



Roj: **STS 4124/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4124**

Id Cendoj: **28079120012015100560**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2015**

Nº de Recurso: **1787/2014**

Nº de Resolución: **591/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 591/2015

RECURSO CASACION N° : 1787/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha Sentencia : 13/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Perfecto Andrés Ibáñez

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MGS

Interceptaciones telefónicas: ilegitimidad por ausencia de un serio fundamento de indicios del posible delito. Datos insustanciales y ambiguos, individualmente considerados; y también en su conjunto, pues la evidente falta de calidad informativa de cada uno de ellos no puede corregirse mediante la suma.

Prueba de cargo reducida en exclusiva a lo aportado por la injerencia en las comunicaciones; y consiguiente vacío probatorio, que produce, como

consecuencia, la falta de hechos probados.

N°: 1787 / 2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 06/10/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 591 / 2015

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

D. Luciano Varela Castro

Dª. Ana María Ferrer García



D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil quince. Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 7 de mayo de 2014. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes: Leoncio, Aurelio y Claudio, representados por la procuradora Sra. Sánchez González; Ezequias, representado por la procuradora Sra. Escudero Gómez; Ildefonso, representado por la procuradora Sra. López Woodcock; Mauricio, representado por el procurador Sr. Ayuso Morales; Roman, representado por la procuradora Sra. López Woodcock; Eusebio, representado por la procuradora Sra. Arranz Grande; Hortensia, representado por el procurador Sr. García San Miguel Hoover; Pedro Antonio, representado por la procuradora Sra. Martín Canton; Cristobal, representado por la procuradora Sra. Martínez Virgili; Amador, representado por el procurador Sr. Hornedo Muguero; Dionisio, representado por la procuradora Sra. Sanz Amaro; Florian, representado por el procurador Sr. Huidobro Sánchez-Toscano; Julián, representado por la procuradora Sra. Azorin-Albiñana López y Pascual, representado por el procurador Sr. Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Ibiza, instruyó diligencias Previas nº 4839/2011, con número de Procedimiento Abreviado 15/2013, por delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, contra Pedro Antonio, Hortensia, Ezequias, Pascual, Aurelio, Leoncio, Claudio, Julián, Ildefonso, Mauricio, Dionisio, Florian, Roman, Amador, Eusebio y Cristobal, y, concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, cuya Sección Primera dictó sentencia de fecha 7 de mayo de 2014, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado número 73/2013, con los siguientes hechos probados: *"PRIMERO.- Como resultado de las labores de información y de vigilancia realizadas por el Equipo de Delincuencia Organizada Antidroga (en adelante EDOA) de la Guardia Civil de Ibiza durante el mes de Octubre de 2011 en la lucha contra el narcotráfico, agentes del citado equipo tuvieron conocimiento de que una persona de origen magrebi llamada " Teodosio " podía ser uno de los principales distribuidores de cocaína en la localidad de San Antonio de Portamany (Ibiza). A partir de ese momento y una vez que fue identificado como Pablo (en situación de rebeldía por esta causa) se estableció un servicio de vigilancia en las inmediaciones de su domicilio sito en a DIRECCION000 n° NUM000 planta NUM001 puerta NUM002 de la citada población, donde se comprobó que conocidos toxicómanos y vendedores entraban y salían rápidamente del citado domicilio. Se le vio conduciendo una furgoneta de la marca Mercedes de color azul matrícula AC-.... constando como titular Alicia, la cual carecía de carnet de conducir y constaba empadronada junto Pablo en el Ayuntamiento de la citada localidad. Se consultó la base de datos policiales de dicha persona figurando con un antecedente policial por delito contra la salud pública en el marco de la "Operación Brujas" desarrollada por parte del Equipo del crimen organizado de la zona de Guardia Civil de Baleares en el año*

2007. También se constató que Pablo (Teodosio) además de utilizar la furgoneta Mercedes Vita, era propietario y titular de una motocicleta de alta cilindrada y de una scooter y que además de utilizar estos tres vehículos, alquilaba y utilizaba otros vehículos para sus desplazamientos, habiéndolo visto en numerosas ocasiones conduciendo un vehículo Ford Focus con matrícula-QYV, propiedad de la empresa de alquiler coches denominada BK Rent a Car. Los Agentes acudieron a dicha empresa confirmando que Pablo alquiló el citado vehículo entre los días 15 al 30 de Noviembre del año 2011 pagando por ello la cantidad de 212,29 E.

Con los datos precedentemente expuestos realizaron las gestiones tendentes a averiguar el modo de vida así como los ingresos de la unidad familiar, confirmando a través de la consulta efectuada en la base de datos de la Seguridad Social que Teodosio no realizaba ninguna actividad laboral desde el pasado día 1 de marzo de 2010 fecha en la que causó baja en la empresa Excavaciones Tiu y Nebot S.L.. También se pudo confirmar que no percibía ningún tipo de ayuda, subsidio o pensión derivada de la actividad laboral que había desempeñado. No obstante la ausencia de trabajo y de ingresos por subsidio mantenía a la familia, esposa y tres hijos, tenía la furgoneta y las dos motos y había alquilado el vehículo antes citado por espacio de 15 días Se comprobó que desde el año 2007 al 2011 había cambiado cuatro veces de domicilio dentro del mismo municipio. Así, en el año 2007 cuando fue detenido, constaba que vivía en la CALLE000 número NUM003 bloque NUM000,



NUM000 NUM004 ;sin embargo en el citado año también constaba empadronado en la CALLE001 planta NUM005 NUM006 . En el padrón del año 2009, en la CALLE002 número NUM007 y en el año 2011 en la C./ DIRECCION000 número NUM000 , NUM001 NUM002 .

Los funcionarios del EDOA iniciaron una serie de vigilancias estáticas entre los días 27 y 30 del mes de Octubre en las inmediaciones de su domicilio donde se detectó una afluencia de conocidos toxicómanos y vendedores de sustancias estupefacientes al menudeo de la localidad San Antonio, que entraban en el EDIFICIO000 , subían al piso NUM001 donde vivía el investigado permanecían escaso tiempo en ocasiones no más de cinco minutos, si bien no interceptaron a ninguna de esas personas al considerar que podía existir cierta relación de amistad y compañerismo y que una actuación sobre los mismos podía dañar el buen fin de la investigación de que era objeto. Ante la imposibilidad de avanzar en la investigación por otros medios, solicitaron y obtuvieron del Juzgado de Instrucción nº 4 de Ibiza autorización para la intervención, escucha y grabación de sus conversaciones telefónicas y la desprotección de los datos asociados al teléfono móvil número NUM008 y el NUM009 utilizados por Pablo .

