



Roj: **STS 1912/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1912**

Id Cendoj: **28079120012018100249**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2018**

Nº de Recurso: **941/2017**

Nº de Resolución: **216/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 941/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 216/2018

Excmos. Sres.

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 8 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Jesus Bruno , D. Marcos Javier , D. David Torcuato , D. Horacio David , D. Maximino Hipolito , D. Nazario Santiago y D. Porfirio Saturnino , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Primera, que les condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por el/la Procurador/a Sr. Pérez de Rada González de Castejón respecto del acusado Jesus Bruno ; Sra. Bellón Marín respecto del acusado Marcos Javier ; Sra. Borrero Canelo respecto del acusado David Torcuato ; Sr. Hervás Tebar respecto de los acusados Horacio David , Maximino Hipolito y Nazario Santiago y Sra. De Zulueta Luchisinger respecto del acusado Porfirio Saturnino .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Huelva incoó Procedimiento Abreviado con el nº 53 de 2015 contra Jesus Bruno , Marcos Javier , David Torcuato , Horacio David , Maximino Hipolito , Nazario Santiago , Porfirio Saturnino y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Primera, que con fecha 26 de enero de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:



"Primero.- Que los acusados Jesus Bruno , mayor de edad y sin antecedentes penales; Horacio David mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 19 de Marzo de 2012 como autor de un delito de tráfico de drogas, sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial en la causa nº 2/12 y pena cuya ejecución se halla en suspenso por auto notificado al reo el día 30 de Septiembre de 2013, por un periodo de 2 años; Porfirio Saturnino , mayor edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; David Torcuato mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Marcos Javier mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se concertaron durante al menos los meses de Septiembre de 2014 a Febrero de 2015 para el transporte de cocaína desde Sevilla hasta esta Ciudad para su posterior preparación y venta a terceras personas. Para tal fin y coordinados por Jesus Bruno disponían de un inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 de esta Capital destinado a almacén de la cocaína y a su preparación para la venta que constituía un auténtico laboratorio pues contaba con todos los medios materiales necesarios para esta labor, y constituía además lugar adecuado para ocultar las ganancias obtenidas y desarrollar una auténtica contabilidad oculta. En este entramado Jesus Bruno era el encargado de reunir el dinero necesario para la adquisición de la cocaína en cuya labor participaba también el acusado Horacio David ; el acusado Marcos Javier era el proveedor habitual desde Sevilla de la citada sustancia que entregaba al acusado David Torcuato quien se encargaba materialmente de trasladar la droga, en ocasiones en vehículos proporcionados por el propio Marcos Javier , desde dicha localidad hasta el citado inmuebles donde era manipulada y preparada para la venta por el acusado Porfirio Saturnino . Una vez preparada la droga era distribuida para su venta por los acusados Horacio David y Porfirio Saturnino . Segundo.- Dicha droga fue adquirida entre otros por los acusados Maximino Hipolito , mayor de edad y sin antecedentes penales quien a su vez procedía a su venta a terceras personas; Nazario Santiago mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 27 de Mayo de 2009 como autor de un delito de tráfico de drogas, sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial en la causa nº 30/2008 y pena cuya ejecución se halla en suspenso en virtud de auto notificado al reo el día 5 de Octubre de 2010, por un periodo de Cinco años, quien vendía no solo a consumidores en la localidad de Almonte sino también al acusado Leticia Inmaculada , mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual a su vez manipulaba esa droga que recibía del anterior y procedía de nuevo a su venta en la ciudad de Pilas. Tercero.- El día 3 de Febrero de 2015 se practicaron diligencias de entrada y registro en los siguientes inmuebles sitios en esta provincia. a.- En el denominado "laboratorio" sito en la CALLE000 nº NUM000 , NUM002 de esta ciudad en el que se intervinieron En el interior de dicho inmueble fueron intervenidos un calefactor, cuatro balanzas de precisión, un cúter, una caja de recambios de cuchillas para el cúter, tres paletas de corte, una cuchara pequeña, un martillo, bolsas de plástico blancas, un pulverizador, 6 paquetes de bridas, un bote de éter y varios botes cerrados, efectos empleados todos ellos en la actividad ilícita descrita, así como un paquete postal dentro del que había varios botes de un kilogramos de peso cada uno de ellos y conteniendo sustancia de corte, en concreto cafeína 2 kilogramos, fenacetina, 2 kilogramos, y lolidocaína clorhidrato, 2 kilogramos. También se recogieron en la cocina del inmueble varios botes más conteniendo sustancias de corte, ya empezados, así 500 gramos de xilocaína clorhidrato y 500 gramos de procaína. También 1 kilo y 500 gramos de una sustancia en polvo sin determinar así como dos cuadernos y varios folios sueltos que constituían una auténtica contabilidad, así como 2540 euros en efectivo, procedentes de la actividad ilícita descrita. Y se recogieron un total de 14 bolsas de plástico, así numeradas que contenían una sustancia blanca que debidamente analizada resultó ser cocaína, con distintos grados de pureza según la clasificación dada por los acusados a la droga que vendían tras prepararla, así KK, semi, fuerte, puertas, y con un error en todos los supuestos, como máximo de + - 3,47%. Bolsa 1, 119,56 gramos de cocaína con una pureza del 71,23%. Bolsa 2, 201,98 gramos de cocaína con una pureza del 71,98%. Bolsa 3, 199,71 gramos de cocaína con una pureza del 70,6%. Bolsa 4, 199,7 gramos de cocaína con una pureza del 75,1%. Bolsa 5, 138,74 gramos de cocaína con una pureza del 70,51%. Bolsa 6, 26,21, gramos de cocaína con una pureza del 74,2%. Bolsa 7, 63,09 gramos de cocaína con una pureza del 70,04%. Bolsa 8, 22,73 gramos de cocaína con una pureza del 69,99%. Bolsa 9, 232,2 gramos de cocaína con una pureza del 30,57%. Bolsa 10, 182,76 gramos de cocaína con una pureza del 27,25%. Bolsa 11, 57,9 gramos de cocaína con una pureza del 24,25%. Bolsa 12, 5,36 gramos de cocaína con una pureza del 35,72%. Bolsa 13, 29,72 gramos de cocaína con una pureza del 50,72%. Bolsa 14, 59,93 gramos de cocaína con una pureza del 35,45%. Esa sustancia estupefaciente fue de conformidad con el modus operandis antes descrito trasportada desde la ciudad de Sevilla hasta el citado inmueble el día 30 de Enero de 2015. En dicha vivienda también se halló el Contrato de Arrendamiento de la misma, a nombre del acusado Porfirio Saturnino . b.- En el inmueble sito en la CALLE001 nº NUM000 , NUM000 NUM004 , del que también se servía el citado grupo y que fue alquilado por el acusado Jesus Bruno a su padre, fueron intervenidos una presa hidráulica anclada al suelo y destinada a hacer paquetillas de cocaína, varias piezas desmontadas de la misma, en concreto un reloj de termostato, diversas planchas y un hidráulico, 9 botes conteniendo sustancias de corte así fenacetina, xilocaína, lidocaína clorhidrato, ácido bórico y acetona, una balanza de precisión, dos pen drive, una tarjeta de memoria, varios folios con anotaciones contables y oculto en un falso techo del baño, un cuaderno que recogía una auténtica contabilidad, también



dos bolsas conteniendo sustancias sin determinar y escrito en una de ellas "rebujo corte". c.- En el domicilio del acusado Jesus Bruno , sito en la CALLE002 nº NUM005 , NUM006 de esta población y que pertenece a sus padres fueron intervenidos un total de 10540 euros, procedentes de la actividad ilícita descrita, de los cuales 10.000 estaban ocultos en un doble fondo dentro de un armario. También 4 terminales de teléfono móvil y 2 tarjetas, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita. d.- En el interior de la vivienda del acusado Horacio David , sita en la CALLE003 nº NUM007 de la localidad de Aljaraque y que es propiedad de su suegro, fueron intervenidos una balanza de precisión, una tarjeta con restos de cocaína, bolsitas y una jabonera, un cuaderno con anotaciones, una tablet, 6 pen, una cámara de vídeo, 7 terminales de teléfono móvil, 14 tarjetas, 2 cargadores, efectos empleados en la realización o procedentes de la actividad ilícita descrita, así como 2.195 euros en efectivo, con idéntico origen y 10,17 gramos de cocaína con una pureza del 25,67% y un error máximo en su análisis del +3,47%, sustancia que estaba destinada al consumo del terceras personas a través de su venta, y 49,25 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser cannabis con una pureza del 9,07% 50 de hachís y un error máximo en su análisis del +2,52%, que no consta en autos que estuviera destinada a la venta. También fueron intervenidos un comprimido de Lorazepán y otro de Vanagra. e.- En el interior de la vivienda sita en la CALLE004 nº NUM008 de El Rincón, Huelva, que había sido alquilada por el acusado Jesus Bruno fueron intervenidos un total de 222,41 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser tetrahidrocannabinol con una pureza del 2,18% y un error máximo de análisis de +2,52% y que no consta que estuviera destinada a la venta. f.- En la vivienda del acusado Porfirio Saturnino , sita en la CALLE005 nº NUM009 , NUM010 de esta capital y que es propiedad del Ayuntamiento fueron intervenidos 6 terminales de teléfono móvil, una tarjeta, una navaja, dos pen, dos tablets y un reloj, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita, varios cuadernos y hojas con anotaciones, y unas rayas de cocaína en un plato ya preparadas para su consumo, en total 0,5 gramos, así como 40,54 gramos de tetrahidrocannabinol con una pureza del 4,79% y 2,16 gramos de marihuana, con una pureza del 3,58% de tetrahidrocannabinol y en ambos casos, un error máximo de análisis de 2,52%. No consta en autos que dichas sustancias estuvieran destinadas a la venta. g.- En el interior de la vivienda del acusado Nazario Santiago , sita en la CALLE006 nº NUM011 , NUM012 de la localidad de Almonte y que tenía alquilado en esas fechas, fueron intervenidos un total de 945 euros, procedentes de la actividad ilícita descrita, una prensa para hacer paquetillas de cocaína y 5 terminales de teléfono móvil, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita, y 19,61 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser tetrahidrocannabinol con una pureza del 8,01% y un error máximo en el análisis del +2,52%. No consta en autos que estuviera destinada a la venta. h.- En el interior de la vivienda del mismo acusado, sita en la CALLE007 nº NUM013 , NUM000 , NUM006 de Huelva fueron intervenidos 2.880 euros en efectivo, procedentes de la actividad ilícita descrita. En el momento de su detención, a la novia del acusado Maximino Hipolito le fue intervenido un terminal de teléfono móvil propiedad de éste y empleado en la realización de la actividad ilícita descrita y asimismo a los acusados David Torcuato , Marcos Javier y Leticia Inmaculada se les intervinieron al primero dos terminales de teléfono móvil y 100 euros en efectivo, al segundo un terminal de teléfono móvil, y al tercero dos terminales de teléfono móvil, empleados en la actividad ilícita descrita. Se intervinieron además en la presente causa los siguientes vehículos: - Audi A 4 JSS , cuyo propietario

real y administrativo es el acusado Jesus Bruno y cuyo uso provisional ha sido atribuido a la Policía Judicial por auto de fecha 10 de Marzo de 2015. - BMW QGC y BMW GTV , cuyo propietario es Irene Reyes . - Porsche Cayenne FHN cuyo propietario es Remigio Anselmo . - Volkswagen Touareg KJR cuyo propietario es Anton Calixto y cuyo uso provisional atribuido a la Policía Judicial por auto de fecha 10 de Marzo de 2015. - Motocicleta Honda SBC cuyo propietario es Elisabeth Natalia y cuyo uso provisional atribuido a la Policía Judicial por auto de fecha 10 de Marzo de 2015. - Seat Altea KJR cuyo propietario es Rita Zaira y cuyo uso provisional atribuido a la Policía Judicial por auto de fecha 10 de Marzo de 2015. - Nissan Patrol WA UQ cuyo propietario es Nemesio Fernando . - Fiat 500 LHJ cuyo propietario real y administrativo es el acusado David Torcuato y cuyo uso provisional atribuido a la Policía Judicial por auto de fecha 10 de Marzo de 2015. - Volkswagen Touareg JSP , cuyo propietario es Esmeralda Violeta y cuyo uso provisional atribuido a la Policía Judicial por auto de fecha 10 de Marzo de 2015. Igualmente se ha anotado la prohibición de disponer sobre los siguientes turismos: - Renault Space DSS , cuyo propietario es el acusado Horacio David . - Motocicleta Kymco WWG , cuyo propietario es el acusado Porfirio Saturnino . - Motocicleta Yamaha R PBX y Opel Astra Y MN , cuyo propietario es el acusado Nazario Santiago . - Motocicleta Yamaha F XQK y BMW WDH , cuyo propietario es el acusado Valentin Justo . - Motocicleta YAMAHA F XQK cuyo propietario es el acusado David Torcuato . - BMW YFV , Toyota Corolla NXQ , Audi A4 XSK , motocicleta Yamaha VQY , Kia Carnival RXQ , Nissan Note JPY , BMW YSL , Volkswagen Golf KU FJ , Ford Escort TA WG , Seat Ibiza QA XW y BMW LBH , cuyo propietario es el acusado Marcos Javier . Consta también anotada una prohibición de disponer sobre los inmuebles sitios en la CALLE008 , nº NUM014 , planta NUM015 , portal NUM016 y NUM017 , planta NUM018 y portales



NUM019 y NUM020 , cuyo propietario es el acusado Marcos Javier . Un gramo de la mencionada sustancia de cocaína alcanza en el mercado ilícito un precio aproximado de sesenta euros".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: El Tribunal ha decidido Condenar a:

"PRIMERO.- A los acusados Horacio David ; Jesus Bruno , Porfirio Saturnino ; David Torcuato y Marcos Javier como autores penalmente responsables de un delito Contra la Salud Publica, ya definido concurriendo en el primero la circunstancia agravante de reincidencia a las penas, para el primero de ellos de OCHO AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN y para los cuatro restantes acusados la pena de OCHO AÑOS de PRISIÓN, para todos ellos accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa también para cada uno de ellos de 100.000 Euros; SEGUNDO.- Condenar a los acusados Horacio David ; Jesus Bruno , Porfirio Saturnino ; David Torcuato y Marcos Javier como autores penalmente responsables de un delito de Pertenencia a Grupo Criminal no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena para cada uno de ellos de UN AÑO DE Prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Cada uno de estos acusados deberá abonar el pago de 1/8 parte de las costas procesales. TERCERO.- Condenar a los acusados Nazario Santiago ; Maximino Hipolito y Leticia Inmaculada como autores penalmente responsables de un delito Contra la Salud Publica, ya definido concurriendo en el primero la circunstancia agravante de reincidencia a las penas, para el primero de ellos de CUATRO AÑOS y NUEVE MESES de PRISIÓN y para los otros dos acusados la pena de CUATRO AÑOS de PRISIÓN; para todos ellos accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa también para cada uno de ellos de 100.000 Euros con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de Treinta días; y al pago cada uno de ellos de 1/16 de las costas procesales. CUARTO.- ABSOLVEMOS a Nazario Santiago ; Maximino Hipolito y Leticia Inmaculada del delito de pertenencia Grupo Criminal que se les imputaba, declaramos de oficio 3/16 parte de las costas procesales. Decretamos el comiso y destrucción del comiso y destrucción de la droga, de las sustancias cuya naturaleza se desconoce y de las sustancias de corte y comprimidos intervenidos y el comiso del dinero intervenido y de los vehículos y motocicletas propiedad de los condenados; terminales de teléfono móvil, tarjetas, cargadores, tablets, cámaras, pens, balanzas de precisión y relojes intervenidos, a los que deberá dárseles el destino previsto en la Ley 17/2003, de 20 de Mayo y el comiso y destrucción del resto de efectos intervenidos. Se aprueban por sus propios fundamentos los Autos de Insolvencia dictado por el Instructor en las correspondientes Piezas de Responsabilidad Civil. Para el cumplimiento de la Pena de privación de libertad que le imponemos, le abonamos todo el tiempo que ha estado detenido o en prisión preventiva por esta causa".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Jesus Bruno , D. Marcos Javier , D. David Torcuato , D. Horacio David , D. Maximino Hipolito , D. Nazario Santiago y D. Porfirio Saturnino , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jesus Bruno** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se formula por el cauce especial del art. 5.4 de la L.O.P.J ., denunciándose la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, consagrado en el art. 18.3 C.E .

Segundo.- Se formula por el cauce del art. 5.4 L.O.P.J ., denunciándose la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, consagrado en el art. 18.3 C.E ., que se ha producido como consecuencia de las escuchas llevadas a cabo por los agentes actuantes de todas y cada una de las conversaciones mantenidas por Aurora Otilia desde el día 19 de septiembre hasta el día 30 de septiembre, sin que existiera una resolución judicial habilitante para ello.

Tercero.- Se formula por la vía casacional del art. 5.4 L.O.P.J ., denunciándose la infracción del art. 24.2 C.E ., que consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías legalmente establecidas. Se produce la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, por cuanto la Sala de instancia forma su convicción sobre la base de pruebas absolutamente nulas de pleno derecho, por lo que no se han respetado las garantías legales exigibles a toda prueba procesalmente válida.

Cuarto.- Se formula por la vía casacional del art. 5.4 L.O.P.J ., denunciándose la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 C.E ., por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en qué fundamentar un fallo condenatorio para mi representado.



Quinto.- Se formula por el cauce del art. 849.2 L.E.Cr ., esto es, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al entender la Sala de instancia que mi representado a pesar de ser adicto a sustancias tóxicas como la cocaína cannabis y alcohol de larga evolución, no tenía una patología mental crónica que anulase parcialmente sus facultades volitivas y cognitivas no apreciando en el mismo la eximente incompleta de drogadicción del art. 21.1º en relación con el art. 20.2 del C. Penal .

Sexto.- Se formula por la vía del art. 849.1 L.E.Cr ., por cuanto que la Sala de instancia finalmente, no aplica la eximente incompleta del art. 21.1º, en relación con el 20.2, ambos del C. Penal , solicitada por la defensa y que se denuncian como preceptos infringidos.

Séptimo.- Se formula por la vía del art. 849.1 de la Ley de Ritos , y como subsidiario a los anteriores motivos, por cuanto que la Sala de instancia en la sentencia que recurrimos, considera a mi mandante, como autor de un delito de participación en grupo criminal previsto y penado en el art. 570 ter del C. Penal , por aplicación indebida de dicho precepto, así como la jurisprudencia de esta Excma. Sala que lo interpreta y desarrolla ya que no se recogen ni en los Hechos Probados ni en los Fundamentos de Derecho de la sentencia de instancia la concurrencia de los elementos del tipo previstos para su apreciación, sino tan solo un concierto previo de voluntades para delinquir que no supera la simple coautoría.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Marcos Javier** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . en relación con el art. 5.4 L.O.P.J ., por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.3 C.E . sobre el secreto de las comunicaciones telefónicas, con el efecto previsto en el art. 11.1 L.O.P.J .

Segundo.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr ., en relación con el art. 5.4 L.O.P.J . respecto de vulneración de precepto constitucional, art. 24 C.E ., presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a motivar las resoluciones judiciales.

Tercero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr ., en relación con el art. 5.4 L.O.P.J . respecto a la vulneración de precepto constitucional, art. 24 C.E ., presunción de inocencia. Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 L.E.Cr . por error en la apreciación de la prueba.

Cuarto.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr ., vulneración del art. 24.1 C.E ., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, concretamente al deber de motivación de la pena impuesta, oposición que apoya en el art. 120.3 C.E . y 72 del C. Penal , en relación a la infracción del principio de proporcionalidad.

Quinto.- Por infracción de ley conforme al art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida aplicación de los arts. 368 , 369 y 370 (570) del C. Penal .

Sexto.- Por infracción de ley conforme al art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida aplicación del art. 109 y ss. del C. Penal .

Séptimo.- Al amparo del art. 849.2 L.E.Cr . por infracción (aplicación indebida) del art. 28 párrafo primero del C. Penal .

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. David Torcuato** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 C.E ., así como del art. 18.2 C.E .

Segundo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . y por vulneración del art. 24.2 de la C.E . de un proceso con todas las garantías.

Tercero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 C.E . por no existir una actividad probatoria válida y mínima de cargo en qué fundamentar un fallo condenatorio en los concretos términos en que se emite.

Cuarto.- Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 5.4 L.O.P.J ., por vulneración del art. 24.2 que consagra el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, en relación con los arts. 120 y 23 de nuestra Carta Magna .

Quinto.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr .

Sexto.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 L.E.Cr . basada en documentación obrante en autos, cual es la relacionada en los escritos de conclusiones provisionales de la acusación y de las defensas así como el resultado de la practicada en la vista oral.



Séptimo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por haberse infringido precepto de carácter sustantivo que debe ser observado en la aplicación de la pena, en concreto las reglas del art. 61 y ss. del C. Penal , más en concreto los arts. 66 y 72 puesto en relación con el art. 369 y 570 ter también del C. Penal en vigor en la fecha que ocurrieron los hechos.

IV.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados D. Horacio David , D. Maximino Hipolito y D. Nazario Santiago , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . por vulneración del secreto a las comunicaciones del art. 18.3 de la C.E ., así como del art. 18.2 C.E .

Segundo.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . y por vulneración del art. 24.2 de la C.E . de un proceso con todas las garantías legalmente establecidas.

Tercero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 C.E . por no existir una actividad probatoria válida y mínima de cargo en qué fundamentar un fallo condenatorio en los concretos términos en que se emite.

Cuarto.- Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 5.4 L.O.P.J ., por vulneración del art. 24.1 que consagra el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, en relación con los arts. 120 y ss. de nuestra Carta Magna .

Quinto.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr . Con carácter subsidiario y sin que bajo ningún concepto pueda entenderse como aceptación de los hechos ya que mi defendido los ha negado.

Sexto.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 L.E.Cr ., basada en documentación obrante en autos, cual es la relacionada en los escritos de conclusiones provisionales de la acusación y de las defensas así como el resultado de la practicada en la vista oral.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por haberse infringido precepto de carácter sustantivo que debe ser observado en la aplicación de la pena, en concreto las reglas del art. 61 y ss. del C. Penal , más en concreto los arts. 66 y 72 puesto en relación con los arts. 369.5 y 570 ter también del C. Penal en vigor en la fecha que ocurrieron los hechos.

V.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Porfirio Saturnino** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . por violación del art. 24.2 de la C.E ., en concreto del derecho a la presunción de inocencia, ya que no se ha practicado prueba de cargo de suficiente entidad en el acto del juicio que avale la autoría de mi representado, con respecto al delito de salud pública y de pertenencia a grupo criminal.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional contenido en los arts. 18.2 y 18.3 C .E. por conculcación de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de comunicaciones.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr . por aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 570 ter l b del C. Penal vigente.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 25 de abril de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva de fecha 26 de Enero de 2017 por la que se condena a los acusados en primer lugar por un delito contra la salud pública a Horacio David ; Jesus Bruno , Porfirio Saturnino ; David Torcuato y Marcos Javier concurriendo en el primero la circunstancia agravante de reincidencia a las penas, para el primero de ellos de OCHO AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN y para los cuatro restantes acusados la pena de OCHO AÑOS de PRISIÓN, para todos ellos accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa también para cada uno de ellos de 100.000 Euros.

En segundo lugar, a los citados como autores penalmente responsables de un delito de Pertenencia a Grupo Criminal no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena para cada uno de ellos



de UN AÑO DE Prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Cada uno de estos acusados deberá abonar el pago de 1/8 parte de las costas procesales.

