

Roj: **STS 3902/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:3902**Id Cendoj: **28079120012011100533**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/06/2011**Nº de Recurso: **2453/2010**Nº de Resolución: **581/2011**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de dos mil once.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Gabino , Natalia , Primitivo , Jesús Luis , Ceferino** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública.; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Pérez de Rada, Moreno Rodríguez, Codosero Rodríguez y Saldaña Redondo respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Posadas, instruyó sumario con el número 1 de 2007, contra Gabino , Natalia , Primitivo , Jesús Luis , Ceferino , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, cuya Sección Segunda, con fecha 28 de junio de 2.010, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: La Policía Judicial de Córdoba a través del Grupo 2º de Estupefacientes I de la Brigada Provincial de la Comandancia de Córdoba había hecho una serie de investigaciones sobre determinadas personas entre las que se encontraban los procesados como consecuencia de las cuales llegaron a sospechar que pudieran dedicarse al tráfico de sustancias tóxicas, principalmente hachís y cocaína.

Dichas averiguaciones llevaron a detectar que los procesados Ceferino y Jesús Luis se proveían de cocaína suministrada por terceras personas y, a su vez, ellos vendían tal sustancia a otros adquirentes, entre ellos al procesado Primitivo . También suministraron importantes cantidades de hachís a los procesados Gabino y su esposa Natalia residentes en la localidad de Palma del Río, donde vendían a diversas personas la aludida sustancia. Gabino padece una importante adicción al consumo de estupefacientes lo que, en cambio, no le privaba aunque sí limitaba su capacidad de discernimiento.

No consta probado que los procesados Modesto y Carlos Alberto , ambos adictos al hachís, comerciaran con drogas.

Para ratificar y confirmar sus sospechas los miembros de la Policía consideraron necesaria la intervención y escucha de los teléfonos que utilizaban todos y cada uno de los procesados, a cuyo fin dirigieron un amplio y detallado escrito al juez instructor en el que relataban todos los antecedentes y terminaban solicitando autorización judicial para dicha intervención, que fue concedida por Auto del Juez.

Como consecuencia de dichas escuchas se tuvo noticia de que los procesados Ceferino y Jesús Luis , se iban a desplazar a Madrid para proveerse de droga y traerla a Córdoba, como así hicieron y el día 29 de abril de 2006, se desplazaron a esta ciudad en el turismo marca Mercedes Y-...-YT que ocupaban los dos aludidos



procesados, siendo seguidos a muy escasa distancia por el turismo Opel Astra, matrículaQVN, conducido por otra persona a quien no afecta este enjuiciamiento.

Dichos vehículos fueron sometidos a seguimiento por la Policía hasta que una vez en Córdoba fueron interceptados por varios funcionarios policiales que efectuaron dicho seguimiento, llegando a la calle Turquesa donde se apearon los ocupantes de ambos turismo siendo identificados y detenidos.

En el turismo Opel, su conductor comunicó a la Policía que, debidamente oculto en el vehículo citado, existía un compartimento que se accionaba a través de un mando a distancia, en cuyo interior había tres paquetes sellados conteniendo cocaína en estado rocoso con un peso total de 2.735 gramos de cocaína con una pureza del 51,73% y un valor en el mercado ilícito de 90.090 euros, donde pretendían vender dicha sustancia.

Los dos vehículos citados circulaban, juntos desde Madrid, actuando el - primero a modo de "lanzadera" y el segundo transportando la droga. Siguiendo las investigaciones, la Policía solicitó mandamiento de entrada y registro de los distintos domicilios, arrojando el siguiente resultado: En el domicilio del procesado Primitivo, sito en la AVENIDA000 n° NUM000, NUM001 de la localidad de Córdoba, materializándose el mismo día 29-4-2006 y donde se intervienen los siguientes efectos: 75 bellotas de hachís, un trozo de hachís con un peso de 868,89gr, THC del 9,98% y con un valor en el mercado ilícito de 3.770 euros; media bellota prensada con un peso de 7,350 grm, 8,76% de THC, con un valor en el mercado ilícito de 29,39 euros; cuatro bolsas de plástico con cocaína habiendo arrojado un peso total de 470,16 gr (197,570 gr con una riqueza de 35,35%; 102,420 gr con una riqueza de 27,74%, 67,610 gr con una riqueza de 31,29%; 102,560 gr con una riqueza de 34,94%) con valor en el mercado ilícito de 30.576 euros; una bolsa de plástico conteniendo 9,1 gr de cocaína, con una riqueza de 45,85% y valor en el mercado ilícito de 561,47 euros, una bolsa de marihuana con un peso 0,26 gr, 12,72% TCH y un valor en el mercado ilícito de 3,9 euros; una cuchara de plástico con restos de cocaína; una calculadora azul con restos de cocaína; una báscula digital de la marca Salter, una báscula digital de color metálico con un plato para pesar, un cuaderno con anotaciones, una navaja de grandes dimensiones, teléfono móvil de la marca Motorola, y la cantidad de 25.485 euros distribuido de la siguiente manera: 7 billetes de 100 euros, 264 billetes de 50 euros, 428 billetes de 20 euros, 278 billetes de 10 euros, 49 billetes de 5 euros.

Entrada y registro en el domicilio de Ceferino en CALLE000 NUM002, NUM001 de la localidad de Córdoba, materializándose el mismo día 29 de abril de 2006, en el que se le intervinieron dos teléfonos móviles de la marca siemens.

Entrada y registro en el domicilio de los padres de Gabino, sito en la CALLE001 NUM003 de la localidad de Palma de Río, materializándose el día 29 de abril de 2006, y donde se intervienen la cantidad de 3740 euros, distribuidos en 6 billetes de 200 euros, 5 billetes de 100 euros, 41 billetes de 50 euros y 9 billetes de 10 euros, sin que se haya probado que dicha cantidad este relacionada con el tráfico ilícito de la droga.

Entrada y registro en el domicilio de Modesto en DIRECCION000 NUM004, de la localidad de Almodovar del Río, materializándose el mismo día 29 de abril de 2006, en el que se le intervinieron los siguientes efectos: dos teléfonos móviles de la marca motorola, cuartillas con anotaciones, una agenda con anotaciones, 2 pastillas de anfetaminas; una bolsa con media tableta de hachís, y una bolsita con 24 trozos de la misma 4 tableta de hachís, arrojando un peso total de 75,300 gr, con un TCH de 1,11%, y con un valor en el mercado ilícito de 928,68 euros. Igualmente y en el vehículo marca Volkswagen, matrícula RE--ER, conducido por el procesado Modesto, se intervino un móvil Siemens, un móvil Panasonic, prensa para triturar sustancia con la hoja de marihuana, un bote de plástico con tijeras con restos de Tetrahidrocannabinol, y un bote con sustancia vegetal conteniendo un total de 6,4 gr, con un 10,408% de THC, y con un valor en el mercado ilícito de 40,1 euros.

Entrada y registro en el domicilio de Gabino Y Natalia sito en la CALLE002 NUM005, NUM001 - NUM002 de la localidad de Palma del Río, materializándose el día 29 de abril de 2006, y donde se intervienen los siguientes efectos: cuatro teléfonos móviles, dos libretas con anotaciones, hojas sueltas con anotaciones, una navaja, un machete, un juego de tres katanas, un revolver de fogeo reglamentado, un arco de flechas, dos billetes de 50 euros y cuatro bolsas conteniendo un total de 287 bellotas (distribuidas en 124 bellotes de hachís, 25 bellotas de hachís, 100 bellotas de hachís, 2 huevos y 38 bellotas de hachís), arrojando un peso de 3.161 gr, con un 16,85% de THC, alcanzando en el mercado ilícito el precio de 13.614,96 euros; así como una bolsa conteniendo en su interior 2,05 gr de marihuana, alcanzando en el mercado ilícito el valor de 8,2 euros.

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

FALLO: Que debemos absolver y absolvemos a los procesados Modesto y Carlos Alberto de los delitos por los que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas correspondientes.

Condenamos a Ceferino y Jesús Luis como autores de un delito contra la salud pública con sustancias que causan grave daño a la salud, a la pena de 10 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta dura el tiempo de la condena, así como a la multa de 180.000 euros.



Condenamos al procesado Primitivo por un delito contra la salud pública (tipo básico) a la pena de 4 años de prisión con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la pena de multa de 7 000 euros arresto sustitutorio en caso de impago por insolvencia de 70 días.

Condenamos al procesado Gabino como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, a la pena de 3 años, 6 meses y 1 día con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y a la pena de multa de 15.000 euros o arresto sustitutorio de 150 días. Iguales penas se imponen a la procesada Natalia .

Se condena a los procesados al pago de las costas correspondientes. De conformidad con el art. 374 del Código Penal , se acuerda el comiso de la droga intervenida a la que se dará el destino legal, así mismo el comiso del vehículo y demás efectos intervenidos no restituidos a su legítimo dueño.

Devuélvase a los padres de Gabino la cantidad de 3470€ que le fue intervenida.

Quedando imprejuzgada la causa con respecto al acusado Jesús María .

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Gabino , Natalia , Primitivo , Jesús Luis , Ceferino , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

RECURSO INTERPUESTO POR Gabino Y Natalia

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones, proclamado en el art. 18 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, proclamado en el art. 18 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24 CE.

CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE.

QUINTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE.

SEXTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida inaplicación del art. 29 CP.

SEPTIMO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 369 CP.

OCTAVO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim.

NOVENO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida inaplicación del art. 21.2 CP.

RECURSO INTERPUESTO POR Ceferino

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, proclamado en el art. 18 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho de defensa, proclamado en el art. 24 CE.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 368 y 369 CP.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 21 CP

RECURSO INTERPUESTO POR Primitivo

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ. por violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, proclamado en el art. 18 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 21 CP

RECURSO INTERPUESTO POR Jesús Luis



PRIMERO.- Al amparo del art. 849.2 LECrim. por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24 CE.

Quinto.- Instruido el Ministerio fiscal se ha opuesto a los recursos; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera. Encontrándose la causa pendiente de señalamiento se ha dado traslado al recurrente por ocho días a los fines previstos en la Disposición Transitoria Tercera c) de la L.O. 5/2010, quien no ha realizado manifestación alguna.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día treinta y uno de

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Gabino Y Natalia

PRIMERO: El motivo primero por la vía del art. 5.4 LOPJ , infracción precepto constitucional, se denuncia la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas y a la intimidad, consagrado en el art. 18 CE .

Tras exponer de forma detallada la doctrina constitucional sobre los requisitos de los autos habilitantes, denuncia en primer lugar la falta de motivación material y formal de la inicial resolución habilitante de la intervención telefónica inicial, por no contener los necesarios indicios de la comisión de un delito, tanto si se analiza la resolución en sí misma, como el oficio policial por el que se solicita la intervención, y esta falta de motivación del auto inicial acredita la ausencia absoluta de control judicial en el curso de la medida, máxime cuando las intervenciones se llevaron a cabo en distintos procedimientos y por juzgados distintos, sin que existieran transcripciones y cintas aportadas y sin cotejo por el Sr. Secretario.