SEGUNDO.- A consecuencia de estas investigaciones y de las intervenciones telefónicas sobre dicho acusado se averiguó que éste mantenía contactos con los también acusados Aurelio , Claudio , Pascual , Ezequias y Pedro Antonio . Los investigadores solicitaron y obtuvieron autorización judicial para la intervención, grabación y escucha de los teléfonos utilizados por dichos acusados en sus conversaciones telefónicas. Así se intervino el nº NUM010 de Pedro Antonio , a Ezequias el NUM011 ; a Pascual el NUM012 ; a Aurelio los nº NUM013 y el NUM014 ; a Leoncio el NUM015 habiendo quedado acreditado a través de las escuchas de las conversaciones que mantenían que Pablo les suministraba sustancias estupefacientes para su posterior venta a terceras personas.

A partir de estas escuchas que continuaron sobre la totalidad de las personas citadas, se comprobó que alguno de ellos cambiaban con frecuencia de número de teléfono dejando de utilizar el que venían usando, utilizando para sus conversaciones otras líneas telefónicas, alternándolas con las antiguas , habiendo quedado acreditado que Aurelio en unión del acusado Leoncio Y Claudio adquirían sustancias estupefacientes a Roman Y A Ezequias para a su vez venderlas a terceros. Tras las audiciones de las conservaciones y dación de cuenta al Juez instructor, se autorizaron las intervenciones de los nuevos teléfonos utilizados por otros, todos se ampliaron a otros números y se acordaron las prorrogas de otros, habiendo resultado probado que Ezequias se proveía de cocaína de Mauricio y de Ildefonso , quienes a su vez suministraban a Julián , a Dionisio quien la vendía en El Carnpello (Alicante); a Florian quien la vendía a terceras personas en la localidad de Ciudad Real; a Cristobal quien también la vendía en Zaragoza y a Eusebio quien hacia lo mismo en Toledo. Así, al acusado Ildefonso se intervino el nº de teléfono NUM016 y NUM017 ; a Mauricio los números NUM018 , el NUM019 , el NUM020 el NUM017 ; a Julián el NUM021 ; a Florian el NUM022 y el NUM023 ; a Eusebio el NUM024 ; a Claudio el NUM025 ; a Dionisio NUM026 y a Cristobal el nº NUM027 .

Como consecuencia de estas escuchas realizadas procedentes de las conversaciones realizadas por Ezequias se tuvo conocimiento de que se iba a realizar un transporte de cocaína desde Valencia a Ibiza por parte de Hortensia , esposa de Amador quienes conjuntamente con el primero - Ezequias - organizaron y planearon el viaje para proveer de cocaína a éste en Ibiza. Dicha acusada llegó al aeropuerto de dicha ciudad el día 14 de Febrero de 2012 donde fue interceptada portando en el interior de la vagina un envoltorio de plástico con un peso total de 147,56 gramos de cocaína.

TERCERO.- Así pues de la prueba practicada han resultado probados los siguientes hechos:

1.- El acusado, Pedro Antonio , nacido el NUM028 -1987, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el día 3 al

5 de enero de 2012, durante el mes de diciembre de 2011 se dedicó en Ibiza a la venta de cocaína y cannabis sativa tipo resina a terceras personas. El día 3 Enero de 2012 se practicó una entrada y registro hallando en el interior de su domicilio, sito en la C/ DIRECCION001 nº NUM029 , NUM005 de San Antonio de Portmany (Ibiza), un trozo de cannabis sativa tipo resina con un peso total de 3,962 gramos, con una riqueza del 26,8 % y un valor en el mercado de 22,74 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas.

2.- El acusado, Pascual , nacido en Colombia el NUM030 -1969, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el día 12 de marzo de 2012 hasta el día 10 de julio de 2012, al menos durante el mes de diciembre de 2011 hasta el día de su detención se ha venido dedicando en Ibiza a la venta de cocaína a terceras personas. El día 13 de Marzo de 2012 se realizó una entrada y registro encontrando en el interior de su domicilio, sito en la C/ DIRECCION002 nº NUM031 , bloque NUM032 , NUM033 NUM005 de Ibiza, tres bolsitas de plástico con un peso total de 1,78 gramos de cocaína (un envoltorio con un peso de 0,337 gramos



con una riqueza del 17,2 % y dos a venta a terceras personas, así como cuatro balanzas de precisión y una bolsa de plástico recortada, utensilios destinados al pesaje y distribución en dosis de la droga incautada.

3.- El acusado, Ezequias , nacido en Colombia el NUM034 .1971, sin antecedentes penales y privado de libertad desde el día 23 de febrero de 2012 por los hechos que se relatarán, se ha dedicado a la distribución y venta de cocaína durante al menos los meses de enero y febrero de 2012 en la isla de Ibiza, suministrando y proveyendo de sustancias estupefacientes a los también acusados Claudio , Aurelio y Leoncio y a terceras personas tanto mediante el envío de "correos humanos" como mediante la entrega directa a compradores. El día 20- 02-2012 se practicó una entrada y registro en su domicilio ocupándose en el interior del mismo, sito en la AVENIDA000 n° NUM035 NUM002 NUM005 , NUM005 NUM036 de San Antonio de Portmany (Ibiza), dos teléfonos móviles, un papel manuscrito con anotaciones de nombres y cantidades así como un tubo de film transparente, utilizado para envolver las sustancias estupefacientes.

4.- Asimismo, la acusada Hortensia , nacida en Colombia el NUM037 -1975, sin antecedentes penales y privada de libertad desde el día 14 de febrero de 2012 hasta el día 29 de enero de 2013 por los hechos que se relatarán, fue interceptada en el aeropuerto de Ibiza a la salida del avión procedente de Valencia transportando oculto en el interior de su cuerpo un envoltorio de plástico con un peso total de 147,56 gramos de cocaína, con una riqueza media del 66,5 % y un valor en el mercado de 885 euros así como 97,68 gramos de sustancia de corte utilizada para el tratamiento y adulteración de la cocaína, transporte que realizaba por cuenta de los acusados, Ezequias y su esposo Amador , nacido en Colombia el NUM038 .1975 y privado de libertad los días 6 y 7 de marzo de 2012, siendo la intención de los mismos la introducción y distribución de la cocaína en Ibiza para su venta a terceros, ocupándose este último de las labores necesarias de preparación e intermediación de dicho correo humano.

