



Roj: **STS 956/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:956**

Id Cendoj: **28079120012018100118**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2018**

Nº de Recurso: **924/2017**

Nº de Resolución: **141/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 924/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 141/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 924/2017 interpuesto por **Rubén , Pedro Jesús , Teodulfo y Virgilio** representados por la procuradora Sra. Hoyos Moliner, bajo la dirección letrada de D. Francisco José Soriano Sánchez contra Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2016 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en causa seguida contra los recurrentes por un delito contra la salud pública y pertenencia a grupo criminal. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Berja (Almería) instruyó Sumario con el nº 3/2008, contra Rubén , Pedro Jesús , Agapito , Arturo , Victoriano , Constantino , Diego , Eliseo , Fabio , Genaro , Raimunda , Inocencio , Virgilio y Teodulfo . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería (Sección Primera) que con fecha 29 de noviembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

«Se declara probado que, el procesado Rubén , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de 10 de octubre de 2008 por un delito contra la salud pública a la pena de 1 año de prisión, desde fecha no concretada suficientemente pero, en todo caso, y en lo referente a los hechos objeto de enjuiciamiento, próxima a los últimos meses del año 2010, habiendo establecido conexiones con terceros no identificados de nacionalidad marroquí, planeó la realización de los actos necesarios para introducir en territorio nacional



y de la Unión Europea, procedentes del Reino de Marruecos, grandes cantidades de hachís, que se habrían de transportar hasta nuestras costas en barcos de recreo, lanchas rápidas tipo "Zodiac" y, a Europa, en camiones de gran tonelaje. Para tal fin dispuso concertarse con varias personas y dotarse de cierta infraestructura, necesaria para abordar la tarea descrita. Dentro de la citada estructura el procesado Rubén , asume un papel preponderante, junto a terceras personas que no han podido ser identificadas, era el encargado de organizar la infraestructura personal y material, de disponer lo necesario para llevar a cabo su transporte al lugar de depósito, de custodiarla hasta el momento de su ulterior comercialización y de abonar las cantidades de dinero pactadas con los proveedores, transportistas, descargadores y demás implicados en los hechos.

A tal efecto, con la finalidad antes señalada de introducir la referida sustancia en forma que pudieran eludir el control de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Rubén decide transportar el hachís en barcos de pesca y recreativos debidamente matriculados y legalizados para faenar en la mar; trasladando en ellos la sustancia ilícita desde su lugar de recepción en alta mar hasta territorio español. Para ultimar los preparativos de la operación proyectada, se produjeron frecuentes contactos entre el procesado y las personas que más adelante se detallarán, frecuentemente por vía telefónica; llevándose a cabo, igualmente, entrevistas personales en diferentes lugares públicos.

En fechas próximas al mes de Febrero del año 2011 Rubén decidió introducir en territorio nacional una importante cantidad de hachís procedente del vecino Reino de Marruecos, contando para ello con la colaboración activa de los procesados siguientes, Agapito , mayor de edad y sin antecedentes penales y Arturo , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, encargados de dirigir y coordinar los actos previos, coetáneos e inmediatamente posteriores a la salida del hachís de territorio marroquí, tales como sus preparativos, transporte, vigilancia y custodia hasta el momento del trasbordo a la embarcación que hubiera de recogerlo en alta mar, a la motonave rápida que hubiera de transportarlo a las costas españolas, o, en su caso, al camión de gran tonelaje en el que debería atravesar el territorio de la Unión Europea. Igualmente el también procesado Victoriano , mayor de edad y sin antecedentes penales, hombre de confianza de Rubén , con la función de conectar con los terceros residentes en la provincia de Almería con los contactos necesarios en el mundo del narcotráfico para conseguir los medios materiales y personales necesarios para la recepción, transporte y custodia del hachís, una vez en territorio nacional, así como de la realización de todos aquellos actos auxiliares que le fueran encomendados, tales como establecer lazos puntuales con transportistas y descargadores.

En ejecución del plan concebido, sobre las 20:40 horas del día 4 de febrero de 2011, cuando los 4 procesados realizaban funciones de dirección y vigilancia en las proximidades del lugar de los hechos, arribó a la Playa de "La Milla", de Balanegra, según previamente habían planificado, la embarcación " DIRECCION000 " , matrícula EKS-.....-..... , de 6'20 metros de eslora y 2'20 metros de manga, provista de un motor fuera borda con potencia de 115 CV, tripulada por su propietario, a cuyo nombre se había documentado, el también procesado Constantino , mayor de edad y con antecedentes penales no computables; haciéndolo junto a una segunda embarcación del tipo lancha neumática tripulada por personas desconocidas, procediéndose en ese momento por un elevado número de personas a la descarga de numerosos fardos de arpillera, hasta un total de 51, que resultaron contener hachís en cantidad de 1.750'697 kilogramos, que habrían alcanzado en el mercado ilícito un valor de 2.563.020'408 €, siendo su fin la distribución entre terceros, y que no llegaron al destino final previsto, al producirse en ese mismo momento la intervención de Fuerzas de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia Aduanera, alertados al efecto por el desarrollo de la investigación iniciada en el Juzgado de Primera instancia e Instrucción número 1 de los de Berja, siendo detenidos en el acto el ya citado patrón de la embarcación " DIRECCION000 " y los también procesados Diego , Eliseo y Fabio , todos mayores de edad y sin antecedentes penales, dándose a la fuga el resto de los partícipes en los hechos, incluido el procesado Rubén organizador del alijo y sus tres colaboradores inmediatos. Durante la fase de planificación de los hechos antes relatados se produjeron frecuentes reuniones entre los responsables del grupo, antes citados, sobre todo del procesado Agapito , encargado de la logística, y el también procesado Genaro , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha 4 de mayo de 2006 declarada firme el 1 de junio de 2006 a la pena de 4 años y 6 meses de prisión por un delito contra la salud pública, siendo los encargados del mantenimiento de la embarcación " DIRECCION001 " , documentada igualmente por el grupo delictivo investigado a nombre del primero, y que con conocimiento de estos, estaba destinada a ser utilizada el mismo día de los hechos para el fin criminal citado, zarpando, de hecho, del Puerto de Adra con tal finalidad, sobre las 15:15 horas, al mismo tiempo que la nave " DIRECCION000 " lo hacía del puerto de Almerimar; no pudiendo, no obstante, ser utilizada a causa de una avería, lo que determinó su vuelta a tierra, siendo tripulada por el procesado Genaro .