Como decíamos en las SSTs. 372/2010 de 29.4 y 457/2010 de 25.5, con cita de las sentencias 25/2008 de 29.1 y 857/2007 de 7.11, la diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legitimidad constitucional, cuya concurrencia es del todo necesario para la validez de la intromisión de la esfera de la privacidad de las personas, y en este sentido, desde la STC 49/99 de 5.4, el Tribunal Constitucional viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre; 167/2002, de 18 de septiembre).

Por ello, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. "La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre; 220/2006, de 3 de julio; 197/2009 de 28 de septiembre).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999, de



5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre; 253/2006, de 11 de septiembre).

Sobre esa base, el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio; 167/2002, de 18 de septiembre; 165/2005, de 20 de junio 259/2005, de 24 de octubre; 253/2006, de 11 de septiembre). También ha destacado que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa" (STC 299/2000, de 11 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio).

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo; 49/1999, de 5 de abril; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 259/2005, de 24 de octubre; 136/2006, de 8 de mayo).

Asimismo tanto el Tribunal Constitucional (S. 123/97 de 1.7, 167/2002 de 18.9, 184/2003 de 23.10, 136/2006 de 8.5), como esta misma Sala (SS. 406/2010 de 11.5, 457/2010 de 22.5), han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamenta en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica como señalan las SS. 26.6.2000, 3.4 y 11.5.2001, 17.6 y 27.10.2002, entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el órgano jurisdiccional por sí mismo carece de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial.

En este sentido la STS. 1263/2004 de 2.11, señala que, como se recuerda en la STC. 167/2002 de 18.9, de que aunque lo deseable es que la expresión de los *indicios objetivos* que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada, si integrada incluso en la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias constitucionales y legales, de tal suerte que se pueda llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SS.T.S. 4 y 8.7.2000).

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, lo que la Constitución exige al atribuir y confiar al Juez de Instrucción la competencia exclusiva para adoptar estas resoluciones a que la depuración y análisis crítico de los indicios aportados por la policía judicial bajo su dependencia se realice por el Instructor exclusivamente desde la perspectiva de su razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso.

Por lo que respecta a las prórrogas y a las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en las resoluciones que las acuerdan, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/1999, de 5 de abril; 171/1999, de 27 de septiembre; 202/2001, de 15 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre).

Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina



irremediablemente las ulteriores de ella derivadas (SSTC. 171/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 184/2003, de 23 de octubre; 165/2005, de 20 de junio; 253/2006, de 11 de septiembre).

En este sentido la STS. 645/2010 de 24.5, precisó que la prórroga temporal de una intervención telefónica que inicialmente ha sido autorizada por concurrir motivos justificados solo tiene de específico la prolongación en el tiempo de esa intervención ya ordenada legítimamente. Lo que es necesario entonces justificar y lo que se exige en tal caso motivar en la nueva resolución decisoria no se extiende a lo que se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino la ampliación temporal de lo mismo más allá del periodo inicialmente concedido cuando lo que apoya la nueva solicitud de prórroga no es un cúmulo de indicios nuevos o diferentes de los que fueron expresados y valorados en la intervención originaria sino estrictamente la subsistencia de aquéllos, es decir el mantenimiento, la mera vigencia en el tiempo de la misma necesidad, y de la misma justificación. Si la una y otra en cuanto tales ya se sometieron al control judicial no es preciso ponderar de forma redundante lo ya ponderado antes, y será únicamente objeto del control la justificación de la prórroga en lo que supone de concesión de un nuevo período temporal para una intervención ya justificada.

SEGUNDO: En el caso presente el oficio de la Brigada Provincial de Policía Judicial, Grupo estupefacientes de la Comisaría Provincial de Córdoba de fecha 1.3.2006 en solicitud de intervención telefónica de Carlos Alberto y Modesto , se fundamenta su petición en como a través de los canales propios de información e investigación de dicho Grupo ha tenido conocimiento de la existencia de unas personas que en el término municipal de Almodóvar del Río (Córdoba) se estarían dedicando al tráfico ilegal de sustancias estupefacientes, haciendo referencia a un negocio familiar cuyo cabecilla sería Carlos Alberto , siendo su función traer cocaína desde Madrid y venderla a pequeños/medianos traficantes en Córdoba y provincia, así como en "puti-clubs" de Córdoba y controlar y ayudar a su hermano Modesto en la venta al menudeo de ésta en su domicilio.

Asimismo destaca las gestiones policiales realizadas en el domicilio de este último, sito en el núm. NUM004 de DIRECCION000 , en concreto por el funcionario policial con carnet profesional nº NUM006 , que permitieron constatar como por la tarde noche de los días cercanos al fin de semana, multitud de vehículos se acercaban a la referida morada y tras esperar un momento en la puerta, Carlos Alberto o Modesto les abrían la puerta, entraban en la vivienda y salían de la misma en breves momentos, comprobándose igualmente como aquellas personas al llegar en los vehículos hacían una llamada telefónica, momento en que cualquiera de los hermanos indistintamente, abría la puerta de la casa.

También se refiere como se ha comprobado por seguimientos, que Carlos Alberto , con el turismo Volkswagen Golf RE--ER , que pertenece a otro de sus hermanos, José Manuel con domicilio en Villarubia (Córdoba) Carretera Palma del Río Km. 13, se acerca de diferentes "puti clubs" de Córdoba, como "Las Vegas" y "Dolce Vita" y tras mantener breves contactos con mujeres en la puerta de los mismas, abandona el lugar. Seguimientos realizados por el funcionario adscrito al Grupo de Estupefacientes, carnet: NUM007 .

A continuación se detalla como Carlos Alberto en sus desplazamientos con el vehículo, adopta unas maneras de conducción preventivas, con numerosas medidas de seguridad, tales como cambios de velocidad bruscos, cambios de velocidad bruscos, cambios de itinerarios, dando varias vueltas en las glorietas, etc. medidas, realizadas con el fin de detectar los posibles seguimientos policiales, siendo esta -según el oficio policial- una medida de seguridad habitual de las personas dedicadas al tráfico de drogas, dificultando de ese modo los seguimientos y vigilancias policiales sobre el terreno.

Además se insiste en que para la realización de contactos y adquisición de la cocaína y su distribución utiliza teléfono móvil, cuyo número cambian constantemente para no ser detectados por la Policía.

Todas estas circunstancias, (medidas de seguridad adoptadas, modus operando de utilización del teléfono móvil, innumerables contactos) llevan a considerar por la Policía como medio necesario e imprescindible las intervenciones telefónicas de los números NUM008 del que es usuario Carlos Alberto y NUM009 del que es usuario Modesto .

Con estos antecedentes el motivo no puede prosperar.

Es cierto que en relación a noticias confidenciales o canales propios de información, hemos dicho en SSTC. 534/2009 de 1.6, 834/2009 de 16.7, 487/2010 de 25.5, que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, **siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo** (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales.



Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 setiembre 1997 y 4 marzo 1999.

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.

Doctrina reiterada en las SSTS. 1488/2005 de 13.12 y 28.2.2007 que precisan que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciado, como exige el art. 268 LECrim. pero puede ser un medio de recepción de la noticia criminis que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim. elevándolas al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental.

Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido la STC. 8/2000 de 17.1).

En esta dirección la sentencia 416/2005 de 31.3, ya precisó que la existencia de una información anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental a personas que ni siquiera consta su mención nominativa en aquella, pues un anónimo "no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión, STC. Pleno 23.10.2003.

Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a "fuentes o noticias confidenciales". Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación.

Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Por lo tanto es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez.

Dicho con palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 167/2002 - cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones "lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación.



No otra cosa ha sucedido en el caso presente en el que la policía tras estas informaciones recibidas concreta las investigaciones y vigilancias realizadas en el domicilio de uno de los investigados y los seguimientos efectuados al otro señalando sus resultados.

Siendo así el instructor por auto de 2.3.2006 resolvió sobre una petición que no puede entenderse como genérica o estereotipada, de mero conocimiento de hechos que pudieran constituir delito, sino el resultado de una previa investigación sobre vivienda y personas con los resultados obtenidos.

En estas circunstancias no puede concluirse que la resolución judicial cuestionada fuese una decisión infundada y arbitraria por carecer del soporte fáctico suficiente que le legitimara. Por cuanto entendemos que la "notitia criminis" de esos hechos delictivos que se estiman verosímiles y la información de la Policía transmitida a la autoridad judicial que, inicial y provisionalmente parece refrendada, confirma, cuando menos, una sospecha fundada sobre la que realizar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad de la medida de investigación adoptada para la constatación de unas actividades delictivas, cuya naturaleza necesita la intervención telefónica como el medio idóneo para su descubrimiento y esclarecimiento sin que, obviamente, pueda alegarse que no fue respetado el principio de proporcionalidad, pues aún siendo cierto que una medida judicial limitadora de un derecho fundamental de la persona, como es la intimidad personal y secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, exige que el delito a perseguir sea lo suficientemente grave como para que pueda afirmarse que está justificada tal limitación ante el deber de perseguir la correspondiente conducta criminal, la colisión entre tal derecho fundamental y el deber de investigar la comisión de los hechos delictivos ha de resolverse a favor de este deber cuando el delito es importante, y el actual tratamiento legislativo del tráfico de drogas como delitos de acusada gravedad impide que pueda calificarse de desproporcionado el recurso de dicha intervención (SSTS. 6.6.2005, 19.11.2003).

Esta impugnación del recurrente aparece, por lo expuesto, infundada.

TERCERO: En cuanto a la falta de control judicial y el dictado de las nuevas intervenciones sin tener conocimiento de los oficios policiales, las transcripciones y sin las cintas, es cierto como hemos dicho en SSTS. 56/2009 de 3.2, 924/2009 de 7.4, que ese control se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, lo que implica que el Juez debe conocer y controlar el desarrollo de la ejecución lo que supone que al acordar su práctica debe establecer las condiciones precisas para que tal afirmación sea real. Ahora bien para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulte suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC. 82/2002 de 22.4, 184/2009 de 23.10, 205/2005 de 18.7, 239/2006 de 17.7), lo que ha sucedido en el caso concreto en que cada nueva prórroga o intervención va precedida de una solicitud policial ilustrando al juzgador del avance de sus investigaciones, tal como señala la sentencia impugnada.

Consecuentemente de lo anterior se desprende que el Juzgado tuvo siempre conocimiento del desarrollo de las intervenciones telefónicas ya autorizadas, que la remisión de las transcripciones no fuese en su inicio íntegra y que la relación se llevase a cabo por la propia policía judicial, no empece a que el control judicial anterior de los autos acordando las nuevas intervenciones o las prórrogas no fuese efectivo.