5.- Los acusados, Claudio (" Cachas ") nacido en Rumania el NUM039 -1976, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el día 14 de marzo de 2012 hasta el 9 de octubre de 2012, Aurelio , (" Bigotes " o " Canoso y " Ganso "), nacido en Rumania el NUM040 -1976, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el día 14 de marzo de 2012 hasta el 8 de junio de 2012, y Leoncio , nacido en Rumania el NUM041 - 1976, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el día 15 de marzo de 2012 hasta el 24 de julio de 2012 durante al menos los meses de diciembre de 2011 a marzo de 2012, de común acuerdo, se han venido dedicando en Ibiza a la venta de sustancias estupefacientes a terceras personas que el acusado Ezequias les procuraba. Por Auto de fecha 15 de Marzo de 2012 se llevó a cabo una entrada y registro en el interior del domicilio del acusado Aurelio , sito en la C/ DIRECCION003 NUM042 , NUM005 , apartamento NUM043 , de San Antonio de Portmany (Ibiza), localizándose una bolsa con 24,385 gramos de cocaína, con una riqueza del 6,4 % y un valor en el mercado de 1.453 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, hallando asimismo dos balanzas de precisión y un rollo de alambre plastificado, utensilios utilizados para el pesaje y distribución en dosis de la droga incautada, así como una agenda con anotaciones de nombres y cantidades.

6.- El acusado, Roman , nacido el NUM044 -1984, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el día 4 de junio de 2012 hasta el 6 de noviembre de 2012, durante los meses de marzo a junio de 2012 se ha venido dedicando a la distribución y venta a terceras personas de sustancias estupefacientes en la isla de Ibiza, suministrando tales sustancias estupefacientes, entre otros, a los también acusados Claudio y Aurelio El día 4 de Junio de 2012 se autorizó la entrada y registro del domicilio de Cecilio , sito en C/ DIRECCION004 n° NUM031 , NUM045 NUM046 de Ibiza, hallando ocultos en el interior del tambor de la lavadora, cinco envoltorios con un peso total de 65,65 gramos de cocaína (un envoltorio con un peso de 10,088 gramos y con una riqueza del 17.2 % y cuatro envoltorios con un peso de 55,523 gramos con una riqueza del 25 %) y un valor en el mercado de 3.906 euros, y siete trozos de cannabis sativa tipo resina con un peso total de 486,54 gramos (cinco trozos con un peso de 389,56 gramos y una riqueza del 7,9 % y dos trozos con una peso de 2.335 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, ocupando asimismo hojas de libreta con anotaciones de nombres y cantidades, utensilios destinados al pesaje y distribución en dosis de la droga incautada tales como tres bolsas de plástico con recortes y un rollo vacío de cinta metálica, así como 820 euros, dinero procedente de la venta de droga a terceras personas.

7.- Los acusados, Mauricio (alias " Pulpo ", y " Rana ") nacido en Colombia el NUM047 .1979, sin antecedentes penales y privado de libertad desde el día 1 de abril de 2012 por los hechos que se relatarán, y Ildelfonso , nacido en Colombia el NUM048 .1980, sin antecedentes penales y privado de libertad desde el día 1 de abril de 2012 por los hechos que se relatarán, de común acuerdo, se ha venido dedicando a la distribución y venta de cocaína durante al menos los meses de febrero y marzo de 2012, suministrando dichas sustancias estupefacientes a los también acusados Ezequias en la isla de Ibiza, quien la suministraba a terceras personas, así como a Julián e Dionisio en El Campello (Alicante) a Eusebio en la provincia de Toledo, a Florian en la provincia de Ciudad Real y a Cristobal en Zaragoza, quienes la vendían al menudeo a terceras personas. Por Auto de fecha



2-04-2012 se autorizó la entrada y registro en el domicilio de Mauricio , que se llevó a cabo el día siguiente, sito en la CI DIRECCION005 n° NUM049 , puerta NUM050 de Almoradí (Alicante), encontrando varias hojas manuscritas con anotaciones de nombres y cantidades, una balanza de precisión así como dos botes con un peso total de 1.776 gramos de sustancia de corte utilizada para el tratamiento y adulteración de la cocaína.

8.- Los acusados, Julián , nacido el NUM051 - 1964, e Dionisio nacido el NUM052 -1969, ambos sin antecedentes penales y privados de libertad desde el día 2 al 4 de abril de 2012 por los hechos que se relatarán, de común acuerdo, durante al menos los meses de febrero y marzo de 2012 se han venido dedicando en la provincia de Alicante a la venta al menudeo de cocaína que les procuraban los también acusados Mauricio " Pulpo ", " Rana ", y Ildefonso , de tal forma que:

- El día 2 de Abril de 2012 se registró el domicilio del acusado Julián , sito en C/ DIRECCION006 n° NUM049 , NUM000 NUM006 de EL Campello (Alicante) hallando cuatro bolsitas de plástico con un peso total de 6,854 gramos de cocaína, con una riqueza del 27,4 % y un valor en el mercado de 408 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, ocupando asimismo utensilios utilizados para el pesaje y distribución en dosis de la droga incautada tales como dos balanzas de precisión y un alambre verde, así como 150 euros, dinero procedente de la venta de droga a terceras personas.

- El día 2 de Abril de 2012 se registró el domicilio del acusado Dionisio sito en la PLAZA000 n° NUM053 , NUM001 NUM054 de El Campello (Alicante) donde se encontraron: dos bolsas de plástico conteniendo un peso total de 35,048 gramos de cocaína, con una riqueza del 28,9 % y un valor en el mercado de 2.089 euros y un comprimido de MDMA con un peso total de 0,323 gramos, una riqueza del 38,8 % y un valor en el mercado de 10,38 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, ocupando asimismo utensilios utilizados para el pesaje y distribución en dosis de la droga incautada tales como una balanza de precisión y recortes de plástico y bolsitas de autocierre así como 750 euros, dinero procedente de la venta de droga a terceras personas.

