro reflejada en el acta, se efectuó por los agentes de la Agencia Tributaria un registro sin mandamiento judicial, y que basan en la circunstancia de que en el oficio obrante al folio 3 de las actuaciones, previo al registro, ya se consignaba que la embarcación transportaba en su interior una importante cantidad de cantidad estupefaciente, en que no se podía ver desde el exterior, en que la datación de las fotografías es anterior al registro, y en las manifestaciones de uno de los agentes se habla de que ya estaba abierto un poco y se podía ver asomándose un poco. Sin embargo, la sentencia apelada descarta dicha posibilidad, argumentando, de manera razonable y que compartimos "Ninguno de los funcionarios de vigilancia aduanera que declara realiza tal afirmación, explicando el primero de los funcionarios que cuando en el oficio del folio 3 dice que hay "intervención de la embarcación y de la mercancía", no significa que entraran a la embarcación, ya que sólo entraron una vez que se obtuvo autorización, pero que sabían que había sustancias estupefacientes porque pudieron verlo desde el exterior" y que "Por lo que se refiere a la diligencia de entrada y registro es cierto que según el acta que obra al folio 93 consta que la misma se inicia a las 12:45 horas, y en cambio las fotografías aportadas en el atestado folio 136 de las actuaciones la hora que recoge es las 10:58, manifestando la defensa de Andrés que se entró en la embarcación sin la presencia del Secretario Judicial. Sin embargo esta juzgadora no puede acoger tal conclusión ya que la hora marcada en las fotografía podría no corresponder con la hora en que



realmente se hicieron, por ejemplo por un error en la cámara, y es que a ninguno de los testigos que declararon en el plenario se les pidió aclarar esta cuestión, ya que no fueron preguntados por este extremo. En cualquier caso, entiende esta juzgadora que del acta de entrada y registro y de las testificales practicadas la entrada y registro se produjo con autorización judicial y presencia de Secretario Judicial." En definitiva, la juzgadora da preferencia a las declaraciones testificales de los agentes intervinientes. Frente a las conjeturas de los recurrentes, un dato en favor de que se pudiera apreciar la existencia de los fardos desde el exterior viene contenido en la conversación telefónica en la que desde el teléfono de Virgilio se advierte a Andrés que aborte la operación, con la advertencia de que "están vigilando el barco, que han visto que está cargado de todo" (cfr. Folio 255), afirmación difícilmente comprensible si desde el exterior fuera imposible en absoluto visualizar el cargamento de la embarcación.

Lo que resulta innegable es que a las 12,45 horas del 7 de octubre de 2016, el Juez de Instrucción que conocía de las actuaciones, bajo la fe de la Letrada de la Administración de Justicia, y auxiliado por los agentes designados, procedió al registro de la embarcación y a constatar la existencia en su interior, en la forma que el acta describe, de casi tonelada y media de resina de cannabis. La circunstancia de que en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, no modificado en el juicio, se datara el registro "previa habilitación judicial" en la noche del día 6, es un error material manifiesto sin trascendencia y acertadamente corregido en la sentencia sin vulneración de ningún derecho.