En efecto como hemos recordado en la reciente STS. 745/2008 de 25.11 ningún precepto legal impone al Juez de Instrucción la obligación de oír las grabaciones de las conversaciones intervenidas para acordar la prórroga de las intervenciones ya autorizadas, siendo patente que el Juez puede formar criterio de tales efectos por medio de la información escrita o verbal de los funcionarios policiales que hayan interesado y practiquen la intervención (STS. 1368/2004 de 15.12).

Así se ha pronunciado esta Sala en SS. 28.1.2004, 2.2.2004, 18.4.2006 y 7.2.2007, precisando que: "Desde luego es cierta la necesidad de conocer el resultado de las conversaciones, pero ni la sentencia del Tribunal Constitucional dice, ni esta Sala ha exigido, que deba oír las conversaciones directamente el juez o leer su transcripción. Lo esencial es que aquel efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad en base a los datos que la policía le facilite, si los estima suficientes. En nuestro caso, dadas las necesidades de la investigación, el juzgador estimó convincente y adecuado el informe policial petitorio, en el que se le instruíra verazmente del resultado de la medida injerencial y de la necesidad de ampliarla, así como de la marcha de las investigaciones. La credibilidad que al Instructor le merecía la labor policial, en este cometido, no carece de apoyo racional si pensamos en la especial responsabilidad que recae sobre los miembros de la policía que actúan a las órdenes y bajo la dirección del juez en la investigación de las causas penales, amén de que cualquier discordancia entre el contenido de las conversaciones, en breve tendría que aflorar cuando aquéllas se transcribieran. Siendo así, el único obstáculo que teñiría de ilicitud constitucional la ampliación de las intervenciones telefónicas sería la nulidad de las primeras, si las segundas se basaban



en aquéllas. La intervención ulterior estaría viciada de ilegitimidad si estos nuevos datos o circunstancias objetivas aportadas, que pretenden fundamentar la nueva solicitud de ampliación, hubieran sido conocidas a través de una intervención telefónica ilícita."

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

Por ello la alegación de que el Juez no ha efectuado las oportunas comprobaciones para acordar las prórrogas constituye una mera afirmación de la parte. Lo relevante es que conste en las actuaciones que el servicio policial especializado que por delegación del Instructor realiza materialmente las escuchas, ya que es obvio que éstas no se pueden materializar por el propio Juez, entregó al Instructor los elementos probatorios necesarios para poder valorar la conveniencia de la prórroga.

En este momento procesal, no se trata todavía de utilizar el resultado de las intervenciones como medio de prueba en el juicio, sino que el Juez controle el proceso de intervención y decida, conforme a su propio criterio profesional y en atención a los datos que se le proporcionan, la procedencia de la continuidad de la investigación.

Consecuentemente no deben confundirse los requisitos necesarios para que el Instructor prorrogue o amplíe una intervención telefónica con los exigibles para su utilización posterior como prueba en el juicio.

Estos últimos son requisitos que se refieren al protocolo de la incorporación del resultado probatorio al proceso, que es lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valorada. Tales requisitos son:

- 1) La aportación de las cintas.
- 2) La transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.
- 3) El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es usual- a los funcionarios policiales.
- 4) La disponibilidad de este material para las partes.
- 5) Y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional.

En este sentido la STS. 518/2010 de 17.5, en cuanto a la forma de operar las conversaciones telefónicas en la vista oral del juicio como prueba de cargo, recuerda que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la grabación de las manifestaciones vertidas en las conversaciones intervenidas cuando sea útil para acreditar la imputación puede ser propuesto en el juicio oral como medio autónomo de prueba (STC 190/1992), bien por sí mismo (*audición* de las cintas grabadas), o a través de su transcripción mecanográfica debidamente practicada y autenticada (se trataría entonces, de la *documentación* de un acto de investigación practicado en la fase de sumario previa al juicio oral). En esta segunda condición -como medio de prueba específico- su validez probatoria, ex art. 24.2 C.E., en relación con los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, está sometida, como el resto de actuaciones sumariales, a requisitos y condiciones procesales que garanticen su autenticidad y fiabilidad así como la participación de la defensa que sea exigible a fin de garantizar la debida contradicción (STC 121/1998). Lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, por ejemplo mediante las **declaraciones testificales** de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas (STC 228/1997). Y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral. A este respecto, ninguna relevancia tiene, en cuanto a la eficacia probatoria de las grabaciones telefónicas, el hecho de que las bobinas y cintas no sean reproducidas en el juicio oral, pues **la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez como prueba** (por todas, STC 128/1988) y puede ser sustituida por la lectura en la vista oral de



los folios en que constan las transcripciones de las grabaciones telefónicas referidas a los imputados, siendo así sometidas a contradicción (STC 236/1999, SSTS. 807/2001 de 11.5, 1070/2003 de 22.7, 363/2008 de 23.6, 598/2008 de 3.10).

En efecto la STC. 26/2010 de 27.4 afirma que la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez como prueba, sino que el contenido de las conversaciones puede ser incorporado al proceso bien a través de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas, bien a través de su transcripción mecanográfica -como documentación de un acto sumarial previo- (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre; 122/2000, de 16 de mayo; 138/2001, de 18 de junio). Y también hemos concluido que para dicha incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa. Así en el ATC 196/1992, de 1 de julio se afirma que «la no audición de las cintas en el juicio, así como que el Secretario no leyera la transcripción de las mismas, no supone, sin más, que las grabaciones no puedan ser valoradas por el Tribunal sentenciador. En efecto, las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico), por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicciones por las partes -bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones- no significa, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiera la audición de las cintas o la lectura de la transcripción en la vista oral». Y la STC 128/1988, se llega a idéntica conclusión bajo el argumento de que «no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones. No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido».

Pero debe insistirse los requisitos necesarios para la utilización de las intervenciones como prueba en juicio, no coinciden con los necesarios para prorrogar la medida, en cuyo caso basta con que el Juez dispuso de los elementos minimamente suficientes para valorar o constatar personalmente la efectividad de la intervención hasta la fecha (STS. 1060/2003 de 21.7).

Y en lo referente a las transcripciones de las cintas, solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni los pasajes mas relevantes, ahora bien si se utilizan las transcripciones su autenticidad solo valdrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario judicial (SSTS. 538/2001 de 21.3, 650/2000 de 14.9). De lo expuesto se deriva que el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria, solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor del medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole.

En efecto es necesario dejar claro que el material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir su más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo por lo tanto, es que las cintas originales están a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe publica del Secretario Judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, puedan ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo. Así lo ha entendido esta Sala en SSTS. 960/99 de 15.6, 893/2001 de 14.5, 1352/2002 de 18.7, 515/2006 de 4.4 que expresamente dice:

"La transcripción de las conversaciones y la verificación de su contenido con el original o cotejo no dejan de ser funciones instrumentales, ordenadas a un mejor " *confort* " y economía procesal. Sólo si se prescinde de la audición de las cintas originales en la vista oral y se sustituye por el contenido escrito de las transcripciones, debe preconstituirse la prueba con absoluta regularidad procesal, con intervención del Secretario y de las partes, aunque la contradicción siempre puede salvarse en el plenario, siendo una cuestión atinente a las normas que rigen la práctica de la prueba. Otra vía de introducción de la prueba en el plenario es la testifical



prestada en el mismo por los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba (las conversaciones). Como dice la STS 1.112/2.002, *"su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas"*.

CUARTO: Respecto a la aplicación de la conexión de antijuricidad derivada de la nulidad de las intervenciones telefónicas, a la aprehensión de la droga a la que se llega a través de dichas intervenciones, al contenido de las cintas y transcripciones, a las declaraciones testificales de los funcionarios policiales sobre el contenido de las intervenciones; a los registros, y en definitiva, a la totalidad de las pruebas, incluidas las declaraciones de los acusados en fase de instrucción, pues solo se considera prueba independiente la declaración de los acusados en el plenario, dicha pretensión en cuanto parte de la ilegitimidad de las intervenciones telefónicas debe ser desestimado, no obstante para clarificar la cuestión, debemos recordar la doctrina de esta Sala, mantenida entre otras, en SSTs. 628/2010 de 1.7, 1183/2009 de 1.12, 25/2008 de 29.1, 261/2006 de 14.3, 416/2005 de 31.3 al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscrición del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..."



Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9, que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En similar dirección el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 66/2009 de 9.3, ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC. 81/98 de 2.4, 22/2003 de 10.2).

Por último el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo (STC. 81/98 de 2.4, citando ATC. 46/83 de 9.2, y SSTS. 51/85 de 10.4, 174/85 de 17.12, 63/93 de 1.3, 244/94 de 15.9).

Por otra parte se ha mantenida la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración de autoincriminatoria, no solo de acusado en plenario (SSTC. 136/2006 de 8.5, 49/2007 de 12.3) sino incluso de imputado en instrucción (SSTC. 167/2002 de 18.9, 184/2003 de 23.10) "en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas". En igual dirección esta Sala, STS. 1129/2006 de 15.11, ha precisado que "En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita", y STS. 812/2006 de 19.7 "A este respecto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 8/2000, de 17 de enero), ha declarado que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que puedan considerarse *jurídicamente* independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad *material*. Un supuesto de este género es el que concurre cuando, por ejemplo, lo conocido inicialmente a través de una interceptación telefónica ilegítima, tiene luego válido acceso al juicio y al conocimiento judicial merced a la confesión de los acusados, que hubieran aceptado que, en efecto, los hechos postulados como tales por la acusación habían tenido ciertamente lugar.

Más en concreto la STC 136/2006, de 8 de mayo, se ha pronunciado sobre la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión en supuestos como el presente, entendiendo 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. En consecuencia, 'las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que



justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental' (STC 161/1999 de 27.9)."

Ciertamente puede no ocurrir lo mismo cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita. En esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporado su existencia al proceso. Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente.

QUINTO: Por último respecto a la queja de los recurrentes de que la sentencia recurrida no resuelve adecuadamente las causas de nulidad de las intervenciones planteadas por la defensa, al limitarse a la cita de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, a la que dedica 8 paginas, contestando a todo el cúmulo de denuncias con tan solo dos párrafos con el argumento ambiguo y genérico de que en los oficios policiales se hacían constar las razones por lo que solicitaban las intervenciones y los autos estaban motivados por lo que la parte recurrente difícilmente puede combatir los argumentos por los que la Sala de instancia considera válidas las intervenciones telefónicas, dicha queja debió articularse por el quebrantamiento de forma, art. 851.3 LECrim. vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" que aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de pretensiones o cuestiones de derecho planteadas por las partes, pues en todo caso esta Sala tiene declarado para su prosperabilidad que, aun existiendo el vicio, éste no puede ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 18.2.2004, 24.11.2000).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las que se producirían si la causa hubiese devolver al tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo a este tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7, entre otras). Situación que sería la presente en la que la defensa ha articulado en el motivo todas las causas de nulidad planteadas en la instancia que han sido analizadas y resueltas por esta Sala casacional.

