

Roj: **STS 4152/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4152**Id Cendoj: **28079120012013100660**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/07/2013**Nº de Recurso: **1944/2012**Nº de Resolución: **686/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 1950/2012,**
STS 4152/2013,
ATS 9646/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Julio de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Luis Francisco , Pedro Enrique , Luis Pedro , Alberto , Blas , Darío e Emiliano** , contra Sentencia de fecha 1 de junio de 2012 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictada en el Rollo de Sala núm . 8/2010 , dimanante del Sumario num. 2/2009 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Granadilla de Abona, seguido contra Luis Francisco , Pedro Enrique , Luis Pedro , Alberto , Blas , Darío , Emiliano , Geronimo , Iván y Justa ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando los recurrentes representados por: Luis Francisco por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Clemente Mármol y defendido por la Letrada Doña María Luz Vera Morales, Pedro Enrique por el Procurador de los Tribunales Don Carlos José Navarro Gutiérrez y defendido por el Letrado Don David Arroyo Vidal, Luis Pedro representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Concepción Calvo Meijide y defendido por el Letrado Don Roberto E. Palomar, Alberto representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Dolores Moral García y defendido por la Letrada Doña Alicia Ordóñez Alonso, Blas representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Raquel Olivares Pastor y defendido por Romero Díaz Abogados, Darío representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Raquel Olivares Pastor y defendido por Romero Díaz Abogados e Emiliano representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Noelia Nuevo Cabezuelo y defendido por el Letrado Don Miguel Ángel Romero Díaz.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Granadilla de Abona instruyó Sumario núm. 2/2009 por delito contra la salud pública contra **Luis Francisco , Pedro Enrique , Luis Pedro , Alberto , Blas , Darío , Emiliano , Geronimo , Iván y Justa** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que con fecha 1 de junio de 2012 dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

" **PRIMERO.-** Una investigación del Grupo II de la Unidad de Drogas y Crimen Organizado (U.D.Y.C.O.) de la Comisaría Provincial de Santa Cruz de Tenerife, inicialmente centrada en un grupo de individuos de nacionalidad británica dedicados a la importación y distribución de pastillas de éxtasis-MDMA, (hechos enjuiciados en el sumario 10/2010 de la Sección Segunda de esta Audiencia) permitió pronto descubrir (el día 5 de marzo de 2007) que uno de los integrantes de dicho grupo, concretamente Jose Enrique , se relacionaba con individuos



radicados en el Sur de Tenerife dedicados a la distribución de la sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud cocaína, concretamente con **Luis Pedro** , nacido en el Reino Unido el día NUM030 de 1.986, con N.I.E. NUM031 y sin antecedentes penales.

SEGUNDO.- Como consecuencia de dicha investigación policial se tuvo conocimiento que el procesado Blas , alias " Limpiabotas " , nacido en Nigeria el NUM032 de 1.983, con N.I.E. NUM033 y sin antecedentes penales, se estaba dedicando a reclutar individuos para que transportasen por vía aérea desde Madrid diversas partidas de la sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud, cocaína, para su posterior distribución entre los consumidores de Gran Canaria y Tenerife, que a su vez estaba concertado para la recepción de la droga que introdujesen estos "correos" en Tenerife con el procesado Darío , alias " Zanagollas " , nacido en Nigeria el NUM034 de 1.978, con N.I.E. NUM035 y sin antecedentes penales.

Dichos procesados suministraban la cocaína importada desde la península al procesado Pedro Enrique , nacido en Colombia el día NUM036 de 1.971 y sin antecedentes penales, que actuaba como intermediario en este ilícito tráfico para realizar transacciones con otros revendedores de esta droga, llevando a cabo esta ilícita actividad en concierto con otras personas no enjuiciadas en este procedimiento al haber sido declaradas en rebeldía.

TERCERO.- Sobre las 19 horas del día 13 de julio de 2.007 una patrulla policial de la Guardia Civil procedió, de manera accidental, a la identificación del procesado rebelde ALEXANDER ANTONIO cuando conducía el vehículo Ford Fiesta con matrículaDDD por el núcleo urbano de Playa Paraíso en el término municipal de Adeje, siendo parado en las afueras de su domicilio, saliendo del mismo en aquellos instantes el procesado **Geronimo** quien tras dirigirse a un barranco próximo arrojó un paquete que no pudo ser recuperado ni por tanto identificado su contenido.

Igualmente en las inmediaciones se encontraba Justa , no constando acreditado que la misma se encontrara concertada con ninguno de los procesados declarados rebeldes.

CUARTO.- Sobre las 19:30 horas del día 16 de julio de 2.007 una comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro en la vivienda sita en la AVENIDA002 NUM037 , URBANIZACIÓN001 , bloque NUM038 , NUM039 NUM040 , de URBANIZACIÓN001 en el término de Adeje donde residían parte de los individuos declarados en rebeldía y en el que accidentalmente también lo hacía **Geronimo** , donde la policía judicial intervino: una bolsita con 0,8542 gramos de cocaína con una pureza del 20,4 % (69,1 euros), tres trozos con 5,5349 gramos de hachís con una riqueza del 2,0 del principio activo tetrahidrocannabinol (25,35 euros), una balanza digital marca Bosch, recortes de plástico, una pistola simulada de balines, 10.910 euros en efectivo procedentes del tráfico de drogas, seis resguardos de recargas correspondientes a otros tantos números de telefonía móvil, y resguardos de ingresos bancarios efectuados por el procesado Pedro Enrique .

La totalidad de la droga intervenida en esta actuación policial hubiera alcanzado un precio de 4.354 euros en el mercado local de consumidores, sin que conste acreditado que el procesado Geronimo se encontrara concertado con los poseedores de esta droga o se dedicara a la distribución de sustancias estupefacientes.

QUINTO.- Como fruto de la investigación llevada a cabo se tuvo conocimiento que **Luis Pedro** , nacido en el Reino Unido el día NUM030 de 1.986, con N.I.E. NUM031 y sin antecedentes penales, se había concertado al menos desde el mes de abril de 2.007 con el procesado Luis Francisco , nacido en Cuba el día NUM041 de 1.981, con N.I.E. NUM042 y sin antecedentes penales, para viajar con él a La Gomera y transportar por su cuenta en la Isla colombina las partidas de cocaína que el procesado **Luis Francisco** tenía previsto distribuir en el mercado local de consumidores de esta isla occidental.

Así, en horas de la mañana del día 13 de julio de 2.007 la policía judicial procedió a la detención de los procesados Luis Pedro y Luis Francisco en la estación marítima de Los Cristianos donde ambos se encontraban pues habían convenido el citado transporte de cocaína. Una vez adquirida la misma se dirigieron en el vehículo marca Renault Clio con matrícula BJ-TJ propiedad del procesado **Luis Pedro** hasta la estación marítima de Los Cristianos, donde después de la detención de ambos procesados la policía judicial encontró en la mochila de este último una bolsa con diez paquetes de la sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud cocaína con un peso total de 997,9 gramos y una pureza del 32,8 %, cuyo precio en el mercado ilegal de consumidores ascendía 32.000 euros. En el momento de la detención le fueron intervenidos al procesado **Luis Francisco** dos teléfonos móviles marcas Nokia y Panasonic que utilizaba para establecer citas con los suministradores y compradores de la cocaína; y en poder del procesado **Luis Francisco** 220 euros en efectivo producto del tráfico de drogas y dos teléfonos móviles marca Nokia que usaba con la misma ilícita finalidad.

SEXTO.- En el curso de la investigación la policía judicial se averiguó que el procesado Blas , alias " Limpiabotas " , había reclutado a un nuevo individuo para que por su cuenta transportase desde Madrid una nueva partida de cocaína, que también se encargaría de recibir en Tenerife el procesado Darío , alias " Zanagollas " , el cual



almacenaba la cocaína que recibía en una vivienda que había alquilado con esta finalidad en la CALLE000 nº NUM043 , puerta NUM044 , El Fraile en el término de Arona.

