

Roj: **STS 947/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:947**Id Cendoj: **28079120012009100136**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/03/2009**Nº de Recurso: **10799/2008**Nº de Resolución: **187/2009**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil nueve

En los recursos de casación por infracción de ley y de preceptos constitucionales, que ante Nos penden, interpuestos por los procesados **Humberto**, **Cosme** y **Pedro Francisco**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosexta, que les condenó por delitos contra la salud pública; los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrentes representados: Humberto por el Procurador Sr. García Ortiz de Urbina; Cosme por el Procurador Sr. Gómez-López Linares y Pedro Francisco por la Procuradora Sra. Estrugo Lozano.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid instruyó Sumario con el nº 13/2006 contra Darío, Humberto, Pedro Francisco, Antonio, Cosme y Lina, y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección Vigésimosexta con fecha veintidos de abril de dos mil ocho dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En atención a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, procede declarar probados y así se declaran los siguientes hechos:

En la madrugada del día 13 de junio de 2005 Cosme citó a Humberto en la localidad de Valdemoro y a un tal "Ibrahim" con el fin de que éste le proveyera de unas 10.000 pastillas de éxtasis que le había pedido el citado Humberto. Así, Cosme acudió a la cita en el vehículo Volkswagen Golf, matrícula VOQ, propiedad de su hermana, Lina, y acompañado de su compañera sentimental, Antonio. Humberto acudió en el vehículo de alquiler marca Audi matrícula FPB. Una vez que Ibrahim, Cosme y Humberto estuvieron reunidos, en un punto no divisible desde el lugar en el que se encontraba Antonio, Ibrahim entregó a Cosme una bolsa que contenía 9.735 comprimidos de MDMA cuyo valor en el mercado ilícito alcanzaría 96.473,85 euros. Cosme acto seguido entregó la mencionada bolsa a Humberto el cuál la introdujo en el vehículo Audi. Siendo la policía nacional conocedora de la anterior cita organizó un dispositivo de vigilancia y tras el mencionado intercambio de pastillas, interceptó en primer lugar a Humberto, encontrando en el interior del vehículo Audi que conducía la citada mercancía ya distribuida en dos bolsas ocultas bajo el asiento trasero. Ibrahim no llegó a ser identificado ni detenido por la policía.

Cosme es interceptado por la policía cuando salía de Valdemoro por la Autovía A-4 quién una vez detenido en el arcén, al percatarse de la presencia de los agentes con carnet profesional número NUM000 y NUM001 y tras identificarse éstos, reinició la marcha acelerando bruscamente en la dirección en la que se encontraban los agentes quienes evitaron ser arrollados, haciendo uso el agente número NUM000 de su arma reglamentaria con la que efectuó disparos a la rueda delantera izquierda del Volkswagen Golf y al motor del mismo, calándose el vehículo. En este momento el agente número NUM001 intentó abrir la puerta del copiloto, lo cuál no



consiguió al reiniciar Cosme de nuevo la marcha en la dirección en la que se encontraba el agente número NUM000 , el cuál volvió a efectuar disparos al vehículo hasta que hubo de saltar el guardaraíl de la Autovía para evitar ser atropellado. Cosme logró huir tras colisionar con el vehículo policial QQC-....-X que se encontraba en el carril de incorporación a la autovía, causándole daños en el lateral izquierdo cuya reparación fue tasada en 348,56 euros.

Tras los anteriores hechos, sobre las 5,15 horas del mismo día, cuando Cosme se disponía a ir a su domicilio sito en la localidad de Villanueva del Pardillo se percató de la presencia de la policía por lo que siguió su marcha en dirección a la calle del Camino Real dándole el alto el agente número NUM002 el cuál se identificó mediante el uso del dispositivo luminoso de su vehículo policial NSK-N , haciendo caso omiso del procesado, embistiendo el vehículo, sin que consten daños y logrando de nuevo la huída, aparcando posteriormente el Volkswagen Golf en el Centro Comercial "Planetocio" sito en la localidad de Villalba.

Sobre las 8,20 horas del día 13 de junio de 2005, Lina , hermana de Cosme , presentó denuncia por la sustracción del vehículo de su propiedad, Volkswagen Golf VOQ , ante la Comisaría de Puente de Vallecas como hecho producido entre las 23,15 horas del 12.6.05 y las 7 horas del 13.6.05 en la calle Nuestra Señora del Villar de Madrid, lo cual dio lugar al dictado de auto de incoación y correlativo sobreseimiento por falta de autor conocido de las diligencias previas número 4.648/2005 por el Juzgado de Instrucción número 12 de Madrid.

El 17 de junio de 2005 se autorizó judicialmente la entrada y registro del chalet que ocupaba Cosme sito en CALLE000 número NUM003 de Villanueva del Pardillo, planta NUM004 , y en el que había residido con anterioridad Darío , encontrándose 125.095,84 gramos de hachís, 324,40 gramos de cocaína con una pureza del 27,4 % , 7,30 gramos de cocaína con una pureza del 74,4 % , sustancias con un valor total en el mercado ilícito de 545.292,10 euros sí como dos basculas de pesaje de precisión, dos agendas con anotaciones y prcios de droga, una pistola semiautomática marca "Crvena zastava", modelo 99, en buen estado de conservación y funcionamiento correcto como arma de fuego y 5 cartuchos idóneos para ser disparados por la misma, arma de la que disponía Cosme . El 24 de junio de 2005 se autorizó judicialmente la entrada y registro de la vivienda en la que residía Humberto sita en CALLE001 número NUM005 . NUM006 . de Madrid, donde se ocuparon 100 comprimidos de MDMA con un valor de 763 euros en el mercado ilícito.

Finalmente, el 29 de junio de 2005 tras la organización de un dispositivo policial para la detención de Cosme y Antonio , sobre las 17,45 horas se identifica al primero en la parte trasera del vehículo marca Mercedes, matrícula ZBG , quién tras ser requerido por agentes identificados para que salga del mismo, se niega, lanzando patadas y empujones a los anteriores, hasta que es sacado a la fuerza y detenido, previa reducción. Fruto de tales hechos al agente de la Policía Nacional con número de carnet profesional NUM007 sufrió lesiones consistentes en contusión en hombro y brazo derecho así como erosión en brazo derecho que requirieron una única primera asistencia facultativa y tardaron 3 días no impeditivos en curar, al agente de la Policía Nacional con número de carnet profesional NUM001 sufrió lesiones consistentes en úlcera corneal en ojo derecho y erosiones en cuello y abdomen que requirieron una única primera asistencia facultativa y tardaron 4 días no impeditivos en curar y el agente de la Policía Nacional con número de carnet profesional NUM008 perdió sus gafas graduadas por valor de 120 euros.

El día 23 de julio de 2005, sobre las 18 horas, y tras organizarse un dispositivo policial en la localidad de Móstoles, se procedió a la detención del procesado Pedro Francisco en la furgoneta marca Mitshubishi, matrícula WNL , encontrándose en el interior de la misma, a la derecha del asiento de conductor una bolsa con 1004 comprimidos de MDMA y en su domicilio sito en CALLE002 número NUM009 de Móstoles, previa autorización judicial de entrada y registro, 6023 comprimidos de MDMA, mercancía por un valor total de 69.637,57 euros y que había sido importada por el procesado de Holanda".

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

"FALLO:

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Humberto como autor responsable de un delito contra la salud pública ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y MULTA de 96.473,85 EUROS; así como al pago de las costas procesales.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Cosme como autor responsable de dos delitos contra la salud pública ya definidos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y MULTA de 96.473,85 EUROS y a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena; y MULTA de 545.292,10 EUROS como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la



responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena; como autor de dos delitos de atentado ya definido a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, por cada uno de ellos con su accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena; como autor de un delito de resistencia ya definido a la pena de SEIS MESES de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena; como autor de dos faltas de lesiones y de una falta de daños ya definidas a la pena de 12 días de localización permanente por cada una de ellas; así como al pago de las costas procesales.

Cosme deberá indemnizar al agente de la Policía Nacional con número de carnet profesional NUM007 por los daños y perjuicios causados en la suma de noventa euros, al agente de la Policía Nacional con número de carnet profesional NUM001 en la suma de ciento veinte euros (120 euros) y agente de la Policía Nacional con número de carnet profesional NUM008 en la suma de ciento veinte euros (120 euros).

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Pedro Francisco como autor responsable de un delito contra la salud pública ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y MULTA de 69.637,57 EUROS; así como al pago de las costas procesales.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente y con todos los pronunciamientos favorables a la acusada Antonio de la acusación de delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas enjuiciada en la presente causa, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente y con todos los pronunciamientos favorables a la acusada Lina de la acusación de delito contra la salud pública y simulación de delito enjuiciada en la presente causa, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente y con todos los pronunciamientos favorables al acusado Darío de la acusación de delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas enjuiciada en la presente causa, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Para el cumplimiento de las penas impuestas le serán de abono al condenado los días de privación de libertad sufridos por esta causa.

Se decreta el comiso de la báscula, del arma intervenido.