SEXTO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, art. 5.4 LOPJ. en concreto derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, art. 18 CE . respecto a la diligencia de entrada y registro practicado en el domicilio del recurrente, dado que de declararse nulas las intervenciones telefónicas se vulneraría dicho derecho fundamental por cuanto la única base indiciaria para acordarse la diligencia de entrada y registro en el domicilio de los acusados no fue otra que las supuestas conversaciones mantenidas por uno de ellos, Gabino .

Supeditada la prosperabilidad del motivo a la estimación del primero, la desestimación de éste implica la inaplicación de la conexión de antijuricidad, y por tanto, el resultado de la diligencia de entrada y registro puede ser razonado como prueba de cargo contra los recurrentes.

SEPTIMO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional consagrado en el art. 24.2 CE , derecho fundamental a la presunción de inocencia por no existir una actividad probatoria mínima de cargo para fundar un fallo condenatorio contra el recurrente.

Articulado el motivo sobre la base de la estimación de los anteriores motivos, al entender la parte que la vulneración de los derechos fundamentales denunciados, motivaría la nulidad de las pruebas, de conformidad con el art. 11.1 LOPJ. al existir una inequívoca conexión entre dicha vulneración y la aprehensión de la droga, la desestimación de los motivos antedichos, posibilita a la Sala valorar las pruebas, en particular el resultado del registro con la ocupación de los 287 bellotas de hachís y dos huevos de hachís con un peso de 3161 gramos y una bolsa con 2,05 gramos de marihuana.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

OCTAVO: El motivo cuarto se denuncia la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva e íntima relación con la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrados en el art. 24 CE que si han vulnerado en el caso de la recurrente Natalia .



Se señala en el motivo que la mera lectura de la sentencia acredita la falta de motivación de la misma, estrechamente relacionada con la ausencia de prueba es decir, con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, dado que en los hechos probados se limita a nombrar a la recurrente junto con su marido Gabino como dos personas a las que otros dos procesados suministraban hachís y aquellos en la localidad de Palma del Río, donde residían, vendían a diversas personas la aludida sentencia, reseñando más adelante el resultado del registro en el domicilio conyugal el matrimonio.

Por su parte en la fundamentación jurídica tan sólo se dice que el delito se encuentra acreditado por la cantidad de hachís y que han participado los dos, pero si bien podría admitirse la primera de las premisas, esto es que el delito se encuentra acreditado por la cantidad de hachís, no puede decirse lo mismo de la segunda, es decir que en la comisión del delito han participado los dos, pues la sentencia no refiere dato, argumento, indicio, etc. para concluir que Natalia ha participado en la comisión del delito.

Con referencia a la falta de motivación, las SSTs. 171/2010 de 10.3, recoge la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (SSTC. 160/2009 de 29.6, 94/2007 de 7.5), en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE. Sirviéndonos a este fin de la precisa síntesis contenida en la STC. 314/2005 de 12.12, cabe subrayar que:

a) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico- jurídico que conduce el fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizable por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y también actúa como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC. 14/91, 175/92, 105/97, 224/97), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (STC. 165/79 de 27.9), y en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC. 147/99 de 4.8 y 173/2003 de 19.9),

c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver, si a la vista, de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (SSTC. 2/97 de 13.1, 139/2000 de 29.5).

En igual dirección esta Sala Segunda en sentencias 1045/2009 de 4.11, 59/2009 de 3.2 y 776/2007 de 3.10, entre otras muchas, ha recordado que el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE. comprende entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además ya venía ya preceptuado en el art. 142 LECrim. está prescrito en el art. 120.3 CE. y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque la Constitución no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada".

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no



es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente", pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

En definitiva solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento.

NOVENO: En el caso presente conforme hemos dicho en STS. 11/2011 de 1.2, la coautoría en la tenencia de drogas para el tráfico no puede darse por la simple convivencia en relaciones familiares o análogas bajo un mismo techo, pues es necesario tener participación efectiva en algunas de las conductas tipificadas.

En efecto es necesario recordar que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de la responsabilidad penal requiere como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. El Tribunal Constitucional 131/87 ha sostenido que "el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad". De la vigencia de este principio se derivan exigencias para la interpretación de la Ley Penal. En particular se impone al interprete establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, ello es lo que ocurre indudablemente en los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar, naturalmente, aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellas (tenencia de armas, art. 563 CP, de cosas provenientes de delitos, art. 298 a) y de drogas, art. 368). En estos delitos se presenta con frecuencia el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente un acceso a los objetos prohibidos como consecuencia de la convivencia familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido criminal que caracteriza a todo tipo penal, en tanto descripción de conductas gravemente contrarias al orden social.

En el supuesto de la tenencia de drogas con propósito de tráfico, previsto en el art. 368 CP, el acceso a la droga que tiene el cónyuge, el padre, hijo o persona que convive con otra de manera análoga no puede comportar por sí sola la realización del tipo penal.

Naturalmente que en este delito es posible compartir la tenencia y que esto es posible también cuando se la comparte entre cónyuge o entre padres e hijos, o demás moradores de la vivienda Pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirán que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas.

Estas circunstancias pueden ser muy diversas, en cada caso y difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, no obstante lo cual exigirán una comprobación positiva de los elementos que diferencian la convivencia familiar con el autor respecto de la coautoría misma, pues la sola relación familiar no puede ser fundamento válido de la coautoría de la tenencia.

En efecto la posesión ilícita no puede deducirse del solo hecho de la convivencia bajo el mismo techo, aunque en el domicilio se ocupen drogas y determinados útiles para su manipulación, si no aparecen otras pruebas o indicios. En el Derecho Penal instaurado y basado en el principio de culpabilidad, art. 1 CP, no puede admitirse ningún tipo de presunción de participación por aquella vida en común, incluso por el conocimiento que uno de los convivientes tenga del tráfico que el otro realiza.

De otra manera en dichos delitos se burlaría por esta vía de exclusión de la obligación de denunciar a los allegados o de declarar contra el pariente, art. 416 LECrim., o incluso de la prohibición de encubrir, art. 454 CP, que ha dispuesto el legislador, reemplazándola por una autoría fundada en la mera convivencia familiar (SSTS. 4.12.91, 4.4.2000, 4.2.2002), que dice textualmente: "el conocimiento de la futura comisión del delito por quien según la jurisprudencia de esta Sala citada en la sentencia recurrida, no es garante de impedir su realización es completamente insuficiente para justificar su condena por el delito de tráfico de drogas. En efecto, el conocimiento de la acción realizada por otros no constituye una "activa participación" en el delito, como lo entendió la Audiencia, dado que conocer no es actuar y que el conocimiento, sin la realización de la acción da lugar a una omisión de actuar, que solo sería relevante en el caso que el omitente fuera garante".



En relación con este extremo hemos dicho en STS. 443/2010 de 19.5, que el derecho vigente establece, naturalmente, deberes de solidaridad entre los cónyuges que pueden ser fundamento de una posición de garante. Pero es también indudable, que a tales deberes de solidaridad, precisamente por su naturaleza, no pueden proporcionar ninguna base al establecimiento de una posición de garante respecto de bienes jurídicos ajenos. Estos deberes de solidaridad, por el contrario, se refieren solo a los bienes jurídicos propios del otro cónyuge, pero no determinan una especial coautoría.

Con razón ha señalado la doctrina que ello implicaría una forma de "responsabilidad familiar", que contradice el carácter personal de la pena en el derecho moderno. La realización del tipo penal, posibilita compartir la tenencia, pero se requerirá que se acrediten circunstancias que vayan más allá de la convivencia familiar para acreditar el ánimo de tráfico, "el simple conocimiento de esta actividad, aunque racionalmente presumible e incluso reconocido, no es fundamento por si solo para fundar la autoría", insistiéndose en la STS. 94/2006 de 10.2, en que no puede fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito.

Esta sería la situación en el caso analizado. La Sala de instancia no señala qué pruebas -además de la convivencia en el domicilio conyugal, le han llevado a sentar la coautoría de Natalia . Así en el factum no se concreta en qué lugar fueron intervenidas las bellotas de hachís, si estaban o no a la vista y a disposición de la recurrente, no se detallan actos concretos de tráfico por su parte y no se le relaciona en las conversaciones telefónicas -a diferencia de su marido- que motivaron la entrada y registro en su domicilio.

A falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio, falta de motivación del resultado de valoración de las pruebas que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia, que debe provocar la absolución de la recurrente (SSTC. 145/2005 de 6.6, 163/2004 de 4.10, 209/2002 de 11.11, 249/2000 de 31.10).

DECIMO: La estimación del motivo cuarto por vulneración presunción de inocencia, hace necesario el análisis *del motivo quinto* por infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, art. 24 CE. al haberse infringido el principio acusatorio en lo que refiere a esta recurrente Natalia , *del motivo sexto*, por infracción de ley, art. 849.1 LECrim. al considerar a la misma como autora en aplicación indebida del art. 28 CP, y no aplicación del art. 29 CP, cómplice, *del motivo octavo* por el cauce del art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba al no haberse valorado el informe del perito D. Andrés , obrante en el rollo de la Sala y ratificado en el acto del juicio oral en relación a la dependencia de cocaína, hachís y abuso de alcohol de esta recurrente y *del motivo noveno* por la vía del art. 849.1 LECrim. consecuente del anterior, al no aplicar la atenuante de drogadicción del art. 21.2 CP.

DECIMO PRIMERO:El motivo séptimo por la vía del art. 849.1 LECrim . al considerar la Sala de instancia a la recurrente autora de un delito contra la salud pública de los arts. 368 y 369 CP , por aplicación indebida de la agravación de notoria importancia, debe ser analizado por cuanto su eventual estimación produciría efectos extensivos (art. 903 LECrim.), en relación al otro recurrente Gabino .

Se argumenta en el motivo que no existiría el subtipo agravado de notoria importancia pues la sustancia fue pesada tal como fue intervenida, es decir introducida en los envoltorios que se denomina bellotas, tal como se desprende del peso que realizó la Guardia Civil y el que realizó el laboratorio, de tal manera que se ignora la cantidad neta de hachís intervenida, esto es, sin los 287 envoltorios, por lo que optando por la tesis más favorable al reo debe entenderse, que no supera los 2500 gramos, límite de la notoria importancia.

El motivo se desestima.