Pese a la incautación de la cantidad de hachís antes referida, el procesado Rubén , en unión del también procesado Pedro Jesús , mayor de edad y sin antecedentes penales, hombre confianza del anterior, y del que no consta acreditado que participara en el hecho descrito anteriormente, decidieron comercializar en



territorio de la Unión Europea otra importante cantidad de la misma sustancia de la que disponían o de la que consiguieron disponer a fecha de 1 de marzo de 2011. Con esa finalidad, el día citado, en una nave alquilada por Rubén , del Polígono industrial de La Curva de Adra, los dos, junto a los también procesados Virgilio , mayor de edad y con antecedentes penales no computables y Teodulfo , mayor de edad y sin antecedentes penales, dispusieron todo lo necesario para cargar el camión de gran tonelaje de marca Renault con matrícula-NQB , acoplado con el remolque con matrícula Y-....-RKZ , propiedad de Teodulfo , con 69 fardos de hachís, en cantidad de 2.712'702 kilogramos, con un valor en el mercado ilícito de 3.971.395,728 €; sustancia que, no obstante, tampoco llegó al destino previsto al ser interceptado el vehículo y su remolque por agentes de la Guardia Civil cuando era conducido por el citado Teodulfo , conociendo la carga que llevaba, por la A-7, con destino a Italia, siendo su fin la distribución entre terceros.

En el momento de la detención de los procesados, a Virgilio se le intervino en el interior del vehículo de su propiedad marca Toyota, matrícula-KDY , bajo la alfombrilla del asiento del conductor, un trozo rectangular de una sustancia que ulteriormente analizada resultó ser hachís en cantidad de 94'36 gramos y un valor en el mercado ilícito de 485'95 €, siendo de idéntica morfología y características a las igualmente ocupadas en el camión. En el curso de la investigación fueron intervenidas las embarcaciones, vehículos, teléfonos móviles, efectos y dinero en efectivo que aparecen detallados a los folios 701-702, 708-710 y 795 de las actuaciones, utilizados, todos, en los hechos objeto de procedimiento y fruto mismo del ilícito tráfico al que los procesados se dedicaban.

No resulta acreditado que la procesada Raimunda , mayor de edad y sin antecedentes penales, hubiera participado en los hechos relatados.

Los procesados Agapito , Arturo , Victoriano , Constantino , Diego , Eliseo , Fabio y Genaro han reconocido explícitamente su participación en los hechos descritos en el acto de juicio oral.

La presente causa, cuya instrucción se inicio en los últimos meses del año 2010, ha sufrido determinadas vicisitudes en su tramitación, no imputables a los acusados, que han impedido su enjuiciamiento en un plazo razonable, ya que el plenario se ha celebrado en noviembre de 2016».

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

«Debemos condenar y condenamos al acusado Rubén , como autor responsable de dos delitos contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en circunstancias de extrema gravedad por empleo de embarcación y exceso notable, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuante de dilación indebida y agravante de reincidencia, a las penas, por cada uno de los delitos de, **CUATRO AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; **MULTA de DOS MILLONES de EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días y otra **MULTA de DOS MILLONES DE EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días, se le imponen las 4/21 de las costas.

Debemos condenar y condenamos a los acusados Pedro Jesús y Teodulfo , como autores responsable de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en circunstancias de extrema gravedad por exceso notable, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilación indebida, a las penas, para cada uno de, **CUATRO AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; **MULTA de DOS MILLONES de EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días y otra **MULTA de DOS MILLONES DE EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días, se le imponen a cada uno 1/42 de las costas.

Debemos condenar y condenamos a los acusados Agapito , Arturo Y Victoriano , como autores responsable de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en circunstancias de extrema gravedad por empleo de embarcación, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de dilación indebida y confesión tardía, a las penas, para cada uno de, **DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** , accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; **MULTA de UN MILLÓN de EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días y otra **MULTA de UN MILLÓN DE EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días, se le imponen a cada uno 1/42 de las costas.

Debemos condenar y condenamos a los acusados Constantino , Diego , Eliseo , Fabio , Genaro , como autores responsable de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en circunstancias de extrema gravedad por empleo de embarcación, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal



atenuantes de dilación indebida y confesión tardía, a las penas, para cada uno de, **DOS AÑOS DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; **MULTA de UN MILLÓN de EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días y otra **MULTA de UN MILLÓN DE EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días, se le imponen a cada uno 1/42 de las costas.

Debemos condenar y condenarnos al acusado Virgilio, como cómplice de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en circunstancias de extrema gravedad por exceso notable, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilación indebida, a las penas de, **DOS AÑOS DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; **MULTA de UN MILLÓN de EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días y otra **MULTA de UN MILLÓN DE EUROS** con responsabilidad personal subsidiaria de 15 días, se le imponen 1/42 de las costas.

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Pedro Jesús, Rubén, Agapito, Arturo Y Victoriano del delito de pertenencia a grupo criminal de que venían acusados, declarando de oficio 1/3 de las costas.

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Pedro Jesús, de uno de los delitos contra la salud pública de los que venía siendo acusado, declarando de oficio 1/6 de las costas.

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Raimunda, del delito contra la salud pública del que venía acusada, declarando de oficio 1/42 de las costas.

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** por falta de acusación a Inocencio, declarando de oficio 1/42 de las costas.

Se decreta el **COMISO** de la sustancia y de los teléfonos móviles intervenidos, de la embarcación, demás efectos y vehículos intervenidos, debiendo ser adjudicados al Estado con destino al Fondo de Bienes Decomisados.

Les será de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia. Acredítese la solvencia o insolvencia de los condenados».

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los recurrentes, 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 los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Rubén

Primer motivo.- Por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.-** A través del art. 852 LECrim por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE y el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim por infracción de los arts. 74 y 368 CP **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación de la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP en relación con el art. 136 CP.

Motivos aducidos en nombre de Pedro Jesús

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.-** A través del art. 852 LECrim por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE y el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida de los arts. 66.1.1, 22.8 y 72 CP.