Quinto: En cuanto a la pretendida vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, invocada en el recurso de Víctor, y por remisión en el de Andrés, se basa en la supuesta insuficiencia de los testimonios aportados a estas actuaciones para controlar la legalidad de la intervención, haciéndose hincapié en la cuestión examinada en el fundamento segundo respecto al juzgado sobre el juez competente. Como se deduce de lo expuesto en dicho fundamento, una vez que el juez instructor llega a la conclusión de que uno de los investigados colaboraba una estructura distinta a la investigada, con distintas personas pero dedicada a la misma actividad, y que esta segunda debería ser objeto de procedimiento separado, acuerda la incoación de nuevas Diligencias Previas a las que, tras las vicisitudes descritas en el citado fundamento segundo, una testimonios de las resoluciones y oficios existentes en las primeras diligencias en relación a dicho investigado. A la vista de lo que se alega en el recurso, debe insistirse en que las Diligencias Previas 540 de 2015 del Juzgado nº 4 y las Diligencias Previas 648 de 2015 del Juzgado nº 7, son el mismo procedimiento (en ambos casos NIG 3003541220150019630). Se aporta, por tanto, un testimonio parcial del anterior procedimiento. Al respecto, hay que señalar que las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero y 3 de marzo de 2013, en aplicación a supuestos concretos de los criterios aprobados en el Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 sobre "Habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio", declaran que "...En los supuestos en los que la autorización judicial se ha producido en otra causa, hemos recordado que la restricción de un derecho fundamental, como es el secreto de las comunicaciones, exige una justificación previa explícita y fundada para que no exista duda acerca de la licitud de la misma, justificación que ha de estar documentada en la causa, pues su inexistencia hace imposible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados. Cuando se trata de injerencias que han sido adoptadas en otra causa, de la que se ha desgajado la que es objeto de enjuiciamiento, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio in dubio pro reo autoriza a cuestionar, o sospechar de la ilicitud a lo allí actuado, sí que es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en estos procesos, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, cuyos derechos fundamentales se ven perjudicados. Este cuestionamiento ha de ponderar que la causa enjuiciada es una causa diferente a la original, por lo que el testimonio remitido solo necesita referirse a los elementos sustanciales que permitan el referido control." Pues bien, en el supuesto enjuiciado los particulares testimoniados son suficientes para valorar la legalidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas acordadas respecto del acusado Horacio, única que tiene relevancia en esta causa, al contener lo que, en las resoluciones judiciales que acuerdan la intervención y sus prórrogas, y oficios a los que responden, se refiere a dicho acusado. De hecho, la sentencia impugnada, en los apartados 3), 4) y 5) del fundamento de derecho primero mantiene, de manera razonada, que este Tribunal asume y da por reproducida, la validez de la intervención y sus prórrogas así como la legitimidad de su utilización en este procedimiento, valorando, en base a los particulares, tanto la fundamentación de las resoluciones como su cobertura indiciaria. Y es que en efecto, con los particulares testimoniados del primer oficio de la Agencia Tributaria, de 29 de abril de 2015, se ponen de manifiesto unos datos objetivos y contrastables con valor indiciario suficiente sobre la participación del acusado Horacio en las actividades que se le atribuyen: como consecuencia de la información confidencial recibida sobre la posible introducción de sustancia estupefaciente en una embarcación a través del puerto deportivo "Tomás Maestre" con la ayuda de un empleado del establecimiento llamado Horacio, establecen un dispositivo en la zona 5ª del Puerto; aprecian de madrugada idas y venidas de un vehículo rojo y la presencia de dos magrebíes, describiendo los lugares que ocupan, propios de actitud vigilante; identifican como empleado



del establecimiento a Horacio , encargado de vigilancia nocturna entre la garita de seguridad de la zona 5ª y el garito de control de cámaras de la entrada al centro; en otras vigilancias detectan la presencia esporádica junto al domicilio de Horacio de vehículos propiedad de personas concretas con antecedentes por delitos contra la salud pública; y contiene un informe económico sobre la situación de dicha persona resaltando unos gastos que no se corresponden con los ingresos. Y en el auto de 5 de mayo de 2015 se valoran dichos indicios, no sólo por remisión, sino con referencia explícita a los mismos, junto a la clase y gravedad del delito para acordar la intervención que se debe considerar, por tanto, ajustada a derecho. De la misma manera, en autos en 3 de junio, 1 de julio, y 28 de agosto, se tienen en cuenta los datos aportados en los oficios de 1 de junio, 29 de junio y 26 de agosto, para, sumados a los ya concurrentes en el inicio, fundamentar razonadamente la prórroga de la intervención. Por tanto, el motivo debe de ser desestimado.

Sexto: El recurso interpuesto por la representación de Leon , Gonzalo y Porfirio contiene como segunda alegación y último motivo del mismo error en la valoración de la prueba, pero en realidad, bajo dicho invocación no deja de insistir en la las cuestiones relativas a la validez del registro de la embarcación, a las que ya se ha dado cumplida respuesta en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la presente resolución, sin que en cambio haya la menor referencia a la argumentación en la que la juez "a quo" que, en el fundamento sexto, valora la prueba expresando las razones en que se sustenta de forma sólida lo que en el relato de hechos probados se consigna respecto a dichos recurrentes, por lo tampoco dicho motivo puede prosperar.