Hemos de partir (STS. 111/2010 de 24.2), que tratándose de hachís, es totalmente irrelevante la determinación de la pureza de la droga, pues tanto el hachís, como la grifa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en las que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta, -sin necesidad de proceso químico (se obtiene por el secado y prensado del cannabis)- de cuya composición forma parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la que la proporción de sustancia activa o tetrahidrocanabinol oscila en función de aquellas variables entre un 2% y un 10%. Por ello mismo, y como ya se decía en las SSTS de 15.3.2000, 6.11.2000, 11 y 18.3.2002, 24.10.2002, 9.10.2004, a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, por lo que su composición inicial se ve alterada al ser mezclada con otros aditivos, los derivados del cáñamo índico son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa de tetrahidrocannabinol (THC) en estado puro nunca se obtiene en su totalidad en las plantas o derivados, razón por la cual esta Sala ha establecido el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica del art. 369.1.6 CP, no en consideración de la sustancia activa de cada uno de los derivados del cannabis (hachís, marihuana, griffa, aceite), sino en el peso bruto de



la sustancia cualquiera que fuese su grado de concentración. Por ello, y como quiera que la concentración de tetrahidrocanabinol es creciente según se trata de griffa, marihuana, hachís o aceite, la jurisprudencia ha establecido el límite mínimo a partir del que se debe apreciar la notoria importancia en función del peso de cada una de esas modalidades de presentación; fijándose en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esa Sala de 19.10.2001, en el que se estableció que para la concreción de esta agravante habrá de tenerse en cuenta la sustancia o base tóxica, esto es, reducida a pureza **con la salvedad del hachís y sus derivados**, para los derivados del cannabis:

-Marihuana (hierba, griffa, Costo, María): 10 kgs.

- Hachís (chocolate, mierda): 2,5 Kg.

- Aceite de hachís: 300 grs.

Por ello, solo en supuestos excepcionales de cantidades superiores, al límite de los 2,5 kgs., el dato de la concentración del principio activo podría ser penalmente relevante, pues si resultase inferior a la concentración propia del hachís (4 a 8 %) y similar a la griffa o marihuana (0,8 a 4%) la cantidad necesaria para la aplicación del subtipo agravado sería la establecida para esta última sustancia.

Situación que no sería la contemplada en las presentes diligencias pues el informe del laboratorio de Estupeficientes del Area de Sanidad, Delegación de gobierno en Andalucía, Subdelegación de Gobierno en Sevilla (folio 675), determina que el polvo prensado de 3161 gramos contiene un 16,85% de tetrahidrocannabinol (THC), lo que identifica la sustancia como resina de hachís.

Siendo así el motivo debe ser desestimado, el peso del hachís intervenido 3161 gramos se corresponde con el que consta en el informe antedicho en el que se describe la sustancia como polvo prensado, esto es sin envoltorio alguno. La descripción que se hace en el atestado policial de la sustancia intervenida es "sustancia vegetal de naturaleza compacta con forma de bellota- esto es, la forma de presentación, sin referencia tampoco a envoltorios, de los que se intervinieron 287 con un peso aproximado de 3,196 gramos (folio 413).

Tomando como referencia el peso que consta en el informe al superar en 661 gramos el límite del subtipo agravado, el motivo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR Primitivo

DECIMO SEGUNDO: El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del art. 24.2 CE derecho a la presunción de inocencia, derecho a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión y a un proceso con todas las garantías, art. 24.1 y 2 CE , y del derecho a la intimidad personal y familiar en su dimensión del derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE , dado que todas las pruebas e indicios que valora la sentencia provienen de una prueba inconstitucional cual son las escuchas telefónicas llevadas a cabo por los funcionarios policiales.

Se señala en el motivo que con meras sospechas se solicitó por el oficio policial 4293 de 1.3.2006 la intervención telefónica de los hermanos Carlos Alberto y Modesto , siendo por tanto nulo el auto habilitante de 2.3.2006 y todo lo actuado con posterioridad al mismo en aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado.

Asimismo denuncia la falta del control judicial de la medida toda vez que no fueron aportadas por la Policía la totalidad de las grabaciones sino solo las que pudieran tener interés para la investigación.

Respecto a la falta de motivación de la medida al plantear cuestiones similares a las del motivo primero del recurrente Gabino nos remitimos a lo ya argumentado en aras a su desestimación.

Y en cuanto a la falta de control judicial se debe recordar - STS. 401/2005 de 21.3 - que las intervenciones telefónicas, en cuanto limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), requieren para su licitud y validez jurídicas una serie de requisitos: exclusividad jurisdiccional (salvo excepciones -v. art. 579.4 LECrim.) pues han de acordarse por la autoridad judicial en el curso de un proceso penal; existencia previa de indicios (no de meras sospechas o conjeturas); motivación suficiente (v. art. 120.3 CE y art. 579.3 LECrim.); proporcionalidad; especialidad del hecho delictivo investigado; limitación temporal y control judicial (cuya principal exigencia consiste en la entrega íntegra de las grabaciones originales a la autoridad judicial, a disposición de todas las partes del proceso, y la posibilidad de reproducirlas, sea total o parcialmente, en el juicio oral a instancia de las mismas).

Pero no constituye, pues, una medida exigible, en el plano de las garantías constitucionales, ni la transcripción íntegra de las grabaciones, ni su previa audición íntegra por la autoridad judicial, ni existe norma que prohíba a la autoridad judicial ordenar o servirse de la selección o resumen que de las conversaciones intervenidas puedan hacer los funcionarios policiales a los que se haya encomendado la práctica de la intervención. La



autoridad judicial competente puede servirse, tanto para autorizar las intervenciones como para acordar sus prórrogas, de las informaciones facilitadas por la Policía Judicial (cuyos miembros, como es sabido, están sujetos en el desempeño de sus funciones a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico -v. arts. 9.1, 103,1 y 104 CE), de las que deberá quedar la debida constancia en las actuaciones procesales para posibilitar el ulterior control de las decisiones judiciales, **pero sin que pueda considerarse necesario para que pueda adoptar tales medidas que disponga de una transcripción íntegra de las conversaciones grabadas ni, por supuesto, que deba proceder a una audición previa de las mismas.**

El examen de los autos permite comprobar que la información obrante en ellos sobre el desarrollo de las intervenciones telefónicas autorizadas por el Instructor fueron correctas y suficientes a los fines del proceso.

DECIMO TERCERO: No es posible estimar la vulneración constitucional denunciada en este motivo que, por consiguiente, no puede prosperar, sin que la referencia al vicio de nulidad, que según el motivo, adolece el auto de 2.3.2006 del Juzgado de Instrucción nº 1 Posadas a favor del Juzgado Instrucción nº 2, por no especificar el órgano judicial lo que venía obligado por el art. 25 LECrim. continuar con la tramitación de la instrucción hasta recibir auto aceptando dicha inhibición por parte del Juzgado Instrucción nº 2, tenga eficacia alguna, por cuanto es evidente que la no inclusión en el auto de inhibición de aquella circunstancia no produce la nulidad del auto al no ser necesario la inclusión de lo que constituye una previsión legal para la no interrupción a la tramitación de las diligencias, y es doctrina jurisprudencial que no basta con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (SSTC. 90/88 , 181/94, 316/94).

Por ello, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse evitado la infracción denunciada.

Exigencia omitida por el recurrente que no explica qué indefensión le ha producido que el Juzgado de instrucción 1 Posadas continuara con la tramitación de las diligencias pese a no haberse hecho constar expresamente en el auto de inhibición.

DECIMO CUARTO: El motivo segundo por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849..1 LECrim. por aplicación indebida del art. 21.2 CP . en relación al art. 20.2 del mismo precepto legal, al no aplicar la atenuante de alcoholismo en el recurrente.

El motivo se desestima.

En cuanto la posible incidencia del alcohol en la STS. 262/2005 de 28.2, ya señalábamos la necesidad de distinción entre alcoholismo y embriaguez, en cuanto que el primero implica una intoxicación crónica y la segunda una intoxicación aguda, con encaje jurídico ya en la enajenación mental, ya en el trastorno mental transitorio, exigiéndose en todo caso una afectación de las bases de imputabilidad -intelecto y voluntad- de modo que será la intensidad de la alteración la que nos dará la pauta para graduar la imputabilidad, desde la inoperancia de la responsabilidad hasta la exoneración completa e incompleta de la misma. Por otra parte el alcoholismo crónico es una toxifrenia que puede determinar una demenciación acreedora a ser recogida como circunstancia eximente de enajenación mental o, al menos, como atenuante eximente incompleta cuando se ha producido un notable deterioro de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de su patología de origen alcohólico generalmente determinada por la ingestión reiterada frecuentemente y a lo largo de un tiempo de cierta duración de bebidas alcohólicas.

La jurisprudencia al tratar estas cuestiones, ha declarado que el alcoholismo crónico y la psicosis tóxicas pueden ser acogidas como circunstancias eximentes o como alternativas de exención incompleta "cuando se ha producido un notable deterioro a las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de su



patología (STS. 11.4.93) poniendo de relieve también "para apreciar la psicosis de origen alcohólico con efecto de eximente incompleta es preciso no solo la presencia de la enfermedad, sino también la afectación real de las facultades intelectuales y volitivas de quién la sufre, de tal modo que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad (STS. 31.10.94). Ello es así porque el alcoholismo crónico puede presentar diversos cuadros de alteraciones extramuros lógicas y neurológicas y desde el punto de vista psíquico puede provocar alteraciones varias ya en el orden evolutivo, ya en el de su permanencia caracterizados por su duración o por su tono episódico.

La jurisprudencia al tratar estas cuestiones ha declarado (STS. 18.9.2003), que el alcoholismo y las psicosis tóxicas puede ser acogidas como circunstancias eximentes o como atenuantes de exención incompleta, "cuando se ha producido un notable deterioro de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto a consecuencia de su patología"; poniendo de relieve también que: "para apreciar la psicosis de origen alcohólico con efecto de eximente incompleta es preciso no sólo la enfermedad, sino también la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas de quien la sufre, de tal modo que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad", ya que: "el simple alcoholismo crónico, y controlado, no causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir" (SSTS. 27.4.2000, 28.9.95).

Para considerar el alcoholismo crónico como sustrato de una circunstancia que exima o aminore la imputabilidad del sujeto, es preciso no sólo la presencia de la enfermedad, sino también la constatación de la afectación real de las facultades intelectivas y volitivas de quien la sufre, de tal modo que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad, ya que, fuera de las acreditadas situaciones graves que pueden llegar a la "locura alcohólica" que origina la irresponsabilidad del sujeto, o las situaciones menos graves en las que no se anula la personalidad pero sí se disminuyen las facultades de inteligencia y voluntad, fuera de esas situaciones, -se reitera- el simple alcoholismo crónico y controlado, no causa alteración alguna en la capacidad de obrar y discernir (STS de 2.5.2001).

Lo verdaderamente importante, a los efectos de valorar su capacidad de imputabilidad o culpabilidad, es el estado mental y sus padecimientos patológicos que es lo que nos permite establecer los grados de conocimiento y su nivel, para considerar que el acusado estaba con su capacidad de culpabilidad, notoriamente disminuida, hasta el punto de considerar que se puede calificar como una eximente incompleta de enajenación mental (STS. 5.3.2003).