Motivos aducidos por Teodulfo.

Motivo primero.- Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida de los arts. 66.1.1 y 72 CP. **Motivo segundo.-** A través del art. 852 LECrim por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE.

Motivos aducidos en nombre de Virgilio.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.-** Por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 852 LECrim y 18.3 CE).



CUARTO .- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos sus motivos; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 15 de febrero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los cuatro recursos formalizados comparten algunos temas, aunque también contienen aspectos diferenciados. Eso aconseja un análisis transversal agrupando los motivos de los distintos recursos cuando la materia sea común.

En esa línea es tema compartido por los cuatro recursos (ordinal segundo de todos ellos) la impugnación de la regularidad de las escuchas telefónicas que se encuentran en el origen de toda la investigación. Se denuncian deficiencias que supondrían una vulneración del art. 18.2 CE y arrastraría la nulidad no solo de las escuchas sino también de las pruebas derivadas. Los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ constituirían la puerta que permite abrir el debate en casación a esa cuestión.

SEGUNDO.- Primeramente se alega que los indicios que sustentaban la inicial intervención eran insuficientes.

Para que sea constitucionalmente legítima una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, el Juez ha de verificar la presencia de indicios de actividad delictiva constatables por un tercero. No bastan meras afirmaciones apodícticas de sospecha. El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende indagar; y la necesidad de la invasión de un derecho fundamental para esa investigación. Es imprescindible que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas. La suficiencia de los indicios para afirmar la probabilidad de esas conclusiones justificativas de las escuchas es valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción: no puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. No basta con que éstos exterioricen sus sospechas fundadas. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos que apoyan esas sospechas. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el nivel de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquieran ciertas cotas que sobrepasan la mera posibilidad, estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas únicamente en confidencias. Es necesario algo más como han repetido hasta la saciedad tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala de casación. Sobre este tema la STC 49/1999 constituye un punto de referencia básico. Consideraciones similares encontramos también en las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, ó 136/2000, de 29 de mayo. La concreción del delito investigado, de la persona a investigar y del teléfono cuya intervención se reclama no suplen la carencia de elementos objetivos indiciarios que justifiquen la intervención (STC de 11 de septiembre de 2006). El éxito posterior de la investigación, tampoco puede convalidar lo que en sus raíces nacía podrido: se trata de un juicio *ex ante* (SS TC 165/2005, de 20 de junio o 259/2005, de 24 de octubre).

Son innumerables los pronunciamientos de esta Sala que asumen y aplican -no podría ser de otra forma- esos parámetros elaborados en el marco de la jurisprudencia constitucional.

La STC 197/2009 de 28 de septiembre, contiene una buena síntesis de esa reiterada y conocida doctrina:

"a) Desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. "La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. *En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir*



en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 49/1999, de 5 de abril , FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3 ; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2 ; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11 ; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2 ; 220/2006, de 3 de julio , FJ 3).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8 ; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2 ; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2 ; 253/2006, de 11 de septiembre , FJ 2).

Sobre esa base, el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3 ; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5 ; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4 ; 253/2006, de 11 de septiembre , FJ 4). 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" (STC 299/2000, de 11 de diciembre , FJ 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio , FJ 4)...

...es claro que faltan otros elementos imprescindibles para poder aceptar la legitimidad constitucional de las intervenciones acordadas, puesto que se afirma la existencia de un delito de tráfico de drogas y de una organización dedicada al mismo, así como la participación en él de la persona investigada, sin expresar, ni siquiera de modo genérico, qué datos objetivos sirven de base a tales afirmaciones.

En efecto, el oficio policial cuyo contenido incorporan los Autos de 28 de enero de 1998 se limita a hacer una mención genérica de las "gestiones practicadas por este Grupo Operativo de Policía Judicial, en conexión con las secciones de estupefacientes de Barcelona y Madrid" (sin especificar, siquiera mínimamente, en qué han consistido tales investigaciones y en función de qué datos se conecta al afectado por la medida con el delito que se pretende investigar), a partir de las cuales se dice tener conocimiento de la existencia de un grupo organizado de personas dedicado al desembarco de estupefacientes y de que "el llamado R.M.R." es el contacto para la concertación de desembarcos de droga en la costa comprendida entre Vinaroz y Ametlla, solicitando la intervención de dos números de teléfono utilizados por el mismo, sin aportar ningún dato objetivo que corrobore tales afirmaciones. **Como este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en numerosas ocasiones, si el conocimiento de la existencia del delito deriva de investigaciones policiales previas, resulta exigible que se detalle en la solicitud policial en qué han consistido esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización ...".**

Tales premisas coinciden naturalmente con las proclamadas tantas veces por esta Sala Segunda. Por citar solo una, la STS 643/2012, de 19 de julio , explica: "La doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala sobre las exigencias que deben cumplirse para que resulte constitucionalmente legítima la interceptación y escucha de las comunicaciones telefónicas de los sospechosos de delito, son bien conocidas y no es precisa su reproducción íntegra. Según tal doctrina es preciso que la decisión que supone la intromisión de los poderes públicos en una esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental, en el caso, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, sea necesaria y esté suficientemente justificada, no solo en función de una consideración general y abstracta de los intereses en juego, en cuanto que debe tratarse de la investigación de un delito concreto y que debe ser de gravedad bastante, **sino también en relación con la existencia en el caso de datos objetivos que permitan fundar adecuadamente una sospecha acerca de la comisión actual, pasada o futura, de un delito y de la participación del sospechoso en él.** Y, del mismo modo, que no existan otras



actuaciones de investigación que, de modo evidente, pudieran resultar útiles y que sean menos gravosas para los derechos fundamentales del sospechoso.

No cabe la menor duda que en la lucha contra la criminalidad organizada puede ser de gran utilidad el empleo de técnicas de investigación que incluyen la adopción de medidas que restringen los derechos fundamentales del investigado, concretamente, la escucha de sus comunicaciones telefónicas. Las leyes de un Estado democrático de Derecho pueden prever en ocasiones limitaciones de los derechos ciudadanos orientadas a la persecución de las conductas que atentan contra sus valores esenciales, y así se reconoce en el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Pero tampoco debe existir duda alguna respecto de la necesidad de rechazar la banalización de la restricción de los derechos fundamentales, acudiendo a ese medio de investigación desde que se constate cualquier sospecha. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH de 24 abril 1990, Caso Kruslin contra Francia, ya declaró que "(33). Las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada...". De manera que para acordar medidas que restringen esos derechos individuales es necesaria siempre una previsión legal suficiente y, en el caso, una previa y suficiente justificación.