Dése a la sustancia intervenida el destino legalmente prevenido.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciado ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y de preceptos constitucionales, por los procesados Humberto , Cosme y Pedro Francisco , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

4.- El recurso interpuesto por la representación del procesado **Humberto , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Por infracción Ley al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 852 L.E.Criminal por vulneración del derecho fundamental del art. 24 de la Constitución, por haberse desestimado en dicha sentencia la cuestión previa planteada respecto a la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución, debido a la nulidad de las intervenciones telefónicas. **Segundo .-** Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por infracción del art. 11.1 LOPJ. y doctrina de los frutos del árbol envenenado, al haber sido vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones. **Tercero.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ. por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española. **Cuarto .-** Al amparo del art. 849.1 L.E.Criminal, por infracción del art. 21.1 del C.Penal y del art. 24 de la Constitución española, por no apreciación del art. 20.1 en relación con el art. 21.2 C.Penal.

El recurso interpuesto por la representación del procesado **Cosme se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del principio de presunción de inocencia, que ampara el art. 24 de la C.E. en relación al art. 18 de la CE. al haberse obtenido las pruebas con vulneración del mismo, por lo que a tenor del art. 11.1 de la LOPJ. deben declararse nulas. **Segundo .-** Se interpone el presente motivo al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 368 y 369.6 y 10 del C.Penal. **Tercero .-** Se interpone al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación a la vulneración del art. 24 de la C.E. que ampara el principio de presunción de inocencia. **Cuarto .-** Se interpone al amparo del art. 5.4 LOPJ. por vulneración del principio de presunción de inocencia, en relación a la aplicación indebida del



art. 550, 551 y 552.1 del C.P. **Quinto** .- Se interpone al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 550 y 551.1 del C.Penal.

El recurso interpuesto por la representación del procesado **Pedro Francisco** , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero**.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 L.E.Cr. en relación con el art. 368 C.P. por infracción del art. 18.3 de nuestra Constitución. **Segundo** .- Por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 en relación con el apartado 851.1º y 2º L.E.Cr. en relación con el art. 852 sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia. **Tercero**.- Al amparo de lo previsto en el art. 851-3º en relación con el art. 852 de la L.E.Criminal por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

5.- Instruído el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, se apoyó el segundo motivo y parcialmente el cuarto de los interpuestos por el recurrente Cosme , pidiendo la inadmisión de todos los demás interpuestos tanto por el mismo como por los otros dos recurrentes; la Sala admitió a trámite dichos recursos y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiese.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 19 de Febrero del año 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Cosme .

PRIMERO.- En el **ordinal correlativo** se denuncia, al amparo del art. 5-4 LOPJ., vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.) en relación al art. 18-3 del mismo texto fundamental, al haberse obtenido las pruebas de cargo con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, por lo que a tenor del art. 11-1 LOPJ. deben declararse nulas.

1. Sobre la posible violación del derecho al secreto de las comunicaciones son varias las quejas que alega el recurrente, que pasamos a analizar. La primera de ellas derivada de la *justificación del auto habilitante*, en el que se omiten otras intervenciones previas producidas en causa diferente, de las que se derivó la presente.

Para comprender la protesta conviene recordar los antecedentes de la primera intervención telefónica practicada a este recurrente.

Las presentes diligencias se incoaron como consecuencia de un desglose de actuaciones del Juzgado de Instrucción de Parla, el cual se inhibió a favor del Juzgado de instrucción de Madrid. En las diligencias que se seguían en el Juzgado de instrucción de Parla se había procedido a la intervención telefónica de un sospechoso de cometer un delito contra la salud pública y a raíz de una de las conversaciones que mantiene con una tercera persona (posteriormente se le identifica como Cosme) se acuerda la medida de intervención de su teléfono, no habiéndose remitido los testimonios de los autos de las intervenciones iniciales.

Al folio 10 de las actuaciones consta solicitud de auto de intervención telefónica por parte de la policía de los teléfonos NUM010 y NUM011 utilizados por el llamado Pitufu , apodado también Chapas , del que se desconocen otros datos sobre su identidad (posteriormente la policía indica que tal identidad corresponderá con la de Cosme). Del análisis de estas comunicaciones telefónicas y de los correspondientes listados de llamadas emitidas y recibidas a través de los números NUM012 y NUM013 de Inocencio se deduce que la persona a quien solicita la droga en la llamada del día 8 de octubre de 2004 a las 21,24 horas es a Pitufu , " Chapas " , usuario del número de teléfono NUM010 . En el propio oficio policial se hace referencia a esa conversación de 8 de octubre de 2004 a las 21,24 horas entre Inocencio y el recurrente, en la que afloran datos inequívocamente reveladores de una importante transacción de droga.

El recurrente reputa vicio invalidante la ausencia de los autos originarios a través de los cuales se ha obtenido información para la primera intervención telefónica y no habiéndolo hecho así se ha producido una ruptura de la cadena legitimatoria de las distintas y sucesivas injerencias producidas. El tribunal sentenciador -nos dice-, para tener por acreditada la legitimación del auto injerencial primero dictado en esta causa, debió haber dispuesto de los dictados en la causa de Parla.

La segunda queja la ciñe a la *falta de control* de la medida acordada y las sucesivas, consecuencia de las prórrogas de la intervención telefónica y el descontrol denunciado se ocasiona porque las medidas restrictivas se acodaron sin que el resultado de las precedentes (aportación de los C.D.S.) se conozcan por el juez al no haber sido aportados a la causa sino un tiempo después.

En tercer lugar como vicio que teñiría de ilicitud el contenido de las conversaciones y su aptitud como pruebas válidas para enervar el derecho a la presunción de inocencia es la *ausencia de comunicación de la medida*



acordada al Mº Fiscal, en cuanto constituye un mecanismo de control y garantía de los derechos de los ciudadanos en una situación en la que aquéllos no pueden defenderse.

Por último, la *ausencia de investigación policial complementaria*, antes de acordar la medida invasora de la intimidad, conformándose con el contenido de la intervención telefónica, decretada en la causa seguida en el Juzgado de Parla.

2. La primera de las cuestiones suscitadas pretende fundar la ilicitud de la prueba en la falta de constancia de la regularidad de las iniciales actuaciones de las que dimanar las presentes, y desconociéndose si aquéllas estaban amparadas en indicios fundados de criminalidad o adolecían de defectos esenciales deben reputarse pruebas inutilizables que deben teñir de ilicitud a todas las medidas subsiguientes.

Sin embargo queda en el aire y sin resolver a quién corresponde la carga de probar la ilicitud de una actividad probatoria.

El recurrente, al que se adhieren los otros dos en este punto, viene a sostener la declaración de ilicitud de las conversaciones telefónicas grabadas en este proceso ante una *supuesta ilicitud* de las acordadas en otro precedente.

La premisa de la que arranca no debemos repararla correcta, pues no es procedente presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares y por ende vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario. El presupuesto del razonamiento debe ser el opuesto al recurrente y, por tanto, debe partirse de que salvo prueba en contrario hay que suponer que los jueces, policías, autoridades y en general funcionarios públicos han adecuado su actuación a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución. Sería absurdo presumir que como no constan las actuaciones iniciales obrantes en una causa distinta hay que entender que no hubo autorización judicial de la intervención o la misma fue inmotivada o injustificada. Como bien apunta el Fiscal ni el derecho a la presunción de inocencia ni el principio procesal "*in dubio pro reo*" llega hasta el punto de tener que presumir por mandato constitucional que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son ilegítimas e ilícitas.

3. En la jurisprudencia de esta Sala, que registra alguna sentencia en otra dirección, viene imponiéndose el criterio de que salvo que existan datos que puedan poner en duda una actuación de la autoridad judicial como irregular, no tiene que presumirse la misma contraria a derecho, si disponiendo la parte que la alega de la fácil posibilidad de interesar el acreditamiento de la irregularidad, permanece inactiva en la causa en la que pretende hacerla valer (véase, entre otras, S. nº 1643 de 24-9-2001; nº 498 de 24 de abril-2003; nº 1393/07 de 19 de febrero de 2008, etc.).

La moderna sentencia de esta Sala nº 503 de 17 de julio de 2008 (caso Atocha) sin que exista plena identidad del supuesto a resolver, sí posee el suficiente grado de semejanza para entender refrendada la doctrina que no permite premiar la mala fe procesal o, cuando menos, no impone preceptivamente la obligación de acreditar la regularidad de una injerencia en la intimidad más allá de las comprobaciones obrantes en la causa, si son suficientes para adoptar otras intervenciones diferentes con las que pueda existir una relación de precedente.

Hemos de partir en todo caso de la integridad e indemnidad de los derechos fundamentales, de forma que la constitucionalidad de la restricción, en aras a obtención de prueba, debe quedar acreditada.