Y en tercer lugar a los acusados Nazario Santiago ; Maximino Hipolito y Leticia Inmaculada como autores penalmente responsables de un delito Contra la Salud Publica, ya definido concurriendo en el primero la circunstancia agravante de reincidencia a las penas, para el primero de ellos de CUATRO AÑOS y NUEVE MESES de PRISIÓN y para los otros dos acusados la pena de CUATRO AÑOS de PRISIÓN; para todos ellos accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa también para cada uno de ellos de 100.000 Euros con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de Treinta días; y al pago cada uno de ellos de 1/16 de las costas procesales.

Para centrar los hechos probados que dan lugar a esta condena el Tribunal con la inmediación en la práctica de la prueba que le privilegia hay que puntualizar que se declaró probado que:

PRIMERO: Que los acusados Jesus Bruno , mayor de edad y sin antecedentes penales; Horacio David mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 19 de Marzo de 2012 como autor de un delito de tráfico de drogas, sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial en la causa nº 2/12 y pena cuya ejecución se halla en suspenso por auto notificado al reo el día 30 de Septiembre de 2013, por un periodo de 2 años; Porfirio Saturnino , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; David Torcuato mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Marcos Javier mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se concertaron durante al menos los meses de Septiembre de 2014 a Febrero de 2015 para el transporte de cocaína desde Sevilla hasta esta Ciudad para su posterior preparación y venta a terceras personas.

Para tal fin, y coordinados por Jesus Bruno , disponían de un inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 de esta Capital destinado a almacén de la cocaína y a su preparación para la venta que constituía un auténtico laboratorio pues contaba con todos los medios materiales necesarios para esta labor, y constituía además lugar adecuado para ocultar las ganancias obtenidas y desarrollar una auténtica contabilidad oculta.

En este entramado Jesus Bruno era el encargado de reunir el dinero necesario para la adquisición de la cocaína en cuya labor participaba también el acusado Horacio David ; el acusado Marcos Javier era el proveedor habitual desde Sevilla de la citada sustancia que entregaba al acusado David Torcuato quien se encargaba materialmente de trasladar la droga, en ocasiones en vehículos proporcionados por el propio Marcos Javier , desde dicha localidad hasta el citado inmueble donde era manipulada y preparada para la venta por el acusado Porfirio Saturnino .

Una vez preparada la droga era distribuida para su venta por los acusados Horacio David y Remigio Anselmo .

SEGUNDO.- Dicha droga fue adquirida entre otros por los acusados Maximino Hipolito , mayor de edad y sin antecedentes penales quien a su vez procedía a su venta a terceras personas; Nazario Santiago mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 27 de Mayo de 2009 como autor de un delito de tráfico de drogas, sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial en la causa nº 30/2008 y pena cuya ejecución se halla en suspenso en virtud de auto notificado al reo el día 5 de Octubre de 2010, por un periodo de Cinco años, quien vendía no solo a consumidores en la localidad de Almonte sino también al acusado Leticia Inmaculada , mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual a su vez manipulaba esa droga que recibía del anterior y procedía de nuevo a su venta en la ciudad de Pilas.

TERCERO.- El día 3 de Febrero de 2015 se practicaron diligencias de entrada y registro en los siguientes inmuebles sitios en esta provincia.

a.- En el denominado "laboratorio" sito en la CALLE000 nº NUM000 , NUM002 de esta ciudad en el que se intervinieron un calefactor, cuatro balanzas de precisión, un cúter, una caja de recambios de cuchillas para el cúter, tres paletas de corte, una cuchara pequeña, un martillo, bolsas de plástico blancas, un pulverizador, 6 paquetes de bridas, un bote de éter y varios botes cerrados, efectos empleados todos ellos en la actividad ilícita descrita, así como un paquete postal dentro del que había varios botes de un kilogramos de peso cada uno de ellos y conteniendo sustancia de corte, en concreto cafeína 2 kilogramos, fenacetina, 2 kilogramos, y lolidocaína clorhidrato, 2 kilogramos. También se recogieron en la cocina del inmueble varios botes más conteniendo sustancias de corte, ya empezados, así 500 gramos de xilocaína clorhidrato y 500 gramos de procaína. También 1 kilo y 500 gramos de una sustancia en polvo sin determinar así como dos cuadernos y varios folios sueltos que constituían una auténtica contabilidad, así como 2540 euros en efectivo, procedentes de la actividad ilícita descrita.

Y se recogieron un total de 14 bolsas de plástico, así numeradas, que contenían una sustancia blanca que debidamente analizada resultó ser cocaína, con distintos grados de pureza según la clasificación dada por



los acusados a la droga que vendían tras prepararla, así KK, semi, fuerte, puertas, y con un error en todos los supuestos, como máximo de +3,47%. Bolsa 1, 119,56 gramos de cocaína con una pureza del 71,23%. Bolsa 2, 201,98 gramos de cocaína con una pureza del 71,98%. Bolsa 3, 199,71 gramos de cocaína con una pureza del 70,6%. Bolsa 4, 199,7 gramos de cocaína con una pureza del 75,1%. Bolsa 5, 138,74 gramos de cocaína con una pureza del 70,51%. Bolsa 6, 26,21, gramos de cocaína con una pureza del 74,2%. Bolsa 7, 63,09 gramos de cocaína con una pureza del 70,04%. Bolsa 8, 22,73 gramos de cocaína con una pureza del 69,99%. Bolsa 9 232,2 gramos de cocaína con una pureza del 30,57%. Bolsa 10, 182,76 gramos de cocaína con una pureza del 27,25%. Bolsa 11, 57,9 gramos de cocaína con una pureza del 24,25%. Bolsa 12, 5,36 gramos de cocaína con una pureza del 35,72%. Bolsa 13, 29,72 gramos de cocaína con una pureza del 50,72%. Bolsa 14, 59,93 gramos de cocaína con una pureza del 35,45%.

Esa sustancia estupefaciente fue de conformidad con el modus operandis antes descrito transportada desde la ciudad de Sevilla hasta el citado inmueble el día 30 de Enero de 2015.

En dicha vivienda también se halló el Contrato de Arrendamiento de la misma, a nombre del acusado Porfirio Saturnino .

b.- En el inmueble sito en la CALLE001 nº NUM003 , NUM000 NUM004 , del que también se servía el citado grupo y que fue alquilado por el acusado Jesus Bruno a su padre, fueron intervenidos una presa hidráulica anclada al suelo y destinada a hacer paquetillas de cocaína, varias piezas desmontadas de la misma, en concreto un reloj de termostato, diversas planchas y un hidráulico, 9 botes conteniendo sustancias de corte así fenacetina, xilocaína, lidocaína clorhidrato, ácido bórico y acetona, una balanza de precisión, dos pen drive, una tarjeta de memoria, varios folios con anotaciones contables y oculto en un falso techo del baño, un cuaderno que recogía una auténtica contabilidad, también dos bolsas conteniendo sustancias sin determinar y escrito en una de ellas "rebujo corte".

c.- En el domicilio del acusado Jesus Bruno , sito en la CALLE002 nº NUM005 , NUM006 de esta población y que pertenece a sus padres fueron intervenidos un total de 10540 euros, procedentes de la actividad ilícita descrita, de los cuales 10.000 estaban ocultos en un doble fondo dentro de un armario. También 4 terminales de teléfono móvil y 2 tarjetas, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita.

d.- En el interior de la vivienda del acusado Horacio David , sita en la CALLE003 nº NUM007 de la localidad de Aljaraque y que es propiedad de su suegro, fueron intervenidos una balanza de precisión, una tarjeta con restos de cocaína, bolsitas y una jabonera, un cuaderno con anotaciones, una tablet, 6 pen, una cámara de vídeo, 7 terminales de teléfono móvil, 14 tarjetas, 2 cargadores, efectos empleados en la realización o procedentes de la actividad ilícita descrita, así como 2195 euros en efectivo, con idéntico origen y 10,17 gramos de cocaína con una pureza del 25,67% y un error máximo en su análisis del +3,47%, sustancia que estaba destinada al consumo del terceras personas a través de su venta, y 49,25 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser cannabis con una pureza del 9,07% 50 de hachís y un error máximo en su análisis del +2,52%, que no consta en autos que estuviera destinada a la venta. También fueron intervenidos un comprimido de Lorazepán y otro de Vanagra.

e.- En el interior de la vivienda sita en la CALLE004 nº NUM008 de El Rincón, Huelva, que había sido alquilada por el acusado Jesus Bruno fueron intervenidos un total de 222,41gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser tetrahidrocannabinol con una pureza del 2,18% y un error máximo de análisis de +2,52% y que no consta que estuviera destinada a la venta.

f.- En la vivienda del acusado Porfirio Saturnino , sita en la CALLE005 nº NUM009 , NUM010 de esta capital y que es propiedad del Ayuntamiento fueron intervenidos 6 terminales de teléfono móvil, una tarjeta, una navaja, dos pen, dos tablets y un reloj, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita, varios cuadernos y hojas con anotaciones, y unas rayas de cocaína en un plato ya preparadas para su consumo, en total 0,5 gramos, así como 40,54 gramos de tetrahidrocannabinol con una pureza del 4,79% y 2,16 gramos de marihuana, con una pureza del 3,58% de tetrahidrocannabinol y en ambos casos, un error máximo de análisis de 2,52%. No consta en autos que dichas sustancias estuvieran destinadas a la venta.

g.- En el interior de la vivienda del acusado Nazario Santiago , sita en la CALLE006 nº NUM011 de la localidad de Almonte y que tenía alquilado en esas fechas, fueron intervenidos un total de 945 euros, procedentes de la actividad ilícita descrita, una prensa para hacer paquetillas de cocaína y 5 terminales de teléfono móvil, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita, y 19,61 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser tetrahidrocannabinol con una pureza del 8,01% y un error máximo en el análisis del +2,52%. No consta en autos que estuviera destinada a la venta.

h.- En el interior de la vivienda del mismo acusado, sita en la CALLE007 nº NUM013 , NUM000 , NUM006 de Huelva fueron intervenidos 2880 euros en efectivo, procedentes de la actividad ilícita descrita.



En el momento de su detención, a la novia del acusado Maximino Hipolito le fue intervenido un terminal de teléfono móvil propiedad de éste y empleado en la realización de la actividad ilícita descrita y asimismo a los acusados David Torcuato , Marcos Javier y Leticia Inmaculada se les intervinieron al primero dos terminales de teléfono móvil y 100 euros en efectivo, al segundo un terminal de teléfono móvil, y al tercero dos terminales de teléfono móvil, empelados en la actividad ilícita descrita.

Recurso interpuesto por Jesus Bruno

SEGUNDO.- A.- Con respecto al primer motivo del recurso se formula por el cauce especial del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , denunciándose la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, consagrado en el artículo 18.3° de la CE .

A.1.- Se hace mención a la crítica del oficio policial determinante del auto de intervención telefónica.

Entiende el recurrente que se ha producido la vulneración denunciada por falta de motivación material de la resolución habilitante de las iniciales escuchas telefónicas; es decir, por no contener el auto los necesarios indicios de la comisión de un delito que justifiquen la intromisión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, tanto si analiza la resolución en sí misma, como si se completa el auto con el oficio policial, por el que solicita la intervención de los teléfonos con números de lmeis NUM021 y NUM022 , cuyo usuario era atribuido por la fuerza actuante a Don Jesus Bruno .

Expone el recurrente que en el oficio policial no se contienen "datos relevantes" que puedan ser "decisivos" para el fundamento del dictado del auto habilitante para la medida limitativa de derechos fundamentales, cual fue el auto de fecha 19 de Septiembre de 2014 por el que se autorizaron las primeras intervenciones telefónicas.

Se indica en el recurso que en los siete primeros folios del oficio únicamente se hace referencia a la existencia de un grupo de personas sobre las que se sospecha que pudieran estar dedicándose al tráfico de drogas, y el modus operandi del que se valen estas personas, para la comisión del ilícito. Y que se ubica como cabecilla del grupo a una persona que estaba en prisión, por lo que era imposible que lo fuera, aunque los agentes con carné profesional número NUM023 , y NUM024 señalaron en el juicio que ello se debió a un error, ya que lo que vieron fue su coche, y no a Evaristo Severiano en persona, así como que diversas personas que se citan en el oficio durante los varios meses de intervenciones telefónicas nunca han aparecido junto al recurrente, ni en las escuchas ni en los seguimientos o vigilancias, lo que claramente pone de manifiesto la falta de constatación objetiva existente sobre la información que la fuerza actuante en este oficio inicial le había facilitado al Juzgado instructor. Añade que solo consta un dato sobre un solo hecho significativo ocurrido el día 4 de septiembre, haciéndose constar por la fuerza actuante que Jesus Bruno , tras salir de su casa con otro individuo, se dirigió a un vehículo y en su interior "sacó algo que le dio al conductor y este a su vez también le entregó algún efecto". Con respecto a la mención que se efectúa al folio 10 del Oficio sobre una supuesta conversación escuchada el día 9 de Abril por uno de los agentes, en la que Horacio David le dice a Jesus Bruno "esta viene mejor, porque la otra dejaba mucho sabor" expone que resulta difícil, o imposible, que se pudiera escuchar esa conversación salvo que estuviera el agente en el vehículo, así como que esa expresión no indica nada relevante. Refiere también que no es cierto que lleve un nivel de vida elevada y que los datos que se refieren no lo evidencian.

Apela el recurrente que ante la carencia de datos se trató de una investigación prospectiva vulnerando la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la injerencia en los derechos fundamentales.

Pues bien, ante esta queja casacional, el Tribunal ha recogido como argumentos a favor de la validez del auto habilitante basado en el oficio policial de indicios mínimos y básicos para su adopción, que los Agentes exponen que a primeros del mes de Marzo de 2014 se inició una investigación por un presunto delito Contra la Salud Pública cometido "supuestamente por una organización criminal dedicada a la introducción de grandes cantidades de cocaína en Huelva procedentes de alguna ciudad del territorio nacional. Que una vez almacenada en Huelva sería puesta a su venta y distribución por toda la provincia. Que, al parecer, esa organización criminal se encontraría compuesta por varias personas afincadas en los términos municipales de Huelva Capital, Punta Umbría y Aljaraque" citándose ya a Jesus Bruno como una de las personas integrantes de esa organización, iniciándose las investigaciones pertinentes para la verificación y confirmación de ese hecho, entre ellas, la vigilancia y el seguimiento del Sr. Jesus Bruno , aportándose el resultado de esas vigilancias en los correspondientes Informes operativos.

El recurrente cuestiona que los indicios o sospechas sobre éste son endeblés, pero el Tribunal ha analizado debidamente el oficio policial y en este se cita a la persona de Evaristo Severiano , a Horacio David , a Ismael Moises , Isidoro Damaso , Porfirio Saturnino , como aquellas que "podrían" formar parte de esa llamada organización. Y en el apartado Segundo de este oficio, reconoce el Tribunal que en el "modus operandi", se describen ciertas actividades calificadas como de "realización de negociaciones presuntamente destinadas a la organización y ejecución del tráfico de drogas" llevadas a cabo por el recurrente.



Además, en su apartado tercero, que lleva por rúbrica "Datos Patrimoniales" se incluyen determinados bienes propiedad o utilizados por Jesus Bruno así como su actividad laboral que se dice que "no tiene", dado que en los seguimientos "que se la ha realizado no se le ha visto relacionado con empresa, sociedad o actividad laboral alguna". Y en sus Conclusiones, señala el Tribunal, que se expone que del desarrollo, hasta ese momento, de la investigación se observa como Jesus Bruno realiza "gestiones telefónicas", principalmente, cuyo cometido estaría dirigido a la organización y ejecución del tráfico de drogas, realizando reuniones en los diferentes puntos de esta Ciudad, donde presuntamente se realizarían los pagos y entregas de droga a los distintos compradores, así como que acudía a un piso situado en la CALLE001 nº NUM003 , precisándose respecto de esas reuniones que "la extrañeza" derivaba del hecho de que "se realizan en breves espacios temporales, en la vía pública, normalmente en el interior de vehículos o en el domicilio temporal de este, casa de campo sita en la CALLE004 NUM008 de El Rincón", así como que de los seguimientos se observa que "hace uso frecuente del teléfono móvil con el que se considera que gestiona parte de la actividad ilícita".

Se señala asimismo en este oficio que "en las vigilancias y seguimientos se ha detectado como el mismo toma medidas de seguridad para poder comprobar si es objeto de seguimiento o vigilancia efectuando giros en dirección prohibida, circulando por calles de forma ilógica, cambios de velocidad" así como "reuniones en el interior de sus vehículos".

El Tribunal incide en que al detectarse por los agentes la complejidad de la investigación el EDOA solicitó apoyo dada la complejidad y dificultad de esta investigación al Grupo de Vigilancias de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO), concluyéndose por esta Unidad, tras las vigilancias y seguimientos que se aportan, que el recurrente "se encuentra relacionado con una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas" en la que participarían además Horacio David , destacándose el "elevado nivel de vida" del recurrente, aunque lo cuestiona este.

Frente a la queja del recurrente en cuanto a la carencia de datos para dictar el auto de intervención el Tribunal señala que al folio 34 de las actuaciones, 13 del oficio, se concluye que "en el organigrama de esta organización el investigado principal es Jesus Bruno , el recurrente, que formaría parte del escalón intermedio" y respecto del "jefe" de esa organización se afirma que "no ha podido ser identificado a pesar de llevar desde el mes de marzo efectuando vigilancias y seguimientos". Por ello, aunque se señalara, en principio, a Evaristo Severiano como el jefe de las operaciones se destaca por el Tribunal que esa mención estaba en blanco al no haber detectado todavía quien podría ser el jefe del mando de las operaciones del grupo.

Para fundar la necesidad de la intervención telefónica el Tribunal señala que en el oficio se argumenta que "para realizar el recurrente sus contactos con los suministradores emplearía uno o varios teléfonos móviles, líneas telefónicas a las que es necesario acceder por parte de la fuerza investigadora para poder localizar a dichos proveedores suministradores e identificar al jefe o jefes de la organización ... ya que han sido agotadas todas las líneas de investigación alternativas posibles".

Por ello, bajo la rúbrica de "Desarrollo de la investigación" se incorporan los Informes operativos de esta actuación denominada "valuso" correspondientes a los días 10, 14, 15, 17, 20, 22, 23 de Marzo, 3, 4, 9, 29, 30 de Abril, 2, 3, 4, 5 de Mayo, 18, 21, 24, 31 de Julio, 14, 16 de Agosto, 4 y 5 de Septiembre de 2014.

El Tribunal destaca, para la validez de las investigaciones que dieron lugar al oficio presentado ante el juez, que los Agentes explicaron al Tribunal que en Marzo de 2014 el Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil de Huelva (EDO) tuvo conocimiento de la existencia de un grupo instalado en la ciudad de Huelva que presumiblemente se dedicaría a poner en venta y distribuir cocaína por la provincia especialmente por las localidades de Aljaraque, Gibraleón y Huelva capital, cocaína que trasladarían hasta aquí desde alguna otra provincia, que creían Sevilla, y que formaban parte de dicho grupo criminal Jesus Bruno , con domicilio en esta capital, y que con él colaborarían otras personas de Huelva capital, Punta Umbría y Aljaraque, motivo por el cual se inició una actividad de investigación con seguimientos y vigilancia realizándose los correspondientes Informes operativos unidos a las actuaciones, y de esa actividad investigadora se concluyó que Jesus Bruno era el encargado de negociar con los proveedores de la droga y la persona que gestionaba el dinero de ese grupo, explicando que existió un error en la concreta identificación de la persona de Evaristo Severiano .

Los Agentes también explicaron que derivado de las continuas y constantes visitas de Jesus Bruno a las barriadas de DIRECCION000 y DIRECCION003 , estimaron que también formaba parte de ese grupo Horacio David con domicilio en Aljaraque, y cierto es que en los iniciales momentos de la investigación se aludía a otras personas como Ismael Moises y Isidoro Damaso , que podían participar en dicha actividad, si bien en el desarrollo de las investigaciones resultarían excluidas.

De esas declaraciones y conforme al resultado de las referidas vigilancias y seguimientos los investigadores policiales entendieron que Jesus Bruno , antes de encargar una partida de drogas, se reunía con otras



personas en una casa de campo que tiene en El Rincón, en Punta Umbría, concertándose las distintas citas vía telefónica y que posteriormente Jesus Bruno iniciaba los desplazamientos necesarios, tanto para recaudar el dinero como para realizar la entrega de droga a las personas encargadas de su venta, y que en estos desplazamientos se observaron cómo el acusado adoptaba medidas de seguridad, realizando contramarchas, itinerarios ilógicos.

Precisaron los Agentes que Jesus Bruno, siempre, antes de reunirse con las personas que iban a vender la droga acudía al domicilio sito en la CALLE001 nº NUM003 de esta Capital que allí permanecía escaso tiempo y luego se marchaba a distintos puntos de la ciudad en donde se entrevistaba con distintas personas, normalmente en el interior del vehículo, y con los que, tras una breve conversación, se marchaba y que en ocasiones realizaba la entrega de "algo" a través de las ventanillas del vehículo o a través de la puerta del copiloto. Y que en esas entrevistas también se veía a Maximino Hipolito y a Porfirio Saturnino, y que finalizadas esas breves reuniones Jesus Bruno volvía al domicilio de CALLE001 NUM003, donde permanecía poco tiempo y se desplaza casi siempre a la Bda. DIRECCION003 (lugar conocido en esta Capital por Trafico de sustancia estupefacientes) y desde esta Barriada regresaba al domicilio de DIRECCION002.

El Instructor explicó que dado el número de seguimientos y vigilancias solicitaron la ayuda de la Unidad Central Operativa durante un tiempo, aproximadamente una semana.

Es precisamente esa labor investigadora la que determinó la solicitud de intervenciones telefónicas.

Esos seguimientos y vigilancias se extendieron en un amplio periodo de tiempo desde el 10 de Marzo al 19 de Septiembre de 2014, esto es, más de siete meses de investigación, y consta a los folios nº 21 a 99 adjuntándose numerosas fotos de esos seguimientos y vigilancias de las cuales destacamos el realizado el 3 de Abril de 2014 en donde ven a Jesus Bruno y a Horacio David juntos en un vehículo con otras personas desplazándose a la Bda. de DIRECCION000 y DIRECCION001 lugar también frecuentado por consumidores de sustancias estupefacientes llegando al domicilio de Horacio David en la CALLE003 nº NUM007 de Aljaraque; el día 4 de ese mismo mes observan a Horacio David dirigiéndose a la finca DIRECCION002. En la Vigilancia realizada el día 9 de Abril el Agente NUM024 manifestó que escuchó en la puerta de la casa de Horacio David claramente como este le decía a Jesus Bruno "la de ahora venía mucho mejor que la de la otra vez porque la última dejaba sabor".

El día 30 de Abril los Agentes pertenecientes a la UCO, observaron a Jesus Bruno salir del domicilio de DIRECCION002 conduciendo un vehículo marca Audi A 4 con el que se desplazaba primero a la CALLE001, después a la Bda de DIRECCION000 y volvía al DIRECCION002 y de nuevo a la CALLE001 nº NUM003 de allí a un domicilio en la localidad de Corrales y vuelta para DIRECCION000.

El día 5 de Mayo los Agentes de la UCO vieron a Maximino Hipolito con Jesus Bruno; el 18 de Julio y tras la oportuna investigación los Agentes estimaron que los padres de Jesus Bruno vivían en la CALLE009 NUM025, portal nº 2 y que él vivía en la CALLE002 y nuevamente lo ven trasladarse desde de DIRECCION002 hasta CALLE001 nº NUM003 adoptando en el desplazamiento medidas de seguridad.

En el mes de Septiembre, y en concreto en la vigilancia realizada el día 4, los Agentes observaron a Jesus Bruno dirigirse a la CALLE001 nº NUM003 y a continuación marcharse en un vehículo Nissan Primera matrículaRGR con Covelo.