De este modo los procesados reclutaron en Madrid al procesado **Luis Pedro** , y le gestionaron la reserva del vuelo Madrid-Gran Canaria NUM045 de la compañía Spanair, que llegó al aeropuerto de Gando sobre las 11:40 horas del día 21 de julio de 2.007, encontrándose camuflados en la maleta, que constituía su equipaje, 3.254.00 gramos de cocaína con una pureza del 31,97 %, droga que tenía un precio en el mercado ilegal de 195.240 euros, y de la que iba a hacerse cargo el procesado **Blas** , el cual había volado a Gran Canaria en un vuelo posterior NUM049 de la compañía Spanair con esa finalidad.

Una vez detenido el procesado **Emiliano** en el aeropuerto de Gran Canaria, sobre las 15:20 horas del día 21 de julio de 2.007 la policía judicial procedió a la detención del procesado **Darío** cuando salía de la vivienda de la CALLE000 de El Fraile, encontrando en su poder dos paquetes con forma de huevo que contenían 50,4 gramos de cocaína con una pureza del 35,07 %, dos teléfonos móviles marcas Nokia y Samsung que utilizaba para sus contactos relativos al tráfico de drogas, y las llaves de su vivienda. Esta cocaína formaba parte de un cargamento anterior que no pudo ser interceptado por la policía antes de que el procesado **Darío** se hiciera cargo del mismo en la localidad de Guaza, y que el procesado **Blas** le había enviado también desde Madrid por medio de otro "correo".

Y sobre las 20:30 horas del día 21 de julio de 2.007 una comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro de la vivienda utilizada por el procesado **Darío** , sita en la CALLE000 nº NUM043 , puerta NUM044 , El Fraile en el término de Arona, donde la policía judicial intervino 42.000 euros en efectivo procedentes del tráfico de drogas, una prensa, sustancias químicas para la adulteración de la droga y diversos efectos para la elaboración de paquetes de cocaína, varias pesas de precisión, junto con las siguientes cantidades de cocaína: una bolsa con 72,2 gramos de cocaína con una pureza del 30,7 %, catorce bolsas con 1.401,1 gramos de cocaína con una pureza del 33,2 %, una bolsa con 479,9 gramos de cocaína con una pureza del 44,8 %, una bolsa con 500,1 gramos de cocaína con una pureza del 28,65 %, una bolsa con 956,4 gramos de cocaína con una pureza del 39,0 %, y una bolsa con 1.000,9 gramos de cocaína con una pureza del 33,0 %. La cocaína intervenida hubiera alcanzado en el mercado ilegal un precio de 324.690 euros.

Sobre las 22:31 horas del día 21 de julio de 2.007 una comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro de otra vivienda detectada y utilizada por el procesado **Darío** , sita en la CALLE001 nº NUM046 , NUM047 NUM048 , de Guaza en el término de Arona, donde la policía judicial intervino una pistola simulada, numerosos teléfonos móviles, varias tarjetas de telefonía móvil, material audiovisual e informático adquirido con los beneficios del tráfico de drogas, anotaciones y pasaportes nigerianos con diversas identidades.

Una vez asegurada la detención del procesado **Darío** , la policía judicial procedió el mismo día 21 de julio a la detención en el muelle marítimo de Agaete del procesado **Blas** , el cual había volado desde Madrid a Gran Canaria en un vuelo posterior NUM049 de la compañía Spanair, trasladándose desde el aeropuerto hasta el citado puerto grancanario con la intención de trasladarse a Tenerife para supervisar las ventas de la cocaína previamente remitida, desechando el uso del pasaje que había adquirido al no poder comunicarse telefónicamente con los procesados que ya se encontraban detenidos. En el momento de la detención la policía judicial intervino en poder del procesado **Blas** el teléfono móvil Nokia con el cual el procesado había gestionado el envío de los últimos dos correos a las Islas Canarias y con el cual había tratado en vano de contactar con los procesados **Emiliano** y **Darío** sin saber que ya estaban detenidos por la policía judicial.

SÉPTIMO.- Entre los individuos investigados, se encontraba el procesado **Iván** , nacido el NUM050 de 1.978, provisto de N.I.E. NUM051 , el cual sobre las 18 horas del día 4 de septiembre de 2.007 después de realizar varios trayectos para eludir eventuales controles policiales se dirigió con el vehículo de su propiedad marca Ford Focus con matrícula-VJJ , que el procesado había adquirido por el precio de 12.000 euros procedentes del tráfico ilegal de drogas, a un callejón de la zona de San Eugenio Alto donde adquirió en un inmueble que no pudo ser identificado cuatro paquetes de cocaína, que le fueron intervenidos a los pocos minutos por una patrulla policial, resultando que se trataba de dos bolas con un peso de 200 gramos de cocaína con una pureza del 33,4 %, una bola con 19,8 gramos de cocaína con una pureza del 20,1 %, que destinaba a la venta a terceros consumidores y con los que hubiera obtenido un ilícito beneficio económico de 13.188 euros. En el momento de la detención le fueron intervenidos al procesado dos teléfonos móviles marcas Motorola y Sagem, que utilizaba para establecer citas con los suministradores y compradores de la cocaína.

OCTAVO.- El procesado **Pedro Enrique** siguió dedicándose a la venta de la sustancia estupefaciente que causa grave daño a la salud cocaína sirviéndose de otros proveedores, droga que ocultaba en una vivienda alquilada expresamente para este menester, sita en la Carretera General DIRECCION000 nº NUM052 , piso NUM047 - NUM053 , lugar al que sobre las 19:40 horas del día 9 de octubre de 2.007 se dirigió el procesado **Alberto** , nacido en Liberia el día NUM054 de 1.967, con N.I.E. NUM055 y con antecedentes penales por un delito de detención



ilegal no computables a los efectos de esta causa, siendo sorprendidos, por agente policiales en el portal de la vivienda, en el momento en que Alberto le entregaba a Pedro Enrique una bolsa que contenía cinco paquetes plastificados de cocaína con un peso de 497,5 gramos y una riqueza del 24,6 %, que hubiera alcanzado un precio de 29.850 euros una vez introducida por el procesado en el mercado ilícito de consumidores locales.

El siguiente día 10 de octubre de 2.007 una comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro en la citada (utilizada por el procesado Pedro Enrique) sita en la Carretera General de DIRECCION000 nº NUM052 , piso NUM047 - NUM053 , donde la policía judicial intervino una bolsa con 78,5 gramos de cocaína con una pureza del 19,4 %, una bolsa con 4,15 gramos de cocaína con una pureza del 1,1 %, con cuya venta pretendía obtener otro ilícito beneficio económico de 5.208 euros; junto con una balanza de precisión y 24.580 euros en efectivo procedentes del tráfico de drogas."

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

"Que debemos condenar y condenamos:

A Blas , Darío e Emiliano como autores de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, subtipo agravado de notoria importancia a las penas de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN y MULTA DE 500.000 EUROS** , con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y costas procesales en proporción (una décima parte a cada uno de ellos).

A Pedro Enrique como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA DE 80.000 EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de prisión por cada 1.000 euros impagados, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y costas procesales en proporción (una décima parte).

A Luis Pedro como autor de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, concurriendo la atenuante analógica de confesión a la pena de **TRES AÑOS Y 3 MESES DE PRISION y MULTA DE 90.000 EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de prisión por cada 1.000 euros impagados, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y costas procesales en proporción. (Una décima parte).

A Luis Francisco como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **CUATRO AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA DE 90.000 EUROS** , con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de prisión por cada 1.000 euros impagados, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y costas procesales en proporción. (Una décima parte).

A Alberto como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN y MULTA DE 60.000 EUROS** , con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de prisión por cada 1.000 euros impagados, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y costas procesales en proporción. (Una décima parte).

A Iván , como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN y MULTA DE 30.000 EUROS** , con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de prisión por cada 1.000 euros impagados, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y costas procesales en proporción. (Una décima parte).