En el caso particular de la protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, nos dice la referida sentencia, que tal protección "*está orientada a garantizar la indemnidad de una esfera de la intimidad del individuo, que solo cede ante intereses prevalentes en una sociedad democrática. Pero no puede ser utilizado para sustentar una argucia procesal. El recurrente esperó hasta el momento del informe final para alegar que los autos que acordaban las intervenciones telefónicas carecían de motivación, en un momento en el que ya no era posible incorporar a la causa, mediante el testimonio de las solicitudes policiales previas a aquéllos, los datos precisos para juzgar, de una forma completa y con justicia, su adecuación a la Constitución y además guardó silencio, y lo guarda ahora, en el recurso de casación acerca de la existencia de una resolución judicial que declara la validez de tales intervenciones*".

4. De conformidad a la doctrina expuesta, resulta que en el caso concernido existió una resolución judicial autorizante de la actuación injerencial dictada por el Juzgado de Parla, respecto de la que no consta se haya pronunciado resolución alguna que la invalide o la declare inconstitucional o de otro modo irregular. Junto a ello no puede pasar desapercibido que el recurrente pudo cómodamente pedir testimonios de aquella causa para que en la presente se pudieran tomar en consideración, concretamente, los autos allí dictados con sus correspondientes oficios policiales que sirvieran de referencia, y es lo cierto que ni siquiera ha intentado este medio probatorio.



En consecuencia, el tribunal de instancia ha dispuesto de unos referentes policiales contundentes e inequívocamente incriminatorios, que justificaban la restricción del derecho a la intimidad. En ellos se descubriría una propuesta de transacción de drogas y ello se hacía en una conversación en la que el interlocutor usuario de determinados números telefónicos, era designado con el apodo de Pitufu o Chapas, que resultó ser el recurrente Cosme.

A falta de otros datos, que indujeran a dudar de las actuaciones que permiten grabar tal conversación acordadas por el juez competente, no es posible declarar inconstitucional o de otro modo irregular el auto o autos habilitantes emitidos en aquel proceso.

5. *Ex abundantia*, la presunción de inocencia no se resentiría ni respecto a otros delitos originados *ex novo* y sin ninguna relación durante la investigación policial (atentados y resistencia) y a aquellos otros hechos reconocidos judicialmente en sus declaraciones (folios 501 y 502 del Rollo de Sala), admitiendo, como no podía ser de otro modo, la existencia en su domicilio de la droga que le fue intervenida.

Según la jurisprudencia de esta Sala, siguiendo los criterios de nuestro Tribunal Constitucional, y en la línea de la doctrina anunciada de los "frutos del árbol envenenado" o de la "excepción del nexo causal atenuado", la eventual nulidad de las escuchas telefónicas no arrastra la de aquellas diligencias de prueba que, aun estando viciadas, desde la perspectiva de la causalidad natural, no guardan con ellas lo que se ha venido en llamar "conexión de antijuricidad".

Consecuentes con tal doctrina para que se produzca la transmisión inhabilitante debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella la denominada "conexión de antijuricidad", que no opera ante la existencia de pruebas autónomas e independientes jurídicamente, entre las que destaca la de confesión del inculpado, que requiere para actuar como prueba válida:

- a) que el inculpado antes de confesar se halle perfectamente informado de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar.
- b) encontrarse en el momento de su declaración asistido de letrado.
- c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad.

Aunque dentro de la jurisprudencia de esta Sala se registra alguna sentencia más rigurosa, que entiende no garantizada la voluntariedad o espontaneidad, la doctrina del Tribunal Constitucional, que en este punto debe entenderse prevalente conforme a lo dispuesto en el art. 5 de la L.O.P.J. (nos hallamos ante un derecho fundamental) opera con criterios más contundentes y rectilíneos en orden a validar las confesiones de inculpados verificadas judicialmente con plenas garantías (véase S.T.C. 81/1998; 49/1999; 94/1999; 154/1999; 161/1999; 239/1999; 8/2000; 136/2000; 299/2000; 14/2001, 138/2001, etc.).

Resulta de interés recordar lo proclamado por la S.T.C. nº 161/99 de 27 de septiembre según la cual "... que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido..." "... la droga existe, fue hallada, decomisada y analizada...", y se concluye "... no puede aceptarse la afirmación hecha por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga...".

6. Como colofón a todo lo dicho es oportuno hacer constar lo afirmado por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/2006 de 8 de mayo: *"La cuestión que que aquí se plantea ha sido resuelta por este Tribunal entre otras, en las STC 161/1999, de 27 de septiembre y 184/2003, de 23 de octubre, ya citadas, declarando la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada, son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida"*

Consecuentes con lo hasta ahora dicho debemos concluir que los autos inferenciales fueron válidos y ajustados a la legalidad constitucional y procesal, los cuales han permitido obtener prueba válida, con suficiente virtualidad para enervar la presunción de inocencia. Pero su desvirtuación también se habría producido por la confesión judicial del inculpado.

7. En orden a las prórrogas o nuevas intervenciones telefónicas, no puede afirmarse que se hallaran carentes de justificación o motivación, en cuanto tenían apoyo en las escuchas ya efectuadas, y en la necesidad de prorrogar la medida.



No es necesario en cada uno de los autos reiterar la justificación de la decisión de dictarlo, ya que tal juicio ponderativo del tribunal se produce en un contexto en el que mediaron los oficios previos y los resultados hasta entonces obtenidos, que insistimos no es preciso reflejar y reafirmar en todos los supuestos de prórroga, en los que el juez, tomando en consideración los antecedentes y las razones expuestas en el oficio policial petitorio, puede perfectamente acordar, y ello aunque en el periodo de intervención anterior no se hayan producido resultados positivos si de los precedentes resulta razonable prolongar la medida en espera de que puedan obtenerse informaciones decisivas para la indagación de la causa.

En definitiva, las intervenciones sucesivas y las prórrogas no obedecieron a decisiones caprichosas fruto de la intuición infundada o a una acrítica asunción de las tesis policiales, sino a prudentes e informadas referencias y antecedentes que aconsejaban prolongar por más tiempo la medida.

8. Otro vicio procesal denunciado con influencia constitucional es la ausencia de notificación al Fiscal de la resolución con anterioridad a la ejecución de la medida.

Sobre este extremo hemos de afirmar que no resulta claro -como el Fiscal se encarga de patentizar- que no tuviera conocimiento de las resoluciones, pues en cada auto se ordena expresamente su notificación al Fiscal, aunque sea una clausula impresa preformateada, pero a continuación la Secretaria expresa por diligencia que se cumple lo mandado (ver folios 3, 16, 36, 41, 96, 201, 204, etc.), y en cualquier caso no debe pasar por alto que las notificaciones al Fiscal, según práctica del foro, se efectuaron con la simple remisión de la resolución (art. 646 L.E.Cr.), sin perjuicio de que en concretas actuaciones resultaba clara la constancia del acto por parte del Fiscal (folio 18 vuelto), llegando a reclamar informes del propio Fiscal (folio 545).

Pero independientemente de ello la ausencia de notificación no constituye un vicio capaz de provocar una nulidad por falta de control en la diligencia de intervención telefónica. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha seguido una línea rigurosa de exigencia, existen razones para poder establecer matizaciones, cuales son, los argumentos expuestos por los votos discrepantes en las sentencias de amparo dictadas por dicho Tribunal y el hecho repetido de que la nulidad de la prueba no se declara sólo en atención al vicio de la falta de notificación al Fiscal, sino unido a otras deficiencias de mayor calado en el plano de la afectación de derechos fundamentales.

9. Esta Sala de casación, sigue en este punto una doctrina que sin desviaciones viene progresivamente imponiéndose. Sirva de muestra la reciente sentencia de 28 de enero de 2009 nº 45, en cuyo fundamento segundo se dice:

"Así, la Sala Segunda, por ejemplo, SSTS 483/2007 de 4-junio, 1202/2006 de 23 de noviembre y 1187/2006 de 30 de noviembre, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión manteniendo que esa falta de notificación al Ministerio Fiscal puede constituir una irregularidad procesal, pero no vulnera por sí misma el art. 18.3 CE., pues dicha exigencia carece de fundamento constitucional, sin que ese vicio pueda tener la trascendencia prevista en el art. 11.1 LOPJ.

Por su parte la STS 1246/2005 de 31 de octubre nos dice que ello constituiría sin duda una irregularidad, dado que manteniéndose la intervención en secreto para el investigado, el único control externo a la actuación del Juez sólo puede tener su origen en la actuación del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad por imperativo constitucional. Sin embargo, ha de reconocerse que, para establecer la legimidad constitucional de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, la Constitución no exige expresamente el control del Fiscal sobre la actuación del juez, sino la resolución judicial, lo que implica a su vez la existencia de control jurisdiccional como única forma de mantener la razonabilidad de la decisión.

Asimismo la STS 138/2006 de 31 de enero señaló que no constituiría vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías "la ausencia de notificación al Fiscal del auto por el que dicho secreto se acordaba, toda vez que, como nos recuerda el propio Ministerio Público en su escrito de impugnación de los recursos, su presencia en el procedimiento es permanente, a tenor de lo dispuesto expresamente en el artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en ningún momento el acusador público ha manifestado su voluntad de impugnación de las decisiones adoptadas por el instructor ni de otro modo se le ha impedido el conocimiento de lo actuado.