Es entonces tras todo el material de la investigación cuando el Juzgado de Instrucción nº Cinco de Huelva se dictó el Auto de 19 de Septiembre de 2014. Se hace hincapié por el Tribunal que en el auto sobre el que se pide la nulidad, y todo su resultado se analiza en el Fundamento Segundo, el citado oficio, recogiendo el resultado de los distintos seguimientos y vigilancias practicadas, afirmándose "la existencia de indicios" de la realización de una actividad ilícita, estimándose "necesario como medida excepcional, acordar la intervención telefónica de los terminales que, según se informó por los agentes, están siendo utilizados por el recurrente, a fin de poder determinar la identidad de las personas que, presumiblemente, suministran la sustancia estupefaciente a los investigados y para determinar todos los detalles de la actividad ilícita", acordándose la intervención de las líneas telefónicas con números de lmeis, NUM021 y NUM022, cuyo "usuario" es el propio recurrente.

El Tribunal admite la validez del auto habilitante.

1.- Suficiencia de la descripción de las actividades operativas.

Se incide en que el oficio incorpora una extensa actividad de investigación. Y de manera pormenorizada se describen las distintas actividades operativas. Por ello, no puede pues sostenerse que la Guardia Civil fundamentara su solicitud en base a informaciones no concretadas ni especificadas, sino que a partir de esa investigación se obtienen determinados datos de carácter objetivo. No se trata de vagas



informaciones, ni aseveraciones especulativas, pues revelan una presunta actividad ilícita de tráfico de sustancia estupefacientes.

Frente a la crítica del recurrente en cuanto a la carencia de datos con respecto al mismo, es cierto que en estos casos resulta complicado que los investigados por los agentes de la autoridad evidencien su conducta y actividad, además de incidirse en que dado que se trataba de un grupo organizado las medidas de cautela eran extremas, lo que dificultaba las operaciones de seguimiento, pero la descripción de los indicios del oficio policial deben considerarse **suficientes** y habilitantes para el dictado del auto. Lo que debe analizarse es, pues, la "suficiencia" de la investigación, lo que se entiende concurre en la explicación del Tribunal.

2.- No puede exigirse que el oficio reúna "auténtica prueba de cargo".

Es evidente que si, por un lado, no se admiten investigaciones prospectivas con el auto habilitante, tampoco en estos casos se pueda exigir una "seguridad" de la actividad y destino del tráfico de drogas, ya que ello haría innecesaria la medida de intervención telefónica. Y así lo reconoce con acierto el propio Tribunal al señalar que "no se trata de que el oficio integre prueba plena de cargo, sino determinar la necesaria ponderación, como hemos descrito, para concluir que eran suficientes con esos datos objetivos, para generar sospechas razonables. Por ello, consideramos que tanto este inicial Auto, donde se autoriza la intervención de los referidos teléfonos móviles de Jesus Bruno como las restantes, resoluciones en las que sucesivamente se fue acordando, en la medida que se iba ampliando el conocimiento de esta investigación, se acomodan a los parámetros constitucionales en cuanto que conducían con harta suficiencia a las sospechas razonadas de la comisión de un delito Contra la Salud Publica".

c.- No pueden exigirse "actos de fe" en la investigación que da lugar al oficio policial.

Debe entenderse que los datos básicos que se exigen para el oficio policial son los que se han adoptado para la viabilidad del auto habilitante y, como apunta el Tribunal, existen "sospechas fundadas" en datos fácticos determinados y concretos sobre los que el Juez pudo formar racional juicio acerca de la posible y probable existencia de un delito que debía ser investigado con la intervención telefónica.

El recurrente cuestiona que en el oficio policial no se describen datos relevantes, pero hay que recordar que no se exige una prueba consistente del destino al tráfico de drogas, pero sí datos indiciarios de que en la investigación policial se van poniendo de manifiesto estos, sin tener mayor relevancia la creencia de que alguna identidad, como la de Evaristo Severiano , se refería a uno de los que estaban siendo investigados. Además, la complejidad de la investigación se evidencia en que el Tribunal recuerda que en el Oficio -al folio 13-, se afirma que el investigado principal es el recurrente que formara parte del escalón intermedio, y respecto del "jefe" de esa organización se declara que "no ha podido ser identificado", y que, precisamente, la solicitud de intervención telefónica tiene por objeto identificar al jefe o jefes de esa organización, pero, es más, si acudimos en el escalón correspondiente a Jefe en el organigrama se identifica solo con los signos "¿¿??".

Lo que se exige es una explicación razonable de los agentes que llevaron a cabo la investigación para explicar la "suficiencia" de la investigación, lejos de pretender una mera prospección con datos insuficientes y vagos. Pero el Tribunal describe con detalle en la sentencia ahora recurrida los pasos dados por los agentes en cuanto a la operación desplegada por estos, y las sucesivas vigilancias realizadas, sobre todo, al recurrente, pese a que este insista en que los datos eran vagos, no obstante lo cual se incide en la complejidad de los seguimientos por las medidas de autoprotección adoptadas.

Así, el Tribunal señala que de la investigación de los agentes se puede deducir que:

1.- Se describen actividades calificadas como de "**realización de negociaciones presuntamente destinadas a la organización y ejecución del tráfico de drogas**" llevadas a cabo por el recurrente.

2.- Bienes propiedad, o utilizados por el recurrente, así como su actividad laboral que se dice que "no tiene" dado que en los seguimientos "que se la ha realizado no se le ha visto relacionado con empresa, sociedad o actividad laboral alguna", aunque el recurrente difiere de ello. Pese a ello existen datos que evidencia la necesidad de percibir ingresos para afrontar los gastos.

3.- Se indica que el recurrente realiza "gestiones telefónicas" principalmente, cuyo cometido estaría dirigido a la organización y ejecución del tráfico de drogas, realizando reuniones en los diferentes puntos de esta Ciudad donde presuntamente se realizarían los pagos y entregas de droga a los distintos compradores.

4.- Se indica que el recurrente acudía a un piso situado en la CALLE001 nº NUM003 , y se realizan las reuniones de los miembros del grupo, incluido el recurrente, en breves espacios temporales, en la vía pública, normalmente en el interior de vehículos, o en el domicilio temporal de este, casa de campo sita en la CALLE004 nº NUM008 de DIRECCION002 así como que de los seguimientos se observa que hace uso frecuente del teléfono móvil con el que se considera que gestiona parte de la actividad ilícita.



Para la viabilidad de la medida de intervención telefónica que es cuestionada por el recurrente hay que señalar que la materia relativa a la correcta y adecuada habilitación para la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales en torno al oficio policial que da lugar a la resolución judicial habilitante hay que destacar que ha sido objeto de queja de forma reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la defectuosa regulación de estas diligencias de prueba en nuestra legislación hasta el año 2015, señalándose que era altamente insuficiente la regulación procesal penal para disciplinar la abundante casuística que tiene lugar en la práctica de las investigaciones policiales. Y ello, al concurrir en el trabajo diario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado multitud de situaciones a las que no se refería la regulación legal, por ejemplo, en torno a cómo proceder en estos casos y el contenido real tanto del oficio como de la resolución judicial.

En esta línea, hay que recordar que hasta el año 2015 en que se aprobó la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, la regulación legal era absolutamente insuficiente, por cuanto dejaba fuera de la normativa legal multitud de cuestiones que tienen que dejarse al ámbito interpretativo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del Poder Judicial, siendo evidente que, ante un cambio de criterio jurisprudencial acerca de la metodología a seguir para alcanzar una prueba sobre determinado extremo, resultaba que lo que hubiera podido convertirse en prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia se convertía en prueba ilícitamente obtenida, o sin contenido por falta de un presupuesto formal que la invalida como prueba, o método para alcanzar la convicción del juzgador sobre un determinado extremo.

Esta ausencia de regulación legal dificultaba enormemente la actuación de la investigación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya que, siendo éstas las que tienen que llevar a cabo las primeras diligencias de investigación que son remitidas más tarde al juez, era preciso que existiera una claridad en la metodología a seguir. Esta circunstancia se toma especialmente relevante en materia de actuación policial en medidas de limitación de derechos fundamentales; por ejemplo, intervenciones telefónicas, como es el presente supuesto, entradas y registros, intervenciones corporales, intervención de la correspondencia, entrega vigilada de drogas (art. 263 bis LECrim .) o el agente encubierto (art. 282 bis LECrim).

La clave está, pues, en la exigencia de motivación en la solicitud policial de intervención telefónica.

Una de las cuestiones de las que arranca toda medida de intervención telefónica o de entrada y registro es la de la motivación del oficio policial que es remitido al juez de guardia cuando se interesa la urgente adopción de la medida. En la jurisprudencia de esta Sala se hacen constar las circunstancias más importantes que deben concurrir en la redacción del oficio que es el soporte determinante de la concesión por el juez de guardia de la medida.

Nótese que el juez de guardia no es soberano a la hora de adoptar la medida, y que si la adopta sin la motivación suficiente, o si el oficio remitido no está rodeado de indicios mínimos reflejados en el mismo, aunque se adopte la medida y se ocupe droga, por ejemplo, se podrá alegar la nulidad de la obtención de la prueba por falta de indicios suficientes para acordar esta medida limitativa de derechos.

Como presupuestos básicos hay que destacar que:

El oficio tiene que explicar las **razones OBJETIVAS, no SUBJETIVAS**, de la solicitud que se le expone al juez de guardia, basada no en meras sospechas, sino en algún indicio de cierta relevancia.

No es válido, por ejemplo, instar la medida para realizar un muestreo de la zona en diversas viviendas o intervenir varios teléfonos «a ver si se caza algo».

La autorización judicial ha de ser «específica», es decir, debe «atender a las circunstancias concretas», y tiene que ser también «razonada».

También esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 272/2009 de 17 Mar. 2009, Rec. 11245/2007 señala que:

«La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez, 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 aquél 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» (STC 181/1995)».

De la sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 2009 se deduce como aspecto más importante en este punto, que:

Los indicios a los que se alude para solicitar la autorización son algo más que simples sospechas, pero también **algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento** .



Y en esta sentencia se incide en el " *Grado de objetivación del oficio policial*" al señalar que:

«El oficio policial fechado el 21 de junio de 2004 ofrece al Instructor datos objetivos e individualizados para presumir de modo razonable que la persona investigada pudiera estar realizando una actividad delictiva. Suministra detalles de muy distinto alcance -algunos también de naturaleza subjetiva- que apuntan todos en la misma dirección. Atribuir a tal informe el defecto de la insuficiencia supone alterar la naturaleza, el significado y hasta la funcionalidad de cualquier investigación policial. **Los agentes cumplen con poner a disposición del Juez los elementos incriminatorios que hacen presumir vehementemente la existencia de una actuación delictiva** y el Juez de Instrucción ejerce su función jurisdiccional ponderando la validez e idoneidad de tales elementos, y decidiendo después si esa información es suficiente para legitimar un acto de injerencia de los poderes públicos en el círculo de derechos del ciudadano sospechoso».

«Conviene tener presente, además, como recuerda la STC 253/2006, de 11 de septiembre que, a tales efectos, los indicios a los que se alude son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8 ; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4 ; 14/2001, de 29 de enero, F. 5 ; 138/2001, de 18 de junio, F. 3 ; y 202/2001, de 15 de octubre , F. 4)».

Por ello, esta Sala del Tribunal Supremo describe cómo debe ser el oficio policial, o los datos que debe recoger como basamento para que el juez pueda acordar la medida (STS 24 de febrero de 2009), que en concreto se resumen en los siguientes:

1. El oficio policial debe contener los datos precisos que permitan comprobar la corrección de la injerencia telefónica, datos que han de poner de manifiesto la necesidad de la injerencia.
2. Que los hechos investigados tienen la apariencia de delito grave proporcionando información suficiente sobre la conducta y la participación en el hecho de las personas a las que se lesiona el derecho al secreto de las comunicaciones.
3. Han de expresarse los indicios de realización de una conducta típica y grave, con relación de las investigaciones realizadas y justificación de la necesidad de la injerencia.
4. No se trata de expresar el resultado de una actividad probatoria sobre los hechos y la participación de los implicados cuya intervención se solicita, pues en el momento de la petición se trata de investigar un hecho delictivo, pero sí de expresar las razones fundadas sobre la participación en el delito que aconsejan la lesión del derecho al secreto para procurar la investigación del hecho grave que se investiga.
5. En ese examen el juzgado que la recibe deberá acordar lo procedente atendiendo a la entidad de los hechos denunciados, su tipificación como delito grave y, como toda resolución judicial, observar la debida proporcionalidad entre el derecho fundamental que se lesiona y la necesidad del medio para la investigación.
6. En ese examen de la proporcionalidad cobra especial importancia la expresión de los indicios de comisión y participación en el hecho de los implicados.

Pero no es posible confundir el nivel de exigibilidad de la información que se le pide a los agentes para que puedan instar por oficio la petición, ya que, por ejemplo, en la sentencia de esta Sala de fecha 17 de febrero de 2009 se concreta que **no se piden convicciones al rango o nivel de pruebas** , ya que se convalidó en este caso una petición policial apuntando que:

«Cumplió la Policía aportando las buenas razones o fuertes presunciones en términos del TEDH, **aunque no constituyeran verdaderas pruebas de cargo suficientes por sí mismas para enervar el derecho a la presunción de inocencia** , porque, **en pura lógica, de haberlo sido hubiera sobrado medida interesada** (cfr. ATS 2262/2007, de 19 de diciembre). Y ello, porque los indicios proporcionados han de ser entendidos como **datos objetivos, que por su naturaleza son susceptibles de verificación posterior, y que por su contenido puedan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretenda investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida** (cfr. STS 1056/2007, de 10 de diciembre)».

La **sentencia de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2009** es sumamente interesante, habida cuenta que examina con detalle una declaración de nulidad de la medida limitativa de derechos fundamentales adoptada por un Tribunal por entender que el oficio policial no fue exigente en la concreción de los elementos básicos para conseguir que se adoptara la medida. Sin embargo, no es éste el criterio del Tribunal Supremo y viene en esta sentencia a tener por válida la medida y por «suficiente» el contenido del oficio policial.

Así las cosas, veamos lo que señala esta Sala, y cuál fue el contenido del oficio policial que fue declarado insuficiente por la Audiencia Provincial, pero **válido por el Tribunal Supremo**. Este Alto Tribunal apunta para convalidar el oficio policial que:

«Con arreglo a los parámetros jurisprudenciales antes expresados, la Policía proporcionó datos indiciarios bien significativos de la actividad ilegal de tráfico de estupefacientes llevada a cabo por el investigado y a través del teléfono cuya intervención se solicitaba.

Así, el oficio del equipo de Policía judicial de la Compañía de ..., de la Guardia Civil de ... hizo constar que se habían comprobado respecto de ..., además de su filiación y domicilio:

- Que es conocido con el apodo de ...

- Que en el archivo de denuncias de la L 1/1992, de Seguridad Ciudadana, obra que varios consumidores han reconocido haber comprado cocaína a un tal ..., al que describen como un chico de unos 35 años, con perilla y pendiente.

- Que entre los consumidores de cocaína de ... circula el n.º de teléfono para contactar con él y concretar la venta, siendo el n.º ...

- Que normalmente tras el contacto telefónico el mismo se desplaza al lugar convenido y se produce la entrega del dinero y de la droga.

- Que su compañera sentimental... es copropietaria del bar ..., situada en la Plaza..., y que su socia en el negocio se le ha quejado de que el intercambio y consumo de la droga se produce en el interior del local.

- Que a ... no se le conoce trabajo remunerado alguno, aunque ocupa su vivienda en régimen de alquiler.

Y la Guardia Civil también hizo constar que en vigilancias estáticas realizadas por ese Equipo habían presenciado tres intercambios de dinero-droga en el portal del edificio de su domicilio.

En definitiva, la decisión de restringir el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ha venido precedida de una investigación sobre los sospechosos en la que las vigilancias a las que fueron sometidos revelaron una forma de comportarse que aparentaba relacionarse con la ejecución de operaciones de tráfico de pequeñas cantidades de droga, por lo que la medida acordada judicialmente estaba justificada».

Vemos, con ello, que esta Sala del Tribunal Supremo gradúa la exigibilidad del contenido del alcance de la motivación policial en cuanto a las razones que llevan a los agentes a pedir que se acuerde la medida de intervención telefónica, o entrada y registro, exigiéndose una **mínima investigación previa que debe constar en el oficio**, como ocurrió en este caso, con lo que rechaza la nulidad acordada por la Audiencia, y tuvo esta Sala por bueno el contenido de la medida limitativa de derechos fundamentales.

También esta Sala del Tribunal Supremo en **Sentencia 738/2017 de 16 Nov. 2017, Rec. 10372/2017** recuerda sobre el grado de motivación del oficio policial que "Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio) .

Han de ser objetivos en un doble sentido:

1.- En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control.

2.- En segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona" (STC 184/2003, de 23 de octubre).

Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse" (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass , y de 15 de junio de 1992, caso Ludí) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim , en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim) (STC 167/2002, de 18 de septiembre)".

En definitiva, el control posterior sobre la decisión que acordó la medida debe revelar que **el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso así como**



acerca de la utilidad de la intervención telefónica, de forma que quede de manifiesto que aquella era necesaria y que estaba justificada (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

Ahora bien, la constatación de que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso, no debe ir más allá, y no implica sustituir el criterio, la racionalidad y las normas de experiencia aplicados por el Instructor por el criterio de los recurrentes, y tampoco por el de esta Sala, que debe ser muy respetuosa con una facultad que el Constituyente (art 18.2) otorgó al Magistrado competente, es decir al Instructor en casos como el presente de investigaciones criminales (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

Una competencia que éste debe ejercer aplicando sus normas de experiencia en la valoración de los indicios concurrentes para ponderar razonablemente las garantías de los derechos fundamentales con las exigencias de seguridad y libertad de la sociedad y de los ciudadanos, frente a los hechos delictivos graves y la criminalidad organizada transnacional, que en un Estado social y democrático de Derecho imponen la utilización garantista, pero también eficiente, de determinadas técnicas de investigación y prueba como es la intervención de comunicaciones.

En este sentido es necesario hacer referencia a la STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 . En ella se expresa que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórrogas forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE , y que dichas exigencias deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención:

- 1º) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y
- 2º) los indicios de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

"La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009).

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

Sobre esa base, el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

También ha destacado el Tribunal que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa".



Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, la jurisprudencia constitucional admite, como ya hemos expresado anteriormente, la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

Por otro lado, como ya explica el Tribunal de instancia, es frecuente que los autos que autorizan la práctica o, en su caso, las sucesivas prórrogas de una intervención telefónica, contengan una remisión al oficio policial en que se solicita la medida. Esta práctica es admisible, y por tanto no determina por sí misma la nulidad de lo actuado, siempre que dicho oficio sea lo suficientemente expresivo de la concurrencia de los presupuestos que habilitan la restricción del derecho fundamental: «aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva» (sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre).

En palabras de esta Sala del Tribunal Supremo, « **esto no origina indefensión para el investigado** , que en todo caso puede conocer las razones tenidas en cuenta por el Juez de instrucción para acordar la intervención telefónica, que es lo verdaderamente relevante para su posible impugnación» (sentencia del Tribunal Supremo 1029/2003, de 7 de julio). No obstante, lo que no sería admisible es una falta de fundamentación jurídica del auto, con la mera transcripción fáctica de los extremos contenidos en el oficio policial.

Por todo ello, frente a la indefinición de la Ley procesal penal ante el modo y forma en la que los agentes policiales debían presentar la solicitud de autorización judicial para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica modificó de forma sustancial los preceptos de la LECRIM que regulaban esta materia para crear un verdadero cuerpo procesal que ha habilitado y secuenciado el modo y forma en la que en cada medida limitativa de derecho fundamental deben proceder las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y aunque la reforma fuera posterior a los hechos, es aplicable perfectamente a cualquier hecho anterior, ya que no se trata de aplicar una retroactividad procesal, sino de principios procesales que siempre han estado vigentes en estos casos y que con la reforma por la citada LO 13/2015 se plasman en la Ley procesal penal, y lo que se lleva a cabo con la reforma es verificar lo que la propia doctrina jurisprudencial había venido exigiendo para clarificar los principios rectores para la adopción de una medida limitativa, en este caso de intervención telefónica, y para ello se recogió en el art. 588 bis a) que:

"1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los **principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad** de la medida.

2. El **principio de especialidad** exige que una **medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto** . No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

3. El **principio de idoneidad** servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

4. En aplicación de los principios de **excepcionalidad y necesidad** solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, **otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales** del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) cuando el **descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.**

5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, **el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros** . Para la ponderación de

los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho".

Así las cosas, vistos los anteriores principios rectores deben entenderse que el Tribunal ha fundamentado debidamente:

1.- **Principio de especialidad.** La investigación policial en torno a un grupo que estaba siendo investigado por la posible dedicación al tráfico de drogas, sin poder todavía, y pese a los seguimientos, llevar a cabo la detención, porque no existían datos concluyentes que permitieran la detención y aportación de pruebas al juez de instrucción para la apertura de diligencias.

2.- **Principio de idoneidad.** Se define en la explicación del Tribunal en atención al oficio policial el ámbito de actuación del grupo, la pertenencia subjetiva de algunos de sus interventores (pese a que algunos de ellos no pudo probarse su intervención directa, lo que es lógico en estos casos al no ser integrantes todos los que con ellos se relacionan). Ámbito subjetivo y objetivo.

3.- **Principio de excepcionalidad.** Llegó un momento en la investigación en el que los agentes no podían seguir la investigación con medidas menos gravosas que la intervención telefónica.

4.- **Principio de necesidad.** Dado que la investigación se había quedado en un punto muerto que exigía la adopción de la medida de intervención telefónica para continuar.

5.- **Principio de proporcionalidad.** Es adecuada la medida adoptada de intervención ajustada a la investigación de un delito contra la salud pública de gravedad y, además, con la constitución de un grupo organizado, por lo que la dificultad de su operativa ponía en duda la eficacia de los seguimientos simples si no seguían acompañados de otras medidas como la que aquí se adoptó.

Por ello, y en base a ello, en el artículo 588 bis b LECRIM se disciplina la mecánica para la "Solicitud de autorización judicial" estableciéndose que:

"1. El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial.

2. Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener:

1.º La **descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida**, siempre que tales datos resulten conocidos (delito contra la salud pública).

2.º La exposición detallada de las **razones que justifiquen la necesidad de la medida** de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia (se justifican en el oficio).

3.º Los **datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados** que permitan la ejecución de la medida (se identifica a quienes consideraban participan en las operaciones).

4.º La **extensión de la medida con especificación de su contenido.**

5.º La **unidad investigadora de la Policía Judicial** que se hará cargo de la intervención.

6.º La **forma de ejecución de la medida**.

7.º La **duración** de la medida que se solicita.

8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

Vemos, con ello, que como indica el Tribunal, los datos reflejados en la investigación policial son bastantes y suficientes, sin ser preciso **pruebas de cargo**, o un acto de fe, que parece exigir el recurrente, en cuanto en su recurso plantea declarar la insuficiencia de los datos del oficio, pese a lo cual deben entenderse mínimos y suficientes por las sospechas fundadas tras las investigaciones llevadas a cabo, y que exigían un "paso más" en la investigación, para lo que era preciso el mecanismo habilitante de la resolución judicial que se dictó y que evidenció la veracidad de las sospechas tras los seguimientos realizados por los agentes en el entorno del grupo, pero sin que los agentes pudieran avanzar en la investigación si no se incidía en medidas como las acordadas de intervención telefónica y de entrada y registro para poder identificar con más detalle la "identidad" de los autores y todos los conformaban la red operativa que estaba dedicándose a la actividad de tráfico de drogas. Todo ello, mediante una estructura organizada que los agentes detectaron en sus



seguimientos con reuniones y movimientos que evidenciaban una conducta que desembocó en la intervención posterior.