Debemos absolver y absolvemos a Justa , y Geronimo del delito contra la salud pública de que venían acusados, con declaración de oficio de dos décimas partes de las costas procesales.

Se decreta el comiso de la droga intervenida , conforme a lo previsto en el artículo 374 del Código Penal , debiéndose proceder a la total destrucción de la droga una vez firme la sentencia ejecutoria.

Y al COMISO de los siguientes bienes y efectos, que deberán quedar a disposición del fondo especial previsto en la Ley 17/2.003, de 29 de mayo , por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados:

- Dos teléfonos móviles marcas Nokia y Panasonic intervenidos al procesado Luis Francisco .



- Dos teléfonos móviles marca Nokia y 220 euros intervenidos el procesado Luis Pedro -Teléfonos móviles, pesas de precisión, pistola simulada, tarjetas de telefonía móvil, material audiovisual e informático y 42.000 euros, intervenidos al procesado Darío .
- Una balanza de precisión y 24.580 euros, intervenidos al procesado Pedro Enrique .
- Dos teléfonos móviles marcas Motorola y Sagem, intervenidos al procesado Iván .
- Vehículo marca Ford Focus con matrícula-VJJ , propiedad del procesado Iván .

Para el cumplimiento de las penas que imponemos en ésta resolución les abonamos todo el tiempo que han estado privados de libertad por ésta causa.

Devuélvanse a los absueltos los efectos que les fueron intervenidos.

Así por nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, contra la que cabe interponer recurso de casación, en el plazo de cinco días, anunciándolo en ésta Audiencia, para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los procesados **Luis Francisco , Pedro Enrique , Luis Pedro , Alberto , Blas , Darío e Emiliano** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Luis Francisco se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

- 1º.- Por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., por infracción del art. 24 de la CE , y por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 368 del C. penal .
- 2º.- Por infracción del art. 849.1 de la LECrim ., inaplicación del art. 21.7 del C. penal .
- 3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., al resultar infringido el art. 66.1.6º del C. penal en relación con el art. 25.1 de la CE .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Pedro Enrique , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1º.- El primer motivo se funda en el art. 5.4 de la LOPJ y el 852 de la LECrim , infracción de la presunción de inocencia.
- 2º.- Se basa en la infracción del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción de los arts. 16 y 2 del C. penal , grado de ejecución.
- 3º.- Infracción del art. 849.1 de la LECrim ., por infracción del art. 21.6 del C. penal , dilaciones indebidas.
- 4º.- El cuarto motivo se basa en la infracción del art. 849.1 de la LECrim . por inaplicación del art 72 del C penal .
- 5º.- Se basa en la infracción del art. 368.2 del C. penal .
- 6º.- Infracción del párrafo primero del art. 368 del C. penal .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Luis Pedro se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1º.- Infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., infracción de los arts. 66 y 72 del C. penal en relación con el art. 21.6 y 20 del C. penal .
- 2º.- Con carácter subsidiario, por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., se denuncia infracción de los arts. 72 del C. penal en relación a la obligación de los jueces de motivar el grado y extensión de las penas que imponen.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Alberto , se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

- 1º **y único.-** Vulneración al derecho de presunción de inocencia contenido en el art. 24.2 de la CE al amparo del art. 5.4 de la LOPJ .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Blas se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**



1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ al entender vulnerado el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la CE .

2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE .

3º .- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ al entender vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

4º.- Al amparo del art. 5.4 de la CE al entender vulnerado el derecho fundamental de defensa del art. 24.2 de la CE .

5º.- Infracción de Ley del art. 849.1 de la LECrim ., en relación con el art. 368 y 369.1 6 º y 10º del C. penal

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Darío , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ al entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la CE .

2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE .

3º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ al entender vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

4º.- Al amparo del art. 5.4 de la CE al entender vulnerado el derecho fundamental de defensa del art. 24.2 de la CE .

5º.- Infracción de Ley del art. 849.1 de la LECrim ., en relación con el art. 368 y 369.1.6 º y 10º del C. penal .

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Emiliano , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ al entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la CE .

2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.1 de la CE .

3º.- Infracción de Ley del art. 849.1 de la LECrim ., en relación con el art. 21.4 del C. penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y solicitó la inadmisión del mismo, por las razones expuestas en su informe de fecha 15 de abril de 2013; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 18 de julio de 2013, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife condenó a los acusados que dejamos consignados en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han formalizado este recurso de casación Luis Francisco , Pedro Enrique , Luis Pedro , Alberto , Blas , Darío e Emiliano , recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recursos de Blas y Darío .

SEGUNDO.- Comenzamos dando respuesta a estos dos recursos, en tanto en ellos se plantea como queja casacional la nulidad de las intervenciones telefónicas, que de estimarse, obviaría el estudio del resto de los motivos de éstos y de los demás recurrentes, ya que se produciría un efecto contaminante de las fuentes probatorias por la vía del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y de otro lado, porque ambos reproches casacionales mantienen una misma estructura y objeciones impugnativas.

Así, en el primer motivo, articulado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncian la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, citando al efecto el art. 24 de la Constitución española , que los recurrentes lo relacionan con " *la inexistencia de la doble instancia en la legislación española* " .



Como hemos señalado, entre otras muchas, en nuestra STS 398/2008, de 23 de junio, la cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Sala que en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 13 de septiembre de 2000, entendió que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Acuerdo que se ha visto reflejado en multitud de resoluciones de esta Sala. En este sentido, recuerda la STS 1305/2002, de 13 de julio, reiterando lo ya dicho en el Auto de 14 de diciembre de 2001, que "el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/1985 que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 Pacto; y desde la STC 42/1982 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/1988). Esta jurisprudencia constitucional ha indicado, asimismo, que, de todos modos, el derecho a un recurso de casación se debe entender de la manera más favorable al acusado. Consecuencia de esta exigencia de admitir la interpretación más favorable al justiciable ha sido la transformación de nuestra jurisprudencia a partir de esas decisiones, ampliando extraordinariamente, respecto de las limitaciones tradicionales de la casación que reconocía el Tribunal Supremo antes de la entrada en vigor de la Constitución, el concepto de las cuestiones de hecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Correlativamente, nuestra jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho, que quedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquellas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos."

De todos modos, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha reformado la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo una segunda instancia generalizada, pero esta ley exige como desarrollo para su aplicación práctica, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que aún no se ha producido.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

TERCERO.- En el segundo motivo, y por la propia vía ya utilizada de vulneración constitucional, se invoca ahora como infringido el art. 18.3 de nuestra Carta Magna, que proclama el derecho al secreto de las comunicaciones.

A tal efecto, se alega la nulidad del Auto inicial que autoriza las intervenciones telefónicas (incorrectamente se llega a tachar también de nula incluso a la propia «solicitud policial»), y a todas sus prórrogas, al punto de invocar la nulidad de la "conexión por la compañía operadora".

La propia Sala sentenciadora de instancia nos dice que esta causa fue desglosada en dos sumarios (números 1/2009 y 2/2009), este segundo sumario correspondiente al rollo de Sala 8/2010, cuya sentencia es el origen de este recurso, y que ambos sumarios tuvieron como punto de origen común el Auto de 22 de febrero de 2007, de escuchas telefónicas, que es el reprochado en estas actuaciones. Dicha resolución judicial fue cuestionada tanto en la sentencia recurrida como en la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictada con fecha 30 de junio de 2011, de tal manera que los juzgadores de instancia se remiten a esa otra resolución judicial para la desestimación de esta queja casacional. Como quiera que la sentencia referida fue objeto de recurso de casación, y esta Sala dictó la Sentencia 730/2012, de 26 de septiembre, por la que se validaban las intervenciones autorizadas judicialmente así como el citado auto habilitante, declarando su suficiencia, nos hemos también aquí de remitir a tal resolución judicial para rechazar este propio motivo casacional.