Siendo conocida la doctrina jurisprudencial, bastará, pues, con recordar algunos aspectos relacionados con las cuestiones aquí planteadas.

En la STC 72/2010, F. 2, el Tribunal Constitucional, con cita de la STC 197/2009, de 28 de septiembre, F. 4, recordó que "...forman parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención telefónica o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4, 167/2002, de 18 de septiembre, F. 2). De forma que la resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, pues han de estar fundados en alguna clase de datos objetivos". Del mismo modo, 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» (STC 299/2000, de 11 de diciembre, F. 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio, F. 4)".

Habiendo rechazado el Tribunal Constitucional que el secreto de las comunicaciones pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas (STC 26/2010, por todas), esta Sala (STS nº 1363/2011, entre otras) ha señalado que "...para que la restricción del derecho fundamental pueda ser calificada como legítima, es preciso que consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta para alcanzar la conclusión de que la sospecha está suficientemente fundada. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. **Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 setiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.** Pero, sin duda, han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos. **Tales indicios 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 el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida. Han de ser objetivos "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 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) (SSTC 49/1999, de 5 de abril, F. 8 ; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 8 ; 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 ; 202/2001, de 15 de octubre, F. 4)". (STC 167/2002 de 18 de setiembre)". Por lo tanto, de los indicios disponibles ha de desprenderse la sospecha fundada de comisión de hechos delictivos graves, y no solo la posibilidad de que los sospechosos lleven una vida más o menos desordenada.

Igualmente, en la STS nº 1049/2011 se decía que "...no integran la categoría de indicios las meras sospechas o hipótesis subjetivas que no cuenten con un cierto fundamento objetivado, material e identificable susceptible de una eventual verificación. El indicio de delito que aporte al juez la solicitud policial es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un ilícito. Se necesita que la sospecha sea "fundada", es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permitan al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto del delito de que se trata. Porque si lo que se presenta al juez como fundamento de la medida es una simple sospecha, conjetura o convicción anímica huérfana de un soporte material concreto y determinado de datos o elementos fácticos externos evaluables y contrastables, lo que se está demandando del juez no es que ejercite la función de "formar criterio" y resolver en consecuencia sobre la pertinencia de la medida interesada, sino que ejecute un puro y desnudo acto de fé (véanse STC núm. 49/1999 y SSTS de 10 de febrero y 1 de marzo de 2.001), muy distante del juicio crítico de racionalidad sobre la suficiencia o insuficiencia de los datos que la Policía le ofrece".

Finalmente, debe tenerse igualmente en cuenta que en la STS nº 978/2011, se afirmaba que los indicios han de entenderse, pues, "...como datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del Juez en el momento previo a su decisión, de modo que éste los conozca y los pueda valorar; y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro Tribunal". Aclarándose seguidamente, ya en relación con el caso allí **examinado, que en aquellos casos en que "... la solicitud de intervención telefónica procede de un cuerpo policial, no basta, por lo tanto, con afirmar que la Policía, sobre la base de sus noticias o informaciones, sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito, sino que es preciso que las razones de tal afirmación, es decir, los indicios, los datos objetivos que la autorizan y sobre los que se construye la sospecha, se sometan al juicio del Juez, pues es a éste a quien la Constitución ha encomendado la valoración de su suficiencia, la ponderación de los intereses en presencia y, en definitiva, el examen de la necesidad y la proporcionalidad de la restricción. En consecuencia, no es suficiente que quien solicita la medida comunique que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que comunique el contenido de aquella en su integridad, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada ...**

"...ha de recordarse que, como hemos reiterado, no puede confundirse la expresión del convencimiento policial con verdaderos indicios de delito. **Los agentes investigadores pueden haber alcanzado sus propias conclusiones respecto de la actividad delictiva de los sospechosos, tanto respecto de su existencia como de su modus operandi. Pero ese convencimiento, que podría autorizar actos de investigación, solo justificaría la restricción de un derecho fundamental por parte del juez, que es a quien corresponde acordarlo, cuando, valorando los datos sobre los que se construye, pueda hacerlo propio, es decir, pueda asumirlo por considerarlo razonable. Dicho de otra forma, cuando pueda considerarlo razonadamente una sospecha fundada y no una mera hipótesis subjetiva. Y para que el juez pueda valorar como razonable la sospecha de delito es absolutamente imprescindible que conozca, no las conclusiones policiales, sino toda la información obtenida con la investigación, especialmente aquellos datos objetivos verificados, aunque sea de forma provisional, sobre los cuales se construye la inferencia que conduce a la conclusión.** Y en ese sentido, como incluso se recoge parcialmente en el auto que acuerda la intervención, citando jurisprudencia de esta Sala (STS nº 844/2002), "...la policía debe ofrecer al Juez -y éste debe exigirlo- su razón de ciencia, es decir, los motivos en los que basa su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés criminalístico invocado por los Agentes de la Autoridad. Existen formas de delincuencia, como la mayoría de las relacionadas con el tráfico de estupefacientes, que hacen inevitables ciertas singularidades en las técnicas policiales de investigación, pero ninguna singularidad puede ser aceptada si pretende prevalecer a costa de los derechos y garantías constitucionales". No siendo así, si el juez debiera decidir sobre la única base del convencimiento policial, se le estaría exigiendo, no una decisión



razonada, sino un acto de fe, por emplear términos de algunas sentencias de esta Sala. Pues tendría que asumir como razonable el convencimiento de un tercero sin conocer sus razones.

Afirmar que una organización criminal existe, que uno de sus jefes es un determinado sospechoso, que introducen droga en España, que actúan de una determinada forma, que unos desempeñan determinados papeles y otros ejecutan otros diferentes, no es aportar indicios de actividad criminal, sino exponer unas suposiciones, conjeturas o, a lo más, unas conclusiones, solo avaladas externamente por el convencimiento de quien las expone. Para que el juez pudiera llegar a las mismas conclusiones debería conocer los datos objetivos que fueron tenidos en cuenta".