Con todo ello, la estructura del oficio policial es destacado de forma detallada por el Tribunal de instancia en cuanto a una estructura básica y suficiente que otorga validez al auto de intervención, y así cita la Sala de instancia:

1.- *Antecedentes* : los Agentes exponen que a primeros del mes de Marzo de 2014 se inició una investigación por un presunto delito Contra la Salud Pública cometido "supuestamente por una organización criminal dedicada a la introducción de grandes cantidades de cocaína en Huelva procedentes de alguna ciudad del territorio nacional una vez almacenada en Huelva sería puesta a su venta y distribución por toda la provincia ... que al parecer esa organización criminal se encontraría compuesta por varias personas afincadas en los términos municipales de Huelva Capital, Punta Umbría y Aljaraque" citándose ya a Jesus Bruno como una de las personas integrantes de esa organización, iniciándose las investigaciones pertinentes para la verificación y confirmación de ese hecho, entre ellas la vigilancia y el seguimiento del Sr. Jesus Bruno , aportándose el resultado de esas vigilancias en los correspondientes Informes operativos.

2.- *Modus operandi* : Se describen ciertas actividades calificadas como de "realización de negociaciones presuntamente destinadas a la organización y ejecución del tráfico de drogas" llevadas a cabo por el Sr. Jesus Bruno .

3.- Datos patrimoniales: Frente a la queja del recurrente en este punto se incluyen determinados bienes propiedad o utilizados por Jesus Bruno así como su actividad laboral que se dice que "no tiene" dado que en los seguimientos "que se la ha realizado no se le ha visto relacionado con empresa, sociedad o actividad laboral alguna".

4.- *Conclusiones* : El recurrente realiza "gestiones telefónicas" principalmente, cuyo cometido estaría dirigido a la organización y ejecución del tráfico de drogas, realizando reuniones en los diferentes puntos de esta Ciudad donde presuntamente se realizarían los pagos y entregas de droga a los distintos compradores, así como que acudía a un piso situado en la CALLE001 nº NUM003 , precisándose respecto de esas reuniones que "la extrañeza" derivaba del hecho de que "se realizan en breves espacios temporales, en la vía pública, normalmente en el interior de vehículos o en el domicilio temporal de este, casa de campo sita en la CALLE004 nº NUM008 de DIRECCION002 " así como que de los seguimientos se observa que "hace uso frecuente del teléfono móvil con el que se considera que gestiona parte de la actividad ilícita".

Se señala, asimismo, en este oficio que "en las vigilancias y seguimientos se ha detectado como el mismo toma medidas de seguridad para poder comprobar si es objeto de seguimiento o vigilancia efectuando giros en dirección prohibida, circulando por calles de forma ilógica, cambios de velocidad" así como "reuniones en el interior de sus vehículos".

Con ello, puede comprobarse que **no se trata de "meras sospechas", sino que el oficio está estructurado en los elementos esenciales** para fundar el dictado del auto habilitante, al no exigirse auténticas pruebas de cargo, sino solo los elementos indiciarios antes expuestos en la referencia jurisprudencial para la habilitación del dictado de la injerencia.

Destaca, del mismo modo, la Fiscalía en este punto con acierto que "es suficiente dar lectura al extenso Oficio policial que sirve de fundamento a la resolución judicial, para comprobar que se ha realizado una investigación en profundidad, con seguimientos y vigilancias de la persona cuyo teléfono se interesaba intervenir, concurriendo indicios relevantes de su presunta participación en un grupo criminal dedicado al tráfico de estupefacientes, sin que sea necesario agotar absolutamente todos los medios de investigación antes de solicitar la autorización judicial, siendo suficiente con que consten indicios sólidos para justificar la intervención de sus comunicaciones, indicios que efectivamente concurren en el supuesto actual y que deben ser valorados en su conjunto.

Es claro, a la vista de los datos aportados en el Oficio de la UDEO, que la intervención telefónica aparecía no solo como útil y eficaz, en el propósito de profundizar en el esquema organizativo de la trama criminal investigada, sino como necesaria.

El instructor, valorando el Oficio, acordó la medida y la amplió posteriormente a otros terminales en función de los resultados de la primera intervención, obteniendo un resultado positivo pues la investigación culminó con el descubrimiento de 14 bolsas conteniendo distintas cantidades de cocaína y todo tipo de productos y sustancias para el corte y manipulación de la droga, así como importantes cantidades de dinero en metálico, todo ello reflejado en las correspondientes actas de entrada y registro posteriormente practicadas, e incorporado al relato fáctico de la sentencia que se recurre".



A.2.- En segundo lugar se cuestiona el recurrente el desarrollo de la medida de intervención telefónica.

Se alega que se ha producido igualmente la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones al no haberse procedido al necesario control judicial de la medida durante su desarrollo. Que la falta de control judicial se produce en el presente caso por la falta de judicialización de la medida llevada a cabo por el Tribunal Instructor. Y que del análisis de la totalidad de los Autos se aprecia más un voto de confianza y fe ciega depositada por el Juez Instructor en la información proporcionada por la Guardia Civil que un examen y valoración de los elementos fácticos que tenía a su disposición.

Pues bien, en este punto hay que señalar que el propio Tribunal rechaza en la sentencia la solicitud de nulidad de las restantes Resoluciones, pues en los Autos de Prórroga de las intervenciones telefónicas se formula una adecuada motivación a la luz de la nueva actividad investigadora de los Agentes, existiendo el oportuno control Judicial de las distintas intervenciones que se acordaron en el curso de la instrucción de la causa.

Así, en la sentencia se hace mención a las sucesivas medidas de intervenciones telefónicas como de prórroga de esa medida, Autos de 23 de Septiembre de 2014 , Aclaratorio de 23 de Septiembre 2014 , 25 de Septiembre de 2014 , 30 de Septiembre de 2014 , 7 de Octubre de 2014 , 17 de Octubre de 2014 , 27 de Octubre de 2014 , 3 de Noviembre de 2014 , 17 de Noviembre de 2014 , 18 de Noviembre de 2014 , Aclaratorio, 24 de Noviembre de 2014 , 1 Diciembre de 2014 , 9 de Diciembre de 2014 , 15 de Diciembre de 2014 , 22 de Diciembre de 2014 , 2 de Enero de 2015 , 7 de Enero de 2015 , 15 de Enero de 2015 , 22 de Enero de 2015 , 2 de Febrero de 2015 , periodo en el cual se realizó la investigación compleja que da lugar a un volumen relevante de acusados, dado que no se trata de una actuación aislada de personas, sino de una organización dedicada al tráfico de drogas y que viene a cualificarse como una auténtica organización que exigió la prórroga de las intervenciones telefónicas para poder localizar y detectar a todas las personas que estaban dentro de la organización y que dio lugar a la condena de los ahora recurrentes por la existencia de pruebas bastantes de destino a esta actividad, y corroboración de la válida existencia de los indicios iniciales, que se fueron corroborando conforme se dictaban las prórrogas de las resoluciones judiciales entre el dictado del auto de fecha 19 de Septiembre de 2014 y el de 2 de Febrero de 2015 , un periodo de tiempo necesario para la articulación adecuada de una investigación compleja que dio lugar a la condena de los ahora recurrentes, por lo que no se entiende improcedente y falto de proporcionalidad el dictado de los autos de prórroga al aceptarse el resultado de las investigaciones parciales que se iban realizando y la prueba de ello es que esta medida fue complementada con las de entrada y registro que dio lugar al resultado reflejado en la sentencia de instancia. Y la circunstancia de que las resoluciones judiciales incidieran en seguir investigando en la misma línea no altera su validez, ya que los agentes intervinientes debían seguir avanzando en su investigación para poder cerrar el arco de personas intervinientes, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una organización destinada a esta actividad ilícita y las medidas de control y precaución que se adoptaban por los intervinientes que se citan en el inicial oficio, lo que dificultaba la operación dada la "profesionalidad" que rodea a este tipo de actuaciones por personas que actúan en una línea jerarquizada y con una organización adecuada a este fin, con lo que los periodos fijados en las prórrogas antes expuestos no se considera exagerado ni que conlleve la invalidez de los autos de prórroga al considerarse proporcional, dada la complejidad del entramado que era objeto de investigación criminal.

En el análisis del cuarto motivo del presente recurso se analizan cada una de las conversaciones telefónicas realizadas en los siguientes días y su contenido para habilitar la prórroga de la medida de injerencia, lo que vistas las fechas demuestra una continuidad necesaria en la medida de intervención para agotar la localización de los intervinientes y fijar sus lugares de operaciones, como finalmente se consiguió:

24 de Octubre de 2014

14 de Noviembre de 2014

21 de Noviembre de 2014

4 de Diciembre de 2014

5 de Diciembre de 2014

22 de Diciembre de 2014

26 de Diciembre de 2014

2 de enero de 2015

6 de enero de 2015

1 de febrero de 2015



Sobre este punto pone de manifiesto la Fiscalía que en efecto, en función del avance de la investigación se fue comprobando la participación de nuevos miembros y la utilización en sus comunicaciones de teléfonos móviles, lo que motivó por las razones inicialmente apuntadas la necesidad de su intervención, que fue en todos los casos autorizada correctamente en el correspondiente Auto, sin que sea necesario que nuevamente se renueven los presupuestos de su concesión, que pueden ser los mismos que motivaron inicialmente la injerencia.

Así queda contrastado en el inicial Oficio de 19-9-2014 (folio 1-20) en su correspondiente Auto (folio 101), y en el resto de Autos de: 23-9-2014 (f. 136 y 151); 25-9-2014 (f. 171); 30-9-2014 (folio 198); 7-10-2014 (folio 227); 17-10 - 2014 (folio 396); 21-10-2014 (f 416); 27-10-2014 (f 508); 3-11-2014 (f 791); 17- 10-2014 (f 1256); 18-11-2014 (f 1283); 24-11 - 2014 (f 1351); 1-12-2014 (f 1569); 9-12-2014 (f 1895); 15-12-2014 (f 2.082); 22-12-2014 (f 2213); 2-1-2015 (f 2384); 7-1-2015 (f 2504);15-1 - 205 (f 2708); 22-1-2015 (f 2885) y 2-2-2015 (f 3194).

En todos y cada uno de ellos, acordados tras la recepción en el juzgado de las correspondientes transcripciones de las conversaciones e informes de seguimiento, se observa la racionalidad de la medida, expresada en los fundamentos de cada resolución, con expresa mención y detalle de cuanto se acuerda y de los motivos por lo que se adopta la medida, bien fuera para autorizar una nueva intervención bien para decidir sobre la prórroga de las ya acordadas.

B.- Con respecto al segundo motivo del recurso se formula por el cauce especial del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , denunciándose la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, consagrado en el artículo 18.3 de la CE , que se ha producido como consecuencia las escuchas llevadas a cabo por los agentes actuantes de todas y cada una de las conversaciones mantenidas por Aurora Otilia desde el día 19 de Septiembre hasta el día 30 de Septiembre, sin que existiera una Resolución judicial habilitante para ello.

Se señala en este motivo por el recurrente que "se solicitó al juez con fecha 19 de Septiembre la intervención del terminal número NUM026 , porque presuntamente estaba siendo utilizado por Jesus Bruno . Que al folio 177 de las actuaciones con fecha 30 de Septiembre y después de llevar más de una semana escuchando las conversaciones llevadas a cabo a través de dicho terminal, la fuerza actuante presenta un nuevo oficio al Juzgado en el que comunica literalmente al folio 185 de las actuaciones, que esa línea no pertenece al investigado sino a su mujer Aurora Otilia , que es quien la ha estado utilizando desde el inicio de la intervención. Y que es obvio, que los agentes actuantes no tenían cobertura legal alguna para poder interceptar las comunicaciones de Aurora Otilia , y por tanto toda la información obtenida a través de referidas escuchas deviene nula de pleno derecho".

El Tribunal de instancia recoge en este punto que ya se alegó en el juicio "Por la defensa del Sr. Jesus Bruno y como "un tercer frente de vulneración del secreto de las comunicaciones" se exponía que los Agentes procedieron de forma ilegítima dado que habían estado escuchando casi dos semanas el teléfono de la pareja del investigado sin Resolución Judicial que habilitase.

La intervención de la línea de telefonía móvil con IMEI NUM027 fue acordada Judicialmente si bien, efectivamente, posteriormente, y dado que de las investigaciones practicadas se consideró por los Agentes que Jesus Bruno poseía una nueva línea telefónica y que aquella era utilizada "principalmente por Aurora Otilia compañera sentimental y conviviente de Jesus Bruno ", se solicitó el cese de la anterior intervención y una nueva intervención telefónica, e igualmente tampoco apreciamos en esa actuación causa determinante de la nulidad pretendida".

Ello resulta evidente, ya que si bien pudieran los agentes entender que esa línea era la utilizada por el ahora recurrente no se entiende no proporcionada la medida, en tanto en cuanto el tiempo que transcurrió para interesar la medida de ampliación de la intervención no era exagerado, por lo que dado que existían sospechas de que ese teléfono lo utilizaba el recurrente se adoptó la medida, no obstante lo cual no se trataba de que lo utilizara un tercero ajeno al grupo de investigados, y que se hubiera descubierto un delito al margen de los investigados por personas fuera del mismo grupo, lo que hubiera dado lugar a una posible nulidad de esas escuchas si transcurre un tiempo prudencial y no se subsana el error, sino que el teléfono era utilizado habitualmente por la mujer del investigado, y ahora recurrente, por lo que no se entiende que fuera desproporcionada la medida de postular la ampliación adecuándolo a la realidad del usuario real de esa línea de teléfono.

Destaca con acierto la Fiscalía en este punto que "La solicitud de intervención del teléfono NUM027 se llevó a cabo por Oficio obrante a folio 117 por pertenecer a Jesus Bruno , y autorizada por auto de esa misma fecha según consta a folio 136. Cuando la policía advierte que ese teléfono solo es usado por Aurora Otilia , pareja sentimental de aquel, sin relación con los hechos, se solicita el cese de la intervención por Oficio que obra a



folio 177, al tiempo que se solicita la del teléfono NUM028 , por ser otro de los que utiliza Jesus Bruno , cese e intervención que son acordadas por Auto de 30-9-2014 , unido a la causa al folio 198.

Ninguna irregularidad se ha producido, pues ni se solicitó ni se autorizó la intervención de las comunicaciones de una persona que no tenía relación tenía con el tráfico de drogas que se investigaba, sino que, como la policía explica en su oficio, el titular del teléfono era Jesus Bruno y era normal pensar que sería el usuario del mismo. Cuando se advierte que no es así se solicita el cese de la medida".

Por todo ello, se desestima de igual modo este motivo.

C.- Con respecto al tercer motivo se formula por la vía casacional del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , denunciándose la infracción del artículo 24 párrafo 2º de la Constitución , que consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías legalmente establecidas.

Se produce la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, por cuanto la Sala de Instancia forma su convicción sobre la base de pruebas absolutamente nulas de pleno derecho, por lo que no se han respetado las garantías legales exigibles a toda prueba procesalmente válida.

Este motivo está relacionado con los anteriores, de tal manera que habiéndose dado validez a la injerencia en virtud del oficio policial, el dictado del auto habilitante y los autos de prórroga, así como la medida de intervención cuestionada en el motivo precedentes decae el presente motivo por no apreciarse la nulidad invocada de las pruebas obtenidas por los motivos expuestos en la fundamentación jurídica precedente.

D.- Se formula por la vía casacional del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , denunciándose la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en al art. 24 párrafo 2º de la Constitución , por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en que fundamentar un fallo condenatorio.

Se alega por el recurrente que según la Sentencia de Instancia la culpabilidad se extrae de:

- 1.- Las Vigilancias policiales.
- 2.- El resultado de las intervenciones telefónicas.
- 3.- El resultado de las entradas y registros.

Entiende que ninguna de estas tres diligencias llevadas cabo se desprende prueba directa de cargo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que de la prueba practicada en el plenario el Tribunal ha tenido en cuenta:

- 1.- El contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas judicialmente.
- 2.- El resultado de las diligencias de entrada y registro.
- 3.- El resultado de las investigaciones policiales que se incorporaron como prueba al juicio oral a través del testimonio de los agentes de la Guardia Civil que comparecieron en el acto de la vista ratificando el contenido de las actas de vigilancia y seguimientos.

Así, del resultado de hechos probados de la sentencia sobre la que giran las condenas que se recoge por el Tribunal tras la intermediación de la práctica de la prueba que:

1.- Los acusados Jesus Bruno , mayor de edad y sin antecedentes penales; Horacio David mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 19 de Marzo de 2012 como autor de un delito de tráfico de drogas, sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial en la causa nº 2/12 y pena cuya ejecución se halla en suspenso por auto notificado al reo el día 30 de Septiembre de 2013, por un periodo de 2 años; **Porfirio Saturnino** , mayor edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; David Torcuato mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Marcos Javier mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se concertaron durante al menos los meses de Septiembre de 2014 a Febrero de 2015 para el transporte de cocaína desde Sevilla hasta esta Ciudad para su posterior preparación y venta a terceras personas.

Para tal fin y coordinados por Jesus Bruno disponían de un inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 de esta Capital destinado a almacén de la cocaína y a su preparación para la venta que constituía un auténtico laboratorio pues contaba con todos los medios materiales necesarios para esta labor, y constituía además lugar adecuado para ocultar las ganancias obtenidas y desarrollar una auténtica contabilidad oculta.

En este entramado Jesus Bruno era el encargo de reunir el dinero necesario para la adquisición de la cocaína en cuya labor participaba también el acusado Horacio David ; el acusado Marcos Javier era el proveedor habitual desde Sevilla de la citada sustancia que entregaba al acusado David Torcuato quien se encargaba materialmente de trasladar la droga, en ocasiones en vehículos proporcionados por el propio Marcos Javier



, desde dicha localidad hasta el citado inmuebles donde era manipulada y preparada para la venta por el acusado Porfirio Saturnino .

Una vez preparada la droga era distribuida para su venta por los acusados Horacio David y Porfirio Saturnino .

2.- Dicha droga fue adquirida entre otros por los acusados Maximino Hipolito , mayor de edad y sin antecedentes penales quien a su vez procedía a su venta a terceras personas; Nazario Santiago mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 27 de Mayo de 2009 como autor de un delito de tráfico de drogas, sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial en la causa nº 30/2008 y pena cuya ejecución se halla en suspenso en virtud de auto notificado al reo el día 5 de Octubre de 2010, por un periodo de Cinco años, quien vendía no solo a consumidores en la localidad de Almonte sino también al acusado Leticia Inmaculada , mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual a su vez manipulaba esa droga que recibía del anterior y procedía de nuevo a su venta en la ciudad de Pilas.

3.- El día 3 de Febrero de 2015 se practicaron diligencias de entrada y registro en los siguientes inmuebles sitios en esta provincia.

a.- En el denominado "laboratorio" sito en la CALLE000 nº NUM000 , NUM002 de esta ciudad en el que se intervinieron un calefactor, cuatro balanzas de precisión, un cúter, una caja de recambios de cuchillas para el cúter, tres paletas de corte, una cuchara pequeña, un martillo, bolsas de plástico blancas, un pulverizador, 6 paquetes de bridas, un bote de éter y varios botes cerrados, efectos empleados todos ellos en la actividad ilícita descrita, así como un paquete postal dentro del que había varios botes de un kilogramos de peso cada uno de ellos y conteniendo sustancia de corte, en concreto cafeína 2 kilogramos, fenacetina, 2 kilogramos, y lolidocaína clorhidrato, 2 kilogramos. También se recogieron en la cocina del inmueble varios botes más conteniendo sustancias de corte, ya empezados, así 500 gramos de xilocaína clorhidrato y 500 gramos de procaína. También 1 kilo y 500 gramos de una sustancia en polvo sin determinar así como dos cuadernos y varios folios sueltos que constituían una auténtica contabilidad, así como 2540 euros en efectivo, procedentes de la actividad ilícita descrita.

Y se recogieron un total de 14 bolsas de plástico, así numeradas, que contenían una sustancia blanca que debidamente analizada resultó ser cocaína, con distintos grados de pureza según la clasificación dada por los acusados a la droga que vendían tras prepararla, así KK, semi, fuerte, puertas, y con un error en todos los supuestos, como máximo de +_3,47%. Bolsa 1, 119,56 gramos de cocaína con una pureza del 71,23%. Bolsa 2, 201,98 gramos de cocaína con una pureza del 71,98%. Bolsa 3, 199,71 gramos de cocaína con una pureza del 70,6%. Bolsa 4, 199,7 gramos de cocaína con una pureza del 75,1%. Bolsa 5, 138,74 gramos de cocaína con una pureza del 70,51%. Bolsa 6, 26,21, gramos de cocaína con una pureza del 74,2%. Bolsa 7, 63,09 gramos de cocaína con una pureza del 70,04%. Bolsa 8, 22,73 gramos de cocaína con una pureza del 69,99%. Bolsa 9 232,2 gramos de cocaína con una pureza del 30,57%. Bolsa 10, 182,76 gramos de cocaína con una pureza del 27,25%. Bolsa 11, 57,9 gramos de cocaína con una pureza del 24,25%. Bolsa 12, 5,36 gramos de cocaína con una pureza del 35,72%. Bolsa 13, 29,72 gramos de cocaína con una pureza del 50,72%. Bolsa 14, 59,93 gramos de cocaína con una pureza del 35,45%.

Esa sustancia estupefaciente fue de conformidad con el modus operandis antes descrito trasportada desde la ciudad de Sevilla hasta el citado inmueble el día 30 de Enero de 2015.