Reproducimos la argumentación de nuestra Sentencia 730/2012, de 26 de septiembre de 2012:

b) La sentencia de instancia en su fundamento de derecho primero sintetiza el oficio policial por el que se solicita las primeras intervenciones telefónicas y en el que se señala cómo en el marco de las investigaciones propias de ese Grupo de Estupefacientes se han detectado importantes cantidades de pastillas de éxtasis en la zona sur de la Isla de Tenerife, habiéndose intervenido algunas de ellas, en operaciones ya finalizadas.

Que la personas que se encargan de la introducción de las pastillas de éxtasis así como de su posterior distribución en la Isla de Tenerife, son principalmente ciudadanos extranjeros, concretamente del Reino Unido, aunque también se han detectado en los escalones más bajos, elementos de nacionalidad española.

A través de diversas gestiones se obtiene información acerca de un individuo de nacionalidad inglesa que está introduciendo con cierta periodicidad pastillas de éxtasis, y distribuyéndolas en el Sur de Tenerife.

Dicho individuo es conocido como " Chillon ", habiéndose podido identificar como Jose Enrique, hijo de David y Elisabeth, nacido el NUM056 -1956 en Reino Unido con domicilio en la CALLE002 número NUM047, de Los Abrigos.



En un principio Chillon ha utilizado como cobertura, una empresa de razón social indeterminada por el momento que responde al nombre comercial de "Cleanit", utilizando productos de limpieza importados para ocultar en su interior los comprimidos de éxtasis.

Dicha empresa, sita en el Sur de Tenerife, habiendo empleado en el pasado otra empresa para importar dichos productos, conocida como "Canary Imports", cuyo administrador, Bernardino se encuentra actualmente en prisión, tras haber sido detenido por éste Grupo de Estupefacientes, al haberse intervenido en el interior de uno de los contenedores que su empresa gestionaba, la cantidad de 20.000 comprimidos de éxtasis.

Sin embargo, tal y como éste Grupo ha podido averiguar Chillon estaría usando correos, personas que viajarían a Holanda para buscar los comprimidos, y viajarían con ellos en el equipaje, siendo el mismo Virutas, quien obtendría los billetes de avión para éstas personas.

Tras haber realizado gestiones sobre la persona de Virutas, se ha podido averiguar que figura como apoderado de la empresa "Michael Webster S.L." con no de CIF B38789574, en compañía de su socio Adriano hijo de Raymond y Mery, nacido en Newcastle el NUM057 -1957.

Adriano , socio de Chillon se tiene conocimiento de que al parecer tendría una empresa de alquiler de coches en la zona sur de la isla. Otro dato de interés lo constituye el que Adriano figura como titular del teléfono fijo NUM058 , asociado a la dirección de la CALLE002 número NUM047 sita en los Abrigos, donde reside Chillon habitualmente.

La residencia de Chillon en dicho domicilio, ha podido ser comprobada varias veces, debido a los seguimientos realizados sobre el investigado, habiendo sido visto por el funcionario con carné profesional NUM059 usando un vehículo Lexus, color negro con matrícula del Reino Unido G...GUR , que figura a nombre de Esperanza (pareja sentimental de Chillon).

Asimismo Chillon posee un vehículo Audi A4, con matrícula del Reino Unido.

También se pone de relieve que a través de diversas gestiones practicadas se han podido detectar los números de teléfono que usa Chillon en la actualidad, los que se reseñan.

Se pone de relieve las múltiples medidas de seguridad que Chillon adopta sobre todo a raíz de las últimas detenciones practicadas; medidas que adopta cuando conduce para desplazarse, como varias vueltas a las rotondas, o conducir a gran velocidad para luego quedarse parado a la espera de despistar a posibles seguidores, todas éstas medias adoptadas son claramente tendentes a evitar que se descubra la naturaleza de sus actividades ilícitas por parte de los investigadores, dificultando claramente su labor, hasta el punto de que resulta imposible obtener más información a través de éstos seguimientos.

Por último se señala en el oficio policial, que se tiene conocimiento de que Chillon mantiene encuentros con posibles compradores de las sustancias psicotrópicas en dos lugares, en el Golf de los Abrigos, donde según parece había llegado a hacer alguna transacción de pastillas de éxtasis, y el otro un bar, de nombre "Amigos Sport bar", sito en la CALLE002 , cercano a su domicilio.

Siendo así el instructor resolvió por auto de 22.2.2007 sobre una petición que no puede entenderse como estereotipada o genérica de mero conocimiento de hechos que pudieran constituir delito sino el resultado de unas previas investigaciones que plasma en dicha resolución. En estas circunstancias no puede concluirse que la resolución judicial cuestionada fuese una decisión infundada y arbitraria por carecer del soporte fáctico suficiente que la 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. 530/2012 de 26.6).

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



Respecto a la captura externa de datos, cuestión también invocada por ambos recurrentes, en la STS 630/2008, de 8 de octubre, se recuerda que no es la primera vez que la cuestión de la averiguación de los I.M.S.I. y su naturaleza a los efectos de precisar si es precisa la intervención -y autorización- judicial es traída a esta Sala.

Una primera sentencia de esta Sala es la 130/2007, de 19 de febrero, que declaró que el secreto de las comunicaciones ampara e incluye la captura de los "datos externos" al contenido de la comunicación, y por ello la captura de estos datos internos "tiene la naturaleza de verdadera interceptación a efectos constitucionales y legales, y está sujeta al mismo régimen tanto en el plano de los requisitos como en el de las consecuencias asociadas a la infracción de estos", refiriéndose a la sentencia del TEDH "Caso Malone" sobre el sistema de *comptage* o listado de llamadas entrantes y salientes efectuadas desde un determinado teléfono.

Según la doctrina del TEDH, los números marcados en su teléfono, también forman parte de las comunicaciones telefónicas, no obstante debe distinguirse entre la captura del I.M.S.I. asociado a un teléfono móvil, toda vez que dicho número ni siquiera contiene el número concreto del teléfono móvil, ni menos el del usuario y el sistema del *comptage* que se refiere al listado de llamadas entrantes y salientes efectuadas desde un teléfono móvil: es obvio que este listado puede incidir en la intimidad de las personas y así lo tiene declarado esta Sala, bien que el nivel de injerencia sea inferior que la interceptación de una conversación, lo que puede ser relevante para efectuar el juicio de ponderación y de proporcionalidad - SSTS 459/1999, que cita el art. 11-2-d) de la LO 5/1992 de la Ley de Protección de datos de carácter personal, 7 de diciembre de 2001, 249/2004, 406/2007, 780/2007 de 3 de octubre, o la más reciente 31/2008 de 8 de enero, FJdco. 1º-.

En la sentencia primero citada -130/2007- ya en referencia a los teléfonos móviles se dice que esa concepción de comunicación protegida constitucionalmente "comprende tanto la captura del número del abonado (si el acceso al servicio es por contrato), o del usuario (con el supuesto de tarjetas prepago que es el de esta causa) como la del código del terminal, que, por una vía más indirecta, permite obtener el mismo efecto de invasión del ámbito del secreto". Ciertamente en la sentencia de referencia no se citan "nominatum" los I.M.S.I. pero está fuera de duda que se estiman incluidos en la frase que acaba de subrayarse, por otra parte el supuesto de hecho contemplado en dicha resolución no es el del presente caso, porque se dice que "la policía antes de acudir al Juzgado en demanda de una autorización para intervenir los teléfonos de referencia, habría procedido por sus propios medios técnicos a injerir en el curso de algunas comunicaciones telefónicas".

Como ya se ha dicho, la situación objeto de actual estudio es distinta. En todo caso y con independencia de los dos votos particulares con que contó dicha resolución existen otras sentencias de esta Sala que ya en referencia directa a la obtención de los números I.M.S.I. rechazan que estén bajo la cobertura del art. 18-3º de la Constitución. Por tanto la captura de estos I.M.S.I. o I.M.E.I. no precisa de previa autorización judicial.