En el caso que se analiza, sabido es que cuando un motivo de casación por infracción de Ley se funda en el art. 849.1 LECrim. es obligado respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, art. 884.3 LECrim. pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre los hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente pro estimación de algún motivo fundado en le art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (STS. 1071/2006 de 9.11, 391/2010 de 6.5). En otras palabras en base al art. 849.1 LECrim. no puede pretenderse una modificación del hecho probado sino que ha de aceptarse tal cual está en la sentencia de instancia. Aquí no se denuncian errores de hecho, sino de derecho, esto es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia. De ahí que esta Sala indique reiteradamente que tratándose de un motivo basado en el Art. 849.1 LECrim. los hechos probados han de ser respetados en su integridad y el recurso ha de fundarse en que con la sentencia los juzgadores de instancia aplicaron incorrectamente el derecho, pues realizaron una indebida subsunción, o además de ser indebida la subsunción dejaron de realizar la correcta o realizaron una interpretación equivocada.

Pues bien en el factum no se recoge inferencia alguna al alcoholismo de Primitivo ni a su incidencia sobre su capacidad de culpabilidad y solo en el fundamento jurídico 4º se alude a que de los informes de que se dispone "se desprende solo un alcoholismo moderado **sin incidencia sobre sus capacidades de entender y querer**, sin que en el motivo se haga referencia ni se haya articulado otro motivo pro esta causa, a error alguno en la valoración de aquellos informes.

RECURSO INTERPUESTO POR Ceferino

DECIMO QUINTO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional, por la vía del art. 5.4 LOPJ. y 852 LECrim. en concreto del art. 18.3 CE , inviolabilidad de las comunicaciones por haberse procedido a la intervención de las comunicaciones de este procesado una resolución judicial válida que ampare la intervención, el auto de 21.3.2006, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Posadas no autorizaba la intervención de las comunicaciones del procesado Ceferino sino las del usuario Jesús Luis , a través del teléfono NUM010 , este número, según el atestado policial, fue utilizado luego por el recurrente Ceferino , pero la policía no interesó ni así lo acordó el Juzgado de forma expresa, la intervención de las comunicaciones relativas a este último procesado, aun cuando, posteriormente y fruto de la investigación policial y sus consecutivas solicitudes se adoptaron nuevas medidas de intervenciones de comunicaciones:



auto de 27.3.2006 en relación al usuario Jesús Luis , número NUM011 , auto de 6.6.2006 en relación al usuario Carlos Alberto , número NUM012 ; auto 31.3.2006 por el cual se dejó sin efecto sin la intervención de los números NUM013 , NUM012 y NUM009 , y auto de 3.4.2006 en relación al usuario Primitivo y numero NUM014 .

Queja que resulta infundada.

En STS. 2.6.2000, y 2.7.2009 hemos dicho que el hecho de que en la autorización otorgada puede identificarse a las personas implicadas, cuya identidad se desconoce, no supone indeterminación subjetiva alguna. En esta dirección la STC. 150/2006, de 22.5 puntualizó que: "Más allá de ello, y aunque en varias sentencias se ha hecho referencia, como expresión del alcance subjetivo de la medida, a la importancia de identificar las concretas personas investigadas como usuarias del teléfono intervenido (entre las últimas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre; 138/2001, de 18 de junio, 184/2003, de 23 de octubre, FJ 10), del conjunto de la jurisprudencia de este Tribunal, construida fundamentalmente para dar respuesta a casos en que se plantean otro tipo de problemas, no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas intervenidas. A la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía -por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas *prepago*, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos- esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas".

Y sigue diciendo la STC de referencia que: "la reciente STC 104/2006, de 3 de abril, en un supuesto en el que, al igual que en el presente, se produce un error en la identificación inicial por parte de la policía judicial del usuario del teléfono móvil intervenido, corregido en los informes remitidos al órgano judicial sobre los resultados obtenidos en el primer periodo de intervención, de los que resulta el nombre del usuario real del teléfono, se afirmó que tal error carece de relevancia constitucional, porque sólo hubo una línea de teléfono móvil intervenida, identificada en la resolución judicial de autorización por el único dato fiable existente en ese momento -su número-, dada la modalidad *prepago* de la tarjeta con la que funcionaba" (SSTS. 518/2010 de 17.5, STC. 219/2009 de 21.12, ATC 35/2010 de 9.3.

Siendo así en el caso presente por auto de 21.3.2006 se autorizó la intervención telefónica de las conversaciones telefónicas del usuario Jesús Luis a través del teléfono NUM010 , y posteriormente se pone en conocimiento por la policía que dicho teléfono, a partir del 23.3.2006, fue utilizado por el recurrente y también sospechoso e investigado el hoy recurrente Ceferino , no era necesario solicitar una intervención de un teléfono que ya estaba acordada.

El resto de las vulneraciones denunciadas: falta de motivación de las resoluciones que acuerdan las intervenciones telefónicas y no facilitación de la totalidad de las grabaciones, ya han sido analizadas en los motivos anticuados por los anteriores recurrentes, remitiéndonos a lo ya razonado para evitar repeticiones innecesarias.

DECIMO SEXTO:El motivo segundo infracción precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ. y 852 LECrim. en concreto art. 24.2 CE .

No siendo valida la prueba resultante de las comunicaciones telefónicas, no ha existido prueba de cargo que desvirtuó la presunción de inocencia y ello aún no aplicando el criterio de conexión antijuricidad, por cuanto en el registro en su domicilio no se encontró ningún tipo de droga, en la declaración prestada por el coimputado Jesús Luis ante el Juzgado de Instrucción 2 de Posadas, manifiesta que Ceferino no tenía conocimiento de lo que transportaba el Opel Astra, el también coimputado en ese momento en la causa, declaró no conocer al recurrente ni haberlo visto antes y que el encargo lo hacia por orden del otro procesado Jesús Luis ; y la declaración en el plenario de su hermana María del Mar en el sentido de que el día en que se produjo su detención, su hermano había ido a Madrid a visitarla al Hospital de Getafe porque había tenido una niña.

El motivo se desestima.

La sentencia de instancia (fundamento Jurídico 1º), tras desestimar las nulidades denunciadas considera prueba de cargo las conversaciones telefónicas, y de ellas -ver las que se detallan en las diligencias policiales 1239 (folios 140 y 141) el mismo día de los hechos entre los números NUM010 del que era usuario Ceferino , y el NUM011 del que era usuario el coprocesado Jesús Luis , podemos destacar:



- conversación nº 644ª a las 14.05.41 Ceferino llama a Jesús Luis y le pregunta que qué le pasa al "asunto" y Jesús Luis le responde que como eso no está aquí fueron a traerlo y ya "viene la muchacha en camino", Jesús Luis le dice que espero un momento para comer y Ceferino que si no comen en la carretera;
- conversación nº 1047 a las 15.18.44 Ceferino llama a Jesús Luis y le dice que si le espera para comer, Jesús Luis le informa que ya están en camino, Ceferino le dice que le parece que éste es muy informal.
- conversación 1051, a las 18.10.30 Jesús Luis llama a Ceferino y le dice que ya llegó el muchacho y "le hizo entrega de todo y lo van a llevar en el otro coche" porque "una muchacha de mas y que el nombre va a averiguar el transporte, el chofer y lo demás".
- conversación nº 1053 a las 19.14.22 Jesús Luis llama a Ceferino y le dice que "ya llegaron las muchachas y que están colocando la ropa" y ya van para allá.
- conversación nº 1066 a las 21.30.45 Ceferino llama a Jesús Luis y le dice que se acerque, que se han quedado muy atrás y que ya mismo hay restaurantes

Conversación ésta última prácticamente relevante y que acreditaría la existencia de los dos vehículos y la "vinculación evidente" entre el recurrente que en el momento de la detención conducía el vehículo que circulaba primero, y la tercera persona que circulaba detrás con la droga.

Prueba esta corroborada en el juicio oral por los agentes policiales que intervinieron en las diligencias, en particular los funcionarios con carnet NUM015 y NUM016, que localizaron al primer vehículo, Mercedes Y-....-YT a la altura de la Villa del Río en la carretera A-4, e inmediatamente detrás al otro vehículo Opel Astra-QVN, descubriendo como ambos vehículos circulaban juntos a gran velocidad, adoptando ambos continuas e idénticas medidas de seguridad, tales como mismos cambios de carril, de forma continua, así como cambios de velocidad, hasta llegar a Córdoba, procediendo a la detención de sus ocupantes cuando ambos vehículos habían estacionado en la confluencia entre calle Turquesa y Avda. Azabache, en una zona aislada y apartada, y se habían apoderado de los mismos y aproximado para hablar entre ellos.

Pruebas las expuestas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente en cuanto acreditan su participación en la operación de transporte de la cocaína intervenida.

DECIMO SEPTIMO:El motivo tercero por infracción de precepto constitucional, vía art. 5.4 LOPJ. y 852 LECrim. derecho de defensa, art. 24.1 CE por cuanto la sentencia no refleja en su fundamentación jurídica los razonamientos que implican la comisión por parte del recurrente del ilícito penal, lo cual crea indefensión.

1. El Tribunal Constitucional ha venido afirmando en una reiterada y consolidada doctrina, que "...el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso (STC 218/2004, de 29 de noviembre, F. 2, por todas)", (STC 264/2005). Igualmente ha señalado (STS nº 86/2000 y STC 23/2010, entre otras muchas), que "la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos". Y, del mismo modo, ha precisado, (STC nº 160/2009), que "El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC 14/1991, 175/1992, 105/1997, 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (STC 165/1999, de 27 de septiembre) y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre)".

2. Como se desprende del contenido de esta sentencia, en la que se han examinado las pruebas y su valor probatorio ante las alegaciones relativas a la vulneración de la presunción de inocencia, la de instancia es suficientemente inteligible en cuanto a las pruebas de las que dispuso, a su contenido incriminatorio y las conclusiones alcanzadas. Es cierto que sería deseable una mayor expresión del razonamiento, tanto referido a la valoración específica de cada prueba como sobre algunos aspectos jurídicos. Pero como se ha dicho, queda al alcance del justiciable el conocimiento de las razones que ha tenido el Tribunal para, basándose en las reglas de la lógica y de forma no contraria a las máximas de experiencia, declarar probados los hechos desde la valoración de las pruebas practicadas. Las posibles deficiencias alegadas por la parte, de otro lado, no han impedido el control sobre validez de las pruebas y sobre la racionalidad del criterio valorativo del juzgador de instancia.



Por ello el requisito de la motivación debe entenderse cumplido si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada, con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada".

En este sentido el Tribunal Constitucional sentencia 256/2000 de 30.10, recuerda que la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros Derechos Fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24 de enero, 119/96 de 4 de junio, 20/97 de 10 de febrero).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error, que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Situación que no es la del caso que se analiza, tal como se ha razonado en el motivo precedente en orden a su suficiencia de las pruebas valoradas.