9.- El acusado, Florian , nacido el NUM055 - 199 1, sin antecedentes penales y privado de libertad el día 4 de abril de 2012 por los hechos que se relatarán, durante los meses de febrero y marzo de 2012 se ha venido dedicando en la provincia de Ciudad Real a la venta al menudeo de cocaína que le procuraban los también acusados Mauricio (" Pulpo ", " Rana ") , y Ildefonso . El día 2 de Abril de 2012 se practicó una entrada y registro en el domicilio de Florian sito en la c/ DIRECCION007 n° NUM056 , NUM005 NUM057 de Pedro Muñoz (Ciudad Real), donde se halló un envoltorio de plástico conteniendo 19,96 gramos de cocaína, con una riqueza del 16,5 % y un valor en el mercado de 1.190 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes a la venta a terceras personas, ocupando asimismo una bolsa de plástico con 6,22 gramos de sustancia de corte utilizada para el tratamiento y adulteración de la cocaína y utensilios destinados al pesaje y distribución en dosis de la droga incautada tales como una balanza de precisión, bolsas de autocierre y recortes de plástico.

10.-El acusado, Eusebio nacido el NUM058 - 1986, sin antecedentes penales y privado de libertad los días 4 y 5 de abril de 2012 por los hechos que se relatarán, durante el al menos el mes marzo de 2012 se ha venido dedicando en la provincia de Toledo a la venta al menudeo de cocaína que le procuraban los también acusados Mauricio , " Pulpo ", " Rana ", y Ildefonso . El día 4 de Abril de 2012 se llevó a cabo una entrada y registro en el domicilio de Eusebio sito en la C/ DIRECCION008 NUM059 de Afojrn (Toledo), donde se encontraron varias hojas manuscritas con anotaciones de nombres y cantidades.

11.-El acusado, Cristobal , nacido el NUM060 - 1970, sin antecedentes penales y privado de libertad el día 4 de abril de 2012 por los hechos que se relatarán, durante al menos el mes de marzo de 2012 se ha venido dedicando en la provincia de Zaragoza a la venta al menudeo de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas que le procuraban los también acusados Mauricio (" Pulpo ", " Rana ") y Ildefonso . El día 4 de Abril se registro el domicilio de Cristobal sito en la c/ DIRECCION009 n° NUM061 , piso NUM001 NUM062 de Zaragoza, donde se hallaron dos envoltorios de plástico con un peso total de 50,15 gramos de anfetamina (un envoltorio con un peso total de 48,83 gramos y con una riqueza del 10,42 % y un envoltorio con un peso total de 1,32 gramos y una riqueza del 64,75 %) y un valor en el mercado de 1.339 euros, y dos envoltorios de cannabis sativa tipo hierba con un peso total de 15,61 gramos (un envoltorio con un peso total de 7,35 gramos y con una riqueza del 1,9 % y un envoltorio con un peso total de 8,26 gramos y una riqueza del 13,37 %) y un valor en el mercado de 143 euros, siendo la intención del acusado destinar dichas sustancias estupefacientes y psicotrópicas a la venta a terceras personas, ocupando asimismo utensilios destinados al pesaje y distribución en dosis de la droga incautada tales como una bridas de sujeción, leva de jardinería para la sujeción de los recortes de bolsas, dos balanzas de precisión, bolsas de autocierre y recortes de plástico, así como 1.700 euros, dinero procedente de la venta de droga a terceras personas.



CUARTO.- Ha quedado probado que los acusados eran consumidores de sustancias estupefacientes, principalmente cocaína sin que conste suficientemente acreditado que en el momento de cometer los hechos tuvieran sus facultades volitivas e intelectivas mermadas o disminuidas a consecuencia de dicho consumo.

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

"1.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Ezequias como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: SEIS (6) AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 1.770EUROS; pago de 1/16 costas procesales causadas.

2.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Ildefonso como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: SEIS AÑOS (6) DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de 1/16 de las costas procesales causadas.

3.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Mauricio como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: SEIS AÑOS (6) DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; pago de 1/16 de las costas procesales causadas.

4.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Pedro Antonio como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 45,48EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de un día en caso de impago; pago de 1/16 de las costas procesales causadas.

5.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Hortensia como autora responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas:

CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 1.770 EUROS con 17 días- de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex art. 53. 2 del Código Penal; pago de 1/16 de las costas procesales causadas.

6.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Amador como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal,

y le imponemos las siguientes penas: las penas de CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE

1.770 EUROS con 17 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex art. 53. 2 del Código Penal; pago de 1/16 de las costas procesales causadas .

7.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Pascual como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 212EUROS con 2 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex art. 53. 2 del Código Penal; pago de 1/16 de las costas procesales causadas.

8.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Aurelio como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 2.906EUROS con 20 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex art. 53.2 del Código Penal; pago de 1/16 de las costas procesales camadas .

9.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Leoncio como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia



modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 2.906EUROS con 20 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex *art. 53.2 del Código Penal* ; *pago de 1/16 de las costas procesales causadas*.

10.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Claudio como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 2.906EUROS con 20 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex *art. 53.2 del Código Penal* ; *pago de 1/16 de las costas procesales causadas*.

11.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Julián como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 816EUROS con 8 días de responsabilidad personal subsidiaria ex *art. 53. 2 del Código Penal en caso impago*; *pago de 1/16 de las costas procesales causadas*.

12.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Dionisio como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho desufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de 4.180EUROS con 40 días de responsabilidad personal subsidiaria ex *art. 53.2 del Código Penal en caso impago* ; *pago de 1/16 de las costas procesales causadas* .

13.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Florian como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 2.380EUROS con 20 días de responsabilidad personal subsidiaria ex *art. 53. 2 del Código Penal en caso impago*; *pago de 1/16 de las costas procesales causadas*.

14.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Roman como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definida, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 12.482EUROS con 40 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago ex *art. 53. 2 del Código Penal* .

15.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Cristobal como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: CUATRO (4) AÑOS DE PRISIÓN, con accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 2.964 EUROS con 20 días de responsabilidad personal subsidiaria ex *art.53.2 del Código Penal en caso impago*; *pago de 1/16 de las costas procesales causadas*.

16.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Eusebio como autor responsable de un delito contra la salud pública, modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, ya definido, sin la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y le imponemos las siguientes penas: TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN, con accesorio de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; *pago de 1/16 de las costas procesales causadas*.

Se decreta el comiso y destrucción de instrumentos y sustancia estupefaciente intervenida. Y el comiso de los efectos y dinero intervenidos a los que se dará el destino legal.