En cualquier caso, conviene que se tenga presente que, frente a otras posibles interpretaciones, la verdadera atribución de la función tuteladora de los derechos del sometido a investigación, especialmente en una fase procesal en la que éste no puede ejercitar personalmente sus derechos por el desconocimiento impuesto en esa situación del procedimiento, no está conferida al Fiscal sino al propio Juez de instrucción, desde su deber de imparcialidad, legal y constitucionalmente consagrado. En otras palabras, parece un grave error despreciar esa posición constitucional tuteladora que el Juez tiene atribuida en nuestro ordenamiento, para sostener que, más que él, es el Ministerio Público el responsable de velar por los derechos del investigado, que, por otra parte, no consta en modo alguno que, en este caso, hayan sido vulnerados.



La misma doctrina se sostiene en las STS nº 1187/2006 de 30 de noviembre y 25/2008 de 29 de enero .

Por último, no es despreciable la garantía que asiste al acusado para contrarrestar esa inactividad durante el desarrollo de la medida, a través de la impugnación de la decisión "ex post facto", que de asistirle razón, dejaría sin efecto la prueba obtenida por vulneración del derecho fundamental y la derivada o refleja conforme al art. 11.1 LOPJ .

A su vez sería absurdo que, si a pesar de la posible vigilancia desplegada por el Fiscal en los procesos en los que se comunica su incoacción, como es el caso, y de la legitimación para atacar la decisión injerencial a posteriori, no lo hace y acepta como correcta, regular y legítima la adopción de la medida investigadora, se declarase nula la prueba obtenida y sus derivadas por el incumplimiento de una formalidad procesal a la que no se niega su relevancia, sino la atribución de unos efectos que alzapriman su finalidad y eficacia".

Conforme a tal doctrina el submotivo deberá rechazarse.

10. Por último, en lo concerniente a la ausencia de investigación policial previa a la decisión de intervención del teléfono y al margen de tales intervenciones, es cierto que no debe servir para validar las intervenciones telefónicas el resultado posterior (intervención de droga, descubrimiento de actividades delictivas), sino que el juicio de proporcionalidad debe realizarlo el instructor *ex ante* y así lo ha hecho, sin que sea preciso indagar más por parte de la policía si los datos que aporta, derivados de conversaciones intervenidas en causa distinta, son claros y contundentes en evidenciar indicios racionales de criminalidad.

Las conversaciones grabadas y las sospechas frente al recurrente tenían constancia objetiva y eran elocuentes y suficientes para acordar la medida. El submotivo debe igualmente decaer.

Por todo lo expuesto, el motivo en sus diversas manifestaciones no puede merecer acogida.

SEGUNDO. - El **correlativo ordinal** se canaliza a través del art. 849-1º L.E.Cr. por aplicación indebida de los arts. 368, 369-6º y 10º C.Penal.

1. Protesta este recurrente por haber sido condenado por dos delitos contra la salud pública al hallarse la sustancia estupefaciente intervenida en dos lugares diferentes, a pesar de que dicho hallazgo se produjo bajo una misma investigación policial y en un espacio temporal mínimo.

Entre los argumentos que aduce resumimos los siguientes:

a) El tipo delictivo habla de "actos" en plural, por lo que la consumación tiene lugar merced a cualquiera de las conductas que se especifican en el tipo.

b) De haber apreciado la cualificación de organización, la pena sería menor que si consideráramos dos delitos autónomos, cuando el entramado organizativo supone la realización de una serie sucesiva de actos.

c) El debate único que podría surgir es si nos hallamos ante un delito continuado o no, al existir diversos actos que atacan el mismo bien jurídico. También rechaza esta modalidad comisiva, porque:

1) la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ha excluido (S.T.S. 31-enero-1999, 24-mayo-2000, 25-octubre-2000, etc.).

2) la figura jurídica de la organización sería incompatible con el delito continuado.

3) el tipo abierto, en el que se integra cualesquiera actos dirigidos a promover, favorecer o facilitar el consumo, no se acomoda a la continuidad delictiva. Consecuentemente la naturaleza del delito, que nos permite calificarlo de tracto sucesivo y de consumación anticipada, no permite acoger el delito continuado.

2. Al recurrente no le falta razón, en el caso particular que le atañe. En efecto, éste ha sido condenado por dos delitos contra la salud pública, fundado uno en su actividad mediadora en la transacción de 9.735 comprimidos de éxtasis (MDMA) ocurrido el 13 de junio de 2005; y en segundo lugar, cuatro días después (17 de junio), dentro de la misma investigación policial se intervienen en su propio domicilio 125.095,84 gramos de hachís y 324,40 gramos de cocaína.

La cuestión discutida la centra perfectamente el Mº Fiscal, que en su brillante informe razona y justifica la improcedencia de sancionar dos veces, y ello de acuerdo con la doctrina que esta propia Sala ha venido sentando. El conflicto jurídico obligaría a dilucidar dos cuestiones: en los casos de delitos de tracto sucesivo o continuado (tráfico de drogas) debe deslindarse cuándo se termina un delito y empieza otro, y en segundo lugar, si es posible en un delito con tales características cometerlo en su modalidad de continuidad delictiva.

Hemos de partir de la naturaleza jurídica del delito, calificado por la doctrina científica prácticamente unánime como de *simple actividad* o de *ejecución permanente* y de *peligro abstracto* o comunitario por razón del bien jurídico lesionado.



Es cierto que algún refuerzo argumental puede suponer la utilización del término "actos" en plural, pero tampoco es decisivo expresarse en plural cuando se quieren describir diversas conductas, todas ellas integrantes del mismo delito.

De ahí, que lo que realmente integraría un argumento favorable a la protesta planteada sea el carácter o naturaleza del delito por su modalidad comisiva, esto es, estaríamos ante una infracción punitiva llamada "tipo mixto alternativo" que daría lugar a un sólo delito aunque se hubieran ejecutado diversas acciones.

Ningún problema plantea (como es el caso) que en un corto espacio de tiempo se hayan repetido dos conductas, ya que nos encontraríamos ante el supuesto de "unidad típica de acción" o "unidad natural de acción", en cuya comisión no sólo sería irrelevante la realización de diversos comportamientos típicos, sino que tampoco se produciría un efecto multiplicador de las infracciones por referirnos a distintas modalidades de sustancia estupefaciente o psicotrópicas, dada la identidad del bien jurídico protegido, es decir, todos los diversos actos, referidos a diversas sustancias producirían cualitativamente un solo daño al bien jurídico (dependiendo la individualización de la pena de la intensidad potencial del daño, entre otros factores).

3. En este extremo la doctrina científica más caracterizada, nos dice que la unidad o pluralidad de acciones no viene impedida por la naturaleza de la infracción como de "peligro abstracto o comunitario", por no depender el delito del grado o intensidad del peligro, esto es, no influye el desvalor del resultado de los comportamientos, que es difícilmente conmensurable (resultado cortado), sino de las ocasiones diferentes en que se ha puesto de manifiesto una voluntad rebelde a la norma.

De este modo aunque en el plano teórico se pusiera en peligro varias veces el bien jurídico a través de varias acciones no estaríamos necesariamente ante una pluralidad de delitos con el efecto de multiplicar los reproches penales.

El Fiscal recogiendo una doctrina apenas esbozada por esta Sala, en algún delito (pertenencia a banda armada) sugiere, con riguroso fundamento, un criterio delimitador de la unidad o pluralidad de infracciones en los delitos que por su naturaleza poseen determinadas características: serían los *delitos de tracto sucesivo o continuado* integrados por varios actos (impago de pensiones), los de *ejecución permanente* (detención ilegal, tenencia ilícita de armas, etc.) y los de *hábito* como el maltrato familiar habitual.

Pues bien, esta Sala estima, acogiendo la tesis del Fiscal, que es procedente señalar como dato clave el *momento en que el sujeto activo es objeto de detención, o de una citación para defenderse* en la investigación seguida por unos hechos, en los que deben tener cabida todos los cometidos, y no enjuiciados o prescritos en sus concretas manifestaciones conductuales, referidas al mismo bien jurídico. Ello supondría una *ruptura jurídica en la actividad delictiva*.

4. Descendiendo al caso concreto es patente que deben computarse, en principio, todas las actividades relativas a la lesión del bien jurídico (salud de las personas) incardinables en los actos que describe el art. 368 C.P. como un solo delito, en cuanto atacan el mismo bien jurídico y no existió auténtica ruptura jurídica, a pesar de que el sujeto activo del delito fue perseguido, pero todavía pudo eludir tal persecución por no hallarse suficientemente identificado, pero aunque lo fuera, el depósito de sustancias tóxicas halladas en su domicilio pudo perfectamente estar cometándose (delito permanente) cuando ya fue detectado en una transacción de droga previa.