En dicha vivienda también se halló el Contrato de Arrendamiento de la misma, a nombre del acusado Porfirio Saturnino .

b.- En el inmueble sito en la CALLE001 nº NUM003 , NUM000 , del que también se servía el citado grupo y que fue alquilado por el acusado Jesus Bruno a su padre, fueron intervenidos una presa hidráulica anclada al suelo y destinada a hacer paquetillas de cocaína, varias piezas desmontadas de la misma, en concreto un reloj de termostato, diversas planchas y un hidráulico, 9 botes conteniendo sustancias de corte así fenacetina, xilocaína, lidocaína clorhidrato, ácido bórico y acetona, una balanza de precisión, dos pen drive, una tarjeta de memoria, varios folios con anotaciones contables y oculto en un falso techo del baño, un cuaderno que recogía una auténtica contabilidad, también dos bolsas conteniendo sustancias sin determinar y escrito en una de ellas "rebujo corte".

c.- En el **domicilio del acusado Jesus Bruno , sito en la CALLE002 nº NUM005 , NUM006** de esta población y que pertenece a sus padres fueron intervenidos un total de 10.540 euros, procedentes de la actividad ilícita descrita, de los cuales 10.000 estaban ocultos en un doble fondo dentro de un armario. También 4 terminales de teléfono móvil y 2 tarjetas, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita.

d.- En el **interior de la vivienda del acusado Horacio David , sita en la CALLE003 nº NUM007** de la localidad de Aljaraque y que es propiedad de su suegro, fueron intervenidos una balanza de precisión, una tarjeta con restos de cocaína, bolsitas y una jabonera, un cuaderno con anotaciones, una tablet, 6 pen, una



cámara de vídeo, 7 terminales de teléfono móvil, 14 tarjetas, 2 cargadores, efectos empleados en la realización o procedentes de la actividad ilícita descrita, así como 2195 euros en efectivo, con idéntico origen y 10,17 gramos de cocaína con una pureza del 25,67% y un error máximo en su análisis del +3,47%, sustancia que estaba destinada al consumo de terceras personas a través de su venta, y 49,25 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser cannabis con una pureza del 9,07% 50 de hachís y un error máximo en su análisis del +2,52%, que no consta en autos que estuviera destinada a la venta. También fueron intervenidos un comprimido de Lorazepán y otro de Vanagra.

e.- En el interior de la vivienda sita en la CALLE004 nº NUM008 de DIRECCION002 , Huelva, que había sido alquilada por el acusado Jesus Bruno fueron intervenidos un total de 222,41 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser tetrahidrocannabinol con una pureza del 2,18% y un error máximo de análisis de +2,52% y que no consta que estuviera destinada a la venta.

f.- En la vivienda del acusado Porfirio Saturnino , sita en la CALLE005 nº NUM009 , NUM010 de esta capital y que es propiedad del Ayuntamiento fueron intervenidos 6 terminales de teléfono móvil, una tarjeta, una navaja, dos pen, dos tablets y un reloj, efectos empelados o procedentes de la actividad ilícita descrita, varios cuadernos y hojas con anotaciones, y unas rayas de cocaína en un plato ya preparadas para su consumo, en total 0,5 gramos, así como 40,54 gramos de tetrahidrocannabinol con una pureza del 4,79% y 2,16 gramos de marihuana, con una pureza del 3,58% de tetrahidrocannabinol y en ambos casos, un error máximo de análisis de 2,52%. No consta en autos que dichas sustancias estuvieran destinadas a la venta.

g.- En el interior de la vivienda del acusado Nazario Santiago , sita en la CALLE006 nº NUM011 , NUM012 de la localidad de Almonte y que tenía alquilado en esas fechas, fueron intervenidos un total de 945 euros, procedentes de la actividad ilícita descrita , una prensa para hacer paquetillas de cocaína y 5 terminales de teléfono móvil, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita, y 19,61 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser tetrahidrocannabinol con una pureza del 8,01% y un error máximo en el análisis del +2,52%. No consta en autos que estuviera destinada a la venta.

h.- En el interior de la vivienda del mismo acusado, sita en la CALLE007 nº NUM013 , NUM000 , NUM006 de Huelva fueron intervenidos 2.880 euros en efectivo, procedentes de la actividad ilícita descrita.

Estos hechos probados dimanán de:

1.- Los seguimientos y vigilancias a que fue sometido y dio lugar al oficio policial, medidas de investigación que se extendieron desde el 10 de Marzo al 19 de Septiembre de 2014. Se adjuntan fotos en las que se comprueba al recurrente y a Horacio David juntos en un vehículo con otras personas, desplazándose a la Barriada de DIRECCION000 y DIRECCION001 lugar también frecuentado por consumidores de sustancias estupefacientes.

2.- En la Vigilancia realizada el día 9 de Abril, el Agente NUM024 manifestó que escuchó en la puerta de la casa de Horacio David claramente como este le decía a Jesus Bruno "la de ahora venía mucho mejor que la de la otra vez porque la última dejaba sabor", aspecto este que fue cuestionado por el recurrente en el motivo primero dudando de su veracidad, pero ello debe conectarse con todo el material de la investigación policial.

3.- De las investigaciones policiales se fueron añadiendo intervinientes, y así a Nazario Santiago , apodado como " Largo ", a David Torcuato , Marcos Javier y Leticia Inmaculada .

4.- En el mes de Septiembre y en concreto en la vigilancia realizada el día 4 los Agentes observaron a Jesus Bruno dirigirse a la CALLE001 nº NUM003 y a continuación marcharse en un vehículo Nissan Primera matrículaRGR con Porfirio Saturnino , constando este domicilio que se citaba en las iniciales investigaciones como uno sobre lo que se practica la diligencia de entrada y registro antes expuesta en la letra b) de las diligencias de entrada y registro con el resultado que allí consta en la intervención realizada.

Se lleva a cabo una interrelación entre todos los intervinientes y el objeto de la incautación llevada a cabo en cada inmueble en una relación entre todos los participantes al tratarse de un grupo organizado, de ahí que destaque la Fiscalía con acierto que establecida la relación de Jesus Bruno con el resto de los integrantes del grupo, merced a las investigaciones llevadas a cabo y a las conversaciones intervenidas, considerar que la cocaína hallada en el domicilio de Porfirio Saturnino pertenecía también a Jesus Bruno es una conclusión perfectamente lógica y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia que con ello queda desvirtuado. Y lo mismo cabe decir del resto del material intervenido en los distintos registros y especialmente del encontrado en el domicilio de Jesus Bruno , tanto en el arrendado por él mismo, como el de sus padres, donde se encontró una cantidad en metálico superior a los 10.000 euros, escondida en un doble fondo de un armario, lo que también es un claro indicio de su dedicación al tráfico de estupefacientes. Con este conjunto de pruebas el Tribunal, en el fundamento tercero, resume la participación de Jesus Bruno y del resto del grupo, en un razonamiento lógico y coherente al afirmar que el llamado por Jesus Bruno "su taller" era el domicilio



en la CALLE001 en donde se preparaban los viajes a Sevilla de David Torcuato para reunirse con Marcos Javier , así como la existencia de reuniones con David Torcuato en las gasolineras antes y después de los viajes para entregar dinero y recoger la mercancía y también reuniones previas con Horacio David y Porfirio Saturnino , se constata asimismo como se preparaba la droga y la entrega y venta a determinadas personas entre ellas a Maximino Hipolito , Nazario Santiago y Valentin Justo .

Además, el Tribunal valorando la prueba del plenario destaca que "declararon los Agentes de la Guardia Civil con nº de identificación profesional NUM029 ; NUM023 ; NUM024 ; NUM030 ; NUM031 ; NUM032 ; NUM033 ; NUM034 ; NUM035 ; NUM036 ; NUM037 ; NUM038 ; NUM039 ; NUM040 ; NUM041 , quienes se ratificaron en las actuaciones de investigación practicadas.

En el desarrollo de esas investigaciones se añaden como intervinientes en esa ilícita actividad a Nazario Santiago , apodado como " Largo " , a David Torcuato , Marcos Javier y Leticia Inmaculada .

De las noventa y cuatro intervenciones calificadas como esenciales por la Acusación Pública y de las especialmente reproducidas en el acto del Juicio Oral se concluye a través de un lenguaje convenido, que el llamado por Jesus Bruno "su taller" era el domicilio en la CALLE001 en donde se preparaban los viajes a Sevilla de David Torcuato para reunirse con Marcos Javier , así como la existencia de reuniones con David Torcuato en las gasolineras antes y después de los viajes para entregar dinero y recoger la mercancía y también reuniones previas con Horacio David y Porfirio Saturnino , se constata asimismo como se preparaba la droga y la entrega y venta a determinadas personas entre ellas a Maximino Hipolito , Nazario Santiago y Leticia Inmaculada .

En cuanto a las conversaciones se destaca que:

La primera de ellas nos sitúa en el **24 de Octubre de 2014** en una conversación entre David Torcuato y Marcos Javier , en ella se llaman "colegas" y Marcos Javier le pregunta si ha lavado el coche respondiendo David Torcuato que "por dentro de he quitado las mijitas", interrogándose Marcos Javier si se refería a "la mijitas de perico".

El día **14 de Noviembre de 2014** conversación entre Leticia Inmaculada y otra persona llamada Severiano Santos , quien le dice que "ya se lo he dado" en lo que quedaron "350", Severiano Santos le expresa que "ya la situación no la podemos mantener que Silvio Maximino le llamo muy nervioso que le ibas a mandar unos matones, unos moros que no qué a la puerta", se recogen expresiones de Severiano Santos tales como "el Valentin Justo tiene su gente, yo tengo la mía", que "tengo gente en la Policía Nacional y pregunté ... tengo esta problema, hay alguien con tema de coca que Silvio Maximino no ha podido pagarle, me ha amenazado ... me dijeron que diera tu nombre ... sé que tienes igual que yo el tema del juicio, del otro juicio y que eso te puede llevar de cabeza ... te voy a volver a dar los 350 el próximo día y el día 15 los 750. Valentin Justo le manifiesta que "ademas voy a poner un numero de desvío de mi numero al tuyo".

El **18 de Noviembre de 2014** Valentin Justo mantiene una conversación con Nazario Santiago en la que el primero le expone que esta "harto de mirar las cuentas y los tres papeles los tiene igual" respondiendo Nazario Santiago que algo "falla" y Valentin Justo señala que va "a ajustar los cálculos que me debes si me sale a pagar de mas es que te has equivocado tu" en el curso de este dialogo relativo al ajuste cuentas Valentin Justo manifiesta que " si yo ajusto las cuentas a pagarte más entonces no ganaría yo dinero ... no puede ser isa las cuentas en la vida ... yo te doy encima más dinero yo no gano na ... lo que tengo de ganancia son tres mil y pico y yo no puede tener ganancia porque yo lo cojo a veinticinco y yo lo pongo a cuarenta y seis ... ayer me diste eso y ya lo he apuntado yo, ya está apuntado en el otro lao", respondiendo Nazario Santiago que "lo habrás apuntado pero los quince del otro día el viernes no los tenías apuntado", y la conversación continúa con una discusión sobre la forma de esas anotaciones y de quien debe dinero.

Estos dos acusados el día **21 de Noviembre de 2014** tiene otra conversación en la que dicen que "hay 1.500 al final que ha traído un poquito menos" Valentin Justo le expresa que "trae de camino diez ... para darle cinco a ese y cinco para otro" y que "nosotros que pagamos el tonelaje de tantas cuentas" vuelven a hablar de arreglar "la cuentas" entre ellos, Valentin Justo afirma que "gano vendiendo a mi manera" negando que se hubiera equivocado "en dos años que llevamos en mil y pico" pues "es difícil equivocación", "me lleve setenta, tengo que apuntar setenta y la del ultimo día que trajiste para acá diez ahí está también apuntado" Nazario Santiago concluye que tienen que "llevar las cuentas de otra manera" pues si llevaran "una única cuenta no pasaría esto", que quiere buscarse "otro que me dé más cuartel" discuten nuevamente sobre las cuentas y Valentin Justo le pide a Nazario Santiago "me traes dos de cinco o tres de cinco" y este afirma que "el otro día me di a la fuga de la Guardia Civil en tu pueblo" ese mismo día y en otra conversación Valentin Justo le expone a su interlocutor que "por los menos algo me hace falta que lleva desde ayer sin nada", respondiendo Nazario Santiago que "hombre, tirado, tirado no te dejo algo tengo pero no veas tú la pelea que he tenido con esta gente que me querían meter esa que no huele", Valentin Justo responde "que esta última está muy buena", Nazario Santiago



señala que "tiene de la carga de atrás y me la quiere endosar a mi ... toma de la colonia esa que ye la echas y no huele ... no sé si mañana iré para allá para darle otro pico" y tranquiliza a Leticia Inmaculada al decirle que "no te preocupes que algo para mañana algo te presto".

El **4 de Diciembre** Maximino Hipolito mantiene una conversación con una persona que no ha sido identificada quien le pregunta que para qué "has ido a Huelva a hablar con tus jefes", respondiendo Maximino Hipolito que "si ... que el jefe esta cogido por los huevos eso ya de entrada" y le pide a esa persona que lo deje "tranquilo" y que "el jefe de esta gente va a venir mañana a hablar conmigo .. que si ellos viven en medio de una carretera vamos, que paso con un moto y le pongo la casa como un coladero ... que lo han explicado al jefe de ellos que mire que ya sabemos dónde es".

El **5 de Diciembre de 2014** una persona no identificada llama a Maximino Hipolito pidiéndole "dos gramos y medio" para entregarla en "un horita más o menos" y Maximino Hipolito le dice que "mientras sea de dos pa arriba me salen las cuentas".

Destacamos una conversación mantenida el día **22 de Diciembre de 2014** entre Maximino Hipolito y Jesus Bruno en la que el primero le señala que "se me está quejando la gente de los últimos trabajos", Jesus Bruno responde que "pues los mismo de siempre estamos", insistiendo Maximino Hipolito en que "se está quejando pero todo el mundo", Jesus Bruno también insiste en decir que "se lleva trabajando con el mismo de eso tiempo, que no es que haya variado" pero que de todas maneras "te lo miro", explicándole Maximino Hipolito que "es raro si se me quejara un cliente mira ostias pues vale digo a lo mejor se ha descolgado un poquillo la puerta o algo pero es que todo no es normal", recomendándole a Jesus Bruno que "si no habrá que hacer una prueba con otro tipo de materiales".

Ese mismo día Maximino Hipolito recibe una llamada en que una persona llamada Gaspar Santiago en la que Maximino Hipolito le pregunta por lo que paso "anoche" y le responde " muy flojita", y es Maximino Hipolito quien le argumenta que "era la misma que te llevaste el viernes" y Gaspar Santiago dice que no pues era "muy flojita, muy flojita y que el viernes apenas mes quede con medio el otro se lo quedó mi jefe los otros dos medio" añadiendo que sus compañeros le decían "esto no hace na, te la metías y te ponías, se te ponía así el corazón un poco taquicárdico pero que ya no te hacia nada después". Maximino Hipolito sostiene que "todas maneras yo traje ya ayer más de eso" y Gaspar Santiago responde que "el viernes nada más que cojí medio y después una compañera le cojió a un maricón que vende por aquí, volviéndose a quejar de la calidad y Maximino Hipolito le responde que si lo hubiera llamado "lo habríamos cambiado, y dada esa situación Maximino Hipolito le dice que "de todas maneras los invitaremos la semana que viene ... te llevo para que los invites" pues no le gusta "que la gente este descontenta".

Esta "reclamación" de esa persona llamada Gaspar Santiago se reproduce el **día 26 de Diciembre**, insistiendo en que "está muy flojita, te metes una y al momento te tienes que meter otra" y Maximino Hipolito le ofrece como explicación que "todo lo que está entrando es una mierda por todos lados, lo que está entrando aquí en Huelva es mierda ... que han venido un montón de gente que se dedican a los mismo que yo y le digo me lo han dado ... todo el mundo igual".

El **2 de Enero de 2015** Horacio David recibe una llamada de un desconocido en la que este afirma que "hay cuatro listones" precisando Horacio David que "cuatro y pico" el desconocido reclama su presencia en un lugar diciéndole "que no lo ha tocado", Horacio David dice que "faltará medio listón", que lo apunte y que ya se lo dará, que tiene "aquí las bolsas esas y pesan setenta y seis micras todas".

Maximino Hipolito recibe el día **6 de Enero de 2015** una llamada de una persona identificada como " Mantecas " en la que afirma que esta "por Rociana" y Maximino Hipolito le responde que "mira eso levanta mi ventana lo tienes ahí y el dinero me lo tiras para adentro.

Finalmente hacemos referencia a **día 1 de Febrero de 2015** cuando Escamillas llama a Nazario Santiago preguntándole si le trajo "eso para el chaval" y ante la duda de Nazario Santiago , Valentin Justo le precisa "lo del fuerte" y ante ello Nazario Santiago dice que "lo del fuerte después te lo voy a llevar para que lo veas porque por lo visto huelo poco" y Valentin Justo precisa que le "conviene porque hay un chaval del Puntal de Isla que viene a verme por ciento cincuenta y por doscientos y con dinero " y que es esa la quiere, "esa que no huele que esta buena para eso".

En cuanto a las diligencias de entrada y registro acordadas como resultado de las intervenciones destaca el Tribunal que:

"1.- En la CALLE000 nº NUM000 , NUM002 se intervinieron entre otros efectos cuatro balanzas de precisión, un cúter, tres paletas de corte, una cuchara pequeña, bolsas de plástico blancas, un pulverizador, paquetes de bridas, un bote de éter así como un paquete postal dentro del que había varios botes de un kilogramos de peso cada uno de ellos conteniendo sustancia de corte, en concreto cafeína dos kilogramos, fenacetina,



2 kilogramos, y lolidocaína clorhidrato, dos kilogramos, interviniéndose también la cocina del inmueble varios botes más conteniendo sustancias de corte así como 500 gramos de xilocaína clorhidrato y 500 gramos de procaína, dos cuadernos y varios folios sueltos con distintas anotaciones y 2540 Euros y en concreto catorce bolsas de plástico que contenían cocaína con distintos grados de pureza y en cantidad superior a 750 gr.

Por ello hemos conceptualizado este domicilio como de un propio "laboratorio" para la preparación y posterior distribución de la droga que se calificaba en función del grado de pureza en cuatro grupos KK, semi, fuerte, puertas y también de las documentales halladas entendemos que existía una auténtica contabilidad que generaba como hemos analizado en algunas de las intervenciones telefónicas "discusiones", "problemas" entre los acusados.

Esta sustancia intervenida conforme a las investigaciones realizadas por los Agentes de la Guardia Civil fue transportada desde la ciudad de Sevilla hasta el citado inmueble el día 30 de Enero de 2015.

Es de resaltar, también, que en este domicilio se localizó el contrato de arrendamiento del mismo a nombre del acusado Porfirio Saturnino .

2.- En el inmueble sito en la CALLE001 nº NUM003 , NUM000 , fueron intervenidos a estos efectos una prensa hidráulica anclada al suelo destinada a hacer paquetillas de cocaína, diversas planchas, nueve botes conteniendo sustancias de corte así fenacetina, xilocaína, lidocaína clorhidrato, ácido bórico y acetona, una balanza de precisión, dos pen drive, una tarjeta de memoria así como varios folios con anotaciones contables y en un falso techo del baño, un cuaderno con anotaciones y dos bolsas conteniendo sustancias sin determinar apareciendo en una de ellas la leyenda "rebujo corte".

3.- En el que constituía domicilio de Jesus Bruno en la CALLE002 nº NUM005 , NUM006 y que pertenece a sus padres fueron intervenidos un total de 10540 y terminales de teléfono móvil; en la vivienda del acusado Horacio David , sita en la CALLE003 nº NUM007 de la localidad de Aljaraque se intervinieron una balanza de precisión, restos de cocaína, bolsitas, un cuaderno con anotaciones, terminales de teléfono móvil, 2195 euros en efectivo y 10,17 gramos de cocaína con una pureza del 25,67%. También en la vivienda del acusado Porfirio Saturnino , sita en la CALLE005 nº NUM009 , NUM010 de esta capital se intervinieron terminales de teléfono móvil, varios cuadernos y hojas con anotaciones; y en la vivienda del acusado Nazario Santiago , sita en la CALLE006 nº NUM011 , NUM012 de la localidad de Almonte 945 euros, una prensa para hacer paquetillas y terminales de teléfono y 2880 Euros en la vivienda que poseía en la CALLE007 nº NUM013 , NUM000 , NUM006 de Huelva fueron intervenidos 2880 euros en efectivo, procedentes de la actividad ilícita descrita".

Por ello, debe entenderse que la prueba es válida, suficiente y de cargo como explica con detalle el Tribunal. El recurrente cuestiona en este motivo la "interpretación" acerca de los seguimientos inicialmente realizados, pero hay que recordar que se trata en esa fase inicial de detectar la existencia de los indicios estimados suficientes sobre los que ya nos hemos pronunciado, y acerca de su interpretación acerca de las escuchas telefónicas es correcta la realizada por el Tribunal conforme se ha explicitado por éste. Y en cuanto al resultado de las diligencias de entrada y registro se trata de una operación múltiple con interrelación entre una y otra actuación en base a un concierto en la forma de actuar de los intervinientes, conclusión a la que se llega de todo el material probatorio desde las iniciales investigaciones de seguimiento. Y ello, hasta ir cerrando el círculo de los reales intervinientes en una organización que asume las consecuencias globales de su actuar, conforme consta en las sucesivas actuaciones realizadas y conforme explicaron los agentes en el juicio oral. No se trata, pues, de que en algunos inmuebles concretos no estuvieran relacionados todos y cada uno de los acusados, sino que al tratarse de una organización se produce una responsabilidad por ese conjunto actuar que es descrito en los niveles organizativos por los agentes policiales.

Así, frente a la queja del recurrente hay que recordar que no se trata de que no hay existido prueba, sino que su interpretación de la valorada por el Tribunal es distinta. Así, este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012 en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE .

Por ello, el examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada **doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción** .

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además,



haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"**, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"**, es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

¿Dónde está el límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba?

Como establece la STS 1507/2005 de 9.12 :

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el Tribunal,

2.- Cómo lo dice

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada** , todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1 ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

¿Y qué es lo que puede comprobar y controlar el Tribunal Supremo?



1.- **Aspecto negativo:** No le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes.

2.- **Aspecto positivo:** Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables.

¿Cuándo existirá "justificación de la duda"?

Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga **evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva** .

¿Qué dos cuestiones son claves en la apreciación del Tribunal de Instancia?

1.- Es necesario que concorra **prueba de cargo lícita y válida** .

2.- Es preciso también que **el Tribunal de la instancia haya obtenido la certeza** .

a.- Sin lo primero (prueba de cargo y válida) es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia.

b.- Si falta lo segundo (convencimiento y certeza), porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo".

c.- Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que **entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al Tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.**

La prueba de cargo aquí practicada es suficiente por lo que se desestima el motivo, ya que, como sostiene la Fiscalía, con este conjunto de pruebas la Sala, en el fundamento tercero, resume la participación de Jesus Bruno y del resto del grupo, en un razonamiento lógico y coherente al afirmar que el llamado por Jesus Bruno "su taller" era el domicilio en la CALLE001 en donde se preparaban los viajes a Sevilla de David Torcuato para reunirse con Marcos Javier , así como la existencia de reuniones con David Torcuato en las gasolineras antes y después de los viajes para entregar dinero y recoger la mercancía y también reuniones previas con Horacio David y Porfirio Saturnino , se constata asimismo como se preparaba la droga y la entrega y venta a determinadas personas entre ellas a Maximino Hipolito , Nazario Santiago y Valentin Justo .

E.- Con respecto al motivo 5º se formula por el cauce del nº 2, del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , esto es, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al entender la Sala de Instancia que mi representado a pesar de ser adicto a sustancias tóxicas como la cocaína cannabis y alcohol de larga evolución, no tenía una patología mental crónica que anulase parcialmente sus facultades volitivas y cognitivas no apreciando en el mismo la eximente incompleta de drogadicción del art. 21.1º en relación con el art. 20.2 del Código Penal .

Como documento fundamentador del error de hecho padecido por el Tribunal a Quo, se cita el informe del Médico pericial efectuado por el Doctor Don Martin Bienvenido .

Ante la queja del recurrente por no haberse admitido la atenuante de drogadicción el Tribunal señala que, en concreto, respecto del acusado Jesus Bruno "entendemos que el Informe Pericial aportado es insuficiente a tal propósito, y únicamente podría derivarse de él la existencia de un consumo ocasional de sustancias estupeficientes".

El recurrente cuestiona la valoración de la prueba pericial practicada pero, como apunta la fiscalía, el Tribunal sentenciador no se aparta irracionalmente de las conclusiones del dictamen pericial practicado en el acto del juicio oral sino que razona expresamente la causa de su falta de convicción acerca de sus conclusiones, es decir que el Tribunal ha valorado racionalmente el dictamen prestado en su presencia, sometido a contradicción en el juicio, en contraste con otras pruebas practicadas obteniendo en conciencia la conclusión procedente que se razona adecuadamente. No concurren, como hemos dicho, las circunstancias excepcionales que permitan apreciar, en estos casos, un error valorativo del Tribunal sentenciador, encontrándonos ante un supuesto de valoración racional de una prueba personal practicada en presencia del Tribunal y contrastada con otros elementos probatorios.