En efecto, las investigaciones deben estar justificadas por indicios de responsabilidad criminal - art. 579.3 LECrim - y actual art 588 bis c). 3. a). No es razonable confundir estos indicios, necesarios para interrumpir el secreto de las comunicaciones, con los que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones más o menos aventuradas. Pero no puede exigirse de ellos la solidez de una "provisional cuasi certeza".

Por otra parte, la veracidad del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. Cuando, siendo posible, no se refrenda por una investigación judicial previa -e improcedente en este momento- el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos. Pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante retardatoria y casi burocrática.

TERCERO.- Desde estas premisas generales si descendemos al supuesto concreto podremos concluir que la decisión del Instructor autorizando la intervención de los teléfonos de varios de los recurrentes en virtud de resolución fechada el 12 de noviembre de 2010 contaba con un sustento indiciario suficiente. No resulta desmentida esa aseveración por un anterior rechazo de la medida (Auto de 4 de octubre de 2010) como justifica con acierto la sentencia de instancia. Se daba cuenta además en el oficio inicial de esa incidencia que lógicamente no puede llevar a cancelar una investigación policial, sino a profundizar y perseverar en ella.

La solicitud parte de la constatación de contactos de los ahora recurrentes con persona que por sus antecedentes aparece inequívocamente ligada a actividades de tráfico de drogas, en concreto de haschís. Los contactos con esa y otras con antecedentes similares se verifican con tomas fotográficas. Se comprueba, además, cómo adquieren una embarcación de recreo. Esa adquisición en ese contexto es, desde luego, sumamente sospechosa *item* mas, rebasa el dintel de la mera sospecha para erigirse en indicio elocuente: ¿qué explicación alternativa verosímil o con un índice de probabilidad significativo puede darse a esa compra colectiva por esas concretas personas concertadas?

El auto además (folios 29 y siguientes) no se limita a una remisión al oficio policial, sino que contiene una motivación propia basada en los datos que se le proporcionan al Juzgado.

Idealmente siempre serán imaginables nuevas indagaciones antes de una intervención telefónica. Pero si conviniésemos que la mera sugerencia de otras posibles diligencias de investigación alternativas, pero de eficacia dudosa o al menos no equiparable a una intervención telefónica, basta para descalificar la medida por no ser indispensable, nunca se podría usar ese medio de investigación. En el nivel indiciario alcanzado era admisible esa medida injerente que se revelaba como idónea y útil. Mucho más que las costosas -si no imposibles- alternativas. Pensar que lo exigible era establecer una vigilancia permanente sobre la embarcación es desconocer que los medios personales y materiales de los equipos investigadores no son infinitos. Han de ser utilizados racionalmente.

No era esta con toda seguridad la única investigación abierta. Probablemente habría muchas otras que atender que precisaban también de medios humanos. Es exigible lo razonable; no lo irracional o lo enemigo del sentido común como lo sería un turno de vigilancias físicas de veinticuatro horas al día. La medida era, así pues, idónea, en el sentido expresado por el actual art. 588 bis a). 4. a) LECrim .

Con estas consideraciones quedan contestados los motivos referidos a esta cuestión vertidos por Rubén y Pedro Jesús -en discursos casi clónicos, por otra parte-.

CUARTO.- También pueden emparejarse los motivos referentes a este tema articulados por los otros dos recurrentes (Teodulfo y Virgilio).

Denuncian en primer lugar una supuesta ausencia de **control judicial**. Lo hacen de una forma tan genérica como gratuita. No detallan momentos o hitos concretos en que la línea investigadora y la correlativa secuencia de intervenciones o prórrogas hubiese escapado a la supervisión judicial. El examen de las actuaciones -folios 41 y siguientes- (un examen completo, pero no minucioso: no podemos convertir el control casacional en una



actividad inquisidora buscando defectos donde las partes se limitan a una denuncia genérica sin especificar qué auto, qué prórroga o qué ampliación de intervención sería la irregular) revela una efectiva supervisión o control: la unidad policial investigadora va proporcionando los informes sucesivos correspondientes en los que el Instructor va apoyando cada una de sus decisiones. Una medida de este tipo siempre es dinámica: habitualmente aparecerá el que podríamos denominar efecto cereza: las escuchas arrojarán datos que han de llevar a nuevas intervenciones, a variaciones, a ceses, a ampliaciones o a prórrogas. Si no emergiese ese dinamismo o viveza quizás lo procedente sería el cese de la intervención pues revelaría probablemente que no está siendo fecunda.

Se constata una dación de cuenta periódica y regular. Cada nueva medida judicial viene precedida de la información necesaria que la justifica.

No basta con afirmar gratuitamente que las medidas se basan en meras conjeturas policiales: no es así. Que esa aseveración genérica de los recursos no vaya acompañada de ejemplos es señal de su falta de fundamento. Los recurrentes no se preocupan de detallar qué decisión, o qué omisión es signo de descontrol.

SEXTO.- Se quejan también estos dos recurrentes de la forma de incorporación de los resultados de las diligencias: los informes que se van evacuando intercalan entre los diálogos transcritos, valoraciones de los investigadores.

Otra vez una denuncia general que no se concreta en ejemplos que evidencien como esa metodología (llena de lógica, por otra parte), ha supuesto una deformación o una manipulación de lo realmente sucedido que haya podido llevar al Instructor a dictar resoluciones sobre datos falseados o insuficientes, pero que tomaban color adobados por comentarios policiales faltos de fundamento.

Pensar que el Instructor carecía de capacidad para examinar con sentido crítico los informes policiales es minusvalorar el nivel intelectual de un integrante del Poder Judicial: ¡claro que se distinguen los datos fácticos y la literalidad de las conversaciones de las interpretaciones policiales! Estas valoraciones de los investigadores no están prohibidas. Sin duda constituyen un valioso elemento que puede ayudar al Instructor, pero que ni le vincula ni le obliga.

Todos los motivos relativos a las escuchas han de ser desestimados.