Por otra parte la improcedencia de la continuidad delictiva la ha puesto de manifiesto el recurrente en su bien fundado motivo. Sobre este particular esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse. El Fiscal menciona dos sentencias significativas. En la primera de ellas nº 1183/2000 de 3 de julio de 2000 vino a concluir *"que una pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto que favorece el tráfico o el consumo ilegal por otras personas constituye un sólo delito, aunque esté integrado por varias acciones en cuanto sirvan para conformar la descripción típica de los que ejecuten actos de cultivo, elaboración, tráfico...."*.

Por su lado las sentencias de esta Sala Segunda nº 519 de 22-marzo-2002 y la nº 118 de 9 de febrero de 2005 sientan la siguiente doctrina: *"Nos encontramos ante lo que un sector doctrinal denomina tipos que incluyen conceptos globales, es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituye, no un delito continuado, sino una sola infracción penal"*.

Consecuentes con todo lo dicho el motivo debe estimarse.

TERCERO.- En el **correlativo** en el orden en que se formulan por el recurrente, residenciado en el art. 852 L.E.Cr., ataca la sentencia por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.).

1. El argumento esencial lo centra en que las intervenciones telefónicas grabadas no fueron objeto de prueba, por el hecho de no haberse producido su lectura en juicio o su audiencia que el Mº Fiscal no solicitó.



Tampoco son contundentes las declaraciones testificales de los agentes que participan en la operación, que en buena medida se remitieron al atestado, por lo que nos hallamos ante la carencia de una prueba que justifique la intermediación del recurrente, si no es acudiendo a las intervenciones telefónicas.

El censurante sólo reconoce que el objetivo del encuentro, desde la óptica de su participación, tenía por objeto la obtención de unas sustancias estupefacientes para su consumo.

Es significativo, por deficiencia probatoria, que las pastillas las portara en el asiento trasero escondidas debajo del mismo, y para que se hallara de tal modo la bolsa recibida por el recurrente debió ser objeto de manipulación, consistente en la extracción de las pastillas y nueva colocación, pues la bolsa apareció vacía. Ninguno de los policías detectaron movimientos del coprocesado Humberto dentro del vehículo para esconder las pastillas.

2. Los razonamientos utilizados por el recurrente no pueden ser asumidos.

No es cierto que carezcan de valor probatorio las grabaciones, como tal prueba documental (o monumental, como algún sector doctrinal la llama) si no son oídas en juicio o se da lectura a las mismas para ser objeto de valoración por el tribunal.

En el escrito de conclusiones provisionales el Mº Fiscal interesaba la consideración como elemento probatorio del contenido de las grabaciones, *transcritas y cotejadas* por la fe pública del Secretario judicial.

Las grabaciones se acomodan al concepto legal de documento que ampliamente describe el art. 26 del C.Penal, aunque se admita que puedan participar de las características y connotaciones del testimonio al ser evacuadas por personas, pero en realidad no lo son, pues, en tanto no constituyan objeto de interrogatorio policial y judicial de las partes o tribunal para fijar hechos de su conocimiento personal, su espontaneidad y plasmación material permiten atribuirle el concepto de documento.

El "dar por reproducida" una prueba, no es de recibo para las que deben vaciarse del sumario al plenario a fin de someterlas a la debida contradicción. En la prueba documental la contradicción se asegura, proponiéndola como tal el Fiscal y dando oportunidad plena a las partes de atacarla y contradecirla exigiendo la lectura de las aspectos que tuvieran por conveniente o proceder a la audición de las grabaciones que estimaran precisas. No lo han hecho así, quizás porque conocido su contenido ningún reproche tenían que hacer, pero en todo caso la inmutabilidad y fijeza de las grabaciones, propia de un documento, hace que éste se mantenga inalterado, se oiga o no se oiga, se lea o no se lea, y el Tribunal sentenciador, siendo prueba de documentos, está *imperativamente obligado* a tenerlo en cuenta por mor del art. 726 L.E.Cr.

La prueba es perfectamente valorable.

3. Respecto al intercambio de droga y la participación en él del acusado el tribunal contó con las siguientes pruebas:

- a) el testimonio del coprocesado Humberto , que admitió haber recibido el paquete de manos de Cosme , aunque creyera que su contenido era hachís y no éxtasis.
- b) el reconocimiento del mismo recurrente que aceptó la participación en el hecho aunque le atribuyera la finalidad de proporcionarse la droga para consumo propio.
- c) los agentes policiales que vieron con detalle y describieron los movimientos de los procesados en el intercambio.
- d) la incautación de la droga y su análisis y pesaje por los peritos.

Nada influye que luego en el vehículo aprendieran la bolsa recibida con la droga por un lado y el éxtasis guardado debajo del asiento trasero por otro, pues el tribunal reconoce que Humberto tuvo tiempo sobrado de disponerlo de tal modo. De no entenderlo así, llegamos al absurdo, en contra de lo declarado por Humberto , de que la bolsa objeto del intercambio se entregó vacía, lo que no tiene ningún sentido y no puede interpretarse así, si no queremos contrariar frontalmente las leyes de la lógica y la experiencia.

Consecuentemente la prueba practicada es perfectamente válida y así lo respalda una inequívoca jurisprudencia constitucional que declara que la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez, si ninguna de las partes lo solicita (véase, por todas, S.T.C. nº 76/2000 de 27 de marzo).

En atención a lo razonado el motivo ha de decaer.

CUARTO.- En el **correlativo ordinal** se ataca la sentencia por la vía propiciada por el art. 5-4 LOPJ. considerando vulnerado el principio a la presunción de inocencia, en relación a la aplicación indebida de los arts. 550, 551 y 552-1º C.Penal.



1. Es indudable que el ataque que el recurrente denuncia no es al principio sino al derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.) y la corriente infracción de ley necesariamente ha de canalizarse a través del art. 849-1º L.-E.Cr.

En esencia el motivo destaca la existencia de una contradicción entre los testimonios de los agentes partícipes, uno de los cuales se halla en discrepancia con el informe policial. Se trata de la disposición o situación en que se hallaba cada uno de ellos cuando ocurrieron los hechos enjuiciados en orden a la realización de los disparos contra el turismo que les embestía. Resulta imposible -a su juicio- que los disparos se produjeran desde el lugar donde manifiesta un policía y de ello pretende deducir que no acometió a los agentes porque el camino se encontraba libre entre uno y otro y podía rebasados sin atropellarlos. Concluye que las declaraciones del agente NUM000 son absolutamente contradictorias, tanto con las manifestaciones de su compañero como con el informe pericial del vehículo.

Por otro lado alega, como indebida aplicación del precepto sustantivo, la absoluta falta de intención de acometer a los agentes, ya que el propósito único era *huir*.

2. Desde la perspectiva que se enfoca la protesta es irrelevante el lugar desde donde la policía reaccionara tratando de inmovilizar el vehículo, porque lo que debe acreditarse es la realización de los hechos típicos, respecto a los cuales el propio recurrente, dados los términos de su impugnación, reconoce la existencia de prueba (testimonio de agentes, informes periciales, reconocimiento parcial de los hechos por el acusado, etc.), derivando la cuestión a un problema valorativo, que compete de modo exclusivo al tribunal sentenciador (art. 117-3 C.E. y 741 L.E.Cr.).

Existiendo prueba que acredita el relato probatorio, en él se describe claramente una conducta atentatoria a los agentes en el ejercicio de sus funciones. El hecho de que dispusiera el coche de espacio suficiente para rebasar a los agentes sin atropellarlos no empaña la declaración de uno de los ellos, no atacada en este punto, que tuvo que apartarse de la trayectoria del vehículo para no ser arrollado por él.

3. Desde otro punto de vista, el Mº Fiscal, a consecuencia de la imprecisión de la sentencia combatida y del recurso, en este particular motivo, entendió que la Audiencia condena por dos delitos de atentado en la consideración de que fueron dos los agentes que corrieron riesgos al ser embestidos por el vehículo, cuando ese aspecto no es resuelto en esos términos por la sentencia ni objeto de impugnación.

Es incuestionable, como proclama, entre otras, la S.T.S. nº 72 de 21 de enero de 2002, que *"consecuencia de la naturaleza del bien jurídico protegido es que la realidad de una actividad agresiva frente a varios agentes o funcionarios públicos no da vida a tantos atentados cuantos agentes existan, sino sólo a única infracción, porque el bien jurídico es uno y único...."*

Tampoco pone en entredicho el tipo agravado que se aplica de utilizar en la ejecución del hecho un instrumento peligroso y es lo cierto que un vehículo lo es en grado sumo.