No es posible afirmar por tanto que la capacidad de Jesus Bruno , de comprensión de la ilicitud de su conducta estuviera limitada de forma relevante, ni tampoco que padeciera una adicción tan grave que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma. Y, además, se recoge que "Se considera, tras todo lo analizado, que la psicopatología detectada es anterior a la presunta comisión del delito que se le imputa".

Nos encontramos, pues, ante valoración de una pericial sustentada en documento ratificado, pero ante ello hay que recordar que de lo que se trata es de cuestionar la valoración de una prueba pericial por el Tribunal y no se aprecia que en ese análisis se haya vulnerado por el Tribunal la máxima de que esa atenuante y circunstancia debe ser tan probada como el hecho mismo, por lo que el grado de esa exigencia no ha sido alcanzado a juicio del Tribunal, lo que lleva a desestimar, también, ese motivo del recurso.

F.- Se formula por la vía del artículo 849, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto que la Sala de Instancia finalmente, no aplica la eximente incompleta del art. 21. 1º, en relación con el 20.2, ambos del Código Penal , solicitada por la defensa y que se denuncian como preceptos infringidos.

Este motivo está directamente relacionado con el anterior, por lo que no existe infracción del Tribunal. La valoración es correcta y no se aprecia por el Tribunal error alguno en el proceso valorativo.

Este motivo del recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM va dirigido a llevar a cabo una revisión de la aplicación de la ley penal respecto de los hechos que el Tribunal de instancia ha declarado probados y que en este caso el recurrente no postula su modificación, sino que en relación a su redacción lo que se discute es la aplicación de la ley penal que en este caso ha llevado a cabo el tribunal; es decir, respetando lo que esta Sala del Tribunal Supremo ha denominado "La santidad del hecho probado" en relación a la inmutabilidad del relato fáctico de la sentencia cuando se selecciona en los motivos de la casación penal esta vía del error de derecho del antes citado art. 849.1 LECRIM . (STS 121/2008).

Como sabemos, y este Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de exponer en las sentencias, entre otras, SSTS 357/2013, de 29 de Abril , 343/2013, de 30 de Abril , 176/2013, de 13 de Marzo , 888/2012, de 22 de Noviembre , solo cabría corregir esta declaración de hechos predeterminados por la vía de la estimación de algún motivo fundado, eso sí, en el art. 849.2 LECRIM o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

1.- Los límites en el motivo del art. 849.1 LECRIM en la alegación del error de derecho.

Como límites que el recurrente no puede sobrepasar se pueden citar los siguientes:

- a.- No cabe modificar los hechos probados.
- b.- Alterar su contenido parcialmente.
- c.- Condicionar el mismo o desviarlo de su sentido.
- d.- Interpolar frases.
- e.- Alterar, modificar, sumar o restar a la narración fáctica extremos que no contiene.
- f.- Expresar intenciones inexistentes o deducir consecuencias que traten de desvirtuar su contenido.
- g.- No existen posibilidades de fundar tampoco por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial (STS de 2 de abril de 1992).
- h.- Tampoco integra el carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la Ley del art. 3 CC

El recurrente pretende un proceso de revisión probatoria de la prueba en este motivo, pero ello fue descartado por el Tribunal al no apreciar la eximente por este motivo, y no existe, por ello, infracción de ley, sino distinto proceso valorativo del recurrente, por lo que de desestima, de igual modo, el motivo.

G.- Se formula por la vía del artículo 849, número 1, de la Ley de Ritos , y como subsidiario a los anteriores motivos, "por cuanto que la Sala de Instancia en la sentencia que recurrimos, considera a mi mandante, como autor de un delito de participación en grupo criminal previsto y penado en el artículo 570 ter del Código Penal , por aplicación indebida de dicho precepto, así como la jurisprudencia de esta Exma. Sala que lo interpreta y desarrolla ya que no se recogen ni en los Hechos Probados ni en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia de Instancia la concurrencia de los elementos del tipo previstos para su apreciación, sino tan solo un concierto previo de voluntades para delinquir que no supera la simple coautoría".

Mantiene el recurrente que no puede deducirse que estemos en presencia de un grupo criminal en los términos que la Jurisprudencia exige.

El motivo se desestima. No debe olvidarse que ya desde el inicio de la investigación se articula ésta sobre la base de una organización, y es ésta la que determina en su entramado la operación policial de la práctica de las



intervenciones telefónicas, a fin de detectar la real y completa trama que había detrás de las investigaciones que se habían llevado a cabo. Por ello, la organización criminal es evidente y así está descrita por el Tribunal en la sentencia y así se desarrolla en los hechos probados y en la subsiguiente fundamentación jurídica. Podría desestimarse cuando se trata de una "unión fortuita para la comisión inmediata de un solo delito", que es el caso de la sentencia de esta sala 271/2014 de 25 de Marzo a que se refiere el recurrente. Pero no es el caso presente en donde existe una estructura acreditada desde las primeras investigaciones policiales tendentes a las actividades declaradas probadas. Precisamente, tratando de este tipo penal del art. 570 ter CP, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 271/2014 de 25 Mar. 2014, Rec. 10892/2013 se recuerda que "En la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 5 de junio, por la que se reformó el C. Penal, se expone para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que " Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes ". "La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010 - responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas" .

Resulta obvio que de las investigaciones, las escuchas, los seguimientos realizados, las diligencias de entrada y registro y las declaraciones de los agentes policiales en el plenario se trataba de un grupo con el fin ya fijado en los hechos probados.

Pues bien. queda constatado en los hechos probados y en los fundamentos de la sentencia que los intervinientes en este complejo entramado se encontraban perfectamente organizados, en su actividad de posesión, manipulación y distribución de droga. Además, de las diligencias de entrada y registro llevadas a cabo se evidencia que con la utilización, incluso, de inmuebles para llevar a cabo su actividad conjunta, locales en los que se encontraron instrumentos y efectos destinados a dicha ilícita actividad, y con una distribución funcional en la que Jesus Bruno era el máximo responsable. y el encargado de reunir el dinero necesario para la adquisición de la cocaína en cuya labor participaba también el acusado Horacio David ; el acusado Marcos Javier era el proveedor habitual desde Sevilla de la citada sustancia que entregaba al acusado David Torcuato quien se encargaba materialmente de trasladar la droga, en ocasiones en vehículos proporcionados por el propio Marcos Javier , desde dicha localidad hasta el citado inmueble donde era manipulada y preparada para la venta por el acusado Porfirio Saturnino . Por último, una vez preparada la droga era distribuida para su venta por los acusados Horacio David y Porfirio Saturnino .

Hay que recordar, con respecto a este motivo en el que se cuestiona la existencia de una organización que en la propia sentencia se recuerda desde el inicio de la investigación que "el EDOA solicito apoyo dada la complejidad y dificultad de esta investigación al Grupo de Vigilancia de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO), concluyéndose por esta Unidad tras las vigilancias y seguimientos que se aportan que Jesus Bruno "se encuentra relacionado con una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas" en la que participarían, además, Horacio David , destacándose el "elevado nivel de vida" de Jesus Bruno . Y que al f. 34 de las actuaciones, 13 del oficio se concluye que "en el organigrama de esta organización el investigado principal es Jesus Bruno que formaría parte del escalón intermedio" y respecto del "jefe" de esa organización se afirma que "no ha podido ser identificado a pesar de llevar desde el mes de marzo efectuando vigilancias y seguimientos".

Con respecto a la condena por el artículo 570 ter del Código Penal recuerda el Tribunal, tras la práctica de la prueba, que el propio precepto citado señala que *"a los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos"*.

Apunta que el concepto de grupo criminal es, pues, de carácter residual frente al de organización criminal, con el que presenta algunas semejanzas, como el hecho de estar constituido por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos; sin embargo, se crea sobre los conceptos negativos de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta



la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que surja la figura de grupo criminal.

En definitiva y a tenor de la anterior definición legal el grupo criminal sólo requiere de dos elementos:

a.- Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas.

b.- Finalidad criminal: pues debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos.

Y concluye que "En el supuesto enjuiciado y conforme a las pruebas practicadas estimamos que es dable apreciar la existencia de un grupo criminal integrado solo por las razones que exponemos por los acusados Jesus Bruno , Horacio David , Porfirio Saturnino , David Torcuato y Marcos Javier pues de manera reiterada y proyectada en el tiempo se concertaron para trasladar, transportar cocaína desde la ciudad de Sevilla hasta nuestra Provincia asumiendo cada uno de ellos una función de coordinación, transporte, elaboración, preparación, distribución y venta".

Esta apreciación debe ser confirmada, toda vez que, como se expone, desde el inicio de la investigación se ha tratado la misma desde el concepto de tratar con un grupo organizado; de ahí que se haya prolongado la investigación en los sucesivos autos de prórroga, a fin de que la fuerza actuante pudiera enlazar las actividades y conductas de todos los intervinientes. Precisamente por ello es por lo que se realizaron diversas diligencias de entrada y registro que afectan a todos los miembros, pese a que el recurrente pretenda exonerarse de la responsabilidad en alguno de los registros alegando "ajenidad" a las aprehensiones en algunos realizadas. Pero esta oposición debe ser rechazada al tratarse de un grupo organizado y una "responsabilidad por asunción" de la actividad del grupo, no pudiendo aislarse las responsabilidades, sino tratarse como un conjunto, porque el grupo funcionaba como una auténtica organización, que es lo que ha atraído a la aplicación del art. 570 ter CP .

Insistir, de nuevo, en la relevante práctica de la prueba de los agentes que llevaron a cabo la investigación, lo que constituye en relevante valoración de prueba privilegiada por la inmediatez del Tribunal, y sin que se aprecie error valorativo en esta sede casacional, ya que ello es destacado por el Tribunal en su sentencia al recordar que: "Los Agentes explicaron al Tribunal que en Marzo de 2014 el Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga de la Unidad orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil de Huelva (EDO) tuvo conocimiento de la existencia de un grupo instalado en la ciudad de Huelva que presumiblemente se dedicaría a poner en venta y distribuir cocaína por la provincia especialmente por las localidades de Aljaraque, Gibraleón y Huelva capital, cocaína que trasladarían hasta aquí desde alguna otra provincia, que creían Sevilla, y que formaban parte de dicho grupo criminal Jesus Bruno , con domicilio en esta capital, y que con él colaborarían otras personas de Huelva capital, Punta Umbría y Aljaraque, motivo por el cual se inicio una actividad de investigación con seguimientos y vigilancia realizándose los correspondientes Informes operativos unidos a a las actuaciones y de esa actividad investigadora se concluyó que Jesus Bruno era el encargado de negociar con los proveedores de la droga y la persona que gestionaba el dinero de ese grupo, explicando como anticipábamos, que existió un error en la concreta identificación de la persona de Evaristo Severiano " .

Los Agentes también explicaron que derivado de las continuas y constantes visitas de Jesus Bruno a las barriadas de DIRECCION000 y DIRECCION003 , estimaron que también formaba parte de ese grupo Horacio David con domicilio en Aljaraque y cierto es que en los iniciales momentos de la investigaron se aludía a otras personas como Ismael Moises y Isidoro Damaso que podían participar en dicha actividad si bien en el desarrollo de las investigaron resultarían excluidas.

De esas declaraciones y conforme al resultado de las referidas vigilancias y seguimientos los investigadores policiales entendieron que Jesus Bruno antes de encargar una partida de drogas, se reunía con otras personas en una casa de campo que tiene en DIRECCION002 , en Punta Umbría, concertándose las distintas citas vía telefónica y que posteriormente Jesus Bruno iniciaba los desplazamientos necesarios tanto para recaudar el dinero como para realizar la entrega de droga a las personas encargadas de su venta y que en estos desplazamientos se observaron cómo el acusado adoptaba medidas de seguridad, realizando contramarchas, itinerarios ilógicos.

Precisaron los Agentes que Jesus Bruno , siempre, antes de reunirse con las personas que iban a vender la droga acudía al domicilio sito en la CALLE001 nº NUM003 de esta Capital que allí permanecía escaso tiempo y luego se marchaba a distintos puntos de la ciudad en donde se entrevistaba con distintas personas normalmente en el interior del vehículo y con los que, tras una breve conversación, se marchaba y que en ocasiones realizaba la entrega de "algo" a través de las ventanillas del vehículo o a través de la puerta del copiloto. Y que en esas entrevistas también se veía a Maximino Hipolito y a Porfirio Saturnino , y que finalizadas esas breves reuniones Jesus Bruno volvía al domicilio de Galaroza 9, donde permanecía poco



tiempo y se desplaza casi siempre a la Bda. DIRECCION003 (lugar conocido en esta Capital por Trafico de sustancia estupefacientes) y desde esta Barriada regresaba al domicilio de DIRECCION002 .

El Instructor explicó que dado el número de seguimientos y vigilancias solicitaron la ayuda de la Unidad Central Operativa durante un tiempo, aproximadamente una semana.

Es, precisamente, esa labor investigadora la que determino la solicitud de intervenciones telefónicas.

Esos seguimientos y vigilancias se extendieron en un amplio periodo de tiempo desde el 10 de Marzo al 19 de Septiembre de 2014, esto es, más de siete meses de investigación y consta a los folios nº 21 a 99, adjuntándose numerosas fotos de esos seguimientos y vigilancias de las cuales destacamos el realizado el 3 de Abril de 2014 en donde ven a Jesus Bruno y a Horacio David juntos en un vehículo con otras personas desplazándose a la Bda. de DIRECCION000 y DIRECCION001 lugar también frecuentado por consumidores de sustancias estupefacientes llegando al domicilio de Horacio David en la CALLE003 nº NUM007 de Aljaraque; el día 4 de ese mismo mes observan a Horacio David dirigiéndose a la DIRECCION002 . En la Vigilancia realizada el día 9 de Abril el Agente NUM024 manifestó que escuchó en la puerta de la casa de Horacio David claramente como este le decía a Jesus Bruno "la de ahora venía mucho mejor que la de la otra vez porque la última dejaba sabor".

Esta mecánica de actuación integra el carácter de "organización" para delinquir que lleva al Tribunal a concluir que "debemos destacar que nos hallamos ante acusados integrantes de un grupo criminal que de manera reiterada y con un evidente ánimo de lucro ha perpetrado actos de transporte, elaboración preparación y distribución y venta de cocaína y de otra a acusados que con pleno conocimiento del significado de su acción compraban a miembros de ese grupo criminal cocaína para posteriormente venderla".

La condena del Tribunal por la vía del art. 570 ter CP se lleva a cabo equiparando a efectos penales las conductas típicas de quienes constituyeren el grupo, financiaren su actividad o integraren el mismo, y que ha que reputar como integrantes del grupo a quienes intervienen de algún modo, previo concierto, en la planificación y realización de sus objetivos, esto es, la perpetración concertada de delitos.

A este respecto hay que señalar que, como esta Sala del Tribunal Supremo ha puntualizado en sentencia reciente 39/2018 de 24 Ene. 2018, Rec. 10395/2017 , "La jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado en diversas ocasiones de la diferencia entre el grupo criminal del artículo 570 ter y los supuestos de mera codelinquencia. La STS nº 309/2013, de 1 de abril recordaba que el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos" (tras la redacción dada por la LO 1/2015).

Se señalaba en esta sentencia que así como la organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad, **el grupo criminal requeriría igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos** .

Pero la ley permitiría configurarlo con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurran alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.

Se sigue diciendo que sería necesario, entonces, **distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia**, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. "Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal.

El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país. En el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a



sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. Interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito". En similar sentido la STS nº 371/2014, de 7 de mayo .

Aunque en alguna sentencia, STS nº 950/2013 , se ha admitido la posibilidad de que el grupo se forme para la comisión de un solo delito, en otras muchas (por todas la STS 241/2017, de 5 de abril , citada por la STS nº 754/2017, de 24 de noviembre) se insiste en que "el grupo criminal se forma para la ejecución de más de un delito, lo cual, cuando se trata de tráfico de drogas, se produciría en los casos en los que se desarrollan variados actos de tráfico aunque luego sean calificados como un solo delito. En realidad, solamente quedarían excluidos los supuestos de formación fortuita para la comisión inmediata de un delito, mientras que quedarían incluidos aquellos casos en los que la estructura del grupo, sin alcanzar la complejidad y consistencia propias de la organización criminal en sentido estricto, permitan no solo la comisión del delito que inmediatamente van a cometer, sino la de otros similares sin precisar de nuevas aportaciones de medios personales o materiales.

Las exigencias a que se hace referencia (formación fortuita para la comisión inmediata de un delito), suponen que el grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que éste presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares".

En el caso, no ofrece dudas la existencia de un grupo criminal constituido por quienes, durante un tiempo determinado, mantienen una mínima estructura que les permite desarrollar distintos actos orientados al tráfico de drogas, porque así se deduce de la investigación policial ratificada en el plenario por los agentes intervinientes, el número de personas acusadas en el presente procedimiento, con las consiguientes medidas limitativas de derechos que se adoptaron, dentro de la estricta legalidad y previa la investigación oportuna para validar la injerencia que fue acordada por las respectivas órdenes judiciales. No se trata de una mera codelinuencia en este caso, -como apunta el recurrente en su motivo del recurso- sino de un auténtico grupo organizado, como especificaron los agentes y asumió el Tribunal con un descriptivo relato en la sentencia ahora recurrida.

Pese a la impugnación por la vía del art. 849.1 LECRIM debe destacarse que los hechos probados, donde concretamente se atribuye al ahora recurrente un papel destacado en el grupo, así como se describe la intervención individual y luego la grupal, permiten asumir la existencia de este grupo organizado que resulta de la prueba practicada.

Por ello, debe desestimarse, también, este motivo del recurso.

Recurso de Porfirio Saturnino

TERCERO.- A.- Con respecto al primer motivo del recurso se alega amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por violación del artículo 24.2 de la Constitución Española , en concreto del derecho a la presunción de inocencia, con respecto al delito de salud pública y de pertenencia a grupo criminal.

Se alega que se ha otorgado excesivo valor a la declaración policial por el Tribunal y que hubo declaraciones contradictorias. Se reiteran alguna de las cuestiones expuestas por el recurrente precedente y que ya fueron explicitadas en el fundamento jurídico anterior en orden a rechazar esta vulneración de la presunción de inocencia por la existencia de prueba válida admitida y debidamente valorada por el Tribunal, incluyendo la conducta y actuación del recurrente Porfirio Saturnino . Apela éste, de nuevo, a la alegación de la cita de Evaristo Severiano , que ya se explicó por los agentes que se debió a un error, y sin que ello tenga la trascendencia que le dan los recurrentes, sino que se aplica a la propia complejidad de la propia investigación, y sin que ello permita exculpar las conductas probadas de todos y cada uno de los condenados por el Tribunal, ya que la referencia a una persona que luego puede no ser incluido en el listado de los intervinientes en la organización no desnaturaliza las conductas ilícitas cometidas por el resto de autores de los hechos por los que el Tribunal ha considerado y argumentado debidamente que existe prueba bastante para condenar.

Sin embargo, pese a que se cuestionan las declaraciones policiales y la investigación con respecto al recurrente se hizo constar por el Tribunal valorando la prueba practicada que " Jesus Bruno , siempre, antes de reunirse con las personas que iban a vender la droga acudía al domicilio sito en la CALLE001 n ° NUM003 de esta Capital que allí permanecía escaso tiempo y luego se marchaba a distintos puntos de la ciudad en donde se entrevistaba con distintas personas normalmente en el interior del vehículo y con los que, tras una breve conversación, se marchaba y que en ocasiones realizaba la entrega de "algo" a través de las ventanillas del vehículo o a través de la puerta del copiloto. Y que en esas entrevistas también se veía a Maximino



Hipolito y a Porfirio Saturnino , y que finalizadas esas breves reuniones Jesus Bruno volvía al domicilio de CALLE001 NUM003 , donde permanecía poco tiempo y se desplaza casi siempre a la Bda. DIRECCION003 (lugar conocido en esta Capital por Tráfico de sustancia estupefacientes) y desde esta Barriada regresaba al domicilio de DIRECCION002 uno de los que mantenía entrevistas en la calle con Jesus Bruno y Maximino Hipolito , entregándoles algo a través de las ventanillas o la puerta del copiloto".

Sin embargo, hay que recordar que, entre las diligencias de entrada y registro, se llevó a cabo por el oportuno mandamiento judicial en el piso de la CALLE000 nº NUM000 NUM001 , alquilado a nombre del recurrente, por cuanto en el registro se localizó el contrato de arrendamiento de la vivienda a nombre del recurrente Porfirio Saturnino . Y en este se produce el hallazgo de 14 bolsas de plástico de distinto peso y pureza conteniendo cocaína, tal como consta en el relato de hechos probados. Además, se ocuparon cuatro balanzas de precisión, un cúter, una caja de recambios de cuchillas para el cúter, tres paletas de corte, una cuchara pequeña, un martillo, bolsas de plástico blancas, un pulverizador, 6 paquetes de bridas, un bote de éter y varios botes cerrados, efectos empleados todos ellos en la actividad ilícita descrita, así como un paquete postal dentro del que había varios botes de un kilogramos de peso cada uno de ellos y conteniendo sustancia de corte, en concreto cafeína 2 kilogramos, fenacetina, 2 kilogramos, y lolidocaína clorhidrato, 2 kilogramos. También se recogieron en la cocina del inmueble varios botes más conteniendo sustancias de corte, ya empezados, así 500 gramos de xilocaína clorhidrato y 500 gramos de procaína y 1 kilo y 500 gramos de una sustancia en polvo sin determinar así como dos cuadernos y varios folios sueltos que constituían una auténtica contabilidad, así como 2540 euros en efectivo, procedentes de la actividad ilícita descrita.

Por otro lado, en su vivienda en la CALLE005 nº NUM009 NUM010 , se encontraron 6 terminales de teléfonos móviles fueron intervenidos 6 terminales de teléfono móvil, una tarjeta, una navaja, dos pen, dos tablets y un reloj, efectos empleados o procedentes de la actividad ilícita descrita.

Junto a ello, los agentes policiales ubicaron al ahora recurrente como parte de la organización, y el Tribunal así lo admite como prueba de cargo en esa relación entre el recurrente Jesus Bruno y Maximino Hipolito con Porfirio Saturnino , como antes se ha expuesto.

Se añade por los agentes policiales que "el llamado por Jesus Bruno "su taller" era el domicilio en la CALLE001 en donde se preparaban los viajes a Sevilla de David Torcuato para reunirse con Marcos Javier , así como la existencia de reuniones con David Torcuato en las gasolineras antes y después de los viajes para entregar dinero y recoger la mercancía y también reuniones previas con Horacio David y Porfirio Saturnino , se constata asimismo como se preparaba la droga y la entrega y venta a determinadas personas entre ellas a Maximino Hipolito , Nazario Santiago y Valentin Justo ".

Por ello, existe prueba bastante que enerva la presunción de inocencia y se desestima el motivo.

B.- Con respecto al segundo motivo por infracción de precepto constitucional de los artículos 18.2 y 18.3 CE por conculcar la inviolabilidad del domicilio y del secreto de comunicaciones.

Se alega por el recurrente que cuando la policía acude a su domicilio a llevar a cabo la diligencia de entrada y registro no se encuentra en el mismo, añadiendo que "estaba en las puertas del inmueble la Fiscal antidroga de la Audiencia Provincial de Huelva, hecho este, la espera en la puerta junto con los agentes actuantes de la Fiscal antidroga de la Audiencia Provincial de Huelva mientras que mi representado es conducido al domicilio, reconocido por los propios agentes intervinientes en el registro en su declaración en el plenario en sesión de vista. Es decir, los policías actuantes habían entrado con anterioridad y precintando la misma, vuelven posteriormente con mi representado, de lo que se deduce sin ningún género de dudas que previamente ya habían entrado".