Así es en efecto, la STS 55/2007, de 23 de enero, anterior en unos días de la que se acaba de comentar, afirma que queda extramuros del ámbito del secreto de las comunicaciones protegido constitucionalmente el conocimiento del I.M.S.I. ó I.M.E.I. de los teléfonos que luego fueron intervenidos judicialmente "vuelve (el recurrente) a cuestionar el método de "monitorización" empleado por el Servicio de Vigilancia Aduanera, con sospechas de irregularidad que, en realidad, han quedado plenamente despegadas por la Audiencia cuando entra en el análisis de lo efectivamente realizado, para concluir en que ese procedimiento tan solo sirve para identificar las claves alfanuméricas (I.M.S.I. e I.M.E.I.), ni tan siquiera el número de uso telefónico y, por supuesto, menos aun su titularidad, respecto de las terminales usadas por determinadas personas, para, solo ulteriormente, obtener a través de la propia autoridad judicial, los datos identificativos necesarios para solicitar la correspondiente autorización de intervención telefónica".

De forma más exhaustiva, la STS 249/2008 de 20 de mayo, reitera la doctrina de que no se precisa autorización judicial previa por parte de la policía para obtener el I.M.S.I. y que una vez obtenido sí será precisa la autorización judicial para que la operadora ceda los datos que obran en sus ficheros con los que se podrá conocer el concreto número del terminal telefónico para el que se va a solicitar la intervención. Se dice en dicha sentencia: "La primera idea que sugiere la lectura de la Ley 25/2007 -de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas- es que sus preceptos se centran en ofrecer un casuístico régimen jurídico de la conservación y cesión por las operadoras de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas -en nuestro caso del IMSI-, pero no aborda la regulación de su recogida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no desde los ficheros automatizados que obran en poder de los prestadores de servicio, sino desde el propio teléfono celular. Cobra todo su significado el régimen jurídico del acceso a los ficheros contemplado por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos. Y es que frente al silencio de la nueva regulación esta Ley dispone que la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad (art. 22.2). Además,



"la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación, concreta, sin perjuicio, del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales" (art. 22.3).

Esa capacidad de recogida de datos que la LO 15/1999, de 13 de diciembre, otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no puede, desde luego, servir de excusa para la creación de un régimen incontrolado de excepcionalidad a su favor. Pero tampoco cabe desconocer que la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio-, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional. También parece evidente que esa legitimidad que la Ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la C.E.) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la C.E. que afectarán a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999).

Hecha la anterior precisión, está fuera de toda duda que el I.M.S.I., por sí solo, no es susceptible de ser incluido en alguna de esas dos categorías. Ni es un dato integrable en el concepto de comunicación, ni puede ser encuadrado entre los datos especialmente protegidos. Como ya se razonó *supra*, ese número de identificación sólo expresa una serie alfanumérica incapaz de identificar, por su simple lectura, el número comercial del abonado y otros datos de interés para la identificación de la llamada. Para que la numeración I.M.S.I. brinde a los investigadores toda la información que alberga, es preciso que esa serie numérica se ponga en relación con otros datos que obran en poder del operador. Y es entonces cuando las garantías propias del derecho a la autodeterminación informativa o, lo que es lo mismo, del derecho a controlar la información que sobre cada uno de nosotros obra en poder de terceros, adquieren pleno significado. Los mismos agentes de Policía que hayan logrado la captación del I.M.S.I. en el marco de la investigación criminal, habrán de solicitar autorización judicial para que la operadora correspondiente ceda en su favor otros datos que, debidamente tratados, permitirán obtener información singularmente valiosa para la investigación. En definitiva, así como la recogida o captación técnica del I.M.S.I. no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia".

Se alega igualmente que se utilizó un solo intérprete para las transcripciones de las conversaciones que se iban produciendo durante la instrucción sumarial. Recuérdese que en ese momento las diligencias estaban abiertas como previas, y no como sumario ordinario, y que en todo caso, la racionalidad en la utilización de medios públicos no puede autorizar al uso de dos intérpretes cuando desconocemos cualquier razón para dudar de su trabajo de traducción que en absoluto se nos expresa así por los recurrentes, los cuales se limitan a utilizar esta queja casacional como un aspecto meramente formal de su impugnación casacional.

De otro lado, se denuncia «una alarmante falta de control judicial de las investigaciones telefónicas», para señalar después que «dicho control judicial no ha sido posible». Y tras ello, señala que se han dictado "innumerables" prórrogas y nuevas intervenciones telefónicas, haciéndolo «a ciegas», «pues en ningún momento tuvo en su poder [el titular del Juzgado de Instrucción] ni las grabaciones ni las transcripciones íntegras». Pues, bien, tan infundada censura casacional tiene que ser rechazada, pues ni se concretan autos de escuchas telefónicas ni de prórrogas, y repasada la causa (art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) aparece todo lo contrario. Es más, en el desarrollo del motivo por parte del autor del recurso se citan personas (como " *la detención del Sr. Sabino* ") que sugiere que se ha empleado una plantilla de otra causa para su acoplamiento en ésta.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El tercer motivo se formaliza por vulneración de la presunción de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

En el desarrollo del motivo, que es coincidente en toda su literalidad para los dos acusados recurrentes, se deslizan evidentes errores, en tanto que se supone que se impugna la Sentencia de fecha 27 de octubre de 2010, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tenerife, siendo así que nos encontramos ante la dictada con fecha 1 de junio de 2012, por la Sección Sexta de dicha Audiencia.

El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española ; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar



tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:

- 1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (**prueba existente**).
- 2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (**prueba lícita**).
- 3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (**prueba suficiente**).
- 4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (**prueba razonada**).

Descendiendo al caso concreto, en el desarrollo del motivo, se refiere el recurrente a una serie de folios (los que obran a los autos a los folios 225 a 243, no de forma muy clara si lo son de la causa o de la propia sentencia, como después veremos), de donde el Tribunal sentenciador ha extraído "la responsabilidad de mi representado en tales hechos", entendiendo que la prueba está constituida por la atribución de otros procesados y por el contenido de las conversaciones mantenidas por el mismo con otros procesados, algo que no resulta de la sentencia recurrida, y mucho menos cuando nos sigue diciendo el autor del escrito que " *se habla de conversaciones mantenidas por el Sr. Cosme con otros procesados* ". Evidentemente, debe tratarse de un error, de modo que aquí no podemos pasar a una adecuada resolución de tal reproche casacional, por no corresponderse con acusado alguno en esta causa. Más adelante, y centrados ya en el recurrente Nnaemeka Dodwin Nabuchi, insiste en la necesidad de practicar la interpretación mediante dos peritos, lo que ya hemos desestimado con anterioridad, y aduce además que las declaraciones de los coimputados no son espontáneas sino que tienen un fin espurio, cuando no ha existido frente él tal tipo de heteroimputación.

La Audiencia ha enervado la presunción de inocencia de ambos recurrentes, basándose en que eran las personas por cuyo encargo viajaba Emiliano a Gran Canaria con un considerable cargamento de drogas (más de tres kilogramos de cocaína). Dicha afirmación queda acreditada por varios elementos de prueba, según nos relata la Sala sentenciadora de instancia: el contenido de dos SMS que obran en la causa y que fueron leídos por la Sra. Secretaria en dos sesiones del plenario, el primero remitido por Blas a Darío en el que le proporciona el nombre de Emiliano, juntamente con sus datos, y tiene lugar el día 6 de julio de 2007 (folio 460: coincidiendo sin duda con el anterior viaje al que hace referencia Emiliano en su declaración); y el segundo con idéntico contenido e interlocutores remitido el día 20 de julio de 2007 a las 14:54:16 horas, esto es, el día anterior a la interceptación del mencionado correo en el aeropuerto de Gando.