Que el pronunciamiento recurrido no cuestiona que es un sólo delito se deriva de los escasísimos, pero suficientes, datos que aporta la fundamentación jurídica en relación a este tipo delictivo y así en la *pagina 22 de la sentencia* se delimitan las tres conductas delictivas:

a) por un lado *"... durante la madrugada del día 13 de junio de 2005 acometió con el vehículo a los agentes (plural) que le dieron el alto en la autovía A-4, uno de los cuales hubo de saltar por el guardarrail para evitar ser arrollado..."*. Hechos sucedidos en Valdemoro coincidentes con el párrafo 2º del factum. Tales hechos integran uno de los dos delitos de atentado.

b) *"... y el agente que tras darle el alto en la calle Camino Real, identificándose mediante el uso del dispositivo luminoso de su vehículo policial, el procesado hizo caso omiso, embistiendo al vehículo"*. Estos hechos son los sucedidos en Villanueva del Pardillo, conducta descrita en el factum en el párrafo siguiente, el tercero, y que el tribunal considera integrantes de otro delito de atentado, que se cometió el mismo día, pero en otra ocasión, otro contexto y con sujeto pasivo diferente (agente NUM002), mientras que en los anteriores hechos ocurridos en Valdemoro los agentes afectados eran los números NUM001 y NUM000. Estos hechos ocurrieron a las 5,15 horas del mismo día.

c) a continuación los fundamentos jurídicos realizan el juicio de subsunción del tercer delito en los siguientes términos: *"De la misma manera en el momento de procederse a su detención en la parte trasera del vehículo marca Mercedes, ZBG, el procesado ofreció resistencia, lanzando patadas y empujones a los agentes quienes tuvieron que hacer uso de la fuerza para reducirle"*. Estos hechos corresponden al párrafo 5º de los hechos probados y ocurrieron no el 13 de junio de 2005, como los anteriores, sino el 17 del mismo mes y año y se califican de resistencia. A ellos no hace referencia este motivo, sino que a tal subsunción le dedica el motivo 5º, último de los que plantea.



4. La confusión del Fiscal procede de que, a su juicio, lo descrito en el párrafo 3º del factum, ocurrido en Villanueva del Pardillo, no puede ser objeto de delito y a él no puede referirse el recurrente. Pues bien, sí se refiere a ese, solicitando la absolución y en su defecto la calificación jurídica de delito de resistencia del art. 556 C.P.

Tal como se describen los hechos probados es patente que no se configura en ellos un delito de atentado, limitándose a afirmar que el acusado embistió al vehículo, sin precisar más datos o circunstancias necesarios para integrar el injusto típico, como lo hace en el párrafo anterior, en que se afirma de forma categórica que reinició *"la marcha acelerando bruscamente en la dirección en que se encontraban los agentes quienes evitaron ser arrollados"* y a continuación en un nuevo intento *"reinició de nuevo la marcha en la dirección en que se encontraba el agente nº NUM000 , el cual hubo de saltar el guardarrail de la autovía para evitar ser atropellado"*.

En el párrafo 3º sólo habla que embestió al vehículo y a pesar de ello no le causó daños. Tampoco el elemento subjetivo se especifica, y desde luego en la fundamentación jurídica, que como dijimos era harto escueta, no aparece complemento alguno cointegrador que refleje una conducta delictiva de atentado, ni tampoco de resistencia, pues a lo sumo se trataría de una simple desobediencia por la que nadie acusa.

Consiguientemente el motivo debe ser estimado, sin que proceda degradar los hechos a resistencia, sino absolver por ellos.

5. Respecto a la asignación de un propósito criminal ("huir") y no acometer a los agentes con las posibles consecuencias negativas para la vida e integridad corporal de aquéllos, el censurante trata de contraponer el ánimo de huir al propósito de lesionar el principio de autoridad, que en modo alguno son incompatibles. Para colmar el dolo propio del delito sólo basta el conocimiento y voluntad genérica de estar atacando el principio de autoridad, es decir, ser consciente de que el agredido es un agente que se halla en el ejercicio de sus funciones, aunque lo lógico es que el móvil del autor sea otro, porque no acaba de tener sentido lesionar porque sí y sin más el principio de autoridad.

La finalidad predominante o última puede ser la de sustraerse a la acción policial, pero el sujeto tiene presente y no puede evitar la situación que se producirá y que es aceptada, si la huída se realiza poniendo en riesgo la vida y la integridad corporal de los agentes. Nos hallamos ante un dolo de consecuencias necesarias, como explica el auto de esta Sala de 23 de septiembre de 2004.

Consecuentes con lo expuesto, pero por otras razones distintas a las argüidas, aunque en directa relación con ellas, el motivo se estima, decretando la absolución por el segundo delito de atentado.

QUINTO.- El último motivo lo formaliza por corriente infracción de ley (art. 849-1º L.E.Cr.) consecuencia de la aplicación indebida de los arts. 550 y 551 del C. Penal.

1. Vuelve a insistir el recurrente en la inexistencia de delito por los actos ejecutados frente a los agentes en Villanueva del Pardillo. También sobre los cometidos el 17 de junio de 2005 como consecuencia de la práctica de la entrada y registro del chalet que ocupaba, sobre cuyos hechos alega que se infringieron los principios de inmediación y contradicción, porque de los tres agentes que participaron en la operación policial sólo compareció a declarar uno de ellos, no prestando declaración sus compañeros sobre las incidencias de su detención.

2. Respecto a la primera cuestión (atentado de Villanueva del Pardillo), como el motivo anterior es canalizado, quizás de modo incorrecto, a través de dos preceptos procesales, uno de los cuales por infracción de ley, ya nos pronunciamos sobre el aspecto subsuntivo aceptando los argumentos del recurrente, y a lo allí dicho nos remitimos.

Sobre el delito de resistencia, es posible que con razón se haya producido cierta confusión en el recurrente sobre la existencia de tal delito, y ello porque Fiscal califica esos hechos como de atentado, bien porque entendiera que se trató de una resistencia activa y por tanto grave, o bien porque incluía actos de acometimiento. El tribunal sentenciador los denomina de resistencia (sin ningún calificativo sobre su gravedad), pero menciona por error los arts. 550 y 551.1 por los que acusaba el Fiscal.

Mas, si prestamos atención e interpretamos los deslices, buscando un sentido lógico a la definitiva consideración de la conducta, de inmediato se comprende que el precepto realmente aplicado fue el art. 556 C.P. de la misma naturaleza que el 550 y 551, pero en inferior escala en relación a su gravedad, lo que permite calificar de correcta, por homogénea, la discrepancia en el juicio de subsunción.

El nivel de gravedad, deducido de los hechos probados, justificaba la degradación. En la página 22 de la sentencia, al fundamentar jurídicamente sobre los hechos enjuiciados se habla de "simple resistencia" (nunca de resistencia grave) y en el fallo se vuelve a insistir en el *delito de resistencia* sin más connotaciones, pero además la pena es la propia del delito de resistencia prevista y penada en el art. 556 del C.Penal.



Por lo demás, la naturaleza del motivo obliga al más escrupuloso respecto a los hechos probados (art. 884-3 L.E.Cr.), así que resultan irrelevantes las limitaciones probatorias a las que hace referencia. De todas formas el acusado reconoce que al ser detenido se produjeron ciertas incidencias y el policía que declaró en el juicio oral dio por sentada la actitud de rebeldía del acusado al oponerse a la detención, que justificaría la aplicación del art. 556 C.Penal.

Consecuentes con lo razonado el motivo debe rechazarse.

Recuso de Pedro Francisco .

SEXTO.- En el **primer motivo** este recurrente denuncia infracción de ley, al amparo del art. 852 L.E.Cr. en relación al 368 C.Penal, por violación del art. 18-3 C.E.

1. El cauce procesal es dúplice e incluye dos quejas, una por *infracción de ley* sin mencionar número alguno del art. 849 L.E.Cr. y otra con asiento procesal concreto (art. 852 L.E.Cr.) como vulneración de derechos fundamentales, en particular el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18-3 C.E.).

En esencia viene a atacar como en el anterior recurso del coprocesado la irregularidad de las intervenciones telefónicas acordadas en la causa. Insiste de nuevo en la improcedencia de autorizar escuchas de terceros ajenos a las actuaciones, en tanto no constan en ellas las intervenciones autorizadas en otra causa, particularmente en los autos dictados el 28 de julio de 2004 y prorrogados el 26 de octubre de 2004 y 4 de septiembre de ese mismo año .

Protesta por la inexistencia de control judicial, traducido en las prórrogas, que se acuerdan sin ser aportadas las cintas grabadas a consecuencia de la precedente autorización, por lo tanto no pudieron ser escuchadas por el juez instructor.

2. La mayor parte de las objeciones opuestas al auto autorizante y sus prórrogas coinciden con las de Cosme , a las que nos remitimos. Hemos de entender, que a falta de acreditamiento de cualquier irregularidad de los autos dictados en cadena de solicitudes y autorizaciones realizadas en otra causa son conformes a derecho, en tanto no consta ninguna resolución invalidante en la causa de la que provienen. Es bastante con tomar en consideración los datos con los que el instructor decidió dictar el primer auto injerencial, que eran más que suficientes por los elementos objetivos incriminatorios que encerraban.

La conversación referida a Cosme , indicaba una transacción de droga, y ello fue estimado suficiente por el juez como presupuesto de la habilitación injerencial, que el recurrente ni siquiera ataca. Por supuesto no era necesario que los indicios hicieran referencia a los terceros, que posteriormente tuvieron contactos con el teléfono intervenido, porque precisamente la intervención trata de esclarecer el hecho delictivo y las personas que en él participan, que sin la excepcional medida seguirían en la sombra y es precisamente la autorización injerencial la que debe descubrir los partícipes de toda la trama delictiva.