Séptimo: En el recurso de Víctor se alega vulneración de su derecho a la presunción de inocencia al fundarse su condena en una interpretación errónea de unas conversaciones telefónicas sin tener en cuenta versiones alternativas. Ciertamente, lo que se afirma respecto de dicho acusado en el relato de hechos probados se apoya en una interpretación de las conversaciones telefónicas que mantiene con Horacio , sumada a la presencia en el lugar de los hechos del vehículo de aquel, según el testimonio de los agentes, dato este último que se minimiza en el recurso, con el argumento de que podía ser conducido por otra persona. En efecto, la resolución impugnada razona que Del mismo modo el acusado Víctor no ofrece explicación alguna del contenido de las conversaciones mantenidas con Horacio , que claramente hacían referencia a cómo se iba a desarrollar la operación ilícita puesto que como explican el funcionario 4474 hablaban en lenguaje cifrado, o porqué su vehículo fue visto por los funcionarios en el puerto deportivo la noche en que se producen las detenciones. Ahora bien, se trata de elementos incriminatorios de prueba que son suficientes para fundar la convicción sobre los hechos en que se basa la sentencia condenatoria. En efecto, es precisamente esa misma interpretación de las conversaciones la que, sumada al dato de la presencia en el puerto de una embarcación con entrada no registrada, conduce a la intervención de embarcación con la sustancia estupefaciente y a la detención de quienes no lograron abandonar el puerto cuando reciben el aviso de que están siendo vigilados. Las conversaciones anteriores, con las extrañas referencias al caldero, evidencian un lenguaje en clave, habitual en el ámbito del tráfico de estupefacientes, con datos tan significativos como cuando en una conversación entre Horacio y Víctor aquel no sabe de qué están hablando y éste le tiene que recordar que hablaban de lo del caldero respondiendo que ya entiende, o cuando quedan en un sitio para ver donde iban a tomar el caldero y lo que hacen es ir a las 22,30 de la noche a la zona 5 del puerto Tomas Maestre. Con dichos antecedentes, la conversación mantenida entre los dos citados a las 20,52 horas del día 6 de octubre cobra sentido, como las dos que mantienen seguidamente Virgilio y el también acusado Andrés , hijo de Víctor , con lo que sucede a continuación, que es la intervención policial, y demuestra que en aquella se estaban coordinando los tres para la operación que Virgilio ordena abortar inmediatamente antes de la intervención policial, conclusión corroborada por la presencia no explicada del vehículo de Víctor . En consecuencia, procede desestimar el recurso.

Octavo: Tampoco puede prosperar la alegada vulneración del principio de presunción de inocencia por parte de Andrés ya que es el que desde el teléfono intervenido de Virgilio y en su teléfono NUM000 (el mismo que su padre facilita como suyo para que avisen de la detención y el mismo en el que el jefe del taller donde trabajaba le intenta localizar los días siguientes), a las 21,44 horas del día 6 de octubre, diez minutos después de una anterior conversación enigmática, recibe el aviso del mencionado Virgilio , que se dirige a él con el nombre de Andrés para que saliera del lugar, abortara todo, pues estaban vigilando el barco y habían visto que estaba cargado de todo, lo que evidencia su participación directa y activa en los hechos enjuiciados

Noveno: Como último motivo del recurso de Víctor , se sostiene, con carácter subsidiario, que su participación no rebasaría el grado de complicidad, motivo que tampoco puede prosperar. En efecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 mayo de 2003 y 17 de septiembre de 2009 declaran que tratándose del delito contra la salud pública , en la modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes, todo acto de auxilio al poseedor de la droga con destino al tráfico encaja en alguno de los supuestos del artículo 368 del Código Penal , en calidad de autoría directa, dado los amplios términos en los que aparece configurada esta clase de infracción penal, pues constituyen actos que de algún modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de sustancias estupefacientes." La de 30 de noviembre de 2016, que "en el delito contra la salud pública del artículo 368, dada