Por otra parte, el flujo constante de llamadas telefónicas entre Darío y Blas constatan las relaciones ilícitas entre ambos, estando el segundo de los mismos en un plano superior de mando con respecto al primero. La Audiencia se refiere a las llamadas telefónicas del 20 de julio de 2007, a las 11.56, 13.42, 13.43 y del 27 de julio a las 17.45, 21.58. Concretamente en las llamadas del 20 de julio de 2007, los interlocutores concretan los datos del viaje, confirman la expedición del billete de avión a la persona cuyos datos han proporcionado por el SMS antes referido y confirman la hora de salida (todo ello en perfecta concordancia con la fecha y hora en la que después es detenido Emiliano con el cargamento de cocaína oculto en la maleta).

Y deben tomarse en consideración las llamadas del 14 de junio de 2007, en las que el interlocutor reclama el auxilio de Blas, y la efectuada el 18 de junio de 2007 a las 16:28:57, en la que Pedro Enrique le llama para quejarse Limpiabotas la mala calidad de la droga (bajo el lenguaje simulado de *harina/pizzas*) y éste se ofrece a cambiársela.

Por otra parte, nos dice la Audiencia que el funcionario nº 84.166 declara en el plenario que se traslada al aeropuerto de Gando para cubrir la operación y nos relata que una vez detenido Emiliano, los compañeros de grupo le comunican que Blas ha cogido un vuelo destino Gran Canaria, allí es seguido y comprueban cómo se dirige (junto con otros) al puerto de Agaete y que uno de los acompañantes de aquél toma el barco a Tenerife, mientras el procesado habla por un teléfono de color rojo, que según obra en el atestado, se corresponde con



el terminal investigado e intervenido y desde el que se han realizado las llamadas telefónicas en el curso de la operación.

Corroborar la implicación directa y material en los hechos de Darío que, sobre las 20:30 horas del día 21 de julio de 2.007, una comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro de la vivienda utilizada por el mismo sita en la CALLE000 nº NUM043 , puerta NUM044 , El Fraile en el término de Arona, donde la policía judicial intervino: « 42.000 euros en efectivo procedentes del tráfico de drogas, una prensa, sustancias químicas para la adulteración de la droga y diversos efectos para la elaboración de paquetes de cocaína, varias pesas de precisión, junto con las siguientes cantidades de cocaína: una bolsa con 72,2 gramos de cocaína con una pureza del 30,7 %, catorce bolsas con 1.401,1 gramos de cocaína con una pureza del 33,2 %, una bolsa con 479,9 gramos de cocaína con una pureza del 44,8 %, una bolsa con 500,1 gramos de cocaína con una pureza del 28,65 %, una bolsa con 956,4 gramos de cocaína con una pureza del 39,0 %, y una bolsa con 1.000,9 gramos de cocaína con una pureza del 33,0 %. La cocaína intervenida hubiera alcanzado en el mercado ilegal un precio de 324.690 euros. Al día siguiente, sobre las 22:31 horas nuevamente la comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro de otra vivienda detectada y utilizada por el procesado Darío , sita en la CALLE001 nº NUM046 , NUM047 NUM048 , de Guaza en el término de Arona, donde la policía judicial intervino una pistola simulada, numerosos teléfonos móviles, varias tarjetas de telefonía móvil, material audiovisual e informático adquirido con los beneficios del tráfico de drogas, anotaciones y pasaportes nigerianos con diversas identidades».

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

QUINTO.- En el quinto motivo, y formalizado por vulneración constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se alega como infringido el derecho fundamental de defensa (art. 24.2 de nuestra Carta Magna), que se polariza en la inexistencia de una prueba de voz que acredite "la intervención de mi patrocinado en las conversaciones que se le atribuyen".

Ahora bien, sin perjuicio de que la prueba sustancial de cargo no solamente está constituida por las aludidas conversaciones telefónicas, como anteriormente hemos ya analizado, sino precisamente por mensajes SMS, es lo cierto que, desde la perspectiva del derecho de defensa, nunca podrá considerarse la queja de tal recurrente, porque al no haber pedido tal prueba no puede haberse vulnerado dicho derecho fundamental. Con otras palabras: ningún derecho de defensa puede infringirse frente a la inacción defensiva de su titular.

Por otro lado, el supuesto ocultamiento de la fuente de información de los datos obrantes en el oficio policial solicitando las intervenciones telefónicas (folios 1 a 7 de la causa, expresamente citados en el desarrollo del motivo) es una cuestión ajena a este derecho, y entra de lleno dentro de la órbita del art. 18.3 de nuestra Carta Magna , habiendo ya recibido la resolución judicial pertinente su validación en el fundamento jurídico tercero de esta Sentencia.

Para finalizar, de nuevo el desarrollo del motivo ofrece datos que no se corresponden con esta causa, como cuando se alega a «los datos reflejados por la Guardia Civil», como inexactos e imprecisos, siendo así que toda esta investigación policial fue llevada por agentes de la UDYCO del C.N.P. y no por la Guardia Civil.

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

SEXTO.- Finalmente, el quinto motivo, formalizado por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la indebida aplicación de los arts. 368 y 369.1 6ª y 10ª del Código Penal .

Con independencia de que en el caso enjuiciado, exclusivamente se ha apreciado una modalidad agravada, y lo ha sido el tráfico de sustancia estupefaciente (cocaína) en cantidad de notoria importancia, es lo cierto que el autor del recurso no respeta los hechos probados (como ordena bajo sanción de inadmisión el art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y de ello constituye buena prueba el siguiente aserto: «a lo largo de la sentencia no se recoge ni un solo dato que acredite que mi representado ha cometido los hechos que son elementos objetivos ...», y de nuevo se insiste en la interpretación de las conversaciones telefónicas, "tal y como se comienza diciendo al analizar su participación al folio 225 de la sentencia..."

En suma, la conducta consistente en liderar una trama de introducción de cocaína en nuestro país, mediante correos humanos, puede ser subsumida sin dificultad alguna en el art. 368 del Código Penal . Si además, se realiza en cantidades de notoria importancia, el art. 369.1.5ª queda cumplidamente conculcado.

El motivo no puede prosperar.

Recurso de Emiliano .

SÉPTIMO.- El primer motivo de este recurrente coincide con el primero también de los anteriores recurrentes, y está referido a la queja de la falta de implantación en nuestro sistema procesal de impugnación de una doble



instancia generalizada, al modo cómo ya se ha diseñado orgánicamente por la modificación operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

Para su desestimación nos remitimos a nuestro fundamento jurídico segundo.

OCTAVO.- En el motivo segundo, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente entiende vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas.

A salvo de que se invoca la infracción «de lo dispuesto en el art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», que ha de tratarse sin duda de un error de plantilla, el autor del recurso reconoce que tal atenuación está hoy acogida en el art. 21.6ª del Código Penal. En efecto, dicho precepto dispone, que es circunstancia atenuante: «*la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*».

Como ya hemos declarado en reiteradas ocasiones, y siguiendo el criterio interpretativo de TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quién invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello el derecho fundamental 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 lo 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 Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, 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.

Tomando en consideración las anteriores reflexiones jurídicas en torno a esta atenuación, ha de ratificarse la decisión de la Audiencia, puesto que la causa se inicia en febrero de 2007, y tras su desglose, los hechos probados se relacionan con el período central de dicho año, que es cuando se producen las detenciones, los acusados son numerosos y se constata tres de ellos en rebeldía, como se reconoce en el desarrollo del motivo, no habiendo plazos ostensibles de paralización, y la espera para su enjuiciamiento forma parte del desarrollo de la agenda de la Sección, por lo que no podemos estimar que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, que es lo que el nuevo precepto requiere, y mucho menos que dicha dilación no esté relacionada con la complejidad de la causa.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

NOVENO.- En el tercer motivo, Emiliano pretende que se le aprecie la atenuante analógica de confesión, viabilizándose el motivo por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



De entrada, conviene señalar que ninguna mención aparece en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida en donde apoyar la atenuante pretendida, por lo que bastaría por sí mismo para su desestimación.

En el desarrollo del motivo, tampoco el autor del mismo nos dice en dónde puede basarse su apreciación.