Para el cumplimiento de las penas impuestas será de abono a cada acusado el tiempo durante el cual hayan estado preventivamente privados de libertad por razón de esta causa".

3 .- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon sendos recursos de casación contra la mencionada sentencia, por la representación de los condenados, que se tuvo por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.



4.- La representación procesal de los recurrentes, Leoncio Aurelio y Claudio , basa sus recursos de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial , al haberse vulnerado el art. 18 , 24.1 y 24.2 de la Constitución Española .

Segundo.- Por quebrantamiento de forma, al denegarse por el médico forense la realización de análisis de orina a mis representados, como fundamento en su caso para la atenuante de toxicomanía o el tipo atenuado del 368.2 del Código Penal de Toxicofrenia, y al no poder realizar mi representado el Sr. Aurelio , contraanálisis de la sustancia intervenida en su domicilio, al haberse infringido el art. 850.1º y 3º L.E.Crim .

Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse infringido el art. 376 en relación con el art. 368 y 369 del CP y del art. 532 Lecrim .

5.- La representación procesal del recurrente Ezequias , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por vulneración de derechos fundamentales amparados por la Constitución Española, en aplicación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Lecrim , indebida aplicación del artículo 368 del CP en relación con el art. 66 del CP .

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la Lecrim , por vulneración de lo dispuesto en el art. 21.2º en relación con los arts. 20.2 y 66.1.2º todos ellos del CP , por inaplicación de la atenuante muy cualificada o en su caso atenuante análoga de actuar mi mandante bajo los efectos de drogas tóxicas.

Cuarto.- Por infracción de ley al existir error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2º de la Lecrim , designándose los particulares de los documentos en los que se muestra el error en la apreciación de la pruebas como dispone el art. 855 de la Lecrim .

6.- La representación procesal del recurrente Ildefonso , basa su recurso de casación en el siguiente motivo: Primero.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 5.4 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 de la Constitución Española y del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española , considerando que las intervenciones telefónicas son absolutamente nulas y deben ser expulsadas del acervo probatorio.

7.- La representación procesal de Mauricio , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del artículo 18 de la Constitución Española , en relación con el artículo 24 del mismo texto normativo y con el artículo 579 de la Lecrim ., interesando la nulidad de toda la prueba producida en relación con la intervención de las comunicaciones telefónicas, conforme a los artículos 11.1 y 238.3 de la LOPJ .

Segundo.- Subsidiariamente, por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la pena impuesta de seis años de prisión, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a la fundamentación de la sentencia y con la perspectiva de la proporcionalidad de las penas.

8.- La representación procesal del recurrente Roman , basa su recurso de casación en un único motivo: Al amparo del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración de los artículos 18 y 24 de la Constitución Española .

9.- La representación procesal del recurrente Eusebio , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Se interpone al amparo del artículo 24 párrafo 2º de la Constitución , esto es, por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, precepto que ha de ponerse en íntima relación con lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional. Se interpone al amparo del artículo 24 párrafo 2º de la Constitución , esto es, por vulneración a un proceso con todas las garantías, precepto que ha de ponerse en íntima relación con lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional. Se interpone al amparo del artículo 24 párrafo 2º de la Constitución , esto es, por vulneración a un proceso con todas las garantías, precepto que ha de ponerse en íntima relación con lo dispuesto en el artículo 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal .

Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al entender de esta parte ha existido error en la apreciación de la prueba.

Quinto.- Renuncia al motivo quinto de nuestro escrito de preparación del recurso de casación.



Sexto.- (señalado como noveno en el escrito de preparación). Por quebrantamiento de forma. Se interpone al amparo de lo dispuesto en el art. 851.3º Lecrim . , al entender que en la sentencia no se resuelven todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa. Este punto se pone en relación con la infracción de Ley del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del art. 368.2 del Código Penal .

10.- La representación procesal del recurrente Hortensia , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 852 de la Lecrim , por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 y 120 de la Constitución Española , a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 Constitución Española y del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 Constitución Española .

Segundo.- Al amparo del art. 849.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley por inaplicación indebida de los arts. 368, 20 21 y 66 del Código Penal .

Tercero.-Al amparo del art. 849.2º de la Lecrim . por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que evidencian la equivocación del Tribunal.

Cuarto.- Al amparo del art. 851.1 y 3 de la Lecrim ., por quebrantamiento de forma derivado de la falta de claridad de los hechos probados y de la existencia de contradicción entre los mismos.

11.- La representación procesal del recurrente Pedro Antonio , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 Lecrim , por vulneración del artículo 18.1 de la CE ., derecho fundamental a la intimidad y el artículo 18.3 de la Constitución Española , vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 Lecrim , por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.1 de la Constitución Española , llicitud de la prueba en que se funda la condena.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 Lecrim ., por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24-1 de la Constitución Española .

Cuarto.-Por infracción de Ley con cauce en el numero 1 del art. 849 de la Lecrim .: Por indebida inaplicación del apartado segundo del art. 368 del Código penal : Escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable.

Quinto.- Por infracción de Ley por errónea aplicación, ex art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , del art. 66 del Código Penal .

12.- La representación procesal del recurrente Cristobal , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Se desiste del primer motivo anunciado. Segundo.-Al amparo del art.849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al entender que existe infracción del artículo 368 del Código Penal . Tercero.- Al igual que se ha manifestado respecto del primer motivo y por idénticas razones, esta parte desiste del mismo.

13.- La representación procesal del recurrente Amador , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Lecrim ., al infringir la Sala de instancia el derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución .

14.- La representación procesal del recurrente Dionisio , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de precepto Constitucional, y en concreto infracción del art. 183 de la Carta Magna , respecto a la garantía en el secreto de las comunicaciones y, en especial a las postales, telegráficas y telefónicas; al haberse incorporado al procedimiento presuntas pruebas de culpabilidad de mi lindante, obtenidas con violación del derecho fundamental invocado, y haber surtido en efecto en juicio pruebas que fueron obtenidas violando el precepto constitucional invocado; vulnerando así lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ .

Segundo.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 5.4 LOPJ , por vulneración de derechos fundamentales, reconocidos en el art. 18.2 CE , por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Tercero.- Al amparo de lo preceptuado en el art. 5.4 LOPJ , por vulneración de derechos fundamentales, reconocidos en el art. 24 CE , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al juez predeterminado por la ley. Así mismo, se produce vulneración del art. 24 CE , respecto al derecho a la presunción de inocencia.