SÉPTIMO.- Rubén dedica el primero de los motivos de su recurso a reivindicar el amparo del derecho fundamental a la **presunción de inocencia**.

Como es bien conocido, tal derecho se configura como una regla de juicio que impide una condena sin el apoyo de pruebas de cargo válidas, revestidas de las garantías esenciales, referidas a todos y cada uno de los elementos del delito, y de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación en ellos del acusado. Se vulnera tal derecho si se condena sin pruebas de cargo válidas, motivadas y suficientes (entre muchas otras, SSTC 68/2010, de 18 de octubre - Fundamento Jurídico Cuarto-; 107/2011, de 20 de junio - Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a)-, 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a)- ó 16/2012, de 13 de febrero).

Al alegarse en casación la presunción de inocencia esta Sala ha de verificar el cumplimiento de esas exigencias por el Tribunal de instancia pero esmerándose para no suplantar las funciones de valoración de la prueba que la ley residencia en el órgano que la ha percibido directamente, con intermediación.

Achaca la sentencia al recurrente su liderazgo en operaciones de importación de haschis desde la costa marroquí. Dos concretas operaciones habrían sido abortadas policialmente.

El recurrente trata de rebatir la suficiencia del bagaje probatorio recabado, aunque no niega la presencia de cierta actividad probatoria de cargo. Según él solo permitiría aseverar la relación del recurrente con un nutrido grupo de narcotraficantes; no, en cambio, su implicación en esa actividad ilícita.

Frente a ese alegato se levanta como un muro infranqueable la sólida motivación fáctica de la Audiencia Provincial

« La participación del acusado Rubén , especial consideración merece, por ser la persona que debe responder como autor de los dos delitos contra la salud pública, su intervención en los dos alijos incautados es clara y rotunda, asumiendo un papel en los dos hechos delictivos preponderante, con un marcado grado de jerarquía sobre los otros acusados. De tal manera que podemos reconocerlo como jefe del operativo en las dos actuaciones recogidas en el relato de hechos. Resulta acreditada con los siguientes elementos de prueba, las declaraciones policiales, las conversaciones mantenidas por medio de los terminales intervenidos así como los SMS remitidos y recibidos, y la declaración de un buen número de los encartados. Basta examinar las manifestaciones de Agapito , Arturo , Victoriano y Genaro . son claras y diáfanas, la persona que los recluto y



les hizo el encargo es Rubén , también la que coordinaba, busco el barco y les pagaba para realizar la operación de tráfico. Las intervenciones telefónicas, no negadas por otra parte y tampoco impugnadas son reveladores de los contactos entre todos ellos, así como los seguimientos tanto el día del alijo del día 4 de febrero como del día 1 de marzo. Asimismo se encuentra en el almacén de donde sale el camión el día 1 junto a los demás acusados Pedro Jesús , Teodulfo y Virgilio , local que lo tiene alquilado a su nombre y esta al lado de su empresa. El conjunto de la prueba es concluyente, Rubén consigue el barco, contacta con los suministradores marroquíes y coordina toda la operación, con una función directora, conociendo en todo momento la actividad de transporte de droga a la que dedican la nave, de igual manera en un almacén de su propiedad se halla el vehículo con la droga listo para el transporte hacia otro lugar. A mayor abundamiento, debe valorarse en su justa medida la actitud del inculpado, que acogido a su derecho a no declarar mantuvo el silencio por bandera negándose a contestar, incluso a su letrado, derecho que respetamos pero que no es óbice para valorar otras cuestiones que se derivan de tal postura, como refiere la STS 30-12-2004».

Cualquier adición o comentario sobran. Es manifiesta la concurrencia de prueba sobrada.

El motivo decae

OCTAVO.- Es igualmente la presunción de inocencia el tema abordado en el primero de los motivos de Pedro Jesús . Únicamente se le imputa la operación del 1 de marzo (interceptación de un camión transportando haschís). La similitud de su posición hace conveniente traer aquí también el motivo paralelo -presunción de inocencia- de Virgilio (primero de su recurso).

Ambos recurrentes aceptan -así lo declararon, además, los agentes policiales- su presencia en la nave de donde salió el camión con el remolque. Ofrecen una versión exculpatoria. Solo se cargaron allí unas transpaletas.

Esa hipótesis exoneradora resulta no solo poco creíble (no es lógico que si el transporte era por cuenta de otros los responsables asumieran el riesgo de ser descubiertos en ese momento intermedio; y menos que uno de los que estaban en aquella nave sea sorprendido con haschís), sino que además contrasta con otros muchos datos. Entre ellos la demostrada implicación de Rubén en otras operaciones. Las coincidencias, más cuando se acumulan, se tornan poderosos indicios en el escenario de un proceso penal.

Como en el motivo anterior en los ahora analizados el razonamiento de la Audiencia se convierte en refutación convincente del alegato así como demostración de que la base indiciaria sobre la que se edifica la convicción de la Sala es lógica, razonable y concluyente; apta, en definitiva, para soportar una sentencia condenatoria:

«La participación de Pedro Jesús , Teodulfo y Virgilio , tampoco arroja dudas, la documental y el testimonio de los agentes desvirtúan con suficiencia la presunción de inocencia, la prueba es directa, los agentes se percatan cuando aparecen y los identifican. Estos tres acusados tienen participación en el hecho delictivo ocurrido el día 1 de marzo, nos referimos a la incautación del camión. El procesado Teodulfo , conductor del camión no solo reconoce que conocía lo que transportaba, es descubierto saliendo del almacén con el camión y tomar la salida dirección A-7. La participación de Pedro Jesús se acredita por su presencia en el lugar y las numerosas intervenciones telefónicas que revelan su relación con Rubén y con los otros acusados, así las conversaciones recogidas 267 y 268 en el anexo I, y 272 del mismo anexo, y un dato de elevada potencialidad probatoria, se encontraba en la nave alquilada por Rubén desde donde sale el camión que transportaba el haschís. La intervención de Virgilio se encuentra en las mismas condiciones, estaba en el almacén de Rubén y recibe de Teodulfo una porción de haschís, no puede alegar desconocimiento de lo que allí se cargaba en el camión o que escondía el vehículo».