Sin embargo, no es esto lo que se considera probado, ni lo que se obtiene de lo actuado, sino que las diligencias de entrada y registro de los dos domicilios antes expuestos y acordadas en virtud de Auto de 2 de febrero de 2015 , obrante al folio 3284 de las actuaciones, aparecen documentadas en las correspondientes actas unidas a los folios 3313, la de la CALLE005 y al folio 3317 y 3320. Y en la que ahora interesa las actas de registro de la vivienda de la CALLE000 , consta que a las 7.10 horas, al no encontrarse a nadie, queda la vivienda precintada y custodiada por los Agentes de las Fuerzas de Seguridad del Estado, y que a las 9.15 horas en presencia del arrendatario de la vivienda Porfirio Saturnino , se procede al desprecinto para realizar el registro correspondiente, todo ello averado por la firma del Secretario del Juzgado de Instrucción 5 de Huelva.

No puede admitirse la existencia de vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio, porque existía mandamiento judicial, y porque como señalamos en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 940/2012 de 27 Nov. 2012, Rec. 114/2012 "El artículo 566 de la LECrim dispone que si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular se notificará el auto a éste; y el artículo 569 de la misma ley impone la presencia del interesado en la práctica de la diligencia. El artículo 18.2 de la Constitución luego de reconocer la



inviolabilidad del domicilio, establece que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Ha señalado el Tribunal Constitucional que "... una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), "para entrar en el cual basta la orden judicial (SSTC 290/1994 y 309/1994 ; AATC 349/1988 , 184/1993 y 223/1994), ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) en sus diferentes facetas", sino en su caso a la "validez y eficacia de los medios de prueba" (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4 ; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 3 ; 171/1999, de 27 de septiembre FJ 11)", STC nº 219/2006".

En el caso presente, el Juez acordó la entrada y registro en el domicilio del recurrente tras recibir la información inculpativa derivada de las conversaciones intervenidas, dictando para ello un Auto respecto del que, cuando se llega al inmueble, estaban los agentes esperándole para garantizar su presencia, señalando que estaba precintado, pero la intervención de la comisión judicial en este caso fue correcta, y que la presencia se garantizó, en cualquier caso, como indica la Fiscalía, por lo que no conlleva vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, ya que se garantizó la presencia del interesado en el registro de la CALLE000 a las 9.15 horas en presencia del arrendatario de la vivienda. Además, con el ahora recurrente, Porfirio Saturnino , se procede al desprecinto para realizar el registro correspondiente, todo ello adverbado por la firma del Secretario del Juzgado de Instrucción 5 de Huelva.

Con respecto a la denuncia de la grabación que se hizo del registro y su difusión por internet cuando la causa todavía estaba declarada secreta, no supone una afectación a la prueba practicada, y supone un hecho ajeno a la causa sobre el que se realizó ya la oportuna investigación, pero sin que ello suponga violación alguna de derecho fundamental, ya que no afecta en modo alguno a la causa.

Con respecto a la vulneración del secreto de las comunicaciones en cuanto al dictado del auto de intervención, ya ha sido analizado ante el primer recurso, reiterando lo allí expuesto en cuanto al origen de la investigación, y en cuanto a la firma no conlleva el valor que se pretende, ya que, en efecto, esta Sala ya ha dictado Sentencia de fecha 26 de julio de 2016 , donde se recoge que "la ausencia de firma del Instructor en tal Resolución (en este caso se trataba de un auto autorizante de una entrada y registro) no puede suponer un defecto que conlleve la nulidad de dicho pronunciamiento, pues consta la misma unida a las actuaciones e intervenida por el actuario judicial, sin denuncia ulterior alguna por parte del titular del órgano, por lo que debe ser considerada tan sólo como un caso de omisión involuntaria".

Por ello, debe desestimarse este motivo del recurso también.

C.- Con respecto al tercer motivo por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art 849.1 LECRIM por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 570 ter CP .

Se incide en el mismo motivo ya invocado anteriormente, y que ya ha sido explicado en el fundamento jurídico precedente, en cuanto a la admisión de la consideración de organización criminal incluido en el art. 570 ter CP , donde ya se ha puesto de manifiesto la existencia de una mínima estructura que les permite desarrollar distintos actos orientados al tráfico de drogas, porque así se deduce de la investigación policial ratificada en el plenario por los agentes intervinientes, el número de personas acusadas en el presente procedimiento, con las consiguientes medidas limitativas de derechos que se adoptaron, dentro de la estricta legalidad y previa la investigación oportuna para validar la injerencia que fue acordada por las respectivas órdenes judiciales, y donde el recurrente tenía su participación que ha sido explicitada con ocasión del primer motivo de su recurso, por lo que formaba parte del entramado organizativo, lo que conlleva, de igual modo, a la desestimación del recurso.

Recurso de David Torcuato

CUARTO.- A.- Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la CE así como del 18.2 CE .

Se alega la nulidad del auto de fecha 19 de Septiembre del año 2.014 por falta de presupuesto habilitante y falta de motivación.

El motivo se desestima.

Se vuelve a incidir en la nulidad del auto por falta de motivación habilitante dimanante del oficio policial, pero ya se ha explicado con detalle que el oficio reúne los elementos básicos esenciales para la viabilidad del dictado del auto en base a la investigación. Se ha explicado con detalle con motivo del recurso interpuesto por el recurrente Jesus Bruno la corrección y validez del auto vista la prueba practicada, cómo se llevó a cabo la



investigación y las explicaciones dadas en el plenario por los agentes policiales que avalan que no se trató de una investigación prospectiva, sino que los indicios fueron debidamente explicados, y fue la razón y fuente del dictado del auto habilitante, por lo que nos remitimos a la fundamentación expuesta con motivo del primer recurso, al igual que con respecto al desarrollo explicativo de los autos de prórroga dictados y su razonamiento en razón a las fechas de los mismos y al seguimiento efectuado por los agentes y la consiguiente necesidad de continuar una investigación que giraba sobre el parámetro de la organización criminal, que exigía, por ello, de una continuidad que vino avalada por esos autos de prórroga antes detallados y explicados.

Con respecto a la impugnación de concretos autos de prórroga, el Tribunal explica con detalle que "Se impugnaba también por las Defensas los concretos Autos de 7 y 17 de Octubre de 2014 por cuanto que en ellos se acordaba la intervención de teléfonos utilizados por personas desconocidas. En este sentido en dichas Resoluciones se argumenta por el Instructor que por el EDOA y como consecuencia de esa actividad investigadora se "ha tenido conocimiento de un nuevo número de teléfono con el que contacta el investigado y mantiene conversaciones relativas a la organización de la actividad delictiva" que esa línea cuya intervención se interesa "está siendo utilizada por Jesus Bruno " y que por ello procedía "la intervención" de estas nuevas líneas; y no hallamos en estos pronunciamientos, en estos razonamientos causa o razón que determine la Nulidad de estas Resoluciones".

En la explicación de los agentes a la continuación de cada prórroga está la propia necesidad de seguir avanzando en las investigaciones ante los datos que se iban descubriendo a raíz del inicial y válido auto de Septiembre de 2014 y la complejidad de la trama con estructura organizada, y que exigía la injerencia al no existir un medio menos gravoso que la misma para averiguar la autoría de los intervinientes y los domicilios en donde se realizaban las operaciones, como consta más tarde en las ya citadas diligencias de entrada y registro positivas. No cabe, pues, admitir la nulidad de los autos de prórroga ya expuesto, también, con motivo del primer recurso antes analizado, ya que, como se recoge por la fiscalía, no se debe acordar la nulidad de las prórrogas acordadas por válidas y suficientes, tras la exposición continuada de los resultados que ofrecía la investigación; y con respecto al Auto de 15-12-2014 , cuya nulidad expresamente se solicita, se trata del Auto por el que se acuerda la prórroga, entre otros, del teléfono NUM042 , cuyo usuario habitual es el recurrente. De su examen se advierte lo infundado de la pretensión de nulidad. El Instructor hace una extensa y detenida referencia a las actividades de David Torcuato (f 2084) que sirven de soporte a la continuación de la medida acordada. El motivo se desestima.

B.- Con respecto al segundo motivo del recurso se interpone al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la C.E . del derecho a un proceso con todas las garantías.

Se alega que serían nulas las diligencias de entrada y registro en el domicilio de mi representado CALLE003 NUM007 de Aljaraque y en CALLE000 nº NUM000 NUM001 de Huelva donde presuntamente se intervino sustancia estupefaciente.

No puede apelarse a que la publicación de una grabación tenga alguna consecuencia sobre la validez de la prueba, ya que lo relevante es la validez del auto que valida la injerencia y que está unido al folio 3284 y que está motivado y en las actas de entrada y registro firmadas por el Secretario que asistió a las mismas, por lo que se desestima el motivo del recurso.

Es una cuestión alegada por varios recurrentes, pero en modo alguno puede admitirse la relevancia de la grabación del contenido de la diligencia de entrada y registro a los efectos de la validación de la prueba, y el hallazgo que consta en las actas. No afecta a la inviolabilidad la grabación, y su difusión o no, porque ya se expuso que ello podría afectar a otro ámbito interno en la investigación, pero nunca al resultado de la injerencia que solo queda limitado a la validez del auto habilitante y ejecución formal de la diligencia de entrada y registro.

C.- Con respecto al tercer motivo del recurso al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , se denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24,2 de la C.E .

Ya se ha explicado con motivo del primer recurso que no se entiende vulnerada la presunción de inocencia en base a la existencia de prueba de cargo, y ello no quiere decir que no se haya valorado por el Tribunal la prueba de descargo, porque la practicada en base a la explicación de los agentes que intervinieron en el dispositivo policial fueron concluyentes, habiéndose validado los autos habilitantes, tanto de las intervenciones telefónicas con su resultado, y sucesivas prórrogas, como las diligencias de entrada y registro. Y así concluye el Tribunal que "conforme a las pruebas practicadas estimamos que es dable apreciar la existencia de un grupo criminal integrado solo por las razones que exponemos por los acusados Jesus Bruno , Horacio David , Porfirio Saturnino , David Torcuato y Marcos Javier pues de manera reiterada y proyectada en el tiempo se concertaron para trasladar, transportar cocaína desde la ciudad de Sevilla hasta nuestra Provincia asumiendo cada uno de ellos una función de coordinación, transporte, elaboración, preparación, distribución y venta".



Señala, también, el Tribunal respecto de la participación del recurrente que tras la prueba practicada se concluye que: "En el desarrollo de esas investigaciones se añaden como intervinientes en esa ilícita actividad a Nazario Santiago , apodado como " Largo ", a David Torcuato , Marcos Javier y Leticia Inmaculada .

De las noventa y cuatro intervenciones calificadas como esenciales por la Acusación Pública y de las especialmente reproducidas en el acto del Juicio Oral se concluye a través de un lenguaje convenido, que el llamado por Jesus Bruno "su taller" era el domicilio en la CALLE001 en donde se preparaban los viajes a Sevilla de David Torcuato para reunirse con Marcos Javier , así como la existencia de reuniones con David Torcuato en las gasolineras antes y después de los viajes para entregar dinero y recoger la mercancía y también reuniones previas con Horacio David y Porfirio Saturnino , se constata, asimismo, cómo se preparaba la droga y la entrega y venta a determinadas personas entre ellas a Maximino Hipolito , Nazario Santiago y Valentin Justo " .

Es decir, que el recurrente formaba parte de la estructura organizativa y así consta de las investigaciones policiales y las declaraciones de los agentes. Se trata, de nuevo, de incidir en un tema de valoración de prueba en este punto que ya ha sido analizado con motivo del primer recurso y por ello debe desestimarse, de igual modo, al haber contado el Tribunal con prueba suficiente y de cargo debidamente valorada, no pudiendo estimarse el motivo por la intangibilidad de los hechos probados y no apreciarse el pretendido error, ya que consta que el recurrente recibía la droga de Marcos Javier y aquél se encargaba materialmente de trasladar la droga, en ocasiones en vehículos proporcionados por el propio Marcos Javier , desde Sevilla hasta el piso en la CALLE000 , donde era manipulada y preparada para la venta por el acusado Porfirio Saturnino . Y así las declaraciones testimoniales que se citan en el recurso no tienen la validez para desvirtuar la probanza practicada y el proceso valorativo del Tribunal por lo que se desestima el motivo.

D.- Con respecto al cuarto motivo al amparo del 5.4 de la LOPJ, por vulneración del art. 24.2 de la C.E . que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los art. 120 y 23 de la misma.

El motivo se desestima, reproduciendo lo expuesto anteriormente y por entender que la sentencia está debidamente motivada, remitiéndonos a lo ya expuesto de forma extensa sobre la existencia de prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia y el cumplimiento de la debida motivación de la sentencia, como ya se ha explicado reiteradamente en la presente resolución, pese al distinto parecer del recurrente, pero que no puede conllevar la estimación del motivo al incidir en valoración de prueba y respeto a los hechos probados.

E.- Con respecto a los motivos 5º y 6 al amparo del art. 849.1 se denuncia infracción de ley y error en la apreciación de la prueba en base al art. 849.2.

Se alega que los viajes que realizaba el recurrente a Sevilla tienen que ver con práctica de deporte. Fue corroborado por las manifestaciones del Dr. Clemente Camilo . Sin embargo, el motivo se desestima, habida cuenta que se reitera la inexistencia de infracción de ley y el documento que refiere no tiene virtualidad alguna por la vía del art. 849.2 LECRIM para alterar el proceso valorativo, ya que la existencia de ese motivo del viaje no altera su implicación en el entramado de la organización que sí consta en el resultado probatorio de la investigación policial, ya que podría ser cierto el motivo del viaje que alega, pero también conectado con la actividad ilícita detectada en él.

F.- Con respecto al motivo 7º al amparo del art. 849.1 se denuncia infracción de las reglas del art. 61 y siguientes del Código Penal . Concretamente de los arts. 66 Y 72 en relación con los arts. 369 y 570 ter también del C. P .

Se alega que el recurrente no formaba parte de ningún grupo criminal, cuando de la prueba practicada se desprende, precisamente, lo contrario y los hechos probados ya evidencian esta implicación de que, con respecto a la participación en el entramado de la organización, ya consta en los hechos probados que a tenor de lo expuesto debe ser validado, tal y como ya se ha analizado anteriormente al explicar la fundamentación jurídica de la pertenencia de los recurrentes a una organización criminal por la vía del art. 570 ter CP , por lo que se desestima el recurso.

Recurso de Marcos Javier

QUINTO.- A.- Con respecto al primer motivo se articula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.3 de la Constitución Española sobre el secreto de las comunicaciones telefónicas, con el efecto previsto en el artículo 11.1 de la L.O.P.J .

Este motivo ya ha sido analizado debida y extensamente con respecto al motivo ya alegado en el primer recurso de la presente resolución, por cuanto se basa en que la investigación se centró en meras "sospechas" y que estas fueron las que dieron lugar al auto, no obstante lo cual ya se ha explicado con detalle que no es ese



el resultado valorativo del Tribunal de instancia, ni el apreciado en sede casacional, al haber tratado ya este mismo tema con motivo del primer recurso, fijando la validez del oficio policial y el posterior auto habilitante de la injerencia realizada en el secreto de las comunicaciones, por lo que nos remitimos a la explicación realizada con respecto al mismo motivo del recurrente Jesus Bruno .

Todo lo antes expuesto nos lleva a la validez de los autos habilitantes dictados desde el inicial acordando la intervención telefónica, como los sucesivos que se han ido dictando con motivo de las prórrogas acordadas, por lo que la validez del oficio inicial, del auto de intervención telefónica y los autos de prórroga son materia ya desarrollada y explicada en la presente resolución, lo que conlleva la desestimación del motivo.

B.- Con respecto al segundo motivo del recurso se formula al amparo del Art. 852 de la LECrim . en relación con el Art. 5.4 de la L.O.P.J . se denuncia vulneración de precepto constitucional, Art. 24 CE presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a motivar las resoluciones judiciales.

Al igual que ya se ha expuesto con respecto a los anteriores motivos del recurso que lo fundan en la vía de la alegada vulneración de la presunción de inocencia nos remitimos a lo expuesto al resolver este motivo en el recurso de Jesus Bruno y la existencia de prueba de cargo válida y suficiente, ya que el Tribunal admite, en base a la prueba practicada, que "es dable apreciar la existencia de un grupo criminal integrado solo por las razones que exponemos por los acusados Jesus Bruno , Horacio David , Porfirio Saturnino , David Torcuato y Marcos Javier pues de manera reiterada y proyectada en el tiempo se concertaron para trasladar, transportar cocaína desde la ciudad de Sevilla hasta nuestra Provincia asumiendo cada uno de ellos una función de coordinación, transporte, elaboración, preparación, distribución y venta".

Admite el Tribunal tras las pruebas practicadas que "En el mes de Septiembre y en concreto en la vigilancia realizada el día 4 los Agentes observaron a Jesus Bruno dirigirse a la CALLE001 nº NUM003 y a continuación marcharse en un vehículo Nissan Primera matriculaRGR con Porfirio Saturnino .

En el desarrollo de esas investigaciones se añaden como intervinientes en esa ilícita actividad a Nazario Santiago , apodado como " Largo ", a David Torcuato , Marcos Javier y Leticia Inmaculada .

De las noventa y cuatro intervenciones calificadas como esenciales por la Acusación Pública y de las especialmente reproducidas en el acto del Juicio Oral se concluye a través de un lenguaje convenido, que el llamado por Jesus Bruno "su taller" era el domicilio en la CALLE001 en donde se preparaban los viajes a Sevilla de David Torcuato para reunirse con **Marcos Javier** , así como la existencia de reuniones con David Torcuato en las gasolineras antes y después de los viajes para entregar dinero y recoger la mercancía y también reuniones previas con Horacio David y Porfirio Saturnino , se constata asimismo como se preparaba la droga y la entrega y venta a determinadas personas entre ellas a Maximino Hipolito , Nazario Santiago y Valentin Justo " .

El recurrente incide en la ausencia de prueba contra él, pero lo que subyace es una diferente valoración, por lo que el respeto de los hechos probados requiere la validación, ya que, aunque cada uno de los recurrentes en diferente medida y grado colaborativo hayan participado, es cierto que todos y cada uno tenía un papel y un rol en el entramado organizativo, y aunque el recurrente alegue que no se le relaciona con ningún inmueble, debe responder de su intervención en la estructura criminal, ya que consta su grado de colaboración ya expuesto al informe policial que aparece incorporado a la causa en los folios 3422 a 3442. De la misma forma que aparece reflejada su participación en las actividades del grupo, de manera especial, en el informe de seguimiento y vigilancia de David Torcuato , que se incorporó a los folios 3510 a 3573.

Existen indicios concluyentes expuestos en la sentencia antes referidos en su relación con Jesus Bruno y con la misión del recurrente que podrá ser diferente, o más o menos acentuada que otros acusados, pero el Tribunal concluye su plena integración en el grupo con su específico rol antes expuesto, no siendo preciso que en su inmueble se realizara, o no, una diligencia de entrada y registro y/o se encontraran sustancias estupefacientes, ya que su implicación está demostrada frente a su distinto parecer expuesto en el recurso.

Las incongruencias o imprecisiones a las que alude el recurrente no son más que diferente interpretación de la prueba practicada y sobre ello no se puede incidir en la queja casacional por la propia intangibilidad de los hechos probados y la intermediación con la que el Tribunal ha practicado la prueba.

El recurrente plantea una debilidad en la prueba practicada con respecto al mismo, pero nos remitimos a la valoración probatoria y respeto al hecho probado, así como ya se ha expuesto que el grado colaborativo puede ser de mayor o menor intensidad en unos u otros recurrentes, pero aunque consten sus referencias en menor medida que respecto de otros lo cierto y verdad es que su presencia en la organización y su papel en la estructura organizativa está acreditado, por lo que se desestima este motivo del recurso.



C.- Con respecto al tercer motivo del recurso por infracción de ley al amparo del Art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba.

Con respecto al presente motivo en relación a documental por la vía del art. 849.2 LECRIM en relación a dos documentos consistentes en las clasificaciones de carreras de karting de 2010 y de 2011 donde aparecen Marcos Javier y David Torcuato como participantes, la referencia del Bar Cohibas, o plano con recorrido desde el Café Cohiba hasta el taller de Marcos Javier, el atestado, mail de confirmación de compra de la chaqueta de Karts Red Bull, o un certificado expedido por el apoderado de la mercantil Zara España S.A ya nos hemos pronunciado anteriormente, en relación a que este tipo de documentos no tienen el carácter que la jurisprudencia exige para que puedan servir de base a la modificación del relato de hechos como el recurrente pretende. Así, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, **y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios"**. Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) **que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo**, pues **si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar** ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Se trata de documentos relativos a situaciones que pueden haberse dado, pero que no impiden el destino de su actividad en la organización criminal y además que, en su caso, quedan contradichos por otros elementos probatorios ya expuestos en la presente resolución con detalle.

El carácter sumamente restrictivo de esta vía no permite admitirlos para alterar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Instancia, toda vez que no demuestran la equivocación del juzgador y, sobre todo, **están contradichos por otros elementos probatorios ya expuestos anteriormente**, por lo que se desestima el motivo.

D.- Con respecto al cuarto motivo del recurso al amparo del art. 852 de la LECrim ., se denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, concretamente al deber de motivación de la pena impuesta.

Se queja el recurrente de la pena impuesta por entender que, además, existe agravio comparativo con otros condenados, y que se condena a todos a la pena de 8 años de prisión sin una individualización. Y que en el caso de la condena por pertenencia a grupo criminal, en el que sorprende se haya absuelto a Nazario Santiago, Maximino Hipolito y Leticia Inmaculada del delito de pertenencia a grupo criminal. Y que a los acusados Maximino Hipolito, Nazario Santiago y Valentin Justo se les condena a la pena de 4 años de prisión, así como que considera la Sala que no concurre apreciar la agravante de notoria importancia para estos acusados.

El recurrente puede discutir su determinación de la pena, pero no la absolución, o no, de otros acusados.

Lo que debe valorarse es si existe justificación y motivación en la determinación de la pena, y ya se ha explicado la integración de los acusados en una estructura criminal en la que existe división de roles, sin que sea posible realizar a nivel de individualización de la pena una concreta para cada uno, ya que existe una coparticipación en la que cada uno ejercía un papel completo, y, por ello, asumen la responsabilidad penal en un hecho de gravedad, con una organización auténtica, y con una investigación compleja por la especial forma de actuar y prevención para evitar ser descubiertos, que es lo que motiva la especial colaboración de varios grupos policiales, como cita el Tribunal. Por ello, recordemos que el Tribunal señala, a estos efectos, que "para la adecuada individualización de las penas estimamos que con relación a los integrantes del grupo criminal en



atención a las características de la actividad realizada con un espacio especialmente dedicado a la elaboración y preparación de la droga, "laboratorio", la cantidad de droga intervenida y el tiempo que se prolongo esa actividad con el consiguiente grave perjuicio para la salud publica la pena no puede imponerse en su grado mínimo por ello y dado que, además, en Horacio David concurre la agravante de reincidencia respecto del delito Contra la Salud Pública, procede imponer por este delito al citado Horacio David la pena de Ocho Años y Seis Meses de Prisión y a los acusados Jesus Bruno , Porfirio Saturnino , David Torcuato y Marcos Javier la pena de Ocho años de Prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa para cada uno de ellos de Cien mil Euros y por delito de pertenencia a Grupo Criminal la pena de Un Año de Prisión y accesoria legal.