DECIMO OCTAVO: El motivo cuarto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. dado que la conducta del recurrente no puede ser encuadrada en las formas de participación del delito, arts. 27, 28 y 29 CP, y por lo tanto, no ha cometido el hecho imponible descrito en los arts. 368 y 369 CP, al haberse únicamente demostrado que viajaba en el vehículo Mercedes en el momento en que son detenidos por la policía y localizan en el otro vehículo Opel Astra, la sustancia intervenida, sin que resultara probada su participación en dicho transporte y que tuviera conocimiento de que en dicho vehículo se encontraba aquella sustancia.

Olvida el recurrente, tal como hemos explicitado ut supra en el motivo segundo del recurso interpuesto por Primitivo que el motivo basado en el art. 849.1 LECrim. no puede pretenderse una modificación del hecho probado sino que ha de aceptarse del cual está en la sentencia de instancia. Aquí no se denuncian errores de hecho sino de derecho, esto es, una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia. De ahí que la jurisprudencia reiteradamente indique que tratándose de un motivo basado en el art. 849.1 LECrim. los hechos probados han de ser respetados en su integridad.

Siendo así en el factum se recoge que: "como consecuencia de dichas escuchas se tuvo conocimiento de que los procesados Ceferino y Jesús Luis se iban a desplazar a Madrid para proveerse de droga y traerla a Córdoba, como así hicieron... se desplazaron a esta ciudad en el turismo marca Mercedes Y-...-YT que ocupaban los dos aludidos procesados, siendo seguidos a muy escasa distancia por el turismo Opel Astra, matrícula-QVN , conducido por otra persona a quien no afecta este enjuiciamiento. Dichos vehículos fueron sometidos a seguimiento por la Policía hasta que una vez en Córdoba fueron interceptados por varios funcionarios policiales que efectuaron dicho seguimiento, llegando a la calle Turquesa donde se apearon los ocupantes de ambos turismo siendo identificados y detenidos. En el turismo Opel, su conductor comunicó a la Policía que, debidamente oculto en el vehículo citado, existía un compartimento que se accionaba a través de un mando a distancia, en cuyo interior había tres paquetes sellados conteniendo cocaína en estado rocoso con un peso total de 2.735 gramos de cocaína con una pureza del 51,73% y un valor en el mercado ilícito de 90.090 euros, donde pretendían vender dicha sustancia.

Los dos vehículos citados circulaban, juntos desde Madrid, actuando el - primero a modo de "lanzadera" y el segundo transportando la droga.

Siendo así la subsunción de los hechos realizada por el Tribunal en los tipos de los arts. 368 y 369 es correcta. La jurisprudencia ha considerado supuestos de autoría todos los que se concertaron para la operación, cualquiera que sea la actividad desarrollada.

DECIMO NOVENO: El motivo quinto por infracción de ley, art. 849.1 LECrim. por no aplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas sobre la pena mínima del art. 369 CP. con reducción en dos grados.

Se citan por el recurrente las siguientes actuaciones:

- el 13.4.2007 se dicta auto procesamiento por el juzgado instrucción 2 de Posadas (folios 888 y 889).
- el 13.7.2007, se dicta auto declarando concluso el sumario por el citado juzgado (folio 901)



-el 10.3.2008 la Sección 2ª Audiencia Provincial de Córdoba dicta auto revocando el auto de conclusión del sumario y ordena la practica de diligencias de prueba que había interesado previamente el Ministerio Fiscal (folios 935 y 936), concretamente el cotejo de las transcripciones, el examen de un ordenador portátil y los antecedentes penales a Natalia .

-el 16.3.2009 el juzgado instrucción 2 de Posadas dicta nuevamente auto conclusión del sumario.

Es decir, desde el primer auto de conclusión del sumario 13.7.2007 hasta el definitivo auto de conclusión 16.3.2009, transcurren 1 año y 8 meses y ello para la practica de unas diligencias de prueba que ya habían sido solicitadas por el Ministerio Fiscal, tiempo durante el cual el recurrente ha estado en situación de prisión provisional -la mayor parte del tiempo-. Circunstancia que a juicio del recurrente hace que sea de aplicación la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

El motivo se desestima.

Respecto a la atenuante de dilaciones indebidas hemos dicho en recientes sentencias 11/2011 de 1.2, 61/2011 de 17.2, 104/2011 de 1.3, 213/2011 de 6.4, como la reforma introducida por LO. 5/2010 de 22.6, ya en vigor, ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21 - es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras (SSTS. 27.12.2004, 12.5.2005, 25.1, 30.3 y 25.5.2010).

Ahora bien que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo STS. 30.3.2010,, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTS. 875/2007 de 7.11, 892/2008 de 26.12, 443/2010 de 19.5, 457/2010 de 25.5, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguiente: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).



Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS nº 1151/2002, de 19 de junio, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero)".

Sin embargo, sobre este punto también se ha dicho en ocasiones, por ejemplo STS nº 1497/2002, de 23 septiembre, "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad.

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza". Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Pero más allá de la falta de unanimidad en la exigencia de esa denuncia previa, si existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia al transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los periodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación (SSTS. 654/2007 de 3.7, 890/2007 de 31.10, entre otras), debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS. 1.7.2009 debe constatar una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS. 3.2.2009).

Asimismo las paralizaciones o retrasos de entidad injustificados en la tramitación de la causa, deben quedar señalados y acreditados en la sentencia cuando el tribunal aprecia la atenuante y la motivación que ofrezca el tribunal debe resultar suficiente (STS. 17.3.2009).

En cuanto a las dilaciones indebidas para su aplicación como muy cualificada esta Sala requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinarios, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa (SSTS. 3.3 y 17.3.2009) o en casos extraordinarios de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. La STS. 31.3.2009 precisa que para apreciar la atenuante como muy cualificada se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar "mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria".

Nuestra jurisprudencia ha apreciado en casos de transcurso de 9 años de duración del proceso penal (SSTS. 655/2003 de 8.5, y 506/2002 de 21.3), que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso

Además la dilación, por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La interposición de recursos o la solicitud que se practiquen diligencias de prueba, comportan una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa por lo que la dilación propia de estas diligencias no puede nunca ser calificada como indebida.

En este sentido la STS. 356/2009 de 7.4 recordó que: "tampoco puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las defensas cause una dilación



que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que solicite y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello".

En cuanto a su aplicación como muy cualificada esta Sala requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinarios, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa (SSTS. 3.3 y 17.3.2009) o en casos extraordinarios de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. La STS. 31.3.2009 precisa que para apreciar la atenuante como muy cualificada se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar "mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria". Y así la jurisprudencia la ha apreciado en casos de transcurso de 9 años de duración del proceso penal (SSTS. 655/2003 de 8.5, y 506/2002 de 21.3), que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso. También se ha apreciado como muy cualificada en SSTS. 291/2003 de 3.3, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (8 años) y en STS. 505/2009 en un caso de 7 años duración del proceso, y en reciente sentencia 1193/2010 de 24.2.2011, en 16 años de tramitación.

Situación que en modo alguno se corresponde con la presente, en la que en el lapso temporal 1 año y 8 meses que se señala en el motivo -no en el escrito de defensa ni siquiera en las conclusiones definitivas en el plenario en las que la defensa no planteó la existencia de tales dilaciones, cuya aplicación se postula ex novo en esta sede casacional- el procedimiento no estuvo paralizado, sino que se practicaron las diligencias de prueba solicitadas, en su día, por el Ministerio fiscal.

RECURSO INTERPUESTO POR Jesús Luis

VIGESIMO: El motivo primero por infracción de Ley, art. 849.2 LECrim. por haber existido error en la apreciación de la prueba al en tener que parte de las conclusiones a las que ha llegado el juzgador en su sentencia no se corresponden con prueba practicada en juicio, y en segundo lugar, porque no son objeto de fundamentación y valoración todos los hechos que son objeto de acusación y defensa, lo que ha llevado a una vulneración de la presunción de inocencia, art. 24.2 CE.

El motivo deviene improsperable.

En efecto debemos recordar como hemos dicho en SSTS. 732/2009 de 7.7, 271/2010 de 30.3, 11/2011 de 1.2 que la vía del art. 849.2 LECrim. solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, indica en relación con el art. 849.2 LECrim. que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias



actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim. obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ, que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Resulta evidente que las alegaciones del recurrente solicitando una nueva valoración de la prueba por haber omitido valorar puntos que fueron objeto de defensa, nada tiene que ver con la vía casacional del art. 849.2 LECrim.

VIGESIMO PRIMERO: Consecuentemente la impugnación del recurrente ha de encuadrarse a través de la vulneración de la presunción de inocencia también denunciada.

Pues bien esta Sala ha dicho reiteradamente como recuerdan las SSTS. 13172010 de 18.1 y 347/2009 de 23.3, entre otras muchas, que al Tribunal de Casación en su función de control sobre el respeto al derecho a la presunción de inocencia, corresponde comprobar la existencia de prueba de cargo que sea objetivamente lícita, practicada con observancia de los requisitos legales condicionantes de su validez procesal y bajo los principios de contradicción e inmediación, y de contenido incriminador como prueba de cargo. No alcanza en cambio a la posibilidad de hacer una nueva valoración de la prueba, que es facultad exclusiva y excluyente del Tribunal de instancia conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe desestimarse cuando se constate la existencia en el proceso de esa prueba de cargo, susceptible de proporcionar la base probatoria necesaria para un pronunciamiento de condena, es decir, cuando se da el presupuesto necesario para que la Sala de instancia pueda formar su convicción sobre lo acaecido. La ponderación del resultado probatorio obtenido, valorándolo



y sopesando la credibilidad de las distintas pruebas contradictorias corresponde únicamente al Tribunal que presencié la prueba de cargo, a través del correspondiente juicio valorativo, del que en casación sólo cabe revisar su estructura racional, en lo que atañe a la observancia en él por parte del Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, principios de experiencia o los conocimientos científicos. Fuera de esta racionalidad del juicio valorativo son ajenos al objeto de la casación los aspectos del mismo que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal.

Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria se ha dicho en STS. 458/2009 de 13.4, reiterando la doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio ni se trata en casación de formar una convicción valorativa sin disponer de la imprescindible inmediación que solo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de la instancia.

En definitiva -recuerda la STS. 1373/2009 de 28.12, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones **porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena**, - - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006 y 548/2007, entre otras-.

VIGESIMO SEGUNDO: En el caso presente el recurrente insiste en el error del tribunal dado que el inicio de la investigación y las intervenciones telefónicas iniciales no se producen sobre su persona sino sobre otros acusados, las conversaciones telefónicas, mantenidas por Jesús Luis con sus cuñados, los hermanos Carlos Alberto Ceferino Modesto no guardan relación con el tráfico de drogas, no constan llamadas telefónicas entre los ocupantes de uno y otro vehículo que confirmen la versión de la sentencia, en el registro de su domicilio no se encuentra droga ni dinero, no hubo seguimiento policial durante la estancia en Madrid del recurrente y su cuñado Ceferino, no se declara probado que Jesús Luis fue a Madrid a visitar a su hermana que había dado a luz, y no se hace referencia a las manifestaciones de Jesús María en el sentido de que Jesús Luis no tenía nada que ver con la droga que llevaba.