Cuarto.- Por vulneración de derechos fundamentales reconocidos a mi mandante en la Constitución Española, y relativo a los derechos reconocidos en el art. 25 CE , respecto a la vulneración del principio de legalidad en su



vertiente de tipicidad; así mismo, respecto de la vulneración del art. 25 CE , respecto al principio de tipicidad, en su vertiente de proporcionalidad, al no ser la pena impuesta proporcional a los hechos de que se trata.

Se renuncia a la formulación de este recurso, puesto que será articulado en el ordinal sexto de nuestro y preparación del presente recurso de casación.

Quinto.-Por quebrantamiento de forma, al no expresarse en la sentencia clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados, y consignándose como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo. Se renuncia a la formulación de este recurso.

Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 Lecrim ., por indebida aplicación de los arts. 368.1 Código Penal .

Séptimo.- Por infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849.1 LECR ., por no aplicación del art. 368-2º CP .

Octavo.-Por infracción de Ley y doctrina legal, por no aplicación de la atenuante establecida en el art. 21.2 del CP ., en relación con el art. 20.2 del CP . Se renuncia al presente motivo de recurso.

Noveno.- Por infracción de ley y doctrina legal, por no aplicación del art. 21.7 del CP , en relación con la atenuante de drogadicción del art. 20.2 del Código Penal . Se renuncia al presente motivo de recurso.

15.- La representación procesal del recurrente Florian , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española conforme autoriza el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a lo establecido en el artículo 852 de la Lecrim .

Segundo.- Al amparo del art. 4 de la LOPJ y del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley en relación con el art. 852 del mismo cuerpo legal , por vulneración del derecho fundamental del art. 24 de la Constitución Española por haberse desestimado en dicha sentencia la cuestión previa planteada respecto a la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución , debido a la nulidad de la intervenciones telefónicas.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa del art. 24.2 de la Constitución Española .

Cuarto.- Se renuncia.

Quinto.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Lecrim , por aplicación indebida del art. 368 del Código Penal .

Sexto.- Con carácter subsidiario se interpone recurso de casación por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación de los arts. 21 y 66 atenuante de drogadicción y reglas penológicas) ambos del Código Penal .

16.- La representación procesal del recurrente Julián , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, por la ilegalidad de las pruebas obtenidas a raíz de las intervenciones decretadas, por vulneración directa y relevante del derecho fundamental amparado en el apartado 3 del artículo 18 de la Constitución relativa al secreto de las comunicaciones, afectando al derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el artículo 24.2 de la Carta Magna .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 24.1 de la Constitución Española , por ruptura de la cadena de custodia.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española y del principio "in dubio pro reo".

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación de los artículos 369, párrafo 2º y 21.2 del Código Penal .

17.- La representación procesal del recurrente Pascual , basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 Lecrim . en relación con el artículo 18.3 del C.E .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 Lecrim en relación con el art. 24.2 del CE .



Tercero.- Al amparo del artículo 852 de la Lecrim . y del artículo 5.4 de la LOPJ , vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del artículo 849 de la Lecrim , por inaplicación debida del artículo 368, segundo párrafo.

18.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicita su inadmisión, impugnándolos y subsidiariamente su desestimación. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

19.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 6 de octubre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Todos los afectados por la sentencia dictada en esta causa han planteado, en el primero de los motivos de sus recursos, la denuncia de vulneración por el instructor del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18,3º CE), por la ausencia -se dice- de indicios inculpativos en el oficio de la Guardia Civil, de fecha 25 de noviembre de 2011 (folio 2 ss. de la causa), que dio lugar a la intervención de las producidas a través del teléfono de Pablo , mediante auto de 28 del siguiente día y, luego, como consecuencia, a todas las demás que constan; reprochando a la Audiencia que no haya acogido esta objeción, cuando fue formulada en el trámite de cuestiones previas.

El examen de las actuaciones pone de manifiesto que, en efecto, estas se iniciaron en virtud de la solicitud de esa injerencia, a la que se dio lugar del modo que acaba de decirse. Y el tenor de las objeciones a las que se acaba de aludir, obliga, con carácter previo a toda otra consideración, a entrar en el estudio de la forma en que aquella se produjo, y a valorar los efectos que debieran seguirse de este examen, en la resolución de los recursos.

En concreto, el tenor de los motivos señalados, hace imprescindible verificar si la decisión de practicar tal interceptación se adecuó al paradigma constitucional, según aparece recogido en bien conocida jurisprudencia de esta sala, que se hace eco de otra, asimismo notoria, del Tribunal Constitucional (entre muchas, SSTS 448/2014, de 25 de mayo , 73/2014, de 12 de febrero y 71/2013, de 29 de enero).

Conforme al estándar recabable de tales resoluciones -dicho de forma sintética- la decisión acerca de la legitimidad de una medida como la de que aquí se trata, impone un primer juicio sobre su proporcionalidad, esto es, dirigido a comprobar si con ella se persiguió un propósito constitucionalmente lícito y capaz de justificarla. Después, habrá que verificar si el sacrificio del derecho fundamental concernido era realmente necesario para conseguir ese fin, a tenor de los datos ofrecidos a la consideración del instructor.

A esto ha de añadirse que la legitimidad de la medida queda también condicionada a que se produzca la necesaria expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención (investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos) cuanto de la necesidad y adecuación de la misma (razones y finalidad perseguida).

En el caso de este recurso, es patente que el fin invocado, la obtención de datos en la investigación y persecución de una conducta lesiva para la salud pública y conminada por el Código Penal con una pena grave, es, en sí mismo y en abstracto, constitucionalmente legítimo. Con lo que tal estimación trae a primer plano la exigencia de valorar si la medida fue ciertamente necesaria en el caso concreto para la consecución de aquel objetivo.

En esta segunda verificación, hay que comprobar ahora si realmente la información policial ofrecida al Juzgado contenía datos sugestivos de que la actividad en cuestión podría ajustarse a las previsiones del art. 368 Cpenal y concordantes; y si esos datos, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella del denunciado.

Aquí, decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, esto es, verbalizables o comunicables con la concreción imprescindible para que una afirmación relativa a hechos

Pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad.

La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez de Instrucción, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquel al titular de la línea. El Tribunal Constitucional ha señalado que la autorización judicial ha de ser "específica", es decir, debe "atender a las circunstancias concretas", y tiene que ser también "razonada".