Y respecto de los acusados Maximino Hipolito ; Nazario Santiago y Valentin Justo al no apreciarse la circunstancia de notoria importancia la horquilla penalógica comprendería de Tres a Seis años excepto para Nazario Santiago en el que concurre la agravante de reincidencia y la pena abarcaría de Cuatro años y Seis meses a Seis años; y teniendo en cuenta que si bien no les reputamos miembros del grupo criminal no es lo menos que es de apreciar una contumacia y reiteración en la actividad ilícita que fundamenta la imposición de pena superior al mínimo legal, en su consecuencia les imponemos a los acusados Maximino Hipolito y Valentin Justo la pena de Cuatro Años de Prisión y a Nazario Santiago Cuatro Años y Nueve meses, y la pertinente accesoria lega y Multa para cada uno de ellos de 100.000 Euros con una responsabilidad personal subsidiaria de Treinta días en caso de impago".

Es decir, el Tribunal motiva la exclusión a varios acusados de la organización, lo que no afecta a aquellos de los que se desprende de la prueba ya constatada un papel básico en el entramado, a diferencia de los que no lo tenían y la opción de absolver a quienes no queda acreditada la responsabilidad, sin que, obviamente, ello lleve sin más a su extensión a los recurrentes, porque respecto a ello el Tribunal ya ha explicado, - y también en esta resolución- la existencia de prueba bastante. Y así, también, apunta la fiscalía que "ya expuso la Sala cuando no consideró acreditada la integración de Maximino Hipolito , Nazario Santiago y Valentin Justo en el grupo criminal y por tanto no les era de aplicación la agravación en el delito contra salud pública".

E.- Con respecto al quinto motivo del recurso por infracción de ley conforme al art. 849.1 de la LECrim . por indebida aplicación del artículo 368 , 369 y 370 del Código Penal .

Se insiste en que no existe una clara redacción de los hechos probados respecto a la autoría de los hechos, pero la dicción de los hechos probados comporta la comisión de hechos delictivos, como ya se ha citado antes y se refiere el Tribunal, entre los autores, al recurrente al puntualizar que "es dable apreciar la existencia de un grupo criminal integrado solo por las razones que expondremos por los acusados Jesus Bruno , Horacio David , Porfirio Saturnino , David Torcuato y Marcos Javier pues de manera reiterada y proyectada en el tiempo se concertaron para trasladar, transportar cocaína desde la ciudad de Sevilla hasta nuestra Provincia asumiendo cada uno de ellos una función de coordinación, transporte, elaboración, preparación, distribución y venta". Admite el Tribunal tras las pruebas practicadas que "En el mes de Septiembre y en concreto en la vigilancia realizada el día 4 los Agentes observaron a Jesus Bruno dirigirse a la CALLE001 nº NUM003 y a continuación marcharse en un vehículo Nissan Primera matrículaRGR con Porfirio Saturnino . En el desarrollo de esas investigaciones se añaden como intervinientes en esa ilícita actividad a Nazario Santiago , apodado como " Largo ", a David Torcuato , Marcos Javier y Valentin Justo ".

El recurrente pretende que los hechos probados fueran más explícitos, pero están correctamente redactados, a fin de que, incluso, no pueden excederse para no entrar en el vicio de la predeterminación del fallo. Se pone el acento en que a unos se les ha aplicado la integración en el grupo y a otros no, pero es cuestión de prueba, y no puede cuestionarse la exclusión a otros acusados de la idea de la estructura, ya que sería papel del Fiscal hacerlo, en su caso, y el juicio comparativo no es posible cuando su pertenencia está justificada y explicada pese a su distinto parecer.

Se insiste de nuevo en cuestiones que ya han sido resueltas debidamente en cuanto a delimitación de las actuaciones delictivas, hechos probados y prueba, lo que ya se ha explicitado con reiteración, por lo que se desestima el motivo.

F.- Con respecto al sexto motivo del recurso por infracción de ley conforme al art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del artículo 109 y ss., del Código Penal .

El recurrente impugna la sentencia pues se decreta el comiso del coche Volkswagen Touareg JSP , cuando en realidad el citado vehículo es propiedad de Esmeralda Violeta , y su uso provisional fue atribuido a la Policía Judicial por auto de 10 de marzo de 2015. Sin embargo, acudiendo al FD 5º de la sentencia vemos que lo que se acuerda es "el comiso y destrucción de la droga, de las sustancias cuya naturaleza se desconoce y de las sustancias de corte y comprimidos intervenidos y el comiso del dinero intervenido y de los vehículos y motocicletas propiedad de los condenados; terminales de teléfono móvil, tarjetas, cargadores,



tablets, cámaras, pens, balanzas de precisión y relojes intervenidos, a los que deberá dárseles el destino previsto en la Ley 17/2003, de 20 de Mayo y el comiso y destrucción del resto de efectos intervenidos".

Con ello, en la ejecutoria penal se deberá llevar a cabo la reclamación oportuna en cuanto a este vehículo, ya que acordando solo el comiso de los que son propiedad de los condenados, los que no consta esta referencia quedan excluidos, por lo que se trata de reclamar la devolución de los que no consta esa propiedad en autos a los efectos de su devolución, por lo que deberá acudir en este caso a la ejecutoria penal tras la firmeza derivada de la presente resolución.

G.- Con respecto al séptimo motivo del recurso al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción (aplicación indebida) del artículo 28 párrafo primero del Código Penal .

La participación del recurrente en el grupo ya ha sido analizada anteriormente como miembro de la estructura, por lo que la intervención de Marcos Javier queda integrada en la del resto del grupo como "proveedor habitual desde Sevilla de la citada sustancia que entregaba al acusado David Torcuato quien se encargaba materialmente de trasladar la droga, en ocasiones en vehículos proporcionados por el propio Marcos Javier , desde dicha localidad hasta el citado inmuebles donde era manipulada y preparada para la venta por el acusado Porfirio Saturnino " .

Sin embargo, se vuelve ahora a impugnar los hechos probados, pero por la vía del art. 849.2 LECRIM y se mantiene que su participación debería quedar reducida a una mera complicidad.

Sin embargo, debe descartarse este motivo, también, habida cuenta del criterio de esta Sala en materia de delitos contra la salud pública cuando se alega la reclamación del grado de participación solo desde la complicidad, como este motivo. Y así, como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 111/2010 de 24 Feb. 2010, Rec. 1432/2009 "En la cooperación: la determinación cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad, y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS 89/2006 de 22.9).

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10)".

En la STS 699/2005 de 6.6 , se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Como decíamos en la STS 147/2007 de 28.2 , la complicidad criminal requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS 185/2005 de 21.2).

-La complicidad- dice la STS 1216/2002 de 28.6 , requiere el concierto previo o por adhesión (« *pactum scaeleris* »), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (« *consciencia scaeleris* »), el denominado « *animus adiuvandi* » o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado,



por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es, ni más ni menos, que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial, que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél (SSTS 5.2.98 , 24.4.2000).

Ahora bien, en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS. 10.3.97 y 6.3.98). Por ello la doctrina de esta Sala STS. 1069/2006 de 2.11 , ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, **en el tipo delictivo del art. 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley** . Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino." Sin embargo, no es este el caso del recurrente, ya que, como se ha expuesto, de los hechos probados y la prueba practicada se evidencia una clara colaboración y participación en la estructura del grupo organizado, por lo que se desestima el motivo también.

Recurso de Horacio David , Maximino Hipolito y Nazario Santiago

SEXTO.-A.- Con respecto al primer motivo del recurso al amparo del art. 5,4 de la LOPJ se interpone por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18,3 de la CE así como del 18.2 C.E .

Se interesa por los recurrentes la nulidad del auto de fecha 19 de Septiembre del año 2.014 , y los de prórroga de fecha 7, 17 y 27 de octubre, por falta de presupuesto habilitante y falta de motivación, tanto del auto original como de sus prórrogas.

El tema de la nulidad del auto inicial dimanante de la invalidez del oficio inicial ya ha sido analizado con detalle ante el primer recurso ya analizado anteriormente, así como con motivo del recurrente David Torcuato , señalándose que con respecto a la impugnación de concretos autos de prórroga el Tribunal explica con detalle que "Se impugnaba también por las Defensas los concretos Autos de 7 y 17 de Octubre de 2014 por cuanto que en ellos se acordaba la intervención de teléfonos utilizados por personas desconocidas. En este sentido en dichas Resoluciones se argumenta por el Instructor que por el EDOA y como consecuencia de esa actividad investigadora se "ha tenido conocimiento de un nuevo número de teléfono con el que contacta el investigado y mantiene conversaciones relativas a la organización de la actividad delictiva" que esa línea cuya intervención se interesa "está siendo utilizada por Jesus Bruno " y que por ello procedía "la intervención" de estas nuevas líneas; y no hallamos en estos pronunciamientos, en estos razonamientos causa o razón que determine la Nulidad de estas Resoluciones".

En la explicación de los agentes a la continuación de cada prórroga está la propia necesidad de seguir avanzando en las investigaciones ante los datos que se iban descubriendo a raíz del inicial y válido auto de Septiembre de 2014, y la complejidad de la trama con estructura organizada, y que exigía la injerencia. Y ello, al no existir un medio menos gravoso que la misma para averiguar la autoría de los intervinientes y los domicilios en donde se realizaban las operaciones, tal y como consta más tarde en las ya citadas diligencias de entrada y registro positivas. No cabe, pues, admitir la nulidad de los autos de prórroga ya expuesto, también, con motivo del primer recurso antes analizado, ya que, como se recoge por la fiscalía, no se debe acordar la nulidad de las prórrogas acordadas por válidas y suficientes, tras la exposición continuada de los resultados que ofrecía la investigación y con respecto al Auto de 15-12-2014 cuya nulidad expresamente se solicita se trata del Auto por el que se acuerda la prórroga, entre otros, del teléfono NUM042 , cuyo usuario habitual es el recurrente. De su examen se advierte lo infundado de la pretensión de nulidad. El Instructor hace una extensa y detenida referencia a las actividades de David Torcuato (f 2084) que sirven de soporte a la continuación de la medida acordada.



En consecuencia, los autos están motivados y las prórrogas no son irregulares o inmotivadas, sino producto de la sucesiva investigación que se llevaba a cabo y de las nuevas fuentes de información que se iban consiguiendo, por lo que ante el avance de las mismas se hizo preciso acordar las prórrogas, hasta la práctica de las diligencias de entrada y registro y las detenciones llevadas a cabo fruto de toda la investigación realizada fruto del oficio policial inicial donde se razonaba debidamente las investigaciones de los agentes policiales, el auto inicial acordando la intervención, las sucesivas prórrogas acordadas y las diligencias de entrada y registro, todo ello debidamente proporcional, necesario y medidas idóneas, ante la complejidad de una investigación con uso de la técnica del lenguaje encriptado en las transcripciones telefónicas, ante las constantes medidas de precaución adoptadas por los miembros del grupo organizado y las personas que con ellos se relacionaba, los cuales actuaban con expresas instrucciones de hacerlo en la prevención de poder ser descubiertos en una investigación. Prevenciones, pese a las cuales, la actuación de la investigación policial dio el resultado de la aprehensión de las sustancias y objetos en las sucesivas diligencias de entrada y registro. El dictado de los autos era motivado por la proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida.

No puede tener, por ello, efecto anulatorio la intervención de las comunicaciones de Nazario Santiago , Maximino Hipolito y Horacio David por estar inmerso en el contexto de la investigación tras los avances de la misma.

Nótese que en los antecedentes de la motivación dada por los agentes policiales ya se hizo constar, como refiere el Tribunal en su sentencia, que "Los Agentes exponen que a primeros del mes de Marzo de 2014 se inicio una investigación por un presunto delito Contra la Salud Publica cometido "supuestamente por una organización criminal dedicada a la introducción de grandes cantidades de cocaína en Huelva procedentes de alguna ciudad del territorio nacional una vez almacenada en Huelva seria puesta a su venta y distribución por toda la provincia ... que al parecer esa organización criminal se encontraría compuesta por varias personas afincadas en los términos municipales de Huelva Capital, Punta Umbría y Aljaraque" citándose ya a Jesus Bruno como una de las personas integrantes de esa organización, iniciándose las investigaciones pertinentes para la verificación y confirmación de ese hecho, entre ellas la vigilancia y el seguimiento del Sr. Jesus Bruno , aportándose el resultado de esas vigilancias en los correspondientes Informes operativos.

Ciertamente en este apartado se cita a la persona de Evaristo Severiano , a Horacio David , a Ismael Moises , Isidoro Damaso , Porfirio Saturnino , como aquellas que "podrían" formar parte de esa llamada organización".

Señala, además, el Tribunal tras la práctica de la prueba que "Precisaron los Agentes que Jesus Bruno , siempre, antes de reunirse con las personas que iban a vender la droga acudía al domicilio sito en la CALLE001 nº NUM003 de esta Capital que allí permanecía escaso tiempo y luego se marchaba a distintos puntos de la ciudad en donde se entrevistaba con distintas personas normalmente en el interior del vehículo y con los que, tras una breve conversación, se marchaba y que en ocasiones realizaba la entrega de "algo" a través de las ventanillas del vehículo o a través de la puerta del copiloto. Y que en esas entrevistas también se veía a Maximino Hipolito y a Porfirio Saturnino , y que finalizadas esas breves reuniones Jesus Bruno volvía al domicilio de CALLE001 NUM003 , donde permanecía poco tiempo y se desplaza casi siempre a la Bda. DIRECCION003 (lugar conocido en esta Capital por Trafico de sustancia estupefacientes) y desde esta Barriada regresaba al domicilio de DIRECCION002 .

El Instructor explico que dado el numero de seguimientos y vigilancias solicitaron la ayuda de la Unidad Central Operativa durante un tiempo, aproximadamente una semana.

Es precisamente esa labor investigadora la que determino como estudiábamos en el primer Fundamento de Derecho la solicitud de intervenciones telefónicas En el desarrollo de esas investigaciones se añaden como intervinientes en esa ilícita actividad a Nazario Santiago , apodado como " Largo ", a David Torcuato , Marcos Javier y Valentin Justo .

Para motivar más las medidas acordadas se hace constar en la sentencia que "De las noventa y cuatro intervenciones calificadas como esenciales por la Acusación Pública y de las especialmente reproducidas en el acto del Juicio Oral se concluye a través de un lenguaje convenido, que el llamado por Jesus Bruno "su taller" era el domicilio en la CALLE001 en donde se preparaban los viajes a Sevilla de David Torcuato para reunirse con Marcos Javier , así como la existencia de reuniones con David Torcuato en las gasolineras antes y después de los viajes para entregar dinero y recoger la mercancía y también reuniones previas con Horacio David y Porfirio Saturnino , se constata asimismo como se preparaba la droga y la entrega y venta a determinadas personas entre ellas a Maximino Hipolito , Nazario Santiago y Valentin Justo .

Por ello, se trata de medidas acordadas debidamente motivadas y expresamente razonadas en la intervención de los ahora recurrentes.



B.- Con respecto al segundo motivo del recurso por al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la C.E . del derecho a un proceso con todas las garantías.

Se vuelve a incidir en la grabación realizada y difundida por internet que ya fue objeto de análisis en el recurso interpuesto por el recurrente David Torcuato al que nos remitimos en su análisis, ya que se trata de una cuestión de nula influencia en los hechos que se están analizando y que ya fue resuelta por el Tribunal. Que esté, o no, autorizada la grabación del acto no invalida la diligencia, siendo cuestión al margen del objeto del debate y que no invalida la diligencia el hecho de que ésta se grabe. Señala el recurrente que "El cuatro de febrero ya circula por internet una grabación del registro practicado en CALLE000 ".

Se alega que en el video como funcionarios policiales (guardia civil) practican registro sin presencia del secretario, pero ello también debe desestimarse por no ser cuestión concreta que en una grabación se vea, o no, al letrado de la administración de justicia, por ser grabación parcial de los extremos grabados, con independencia de que lo válido es el acta y no una grabación.

Se desestima, por ello, el motivo.

C.- Con respecto al tercer motivo del recurso al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , se denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E .

Sobre este motivo del recurso ya se ha hecho mención, de igual modo, en los recursos anteriores en relación al respeto a los hechos probados y que la fundamentación jurídica de las conclusiones a las que llega el Tribunal son correctas y válidas, con expresa mención a los recurrentes en la intervención y participación que tuvieron en los hechos, como antes se ha reflejado en cuanto al motivo primero del presente recurso, y que en este se da por reproducido en en la transcripción que se hace por el Tribunal del resultado de la prueba practicada.

La motivación es suficiente frente a las pruebas de descargo que se alegan, pero, como ya se explicaba con motivo del recurso del recurrente Jesus Bruno en el análisis de este mismo motivo, lo que se debe analizar es si hubo prueba de cargo, suficiente y válida y ya se ha explicitado que el Tribunal motiva debidamente la intervención de cada uno de los recurrentes y la credibilidad en los testimonios de los agentes policiales, pese a que los recurrentes pretendan que se le dé validez a las alegaciones de descargo que realizaban en cada caso, pero sin que ello tuviera capacidad para desvirtuar la concreta prueba de cargo que concurrió, tanto en las intervenciones telefónicas, seguimientos de los agentes y las diligencias de entrada y registro, confirmando la intervención de cada uno de los recurrentes en su respectiva participación, y, además, individualizando quiénes estaban implicados en la estructura organizativa y quiénes no. Las referencias realizadas por los recurrentes no son válidas para desvirtuar la prueba ya explicada suficientemente. El motivo se desestima.

D.- Con respecto al cuarto motivo del recurso al amparo del 5.4 de la LOPJ, por vulneración del art. 24.2 de la C.E . que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los art. 120 Y 23 de la misma.

Este motivo está directamente relacionado con el anterior, por lo que existe remisión al mismo y, por ello, se desestima.

E.- Con respecto al quinto motivo del recurso al amparo del art. 849.2 de la Lecrim . denuncia el recurrente error en la valoración de la prueba, al no haber apreciado el Tribunal la concurrencia de la atenuante de drogadicción y consiguientemente en el motivo quinto, se denuncia infracción de ley por inaplicación de la exigente incompleta del art. 21.2 del C.P . Alegación que se formula con carácter subsidiario.

Debe desestimarse este motivo, ya que el Tribunal señala con acierto que: "Las defensas interesaron la apreciación de la circunstancia atenuante del artículo 21.2 del Código Penal . En primer lugar debemos destacar que nos hallamos ante acusados integrantes de un grupo criminal que de manera reiterada y con un evidente ánimo de lucro ha perpetrado actos de transporte, elaboración preparación y distribución y venta de cocaína y de otra a acusados que con pleno conocimiento del significado de su acción compraban a miembros de ese grupo criminal cocaína para posteriormente venderla de ahí que sea de difícil apreciación, como exige nuestra Jurisprudencia, por todas ellas la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Julio de 2016 , de que los acusados en su reiterada actuación tuvieran alteradas sus facultades intelectivas y volitivas por el consumo de sustancias estupefacientes. En concreto, respecto del acusado Jesus Bruno entendemos que el Informe Pericial aportado es insuficiente a tal propósito, y únicamente podría derivarse de él la existencia de un consumo ocasional de sustancias estupefacientes; y a igual conclusión llegamos con relación a los demás acusados".

Nos encontramos, pues, con las específicas características de un grupo dedicado a esta actividad de narcotráfico con personas que con ellos colaboran en mayor o menor escala, y en cuanto al recurrente no consta acreditada la concurrencia de esa atenuación en modo alguno, ni tras su interrogatorio. Por ello, se desestima el motivo.



F.- Con respecto al sexto motivo del recurso se alega error en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2º de la LECRIM basada en documentación obrante en autos, cual es la relacionada en los escrito de conclusiones provisionales de la acusación y de las defensas así como el resultado de la practicada en la vista oral.

Debemos reproducir los argumentos realizados con respecto a los anteriores recurrentes en torno a la validez de la impugnación de documentos y los límites respecto a la prueba pericial que existen al respecto, y además respecto a un informe que no fue objeto de ratificación, como reconoce el recurrente. No resulta admisible la impugnación de esta valoración basado en documentos que se refieren a informes periciales. El motivo se desestima.

G.- Con respecto al séptimo motivo del recurso Al amparo del art. 849.1 se denuncia infracción de las reglas del art. 61 y siguientes del Código Penal . Concretamente de los arts. 66 Y 72 en relación con los arts. 369 y 570 ter también del C. P .

Con respecto a la pena impuesta al recurrente Horacio David señalar que en los hechos probados de la sentencia se hace constar que "los acusados Jesus Bruno , mayor de edad y sin antecedentes penales; Horacio David mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 19 de Marzo de 2012 como autor de un delito de tráfico de drogas, sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial en la causa nº 2/12 y pena cuya ejecución se halla en suspenso por auto notificado al reo el día 30 de Septiembre de 2013, por un periodo de 2 años; Porfirio Saturnino , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; David Torcuato mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Marcos Javier mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, **se concertaron durante al menos los meses de Septiembre de 2014 a Febrero de 2015 para el transporte de cocaína desde Sevilla hasta esta Ciudad para su posterior preparación y venta a terceras personas "**.

Además, recordemos que respecto de este recurrente el Tribunal considera que los hechos son constitutivos de un **delito Contra la Salud Pública de sustancias que causan grave daño a la salud, Cocaína, en cantidad de notoria importancia, previsto y penado en los artículos 368 y 369.I.5º del Código Penal** , del que reputamos autores a los acusados Jesus Bruno , Horacio David , Porfirio Saturnino , David Torcuato y Marcos Javier pues de las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral ha quedado acreditado que se concertaron para el transporte, elaboración y venta de sustancia estupefaciente, cocaína, a terceras personas, en cantidad superior al límite establecido Jurisprudencialmente para apreciar la agravación de notoria importancia".

Por ello, y dada la prueba practicada y la intervención del recurrente, se individualiza la pena siguiente: "para la adecuada individualización de las penas estimamos que con relación a los integrantes del grupo criminal en atención a las características de la actividad realizada con un espacio especialmente dedicado a la elaboración y preparación de la droga, "laboratorio", la cantidad de droga intervenida y el tiempo que se prolongo esa actividad con el consiguiente grave perjuicio para la salud publica la pena no puede imponerse en su grado mínimo por ello y dado que además **en Horacio David concurre la agravante de reincidencia respecto del delito Contra la Salud Pública, procede imponer por este delito al citado Horacio David la pena de Ocho Años y Seis Meses de Prisión"**.

La pena está correctamente impuesta.

Y respecto de Maximino Hipolito se expone sin más que debería haber sido condenado como autor de artículo 368 párrafo segundo del CP en relación con el artículo 369, pero no se aporta dado alguno ni argumento respecto de esta apreciación. Recordemos que el Tribunal señala que "respecto de los acusados Maximino Hipolito ; Nazario Santiago y Valentin Justo al no apreciarse la circunstancia de notoria importancia la horquilla penológica comprendería de Tres a Seis años excepto para Nazario Santiago en el que concurre la agravante de reincidencia y la pena abarcaría de Cuatro años y Seis meses a Seis años; y teniendo en cuenta que si bien no les reputamos miembros del grupo criminal no es lo menos que es de apreciar una contumacia y reiteración en la actividad ilícita que fundamenta la imposición de pena superior al mínimo legal, en su consecuencia les imponemos a los acusados Maximino Hipolito y Valentin Justo la pena de **Cuatro Años de Prisión** y a Nazario Santiago Cuatro Años y Nueve meses, y la pertinente accesoria legal y Multa para cada uno de ellos de 100.000 Euros con una responsabilidad personal subsidiaria de Treinta días en caso de impago".

La pena está motivada debidamente y no existen datos para la apreciación de la modificación que alega el recurrente.

Se desestiman, por ello, los recursos interpuestos.

SÉPTIMO .- Desestimándose los recursos, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones de los acusados D. Jesus Bruno , D. Marcos Javier , D. David Torcuato , D. Horacio David , D. Maximino Hipolito , D. Nazario Santiago y D. Porfirio Saturnino , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Primera, de fecha 26 de enero de 2017 , en causa seguida contra los mismos y otro por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día les remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