El Tribunal sentenciador destaca respecto a este recurrente que no realizó actividad alguna de colaboración ni de confesión, limitándose a reconocer "lo evidente", es decir, que llevaba más de tres kilogramos de cocaína encima, por lo que «no aportó dato alguno ni relevante ni no relevante, para el curso de la investigación» (página 25 de la sentencia recurrida, al resolver el fundamento jurídico séptimo *in fine*). Obsérvese que en el caso de Jaimie Lee Rogers, a quien se concede la atenuación, no solamente confiesa lo evidente sino que proporciona el nombre de la persona que le acompañaba en el ilícito transporte y por cuya cuenta lo realizaba, que no era otro que Luis Francisco .

Por las razones expuestas, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Luis Francisco .

DÉCIMO.- El primer motivo se formaliza por vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

En el caso de este recurrente, la Audiencia justifica su participación delictiva a través de la declaración del coimputado Jaimie Lee Rogers, el cual, en el acto del juicio oral, declara que Luis Francisco fue la persona que le proporcionó la droga que se le incautó y que le encargó su traslado a cambio de una determinada cantidad de dinero a la Isla de la Gomera.

Esta censura casacional no puede moverse más que dentro de la estructura racional del juicio sobre la prueba llevado a cabo por el Tribunal de instancia, único aspecto que puede ser controlado por este Tribunal de Casación.

Con la STS 507/2010, de 21 de mayo , hemos dicho que las corroboraciones son esos datos o elementos externos relativos al hecho justiciable, que sin suponer una aditiva prueba complementaria, refuerzan las manifestaciones del declarante, de modo que le otorgan verosimilitud y credibilidad. Hemos dicho también (SSTS 23/2003, de 21 de enero , y 413/2003, de 21 de marzo , entre otras muchas posteriores), que los rasgos que definen la declaración inculpativa de un coimputado, son: a) esta declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

La sentencia recurrida relata que ambos acusados se habían concertado para transportar a la Gomera un kilogramo de cocaína, operación que pensaban llevar a cabo el día 13 de julio de 2007. En ejecución de dicho plan, Luis Francisco proporciona una mochila a Luis Pedro en donde se halla la droga, y se disponen ambos a tomar el barco, si bien de forma separada, sin que en momento alguno se perdiera el correspondiente contacto visual, como declararon los funcionarios de policía que seguían la operación.

Ante la inequívoca imputación de Jaimie, en el plenario, los datos que la Audiencia considera corroboradores, son los siguientes: 1) Que ya habían planeado una operación similar en fechas pasadas, como se acredita de las intervenciones telefónicas, escuchadas en el juicio oral, y transcritas a los folios 151, 152, 156 y 158 del Tomo I, que acreditan que el día 5 de abril pasado, ambos acusados ya se habían concertado para realizar un viaje idéntico, indicando además que la recompensa era idéntica (1.000 euros); 2) el seguimiento de la operación por los funcionarios actuantes, los cuales dieron cuenta de lo que observan, siendo explicitados sus movimientos concertados; y 3) el propio «modus operandi», que el convenido en ocasiones anteriores, y la presencia de ambos en el lugar.

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

UNDÉCIMO.- El segundo motivo se formaliza por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y en él se denuncia la inaplicación del art. 21.7 (en referencia al 21.6º) del Código Penal .

Este reproche casacional coincide con el ya resuelto en nuestro fundamento jurídico octavo (motivo segundo de Emiliano) y a él nos remitimos para su desestimación.



DUODÉCIMO.- En el tercer motivo, formalizado igualmente que el anterior, conforme al cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , este recurrente considera infringido el art. 66.1.6ª del Código Penal , en relación con el art. 25.1 de la Constitución española .

El recurrente reprocha la operación de individualización penológica con fundamento en el concreto aspecto de la motivación de la misma.

Hemos dicho (entre otras, en Sentencia 1297/2003, de 9 de octubre) que el art. 66, regla primera, del Código penal , dispone que "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Esta es la redacción en la fecha de la sentencia de instancia; hoy, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha retocado dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta , y si bien es cierto que desaparece el aserto: "razonándolo en la sentencia", no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución española , y el art. 72 modificado por la LO 15/2003 , obliga a los juzgadores al oportuno razonamiento de la concreta dosimetría penal.

Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla sexta del art. 66, sino de las restantes reglas. Aquí, el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando con arreglo a consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de las Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad.

En el caso de Luis Francisco , en el fundamento jurídico octavo de la sentencia recurrida no se motiva la penalidad que procede imponerle, sino que se expone que lo será en cuatro años y seis meses de prisión, más una multa de 90.000 euros. La imposición de la pena privativa de libertad en la mitad de su recorrido (ya que el delito básico está sancionado entre los 3 y los 6 años de prisión) no supone infracción alguna de la ley, pues la droga transportada lo era de un kilogramo aproximadamente (997,90 gramos); del propio modo la pena de multa se encuentra dentro de los márgenes legales, pues siendo el valor de la droga de 32.000 euros, se ha fijado en 90.000 euros (que se encuentra dentro del tanto al triplo que se especifica en el art. 368 del Código Penal , para el caso de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas que causen grave daño a la salud, como es el caso de la cocaína).

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

Recurso de Pedro Enrique .

DÉCIMO-TERCERO.- El primer motivo de este recurrente se viabiliza por vulneración constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y en él se denuncia la infracción de la garantía de la presunción de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

En el desarrollo del motivo, el recurrente repasa las declaraciones testimoniales de los funcionarios de policía que detuvieron a este acusado, polarizando su queja casacional en el hecho de que se le imputara sin tener en su poder la droga cuyo tráfico se le atribuye.

La resultancia fáctica de la sentencia recurrida nos dice que este procesado fue sorprendido, por agentes policiales, en el portal de la vivienda, en el momento en que Alberto le entregaba a Pedro Enrique una bolsa

que contenía cinco paquetes plastificados de cocaína con un peso de 497,5 gramos y una riqueza del 24,6 %, que hubiera alcanzado un precio de 29.850 euros, una vez introducida por el procesado en el mercado ilícito de consumidores locales. Y además que: « el siguiente día 10 de octubre de 2.007 una comisión judicialmente autorizada procedió a la entrada y registro en la citada (utilizada por el procesado Pedro Enrique) sita en la Carretera General DIRECCION000 nº NUM052 , piso NUM047 - NUM053 , donde la policía judicial intervino una bolsa con 78,5 gramos de cocaína con una pureza del 19,4 %, una bolsa con 4,15 gramos de cocaína con una pureza del 1,1 %, con cuya venta pretendía obtener otro ilícito beneficio económico de 5.208 euros; junto con una balanza de precisión y 24.580 euros en efectivo procedentes del tráfico de drogas ».

La Audiencia se basa en la "esclarecedora" declaración de los testigos del CNP nº NUM059 y nº NUM060 , aspecto éste que no puede ser puesto en duda por los recurrentes en casación. Y que se ratifica tal aseveración porque al día siguiente, en un registro domiciliario, aparecieron en su casa 78,5 gramos más de cocaína en una bolsa, y otros 4,15 gramos en otra, junto a una balanza de precisión y la nada despreciable cifra de 24.580 euros en efectivo, procedentes sin duda del tráfico de drogas. Dijo no ser propietario de tal piso, pero el registro se efectuó previa entrada al mismo con sus propias llaves (como declararon los funcionarios NUM059 y NUM060), y le vieron entrar y salir en dicha vivienda en las vigilancias previas, lo que sugiere un indudable control sobre tal posesión inmobiliaria.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO-CUARTO.- En el motivo segundo, este recurrente, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pretende que el grado de ejecución del delito lo sea en tentativa, al no haber poseído la droga físicamente, pues fue detenido precisamente en el momento en que iba a hacerse cargo de ella, ante la entrega material de Kelvin.