La verificación de si el proceder policial y judicial en cuestión se ajusta o no a esos parámetros, impone llevar a cabo un análisis del contenido del oficio de referencia, según el modo de proceder que prescribe el Tribunal Constitucional (entre otras en STC 299/2000, particularmente expresiva al respecto) -y antes aún, la más obvia pauta del operar racional- que hace que, en casos como el presente, el análisis de las aportaciones policiales tenga que operar, analíticamente, en tres planos de discurso. Son los relativos:

a) Al carácter posiblemente *delictivo* de la conducta.

b) A la calidad de los *indicios* sugestivos de que este podría hallarse en curso de preparación o de ejecución por determinadas personas. c) A la calidad también de la *actividad investigadora* que hubiera conducido a la obtención de estos datos.

A partir de esta triple distinción, lo que se diga en a) resultará atendible si y sólo si tiene razonable apoyo empírico en el contenido de b); y siempre que este goce de plausibilidad bastante como resultado predicable de las diligencias de averiguación relacionadas en c).

Es bien claro que se trata de actuaciones preliminares; y que, dado el momento, no cabe exigir *pruebas* (como tantas veces innecesariamente se dice). Pero también resulta inobjetable que, por la gravedad de las injerencias, lo que hay que ofrecer al juzgado es una sospecha de delito con apoyo en *datos* de cierta objetividad, esto es, no importa insistir, intersubjetivamente comunicables y tratables, y bien obtenidos, que es lo que hace jurídico-constitucionalmente hábil a la que resulte, como *hipótesis de trabajo*.

Ya, en fin, en ese modo de operar, habrá que distinguir (con un criterio que ha subrayado el Tribunal Constitucional) entre "el dato objetivo" y el "delito" de cuya existencia el primero sería indicio; por la razón de que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito". De ahí que "el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa". O dicho de otro modo, lo que tendría que ser acreditado no puede ser usado con la pretensión de acreditar, sin incurrir en una burda tautología.

Del examen del atestado de 25 de noviembre de 2011 resulta que los indicios de delito relativos a Pablo ofrecidos al juzgado por la Guardia Civil, son los siguientes:

- un confidente lo señala como traficante de cocaína;
- utiliza una furgoneta Mercedes, modelo Vito, de matrícula AC-...., de la que es titular su esposa o conviviente;
- fue detenido una vez en 2007 y cuenta con un antecedente policial por ese motivo;
- tiene una motocicleta de alta cilindrada y una *scooter*;
- en noviembre de 2011 alquiló un auto durante quince días, por el que pagó 212,29 euros;
- tiene mujer y tres hijos de corta edad;
- no desarrolla ninguna actividad laboral reglamentada, ni recibe ningún tipo de ayuda, subsidio o pensión;
- ha cambiado cuatro veces de domicilio en cuatro años;
- se ha detectado la afluencia de conocidos toxicómanos y vendedores de sustancias estupefacientes al menudeo. al edificio en el que reside.

Entrando en el detalle de estas informaciones, resulta, en primer término, que el señalamiento por el confidente, obviamente, no oído en la causa, si pudo ser legítimo estímulo de una investigación, lo cierto es que aquí no tiene mayor alcance: es un no-dato.

El uso de una furgoneta no es en sí mismo, especialmente indicativo, ni siquiera de un particular bienestar o de una relevante fuente de ingresos, sobre todo si, como sucede, y se apunta en uno de los recursos, las características de la matrícula acreditan una antigüedad del vehículo de en torno a catorce años.

Es llamativa la falta de concreción que aqueja al dato de las motocicletas, con lo fácil que hubiera sido aportar sus características y, a partir de la matrícula, saber incluso de su titular: una información policial de este tenor es, realmente, una ausencia de información.

En lo que hace al coche alquilado, resulta sugestivo que el aserto inicial sea: "alquila y utiliza vehículos para sus desplazamientos, habiéndolo visto en numerosas ocasiones subiendo, bajando y conduciendo el vehículo". Lo que, evidentemente, es una forma de decir: todas las veces que -contando con una vigilancia intensiva, de la que no hay constancia- pudieron caber en los quince días del alquiler de ese único auto, pero no más.



La existencia de un antecedente policial que no haya dado lugar a un asiento en el registro de sentencias condenatorias, puede muy bien ser expresiva de una intervención de aquel carácter carente de serio fundamento, debida a hechos que no merecieron adquirir un estatuto judicial.

La falta de ejercicio de una actividad laboral reglamentada es un indicador, que, lamentablemente, en la España de estos años, podría predicarse de millones de ciudadanos, y por sí mismo no dice nada. En efecto, aunque solo sea porque, es notorio, hay también millones de personas que, con cónyuge e hijos, obtienen algún recurso en el mercado de trabajo informal.

Los cambios de domicilio -a los que uno de los recurrentes objeta que, a lo sumo, habrían sido tres, porque se computa como uno la estancia en la vivienda donde se produjo la detención aludida, que, en ese momento no sería la de Pablo - salvo que hubieran sido llamativamente a mucho mejor, lo que no consta, constituyen un signo ambiguo, que, además, muy bien podría ser de precariedad económica.

En fin, qué decir de la afluencia de (supuestos) compradores y vendedores de drogas a un bloque de viviendas. Primero, que es un dato que por la total imprecisión, carece del mínimo rigor exigible para figurar en una información al juzgado, porque: ¿cuántos?, ¿quiénes?, ¿a cuál de aquellas acudían? En segundo término, que el interés en no desvelar la existencia de la vigilancia -tendría que saberlo mejor el autor del informe- es perfectamente compatible con la intervención sobre algunos sospechosos a cierta distancia de inmueble bajo control, como tantas veces se hace.

Pues bien, lo que resulta de este examen es que los ofrecidos como indicios fiables no tienen este carácter. En efecto, pues tomado cada uno en su individualidad, como se ha visto no indica nada en términos de experiencia, por su extraordinaria ambigüedad y su apertura a diversas interpretaciones. Esto, cuando se sabe bien que la adición de factores de esta índole no incrementa la calidad informativa de partida de los sumandos ni del conjunto. Porque después, como antes de la suma, un mal indicador sigue siendo el mismo mal indicador, de manera que la puesta en relación de varios de tal clase no hace, no ya uno bueno, sino ni siquiera uno regular.