la amplitud con la que se describe la autoría de una conducta consistente en facilitar o favorecer el tráfico, es difícil apreciar supuestos de complicidad." La de 1 de octubre de 2012 que "Esta Sala, al tratar de la complicidad en el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, subraya en la sentencia 115/2010, de 18 de diciembre , a la que siguen la 518/2010, de 17 de mayo , y 245/2011, de 21 de marzo , la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal , habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor" (STS núm. 643/2002, de 17 de abril), con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (STS núm. 93/2005, de 31 de enero)". Y la de 29 de octubre de 2015 que "la jurisprudencia ha visto supuestos de complicidad en acciones como las consistentes en acompañar al esposo a un país extranjero del que este debía traer la sustancia; facilitar recados o comunicaciones al responsable principal; indicar al comprador el lugar de venta de la sustancia y acompañarle; servir de contacto telefónico; ceder el teléfono para que fuera usado por el traficante, etc. Es decir, formas efectivamente subalternas de ayuda puestas en práctica desde la exterioridad al núcleo central de la acción". Aplicando la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, la conclusión es que no se puede considerar que estemos ante una de esas formas externas y subalternas de apoyo, sino que hubo una coordinación y concierto para la entrada y desembarco de la droga, actos que efectivamente de algún modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de sustancias estupefacientes y por tanto quien los ejecuta responde a título de autor. En el recurso se ha insistido en la falta de liderazgo de Porfirio para, a la vista las conversaciones que se le atribuyen con él, sostener que el recurrente únicamente podría ser un favorecedor del favorecedor, cuando más bien esa condición de subordinación de Horacio , al que difícilmente le haría falta otro favorecedor, viene a situar al recurrente más próximo al núcleo de la operación que coordinan.

Décimo: Por último, debe ser también desestimado, sin perjuicio de las matizaciones que se han introducido en el relato de hechos probados, el motivo del recurso planteado por Andrés respecto a su alegada drogadicción. En efecto, lo único acreditado es el consumo de cocaína y anfetaminas objetivado en el informe de toxicología obrante al folio 456 y un tratamiento posterior a su salida de prisión, pero no la relación de dicho consumo con los hechos, pues como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016 , "La mera condición de toxicómano no basta para hacerse acreedor de la mentada atenuante (arts. 21.2 ó 21.7). El art. 21.2 CP exige algo más que una adicción: gravedad de la misma y funcionalidad -delincuencia puesta al servicio de esa adicción-. Constituiría un fraude introducir por la puerta falsa del art. 21.7 CP los supuestos en que la adicción no es grave o no está acreditado ese carácter instrumental. Sería tanto como vaciar de contenido esas menciones del art. 21.2 y hacerlas inútiles y prescindibles. Por otra parte, la eventual adicción a sustancias estupefacientes es apta para dar vida a una atenuación vía art. 21.1 en delitos episódicos o con un alcance cronológico puntual, alentados exclusivamente por el fuerte impulso de satisfacer la propia dependencia; pero carece de operatividad para desempeñar ese papel en una actividad como la descrita en los hechos probados que supone cierta planificación...". Por tanto, en el presente caso no se puede apreciar ninguna eximente o atenuante sobre la base del consumo de drogas del acusado. El recurrente solicita que cuando menos se refleje entre los hechos probados la realidad de su consumo y esta Sala, sin prejuzgar sus consecuencias, aun entendiendo que dicha realidad, no negada en la resolución impugnada, viene implícita en el fundamento de derecho cuarto de la misma, la ha explicitado en su propio relato de hechos probados, aunque por lo expuesto sin ninguna relevancia en el fallo.

Undécimo: Procede, por todo lo expuesto, la desestimación de los recursos de apelación interpuestos y la confirmación de la Sentencia apelada, declarando de oficio las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por la representación de Leon , Gonzalo y Porfirio , la de Víctor , y la de Andrés contra la Sentencia de fecha 10 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena , debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.



Notifíquese esta Sentencia, contra la que no cabe ningún recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, con certificación de la presente para su ejecución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos (Rollo 107/2016 RP).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