Como decíamos en las SSTs. 24/2007 de 25.1 y 323/2006 , la posibilidad de que los delitos de narcotráfico puedan cometerse en grado de tentativa ha sido siempre una cuestión debatida en la doctrina y muy matizada en la jurisprudencia de esta Sala. Esa jurisprudencia ha venido manteniendo un criterio general opuesto al reconocimiento de las formas imperfectas de este tipo de delitos (ver STS 4.3.1992 , 16.7.1993 , 3.4.1997 , 7.12.1998 , 29.9.2002 , 23.1.2003 , 3.6.2005). El tráfico de estupefacientes se configura estructuralmente como delito de peligro abstracto y consumación anticipada cuya punibilidad se asienta en la situación de eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figura penal. La consumación delictiva se sitúa en cualquiera de las acciones típicas descritas en el art. 368 CP como la posesión o el transporte de droga con finalidad de tráfico, en los que el momento consumativo se anticipa, adelantando la barrera penal hasta comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico (STS 1309/2003 de 3.10).

El tráfico real o efectivo se sitúa más allá del área de la consumación y la obtención de lucro es ajena al tipo (STS 1160/2004, de 13.10).

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO-QUINTO.- El motivo tercero, por el que se reclama la atenuante de dilaciones indebidas, debe correr la propia suerte desestimatoria que ya hemos declarado para otros recurrentes anteriores en esta resolución judicial.

En punto a la motivación de la pena, que es el motivo cuarto, se reprocha la falta de un más extenso razonamiento en orden a la imposición dosimétrica de la misma, y aunque es cierto, la pena se encuentra dentro de la mitad inferior, aunque elevada a su umbral superior, derivada de la cantidad de droga con la que traficaba, y a la que hemos hecho referencia anteriormente, junto a la elevada cantidad de dinero en metálico producto de su tráfico. De igual modo, la multa se encuentra dentro de la franja legal (del tanto al triplo de su valor en el mercado clandestino).

Como dice la STS 661/2013, de 15 de julio : los déficits en la motivación de la individualización penológica, pueden subsanarse en casación si las razones de la penalidad elegida, aún no explicitadas, se deducen con facilidad de la sentencia recurrida.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

De igual forma, el último motivo, el quinto, que viabilizado por infracción legal, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , solicita la subsunción jurídica de los hechos imputados a este recurrente en la órbita atenuatoria del art. 368.2 del Código Penal , siendo así que el párrafo segundo del art. 368 del Código Penal , introducido por la LO 5/2010, señala al respecto: " no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370 ".



Los delitos contra la salud pública para los cuales está prevista esta especial atenuación (que se configura como subtipo privilegiado en función de las circunstancias que se exigen para su aplicación), son fundamentalmente el pequeño tráfico de sustancias estupefacientes a terceros, y la escasa posesión de tales sustancias preordenada a dicho tráfico.

Conviene señalar que en este tipo de atenuaciones, sumamente circunstanciales, que se fundamentan en la escasa entidad del hecho o en las circunstancias personales del culpable, los criterios generales son de difícil definición de manera apriorística.

Son dos los parámetros interpretativos: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. La jurisprudencia ha declarado que basta el primero y que, respecto al segundo, es suficiente que no actúe por desconocerse tales datos personales o bien constituyan elementos criminológicos que determinen la escasa peligrosidad del sujeto, su adicción a las sustancias estupefacientes, o su marginalidad social a causa de la funcionalidad del delito. Desde luego, que el subtipo atenuado no podrá apreciarse cuando el hecho no revista esa escasa entidad, en tanto este dato fundamenta la menor antijuridicidad de la acción, y también hemos declarado que las circunstancias personales serán todas aquellas que determinen una menor culpabilidad o reprochabilidad en función de la inclinación del sujeto a realizar actos de tráfico o de posesión preordenada al mismo, derivada de la instrumentalización del delito como modo de satisfacción de sus necesidades toxicológicas. No podrá aplicarse, en consecuencia, cuando la afectación del bien jurídico protegido tenga como causa o finalidad el mero enriquecimiento del agente, es decir, cuando sin padecer la condición de toxicómano, lleve a cabo actos de tráfico sin otro objetivo que el lucro en su comercialización, *profesionalizando* su conducta criminal. Para estos casos, lo procedente es aplicar el párrafo primero del art. 368 del Código Penal, que tipifica tal acción, fuera de las posibilidades privilegiadas que se permiten hoy en el párrafo segundo, sin duda referidas a supuestos no comprendidos en la norma general, de la que este subtipo es una excepción ("no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior..."), que comprende un ejercicio de discrecionalidad reglada ("los tribunales podrán imponer la pena inferior..."), y que se justifica en datos objetivos ("en atención a la escasa entidad del hecho") y subjetivos ("las circunstancias personales del culpable"), es decir, la antijuridicidad de la acción y el estrato o grado de culpabilidad del acusado, y que se dirige, finalmente, a la aplicación de un precepto con criterios de moderación penológica en atención a las circunstancias *del caso*.

Pues, bien, en el supuesto enjuiciado, solamente la entrega de medio kilogramo de cocaína, es suficiente para su desestimación.

Recurso de Luis Pedro .

DÉCIMO-SEXTO.- En el primer motivo se reclama el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Esta queja casacional ya ha sido objeto de atención en fundamentos jurídicos anteriores, y para su desestimación nos remitimos a nuestras consideraciones precedentes.

En el motivo segundo, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del art. 72 del Código Penal, en lo relativo a la obligación de los jueces de motivar el grado y extensión de las penas que imponen.

Aún cuando no se ha motivado en el correspondiente apartado de la sentencia recurrida la operación de individualización penológica, es lo cierto que sí lo ha sido en otros pasajes, particularmente en cuanto a la concurrencia de la circunstancia analógica de colaboración, habiendo sido impuesta su penalidad prácticamente en la mínima posible, pues se ha fijado la pena privativa de libertad en tres años y tres meses de prisión y multa de noventa mil euros.

La concurrencia de una atenuante no obliga a imponer la pena en su mínima extensión, sino dentro de la franja de su mitad inferior.

La ligera elevación sobre el mínimo posible es ponderada. También aquí era deseable una mayor explicación pero la importante cantidad de cocaína ocupada y la persistencia de la actividad justifican ese leve incremento. La necesidad de reservar espacios penológicos para casos más leves -piénsese en la venta exclusiva de unas pequeñas dosis- es razón suficiente que, aunque no esté explicitada, fluye naturalmente de la sentencia, para legitimar ese *quantum* penológico.

No existe, pues, infracción de ley, y en consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

Recurso de Alberto .

DÉCIMO-SÉPTIMO.- En un único motivo de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este recurrente se limita a señalar en su enunciado que "en ningún momento ha quedado acreditado que mi representado vendiera, favoreciera o facilitara droga".



En el desarrollo del motivo dice que "como iba a cumplir cuarenta años, tenía la droga para hacer una fiesta".

Pero el caso es que los hechos probados narran que sobre las 19:40 horas del día 9 de octubre de 2007 fue sorprendido, por agentes policiales en un portal, en el momento en que Alberto le entregaba a Pedro Enrique una bolsa que contenía cinco paquetes plastificados de cocaína con un peso de 497,5 gramos y una riqueza del 24,6 %, que hubiera alcanzado un precio de 29.850 euros, una vez introducida por el procesado en el mercado ilícito de consumidores locales.

Estos hechos no se cuestionan en el desarrollo del motivo.

Por consiguiente, la excusa de la fiesta, como dice la Audiencia, se viene abajo al tratarse de una importante cantidad, la droga citada (medio kilogramo de cocaína).

El motivo y con él su recurso, no pueden prosperar.

Costas procesales.

DÉCIMO-OCTAVO.- Las costas procesales se imponen a los recurrentes al proceder la desestimación de sus recursos (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los procesados **Luis Francisco , Pedro Enrique , Luis Pedro , Alberto , Blas , Darío e Emiliano** , contra Sentencia de fecha 1 de junio de 2012 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin **Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.