Así las cosas, atendiendo a las indicaciones de método antes apuntadas, resulta que -en una perspectiva *ex ante*, la única en que aquí está permitido situarse- la puesta a cargo de Pablo de una posible actividad delictiva careció de fundamento; y la falta de consistencia de los datos aportados obliga a cuestionar la calidad de la actividad investigadora de soporte.

En la sentencia de instancia se lee que fue "a consecuencia de estas investigaciones [sobre Pablo] y de las intervenciones telefónicas" que siguieron, como llegó a saberse de los demás implicados en los hechos de la causa. Y también el modo como "se tuvo conocimiento de que se iba a realizar un transporte de cocaína desde Valencia" (los 147,56 gramos, con una riqueza del 65%, incautados en poder de Hortensia, que los transportaba en el interior de la vagina).

La sala de instancia hace constar asimismo: "respecto de cada uno de los acusados, entendemos acreditada la participación en los hechos tal como han sido declarados probados, considerando prueba totalmente inculpatoria y de cargo el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas a los acusados debidamente introducidas y audicionadas en el acto del juicio oral, junto a las declaraciones testificales, así como el resultado de las entradas y registros".

De estas citas resulta, pues, con claridad meridiana que todas las aportaciones probatorias relevantes para las condenas producidas en la causa tiene como fuente original, prácticamente exclusiva, lo obtenido a través de las escuchas; trasladado con pormenor al cuerpo de la sentencia.

Así las cosas, si -como resulta debido por imperativo del art. 11,1º LOPJ - los datos de esa procedencia se destierran del discurso probatorio, es claro que faltó base para tener por confirmadas las vagas y endebles sospechas iniciales y, en consecuencia, también para acceder válidamente al conocimiento, a través del teléfono, de las actividades de los implicados en la causa (incluso de la misma existencia de algunos de ellos). Prescindiendo, como es obligado, del resultado de tales injerencias, ni antes ni después de ellas habría nada legalmente valorable como prueba de cargo. Y tampoco susceptible de ser utilizado lícitamente como premisa de un razonamiento que pudiera conducir a la obtención de alguna información de calidad, de cierta eficacia inculpatoria.

En fin, lo hasta aquí razonado lleva, pues, a la consecuencia de que en este caso -por la total ausencia de una prueba de cargo lícitamente adquirida- no puede entenderse legítimamente destruida la presunción de inocencia de los acusados, de ahí que deba estimarse el motivo relativo a la vulneración del derecho fundamental del art. 18,3 CE, presente como se ha dicho en todos los recursos planteados.

Segundo. La estimación de estos motivos de impugnación, hace innecesario entrar en el examen de los restantes.



III. FALLO

Estimamos los recursos de casación interpuestos por las representaciones de Leoncio , Aurelio , Claudio , Ezequias , Ildefonso , Mauricio , Roman , Eusebio , Hortensia , Pedro Antonio , Cristobal , Amador , Dionisio , Florian , Julián , y Pascual , contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 7 de mayo de 2014, en el Procedimiento Abreviado nº 73/2013, dictada en la causa seguida por delito contra la salud pública, y en consecuencia anulamos esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta. Declarando de oficio las costas de estos recursos

Comuníquese ambas resoluciones a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Luciano Varela Castro

Ana María Ferrer García Perfecto Andrés Ibáñez

1787/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 06/10/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 591/2015

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Luciano Varela Castro

Dª. Ana María Ferrer García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil quince. En la causa numero 73/2013, con origen en las diligencias de previas numero

4839/11 con número de procedimiento abreviado 15/2013, procedente del

Juzgado de Instrucción numero 4 de Ibiza, seguida por delito seguido contra la salud pública contra Leoncio , Aurelio , Claudio , Ezequias , Ildefonso , Mauricio , Roman , Eusebio , Hortensia , Pedro Antonio , Cristobal , Amador , Dionisio , Florian , Julián , y Pascual ; la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia de fecha 7 de mayo de 2014 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

El art. 142,2º Lecrim exige que en las sentencias se haga "declaración expresa y terminante de los [hechos] que se estimen probados". Lo que, claramente, presupone que tal declaración haya estado precedida de la existencia del resultado de una actividad probatoria, fundadamente estimada por el tribunal sentenciador



como de cargo. Esto es, la expresión legal transcrita condiciona, como no podía ser de otro modo, la afirmación de ciertos hechos como probados a su previa acreditación mediante la prueba.

Tal modo de entender el citado texto guarda plena relación de coherencia con lo que prescribe el art. 248,3º LOPJ, cuando se refiere a la forma de las sentencias, para señalar que deberán contener "hechos probados, en su caso". Esto es, en el de que, el resultado del juicio imponga acoger como realmente producida una hipótesis fáctica susceptible de subsunción en un precepto legal.

En efecto, cuando se habla de hechos con referencia a una sentencia judicial -de cualquier orden- es porque cabe considerar acreditado un supuesto al que alguna previsión normativa anuda determinadas

consecuencias jurídicas. Lo que no sucederá si la ausencia de ese supuesto jurídicamente relevante es total, como ocurre en ciertos casos de graves ilicitudes probatorias o de crisis esencial de la prueba de cargo, tratándose del proceso penal.

Al respecto, esta sala ha declarado (sentencias de 17 de noviembre de 1996, 16 y 17 de abril de 2001) que "si ninguna prueba de las producidas por la acusación puede ser valorada, es evidente que no es posible establecer, ni siquiera de manera hipotética, hechos probados. Consecuentemente, el art. 851,2º Lecrim, así como el art. 142,2º de la misma ley, no son aplicables a los casos en las pruebas producidas en el proceso no pueden ser valoradas como tales en razón de lo dispuesto en el art. 11 LOPJ". Que es lo sucedido en este caso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La ausencia de unos hechos probados susceptibles de ser puestos a cargo de los recurrentes y calificables como constitutivos de delito, que resulta de la sentencia de casación, obliga a dictar una absolutoria para todos aquellos.

III. FALLO

Se absuelve libremente a Leoncio, Aurelio, Claudio, Ezequias, Ildefonso, Mauricio, Roman, Eusebio, Hortensia, Pedro Antonio, Cristobal, Amador, Dionisio,

Florian, Julián, y Pascual, del delito contra la salud pública, del que habían sido acusados y condenados por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera en su sentencia de fecha 7 de mayo de 2014, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro

Ana María Ferrer García Perfecto Andrés Ibáñez

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