Por otra parte, ni que decir tiene que en modo alguno es preceptivo entregar las cintas grabadas y sus transcripciones cotejadas para acordar la prórroga de una intervención telefónica. Si existió algún retraso en la entrega fue debido a la necesidad de traducir las conversaciones de los interlocutores, que lógicamente se producía en árabe.

Para acordar una prórroga es suficiente que en la solicitud policial, con referencia a lo hasta entonces actuado, se destaque de forma especial y razonada la conveniencia de mantener la medida, aunque durante un tiempo no existan especiales avances, si el juez instructor estima procedente prolongar una medida investigadora que tiene altas posibilidades de dar fruto en lo sucesivo. Una espera prudencial es adecuada por parte del juez si las precedentes informaciones así lo aconsejan, como es el caso.

Por todo ello el motivo ha de decaer.

SÉPTIMO.- Textualmente en el **segundo motivo** se produce una incoherente serie de alegaciones en los siguientes términos: "*Por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849-2 L.E.Cr. en relación con el apartado 851-1º y 2º de la misma Ley procesal, en relación con el art. 852 sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia*".

1. La razón del motivo se reduce a la ausencia de prueba, justificación o motivación del tribunal sobre la afirmación de la última línea del último párrafo de los hechos probados en la que se dice que la droga: "*había sido importada por el procesado de Holanda*", con la posibilidad de aplicación del nº 10 del art. 369.1º del Código Penal. Sobre tal dato no se practicó prueba alguna en el plenario que permita tenerlo por acreditado.

2. De la serie de invocaciones legales tendentes a dejar sin efecto tal manifestación factual ninguna de ellas es necesaria.



Respecto al *error facti*, ningún documento con valor casacional se menciona.

La ausencia de pronunciamiento (art. 851-3º) es conforme a la consecuencia de haber prescindido de él en el juicio subsuntivo.

Es cierto que no existió prueba ni motivación, pero no lo es menos que para nada se tuvo en consideración ese dato al no resultar aplicado el art. 369-1.10º. Por tanto el motivo se revela como supérfluo y baladí, y carece de transcendencia de clase alguna.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- También en el **tercer motivo** se mezclan y acumulan improcedentemente los cauces procesales. Nos dice *"al amparo de lo previsto en el art. 851-3º en relación con el apartado 852 L.E.Cr . por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia"*.

1. El confuso enunciado se resuelve en el cuestionamiento de la validez de la prueba pericial efectuada sobre la sustancia intervenida, obrante al folio 2464.

El recurrente nos dice que *"el informe pericial obrante en autos fue ratificado en el plenario por la responsable del laboratorio oficial donde se había realizado la analítica, reconociendo la existencia de doctrina que mantiene la validez de tales ratificaciones; el problema - insiste el recurrente - es que no pudo quedar acreditado que el informe pericial estuviese firmado por perito o trabajador de Laboratorio oficial alguno"*.

Concluye afirmando que la responsable del Laboratorio podrá ratificar aquellas pericias que realicen los trabajadores que se encuentren a su cargo o que fueron predecesores en el cargo ostentado, pero deberá existir una mínima identificación del trabajador o director del laboratorio cuya pericia ratifica.

2. El motivo posee un indudable cariz formalista o retórico. La Jefa del laboratorio informa en el juicio oral que el informe que constaba en los documentos que se le exhiben ha sido realizado por el laboratorio al que representa, aunque no puede ratificar la firma de la directora anterior porque no era la suya.

Acreditada la regularidad y origen del informe es oportuno decir una vez más la fuerza probatoria de estas intervenciones periciales, cuando las realiza un equipo de expertos, que además de trabajo en equipo, pertenecen a un organismo oficial que ofrece todas las garantías.

La jurisprudencia de esta Sala, los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la misma y la referencia del art. 788-2º L.E.Cr., reputando prueba documental, nos permite concluir, acreditado en juicio el origen, autenticidad y regularidad del documento que incorpora el informe, que éste posee plena fuerza probatoria.

La impugnación formalista y sin una especial finalidad de estos informes, puede participar de la mala fe procesal, si el recurrente no niega o pone en entredicho su contenido. Si hubiera solicitado que acudiera a juicio alguno o algunos de los peritos que realizaron materialmente los trabajos de laboratorio, debió solicitarlo así e identificados hubieran comparecido.

Pero lo inaudito es que siendo partícipe o responsable la directora del laboratorio de los trabajos que allí se realizan no le fueron formuladas preguntas lógicas, como aclaraciones sobre procedimientos de análisis, márgenes de error, cumplimiento de protocolos, etc., centrándose en una inoperante circunstancia (no ratificación de la firma de la directora precedente) sin ninguna repercusión en los datos esenciales de naturaleza, peso y pureza de la droga que figura en los folios 2212 y ss. en general y 2464 en particular, a los que la sentencia se remite.

El motivo no puede prosperar.

Recurso de Humberto .

NOVENO.- Del mismo modo que el Fiscal, dada la identidad y complementariedad de los **motivos 1º y 2º** de este recurrente, éstos deberán analizarse simultáneamente, pues apuntando iguales vulneraciones el segundo es insistencia o reproducción de los argumentos del primero.

1. En estos motivos, a través del cauce procesal propiciado por el art. 849-1º L.E.Cr., estima infringido el art. 11-1º LOPJ. consecuencia de la nulidad de las intervenciones telefónicas que debe acarrear la inutilizabilidad de las pruebas obtenidas desde ese origen contaminado, todo ello por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Reitera, en esencia, las mismas cuestiones que Cosme , añadiendo algún secundario matiz. Sostiene que el origen de todas las pruebas eran las investigaciones realizadas en otra causa, reconociendo que las averiguaciones allí realizadas, según menciona el oficio policial, eran suficientes y sugerentes de la comisión de un delito, pero no se aportaron los autos injerenciales dictados en aquella causa.



Nos dice que un elemento esencial que se echaba en falta al acordar la intervención es la identidad de la persona titular del teléfono intervenido y sobre la cual recaían las sospechas.

Atribuye un déficit de control jurisdiccional de la medida por haberse acordado la prórroga sin aportar los soportes magnéticos de las grabaciones, limitándose la policía a informar sobre el curso de las investigaciones. Pone en entredicho la coincidencia del contenido de las cintas con lo transcrito por la policía, a pesar de la diligencia del secretario. Con todo ello termina pidiendo la nulidad de todas las pruebas por entender que la invasión en la intimidad privada tenía un propósito prospectivo.

2. A la vista del contenido del motivo hemos de remitirnos en lo esencial a lo ya dicho con respecto a los otros recurrentes.

Acerca de la identidad de la persona, la práctica diaria en la actividad investigadora nos demuestra que la utilidad de las intervenciones telefónicas se justifica en la necesidad de averiguar hechos y datos personales, que permitan descubrir el delito y su autor. En el caso concernido se disponía de una conversación (donde quedó plasmada la voz del interlocutor) y pudo saberse el teléfono del que partía y que su titular o usuario, respondía al apodo de " Chapas ", que luego resultó ser Cosme . Pues bien, la finalidad de las intervenciones va precisamente encaminada a obtener los datos e identidades que de otro modo no se podrían conocer, y esa es precisamente la causa que impone la "necesidad" de la intervención.

3. Por otro lado, la falta de control consecuencia de la ausencia de transcripción bajo la presencia judicial de las conversaciones o de cotejo de las remitidas por la policía, no puede provocar indefensión alguna, pues ante el desacuerdo con la diligencia del actuario, el recurrente pudo pedir en todo momento la comprobación de cualquier pasaje, al objeto de asegurarse de su coincidencia con la transcripción realizada. En el ámbito conceptual de las diversas deficiencias de control no puede equipararse "control judicial" con "audición y transcripción previa de todas las grabaciones".

Es cierto que mientras no cese la medida las deficiencias en el control o incorporación de las escuchas a la causa pueden incidir en determinados casos en el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque lo importante y decisivo es que el instructor vaya teniendo conocimiento de la marcha de las investigaciones y de los resultados de las escuchas (a pesar de que las cintas todavía no se hayan aportado por precisarse de la traducción al castellano) pero esos retrasos en la incorporación de las mismas no pueden impedir acordar la prórroga en base a la petición policial, sopesando las razones expuestas por la policía, en la mayor parte de las ocasiones haciendo referencia a algún aspecto de las conversaciones todavía no aportadas, pero perfectamente comprobables *ex post*, siempre que al instructor le ofrezca confianza la policía judicial que actúa a sus órdenes y es lógico que tal confianza exista.

Con lo hasta ahora dicho es incuestionable que el instructor no ha acordado las nuevas intervenciones de manera automática y sin antes contrastar mínimamente el resultado de las anteriores intervenciones según le informaba la policía, todo ello evidenciado por los propios autos (véanse folios 39 y ss., 95 y ss., 99 y ss. etc.).