No hay vulneración de la presunción de inocencia pues hay prueba de cargo sólida, practicada con todas las garantías y razonada de forma impecable por el Tribunal. Las escuchas señaladas cimentan de forma definitiva lo que podía deducirse de los hechos externos no discutidos.

Ambos motivos decaen

NOVENO.- Canalizado esta vez a través del art. 849.1º LECrim Rubén postula la aplicación del art. 74 CP para anudar en un único delito continuado las dos acciones que la Sala ha calificado separadamente apreciando dos delitos distintos contra la salud pública. No sería aceptable esa atomización en dos delitos con la correspondiente doble penalidad.

Tiene razón el recurrente.

No pueden fragmentarse jurídicamente ambas operaciones, sea cual sea su morfología y con independencia de que el haschís tuviese o no un mismo origen. La estructura del tipo del art. 368 CP permite agrupar en una única infracción delictiva una pluralidad de acciones. Esto es doctrina de aplicación común.



Que las operaciones de tráfico de estupefacientes o acciones sean de mayor o menor envergadura no rompe ese principio. Quien se dedica a la venta de drogas al por menor realizó esa actividad en días sucesivos -o discontinuos-; tras una única provisión -o después de varios actos de acopio-; quien dirige una organización que importa drogas valiéndose de *muleros* y finalmente es detenido revelándose su papel directivo en una pluralidad de operaciones que han sido abortadas todas en un aeropuerto español; o quien provee de drogas a otros y lo hace durante un periodo de tiempo en ocasiones sucesivas; cometen tan solo un único delito contra la salud pública.

La iniciación de un nuevo delito solo aparece cuando se produce lo que la jurisprudencia invocada por el recurso ha calificado como *ruptura jurídica*.

Ha de casarse la sentencia en ese particular: estamos ante un único delito.

Iremos incluso, más lejos de la petición del recurrente. Ni siquiera podemos hablar de delito continuado

Han de excluirse de la continuidad delictiva los delitos en que el tipo acoge ya una pluralidad de acciones. Un ejemplo de ello puede ser el art. 399 bis (falsificación de tarjetas de crédito: STS 451/2012, 30 mayo), como también todos los tipos que contemplan una actividad desplegada por necesidad en el tiempo. Así sucede con el delito de blanqueo de capitales (SSTS 974/2012, de 5 diciembre , 257/2014, de 1 abril) o 165/2016, de 2 de marzo) y particularmente con los delitos de tráfico de drogas.

En los delitos contra la salud pública se admitió en ocasiones la continuidad delictiva. (SSTS 986/2004, de 13 septiembre , 500/2015, de 24 julio ó 972/2006, de 28 septiembre); pero la jurisprudencia más actual se muestra renuente a admitir un delito continuado de tráfico de drogas.

La compatibilidad de los arts. 74 y 368 es dificultosa. El art. 368 es un tipo mixto alternativo que da lugar a un solo delito aunque se hayan realizado varias de las acciones típicas descritas (por ejemplo, cultivo más venta). Esto es claro. También es evidente que la repetición en un corto espacio de tiempo de una misma conducta es igualmente un caso de unidad típica de acción y por tanto de delito único.

Como en todos los delitos de tracto continuado, surge la cuestión de determinar, cuándo acaba un delito y cuándo comienza otro, punible por separado. El art. 368 se refiere a "actos", en plural. Estamos ante una infracción de mera actividad, permanente y de peligro abstracto (SSTS de 30 septiembre de 1999 , 1613/2000, de 23 de octubre , ó 748/2002 , de 23 de abril).

El problema surge de forma análoga, aunque no idéntica, no solo en los casos de delitos de tracto continuado (tenencia de armas o explosivos, por ejemplo); sino también en los delitos permanentes (delitos de detención ilegal); delitos de hábito (maltrato habitual); o delitos en varios actos (impago de pensiones), así como en otros de similar estructura (blanqueo de capitales).

Ha de entenderse que el dato clave radica en el momento en que el sujeto activo es objeto de detención o de una citación que le lleva a conocer que es objeto de investigación por tales hechos.

Así quien vende droga todos los días y es sorprendido, detenido e ingresado en prisión solo habrá cometido un delito contra la salud pública; ni siquiera un delito continuado. Sin embargo si quien ha sido sorprendido vendiendo una dosis de cocaína, es detenido y momentos después de su puesta en libertad vende otra papelina, habrá cometido dos delitos contra la salud pública. Otra tesis llevaría a la paradoja de que quien ya conoce que contra él se sigue causa penal obtenga con ella una licencia para perpetrar la actividad delictiva, al menos hasta que recaiga sentencia.

Para que se pueda hablar de un nuevo delito diferente es necesario que se produzca una *ruptura jurídica* en la actividad. No es suficiente con que exista el temor de haber sido descubierto o la sospecha de que se está sometido a investigación. Es precisa la seguridad de que existe una investigación penal estatal expresamente dirigida contra el sujeto activo. En ese momento se podrá hablar de un *punto y aparte* y, por tanto, de recomenzar una actividad delictiva diferente, y merecedora de un reproche penal distinto y autónomo, no susceptible de ser embebida en los hechos anteriores por los que ya se sigue causa penal (SSTS 187/2008, de 3 marzo , ó 730/2012, de 26 de septiembre).

No refleja la sentencia que el acusado conociese que estaba siendo investigado por el alijo de haschis de unas semanas antes.

Procede, en consecuencia, **la estimación del motivo** , individualizándose la pena en la segunda sentencia que ha de dictarse.

DÉCIMO.- El mismo recurrente, en el cuarto motivo de su recurso, ataca la apreciación de la agravante de reincidencia por igual cauce casacional (art. 849.1 LECrim). El antecedente sería cancelable.



El hecho probado refleja que el acusado había sido condenado en fecha 10 de octubre de 2008 por un delito contra la salud pública a la pena de un año de prisión. Ni se mencionan otras penas (como la ineludible multa), ni se detallan fechas de cumplimiento o de una eventual suspensión de condena.

Ciertamente, como apunta el recurrente, en los casos de pobreza de datos en el hecho probado la jurisprudencia sostiene que hay que estar a la hipótesis más favorable de las teóricamente posibles, por improbable que pueda resultar: en este caso, que no se hubiesen impuesto otras penas o que hubiesen sido cumplidas nada más alcanzar firmeza la sentencia, así como que la prisión estuviese extinguida por abono de preventiva (por poco plausibles que sean esos juicios, no son excluibles radicalmente en un plano teórico).