Alegaciones que no deben ser atendidas.

El tribunal no está obligado a consignar en el relato de hechos probados todas las afirmaciones fácticas que las partes consideren acreditadas, sino que siendo el factum la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por el tribunal, únicamente debe contener aquellos extremos fácticos que estime debidamente acreditados por la prueba practicada y que sean relevantes para la adecuada subsunción jurídica.

Siendo así las cuestiones que plantea el recurrente o bien no son incompatibles con el factum (como sería la visita a su hermana en Madrid aprovechando el viaje con la finalidad ilícita de adquirir la droga, o el resultado del registro) o bien se trata de diligencias de prueba no susceptibles de ser valoradas como serían las declaraciones policiales y sumariales de un coimputado rebelde y por tanto no sometidas a contradicción en el plenario, por más que en su declaración ante el instructor aquel admitió conocer a Jesús Luis y haber quedado con él en Córdoba.

Y en cuanto a la ausencia de conversaciones telefónicas, olvida el recurrente las que se han consignado en el motivo segundo del recurso, interpuesto por el coprocesado Ceferino, mantenidas entre ambos el día 28.4.2006 y que motivó el dispositivo policial que culminó con su detención y la ocupación de la droga.

Conversaciones telefónicas a las que habría que añadir las relacionadas en las diligencias policiales 1239, folio 140 y 141, mantenidas por este recurrente ese mismo día 28.4.2006, con otras personas.

Conversación nº 633 a las 19.39.47 e la que Jesús Luis llama a un hombre y le dice que falta una hora y el llamado le contesta que entonces se va organizando. Jesús Luis le dice que "para hacer eso rapidito y le deje pesito y medio y lo que venga de más se lo agradecería..."

Conversación nº 635 a las 11.58.36, Jesús Luis le dice a un hombre que ya está aquí y el otro le contesta que entonces ahora se ven, quedando Jesús Luis en llamarlo.

Conversación 660 a las 17.52.27 Jesús Luis llama al coacusado Primitivo y le dice que está en la capital y que hable con el "tiburón" que le diga que va con "una muchacha y que tenga lista la plata para ella".



Conversación nº 633 a las 18.12.15 Jesús Luis recibe llamada de Primitivo que le pregunta "si trae una niña sola" y Jesús Luis le dice que si.

Conversación nº 680 a las 21.04.55 Jesús Luis llama a Primitivo y le dice que hay mucho tráfico, que le faltan dos horas para llegar y que cuando llegue le eche "el toque".

VIGESIMO TERCERO: el motivo segundo por infracción precepto constitucional con base al art. 852 LECrim . en relación con el art. 5.4 LOPJ . al considerar que la sentencia vulnera el art. 120.3 CE . en el sentido de faltar motivación a la misma, al limitarse la sentencia a señalar que la vinculación entre esas personas era evidente, pese a que quien transportaba la droga era un tercero, pero sin indicar, razonar o señalar las razones de la supuesta vinculación.

El motivo es coincidente en cuanto a su planteamiento y desarrollo con el articulado en tercer lugar por el coprocesado Ceferino , que era quien conducía el vehículo en el que iba Jesús Luis , por lo que nos remitimos a lo ya razonado para evitar reiteraciones innecesarias en orden a la desestimación del motivo.

VIGESIMO CUARTO: Resta pronunciarse en relación a todos los recurrentes sobre la revisión de la pena impuesta por la entrada en vigor de la LO. 5/2010 de reforma del Código Penal, teniendo en cuenta que no se trata de la revisión de sentencias firmes sino en tramite de un recurso de casación que conforme la Disposición Transitoria 3ª c) permite una nueva individualización penológica con los mismos criterios expresados en la sentencia impugnada.

En el caso presente se constata que la sentencia de instancia, fundamento jurídico quinto, omite cualquier razonamiento en orden a la concreta individualización de las penas al remitirse al fundamento jurídico segundo a "las circunstancias condicionantes de la aplicación de dichas penas" y a "la elevación de dichas penas en los apartados A y D como consecuencia de la agravante específica de notoria importancia", pero en el referido fundamento solo se contiene la subsunción de los hechos probados en cuanto a los procesados Ceferino y Jesús Luis en el delito previsto y penado en el art. 368 CP, en su variedad de sustancias que causan grave daño a la salud, con la concurrencia de la agravante específica de cantidad de notoria importancia del art. 369 (apartado A); respecto de Primitivo en el tipo previsto del art. 368 CP, sustancia que causa grave daño a la salud (apartado B); y con referencia a Gabino y su esposa Natalia en el delito del art. 368 en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud con la agravante de notoria importancia (apartado D), esto es sin especificar las concretas razones por las que, en cada marco penológico, impone las penas que se recogen en el fallo.

Pues bien como hemos dicho en SSTs. 457/2010 de 25.5, 665/2009 de 24.6 y 620/2008 de 9.10, entre otras, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero.

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E . -- conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril)."

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...."

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la



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

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado (STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

Se trata en definitiva de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002:

- a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;
- b) Subsanan el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;
- c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ. en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 ("en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funciona l o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal"). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP. y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado. En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.

En el caso presente Ceferino y Jesús Luis han sido condenados como autores de un delito contra la salud pública con sustancias que causan grave daño a la salud con la agravante de notoria importancia, a las penas de 10 años de prisión y multa de 180.000 E.

La pena privativa de libertad no sería ya imponible en la nueva regulación que establece en el art. 368 CP, para las sustancias antedichas una pena de 3 a 6 años prisión lo que nos situaría por aplicación del art. 369 en relación con el art. 70.1.1ª CP, en un marco penológico de 6 años y 1 día a 9 años, no apreciándose razones que justifiquen una elevación por encima del mínimo legal.

Primitivo ha sido condenado por el tipo básico del art. 368 CP. sustancia que causa grave daño a la salud a la pena de 4 años de prisión y multa de 7.000 E con arresto sustitutorio de 70 días caso insolvencia.

Pena que sería imponible con la nueva regulación y que debe ser mantenida, teniendo en cuenta que junto a los casi 480 gramos de cocaína le fueron intervenidos en su domicilio 876,50 gramos de hachís, y si bien la concurrencia en el supuesto fáctico de la posesión de cocaína y la posesión de hachís, sustancia que no causa grave daño a la salud, debe conllevar la aplicación de la regla 4ª del art. 8 CP, es decir, el precepto penal más grave con exclusión del que castiga el hecho con pena menor (SSTS. 4.7.2002, 20.2.2003), que queda absorbido por la figura más grave de delito (STS. 18.3.99), esa variedad de sustancias destinadas al tráfico



debe valorarse con un factor de individualización que justifica la imposición de la pena, en la mitad inferior, pero no en el límite mínimo.

Gabino fue condenado como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, concurriendo la agravante específica de notoria importancia y la genérica, atenuante drogadicción, art. 21.6, a la pena de 3 años, 6 meses y 1 día prisión y multa de 15.000 E con arresto sustitutorio de 150 días.

El marco penológico en el que nos movemos es por aplicación de los arts. 368, inciso 2º, 369, 70.1.1 y 66.1.1 CP, sería de 3 años y 1 día a tres años y 9 meses prisión, sin que el exceso penológico sobre la pena mínima haya sido razonado en la sentencia recurrida, máxime cuando la cantidad de hachís intervenida supera ligeramente el límite de aplicación para dicha sustancia del subtipo agravado, concurre una circunstancia atenuante y se impone -sin justificación alguna se insiste la misma pena que a su mujer, que según la sentencia se dedicaba en el mismo nivel al tráfico, y en la que no se apreciaba atenuante alguna.

VIGESIMO QUINTO: Estimándose el recurso de Natalia y parcialmente el interpuesto por Gabino, Ceferino y Jesús Luis se declaran de oficio las costas de sus respectivos recursos, y desestimándose el planteado por Primitivo se le imponen las costas (art. 901 LECrim.).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Natalia, Gabino, Ceferino, y Jesús Luis**, contra sentencia de 28 de junio de 2.010, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, en causa seguida por delito contra la salud pública y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS** dicha resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho con declaración de oficio de las costas de cada recurso.

Y debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por **Primitivo**, contra la misma resolución, condenándole al pago costas recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la TorreD. Alberto Jorge Barreiro**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado Mixto nº 2 de Posadas, con el número 10 de 2007, y seguida ante la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, por delito contra la salud pública, contra D. Modesto, con DNI. NUM017, natural de Córdoba, hijo de José y Antonia, nacido el 4.12.1984, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; D. Carlos Alberto con D.N.I. NUM018, natural de Almodóvar del Río (Córdoba), hijo de José y Antonia, nacido el 28.5.1996, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; Gabino, con DNI. NUM019, natural de Palma del Río (Córdoba), hijo de Federico y María Angeles, nacido el 7.7.1978, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa; contra Dª Natalia, con DNI. NUM020, natural de la Campana (Sevilla), hija de José y Carmen, nacido el 30.7.1972, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa; contra Ceferino, con DNI. NUM021, natural de Almodovar del Río (Córdoba), hijo de José y Antonia, nacido el 30-4-1962, con antecedentes penales, solvencia no declarada y en libertad provisional por esta causa, contra D. Primitivo con D.N.I. NUM022, natural de Córdoba, nacido el 20-12-1969, con antecedentes penales, solvencia no declarada y en libertad provisional por esta causa; D. Jesús Luis con NIE nº NUM023, natural de Amenia (Colombia), nacido el 8.3.1970, hijo de Luis Delio y Fabiola, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa.; se ha dictado **sentencia** que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE** por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES



Se aceptan los de la sentencia recurrida, sustituyendo en el parrafo 3º de hechos Probados "a los procesados Gabino y su esposa Natalia residentes en la localidad de Palma del Rio, donde vendian a diversas personas la aludida sustancia "por " donde el primero vendia".

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha explicitado en el fundamento juridico noveno de la sentencia precedente, procede absolver a Natalia del delito por el que habia sido condenada.

Segundo.- Conforme lo razonado en el fundamento juridico 24º de la sentencia que antecede es preciso efectuar una nueva individualización penológica en los terminos antes acordados.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda de 28 de junio de 2.010 , debemos **absolvemos a la procesada Natalia** del delito por el que había sido condenada, declarando de oficio las costas correspondientes.

Que debemos condenar y condenamos a Ceferino y Jesús Luis como autores de un delito contra la salud pública, sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia a la pena, a cada uno de ellos de **6 años y 1 día prisión** con accesorias suspensión cargo público y derecho sufragio y multa de 180.000 euros.

Que debemos condenar y condenamos a Gabino como autor de un delito contra la salud pública, sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, concurriendo la atenuante analógica de drogadicción a la pena de **3 años y 1 día** con accesorias suspensión de cargo y derecho sufragio, y multa de 15.000 euros, con arresto sustitutorio de 150 días.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta** D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **D. Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.