Los dos motivos deberán rechazarse.

DÉCIMO.- El **tercero de los motivos** formalizado por este recurrente, lo apoya en el art. 852 L.E.Cr. por vulneración del art. 24 CE. que establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

1. Protesta el censurante por la denegación de una diligencia de prueba consistente en realizar un contraanálisis de *todas y cada una de las pastillas*, en su día intervenidas al acusado. La diligencia, propuesta como prueba anticipada en el escrito de conclusiones provisionales, fue denegada por la Audiencia provincial en auto de 18 de febrero de 2008, explicando las razones que justificaban tal denegación.

A continuación enumera los requisitos exigidos para poder ser considerada pertinente una prueba y los trámites que deben efectuarse para que efectivamente sea admitida y todo ello con un abundante refuerzo jurisprudencial, para terminar afirmando que, cuando en la fase de cuestiones previas se reitera la misma práctica la Presidenta inquiere los motivos de la misma, a la que la parte proponente afirma en respuesta que "al existir un alto número de pastillas era importante determinar la composición definitiva de cada una de ellas, operando con muestra distinta".

2. El recurrente al enunciar los requisitos de la prueba, se está refiriendo a su pertinencia y es evidente que por referirse al objeto cognitivo afectaba al proceso y era pertinente. Pero faltaba otra nota decisiva, cual es, la necesidad, y en esa dirección estaba hecha la pregunta de la Presidenta de la Sala.

En principio debe afirmarse que el derecho a la prueba no constituye un derecho ilimitado a solicitar la práctica de todas aquellas que caprichosamente una de las partes estima deben practicarse y por ende no desapodera al tribunal de la facultad de rechazar aquéllas que de todo punto resulten inútiles, anodinas o innecesarias, por no conducir a un resultado capaz de alterar el sentido del fallo.



Por otro lado hemos de manifestar que el cauce procesal elegido como vulneración de un derecho fundamental, no debe jugar como subterfugio para eludir las formalidades exigidas procesalmente cuando se deniega una prueba, prescindiendo de requisitos esenciales. Así, en el presente caso la parte debió haber formulado la preceptiva protesta frente al auto denegatorio (art. 659-4 L.E.Cr.), pues cuando la realiza, al principio de las sesiones del juicio, constituye una previsión del procedimiento abreviado, pero no del sumario. El art. 850-1º de la Ley procesal hay que ponerlo en relación con los arts. 659-4º y 884-5º de dicha Ley ritaria, debiendo realizarse la protesta no al inicio de las sesiones del juicio, sino como tiene dicho esta Sala en los cinco días siguientes, aplicando por analogía el art. 212 L.E.Cr. como oportunamente apunta el Mº Fiscal.

3. Pero independientemente de las razones formales, existen otras referidas al fondo de la cuestión, que se hallan en directa relación con el juicio emitido por la Audiencia sobre la inutilidad e innecesariedad de la diligencia, decisión razonable que esta Sala de casación acepta.

La confirmación o ratificación del informe cualitativo (folio 547 del rollo) como apuntamos antes, hecho por la directora del laboratorio y la remisión de la sentencia a los folios 2.212 y ss. permiten concluir que éstos se llevan a cabo con todas las garantías actuando conforme al protocolo ordinario, eligiendo unas muestras que se homogeneizan, al objeto de precisar el grado de pureza, una vez determinado el peso y la naturaleza de la sustancia.

Es claramente una veleidad o abuso de derecho el pretender una prueba de estas características, inútil e inoperante.

El motivo ha de claudicar.

DÉCIMO PRIMERO.- En el **cuarto y último motivo**, canalizado vía 849-1º L.E.Cr. (corriente infracción de ley), estima inaplicado el art. 21-1, en relación al 20-1º todo ello en relación al art. 24 C.E.

1. El reproche casacional radica, a juicio del impugnante, en que el tribunal sentenciador de instancia no ha valorado adecuadamente los informes periciales del médico Jose Antonio , sobre los consumos de droga y la afectación en su salud física y mental, a pesar de producir trastornos de la personalidad precisamente por el consumo desmedido de droga y alcohol, todo ello acreditado por los análisis de vello púbico, de más lento crecimiento que el pelo de la cabeza.

2. Su propio encauzamiento procesal debe dar al traste con el motivo, ya que la inaplicación del art. 21-1º C.P. sólo puede defenderse desde el más escrupuloso respeto al tenor de los hechos probados como impone el art. 884-3 L.E.Cr.

Pero aunque, en beneficio del reo, supusieramos que pretende completar el factum con los documentos periciales que detectan una influencia de la droga en su personalidad (art. 849-2 L.E.Cr.), tampoco podría prosperar el motivo, dada la naturaleza de prueba personal que poseen las pericias. Sólomente un informe pericial puede surtir efectos en casación, alterando el factum, si se dan las dos circunstancias siguientes:

a) que exista en la causa un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. En el caso que nos atañe es claro que no se producen tales condicionamientos porque el informe invocado no es único, y la facultad de valorar todos los dictámenes concurrentes atribuyendo el pertinente alcance probatorio, compete de forma exclusiva a los juzgados y tribunales (art. 117-3 C.E. y 741 L.E.Cr.), y la Sala ha realizado el juicio ponderativo de forma razonada y convincente en el fundamento jurídico 7º de la combatida.

A todo ello debe unirse el criterio jurisprudencial de esta Sala, que también invoca la sentencia, reconociendo que la drogadicción por sí sólo no es suficiente para dar cobijo a una atenuación, ya que los preceptos que la propician exigen una correlación teleológica o funcional entre el consumo de droga y la conducta delictiva y en el caso de autos es patente que la finalidad exclusiva de la actividad ilícita del recurrente no era satisfacer la propia adicción o cubrir un estado carencial a la vista de las enormes cantidades objeto de tráfico, más propias de comerciantes de alto nivel que desprecian la salud de los demás.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.



DUODÉCIMO.- Los distintos motivos propuestos por los procesados Humberto y Pedro Francisco , determinan la imposición de costas a dichos recurrentes, declarando de oficio las de Cosme , por estimación de los motivos 2º y 4º de dicho recurrente y todo ello de conformidad al art. 901 L.E.Criminal.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el procesado Cosme , por estimación de los motivos segundo y cuarto, con desestimación del resto de los articulados por el mismo, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosexta, con fecha veintidos de abril de dos mil ocho , en esos particulares aspectos y con declaración de oficio de las costas ocasionadas en dicho recurso.

Y debemos DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por los procesados Pedro Francisco y Humberto ,** contra la anteriormente mencionada sentencia de veintidos de abril de dos mil ocho, y con expresa imposición a dichos recurrentes de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosexta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Pérez Julián Sánchez Melgar **José Ramón Soriano Soriano** Luciano Varela Castro Luis-Román Puerta Luis

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil nueve

En el Sumario instruido por Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid con el número 13/2006 y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosexta, contra los procesados Darío , con documento de extranjero nº NUM014, nacido el día 23 de marzo de 1973 en Marruecos, hijo de Mohamed y Fátima, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta; **Humberto** , con DNI. nº NUM015 , nacido el día 26 de junio de 1966 en Villareal (Castellón de la Plana), hijo de José y de María Gracia, cuya solvencia no consta; **Pedro Francisco** , nacido el día 8 de agosto de 1966 en Marruecos, hijo de Mohamed y de Habiba, cuya solvencia no consta; Antonio , con documento de extranjero número NUM016 , nacido el día 13 de agosto de 1981 en Marruecos, hija de Boujemaa y de Kenza, cuya solvencia no consta; Cosme , con documento de extranjero número NUM017 , nacido el día 14 de junio de 1975 en Marruecos, hijo de Ahmed y de Zaida, cuya solvencia no consta y Lina , con documento de extranjero número NUM018 nacida el día 1 de enero de 1969 en Marruecos, hijo de Ahmed y de Habiba, cuya solvencia no consta; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, **que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha**, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha veintidos de abril de dos mil ocho, incluso su relato de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- Conforme a lo argumentado en la sentencia rescindente Cosme debe resultar absuelto del segundo de los delitos de tráfico de drogas por el que se condenaba a 5 años de prisión, accesorias y multa; absolviéndole también de un delito de atentado (el referido a los hechos cometidos en Villanueva del Pardillo), en el que se condenaba a 3 años de prisión y accesorias, manteniendo las demás condenas (una por delito de tráfico de drogas, otra por atentado, otra por resistencia y dos faltas por las que se le declara responsable).

Los demás pronunciamientos tanto referidos a este procesado como a los demás deben mantenerse.



III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Cosme , del segundo delito contra la salud pública por el que resultó condenado y uno de los dos de atentado por el que también se le condenada, determinando una reducción de las costas impuestas en la instancia de 2/5 partes por las absoluciones decretadas.

En todo lo demás afectante a este recurrente, así como a los otros dos deben mantenerse los pronunciamientos de la recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Pérez Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano Luciano Varela Castro Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