El razonamiento del recurrente falla, sin embargo, en un punto esencial. El plazo de cancelación del antecedente (art. 136 CP) en este caso no sería de dos años, sino de tres. Y en la fecha en que se sitúa el comienzo de los hechos delictivos (finales de 2010) ese plazo no había llegado a su término.

En efecto, el Código establece un plazo de dos años para la cancelabilidad de penas no superiores a doce meses. Aquí la pena impuesta fue un año de prisión. Esa pena es superior a doce meses de prisión.

Si se hubiesen impuesto doce meses y un día (361 días) es obvio que el plazo de cancelación sería de tres años. Pues bien, la pena de un año es una pena que traducida a días equivale a 365. Es más gravosa que una pena de doce meses (360 días).

Solo cuando lo establece el Código expresamente la mención del año se asimila a los doce meses (art. 50.4 CP en sede de multas). En los demás supuestos ha de mantenerse la diferenciación si no quiere llegarse a consecuencias absurdas como la de negar la cancelabilidad del antecedente si la pena fuese de 361 días (doce meses y 1 día) y afirmarla siendo de 365 días (un año); o a un nominalismo incomprensible en que no sería lo mismo decir "un año" que "doce meses y cinco días".

No es esta un interpretación *contra reo*, sino de coherencia interna del Código. En la mayoría de las materias (acumulación de condenas, donde no se permite convertir los doce meses en un año precisamente por eso; o en sede de suspensión de condena en que los dos años bloquean en principio el beneficio que no está vedado en penas que sumadas puedan sobrepasar los veinticuatro meses, pero no los 730 días que representan los dos años) el resultado de mantener la diferenciación es favorable al reo. No podemos hacer una doble exégesis según los casos. Para el Código Penal un año son 12 meses más 5 días como regla general, que solo decae excepcionalmente ante previsiones expresas en contrario (art. 50.4).

Por tanto sin necesidad de acudir a la consulta de los autos, prohibida *contra reo* , y sin perjuicio de que el dato de la anterior y próxima condena podría ser tomado en consideración por la vía de las circunstancias personales a las que remite el art. 66 CP , es apreciable la agravante de reincidencia.

De cualquier forma la estimación del motivo anterior determinará en conjunto una pena más baja que la suma de las impuestas en la sentencia, pese a mantenerse la agravante.

UNDÉCIMO.- Tanto Pedro Jesús como Teodulfo se quejan de que la pena que se les impone es de duración igual a la del principal responsable, Rubén , en el que, además, concurre una agravante (reincidencia) no presente en ellos. Quedaría así erosionado el principio de igualdad al tratarse de forma igual a supuestos desiguales: la misma pena privativa de libertad: cuatro años, seis meses y un día de prisión.

La estimación de uno de los motivos articulados por Rubén , coimputado que se erige en punto de comparación a efectos del principio de igualdad, quiebra la base del argumento: la pena ya no va a ser la misma; la de Rubén será superior. De hecho, la lectura de la sentencia de instancia hace pensar que lo que llevó a la Audiencia a rebajar, hasta equipararla con la de los otros dos responsables, la duración de la pena de Rubén era la sensación latente de que exacerbarla llevaba a una cuantificación desproporcionada al tener que sumarse las dos penas derivadas de la doble tipificación que estableció la Audiencia. En verdad resulta excesiva: sumaban más de ocho años.

En otro orden de cosas, lo decisivo a estos efectos (principio de igualdad) no es si la pena del copartícipe es improcedentemente igual, sino si la pena impuesta al recurrente es correcta y está suficientemente justificada. La comparación no necesariamente ha de llevar a la rebaja de la de los copartícipes. También podría colegirse que lo correcto era una penalidad superior para el principal responsable. Va a ser así efectivamente, pues él cuenta con la agravante de reincidencia, participa en dos operaciones y además ejerce un papel directivo.

Esto priva de todo sustento a la queja.

No sobra, por fin, constatar que la pena está correctamente fijada e individualizada con arreglo a la notoria cuantía de la droga incautada.

Tampoco pueden prosperar estos motivos.



DUODÉCIMO.- Los recurrentes correrán con el pago de las costas causadas por sus respectivos recursos, con la excepción de Rubén dada la estimación parcial del recurso de éste (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

1.-ESTIMAR el recurso de casación de Rubén contra Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2016 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en causa seguida contra los recurrentes por un delito contra la salud pública y pertenencia a grupo criminal; **por estimación del tercer motivo de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio.**

2.- DESESTIMAR los recursos de casación de Pedro Jesús , Teodulfo y Virgilio contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas; condenándoles al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

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

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 924/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Berja (Almería), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Almería (Sección Primera), y que fue seguida por un delito contra la salud pública y pertenencia a grupo criminal contra Rubén , Pedro Jesús , Teodulfo y Virgilio se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme se ha argumentado en la anterior sentencia los hechos atribuibles a Rubén constituyen un único delito contra la salud pública de los arts. 368 y 370 CP .

SEGUNDO.- Dada la variedad de operaciones agrupadas (dos), la cuantía de la droga, el liderazgo ejercido y la agravante de reincidencia, que anula la eficacia atenuatoria de las dilaciones, procede imponer al citado la pena en su mitad superior, aunque sin llegar al máximo posible: **SEIS AÑOS Y DOS MESES de prisión y MULTA de CUATRO MILLONES DE EUROS (4.000.000 €)** que no llevará aparejada responsabilidad subsidiaria por impedirlo el art. 53.3 CP . Las costas pueden mantenerse pues son dos hechos distintos aunque sea un mismo delito.



FALLO

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

1.- Debemos condenar y condenamos al acusado Rubén , como autor responsable de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en circunstancias de extrema gravedad por empleo de embarcación y exceso notable, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuante de dilación indebida y agravante de reincidencia, a las penas de **SEIS AÑOS, Y DOS MESES DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **MULTA de CUATRO MILLONES DE EUROS**, y pago de 4/21 de las costas.

2.- En el resto se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia