



Roj: **STS 3215/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3215**

Id Cendoj: **28079120012020100524**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2020**

Nº de Recurso: **10018/2020**

Nº de Resolución: **494/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 7488/2019,**
AATSJ CV 252/2019,
AATSJ CV 253/2019,
STS 3215/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 494/2020

Fecha de sentencia: 08/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10018/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10018/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 494/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 8 de octubre de 2020.

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. Gerardo , D. Guillermo , D. Héctor , D. Evaristo , D. Hernan , Dña. Lucía , D. Humberto y D. Imanol , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Gerardo y de Humberto ; estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Landelino , Evaristo , Imanol ; Héctor , Lucía , Guillermo y Narciso ; revocó el apartado 6º a) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida y redujo la pena impuesta a Guillermo , a Narciso , a Imanol y a D. Hernan y redujo la pena a Lucía , Héctor y Landelino , 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 la Procuradora Dña. Laura Oliver Ferrer y bajo la dirección Letrada de D. Andrés Zapata Carreras respecto de Gerardo ; por el Procurador D. José Andrés Peralta de la Torre y bajo la dirección Letrada de D. Rafael Romero López respecto de Guillermo ; por el Procurador D. Juan Torrecilla Jiménez y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Teresa Olmedo Butler respecto de Héctor ; por la Procuradora Dña. Eva Domingo Martínez y bajo la dirección Letrada de D. Miguel Ferrer Fernández respecto de Evaristo ; por la Procuradora Dña. Celia Fernández Redondo y bajo la dirección Letrada de D. Juan Cortés i Minyana respecto de Hernan ; por el Procurador D. Juan Torrecilla Jiménez y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Teresa Olmedo Butler respecto de Lucía ; por la Procuradora Dña. Paz Contel Comenge y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Pilar Juan Hidalgo respecto de Humberto y por el Procurador D. Ignacio Batlló Ripoli y bajo la dirección Letrada de D. Juan Antonio Cuenca Brea respecto de Imanol .

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Valencia instruyó sumario con el nº 931 de 2016 contra Gerardo , Guillermo , Héctor , Evaristo , Hernan , Lucía , Humberto , Imanol y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, que con fecha 25 de abril de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Entre mediados de mayo y mediados de noviembre de 2016, Gerardo , cuyas demás circunstancias de identidad constan al encabezamiento de esta sentencia, se concertó para proceder a la distribución a terceros, en la provincia de Valencia, de cocaína que él conseguía, al menos con Landelino , Hernan , Héctor y Evaristo , todos ellos identificados en el encabezamiento de esta sentencia, alguno de los cuales a su vez se servía de otras personas, que luego se dirán, a cambio del reparto del lucro obtenido en dicha actividad, en el modo en que se expone a continuación. Gerardo era el encargado de entregar la droga a Landelino , a Héctor , a Evaristo y a Hernan , quienes dependían directamente de él y contaban con otros colaboradores directos. Landelino , que recibía la sustancia y las instrucciones de Gerardo , custodiaba parte de la droga en sus domicilios de Valencia y de Alfara de la Baronia, la distribuía a pequeña escala y también la facilitaba a Guillermo , quien a su vez se encargaban de distribuir al menudeo sustancias estupefacientes en la localidad de Valencia. Al igual que este último, Narciso recibía la droga a través de Landelino y hacía labores de distribución al menudeo en las localidades próximas a Alfara de Baronia. Héctor hizo labores de transporte de droga, guardando la misma en el domicilio de su suegro, Imanol . Este último y su hija Lucía , esposa de Héctor , además de custodiar la sustancia, distribuían la droga directamente a los consumidores finales. Evaristo hacía igualmente labores de distribución a consumidores finales, de forma directamente dependiente de Gerardo . Por último, Hernan , bajo las órdenes igualmente por Gerardo , intervenía en el procesado de la droga, reduciendo su nivel de pureza con productos adulterantes, y empaquetándola de nuevo en cantidades más pequeñas, y participando eventualmente en el menudeo de la sustancia. De este modo, fueron incautados en los domicilios de las personas referidas las siguientes cantidades de cocaína, para su custodia y posterior distribución a terceros, útiles necesarios para la adulteración y corte de cocaína y dinero procedente de la venta, según los casos: 1.- A Imanol , el 17 de noviembre de 2016, en el domicilio de su propiedad en la CALLE000 NUM000 de Valencia: a) Una caja de caudales cuya llave portaba encima el Sr. Imanol con un plástico transparente 40 bolsitas de plástico de color blanco cerradas con alambre de color verde que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína, sustancia que causa grave daño a la salud, con un peso neto de 15,36 gramos y una riqueza del 71%; en otra bolsa 20 bolsitas iguales en cuanto a su preparación que las anteriores, con sustancia que resultó ser cocaína con un peso neto de 7,52 gramos y una riqueza del 75%, 2000 euros, una bolsa conteniendo plásticos



de color blanco y alambres de color verde, una báscula digital y anotaciones manuscritas. En el interior de una chaqueta, otra bolsa conteniendo 6 bolsitas preparadas para el tráfico, cerradas con alambre de color verde, que resultó ser cocaína con un peso de 2,16 gramos y una riqueza del 74%. b) Dos cajas fuertes que se hallaban en una habitación de la vivienda, cuyas llaves fueron intervenidas a los procesados Héctor y Lucía, en la vivienda de éstos, que contenían; en la caja fuerte marca SAFE con numeración NUM029 dos paquetes envueltos en plástico con la inscripción SIG resultando ser cocaína, tras el oportuno análisis y pesado, con un peso de 1002,0 gramos y una riqueza de 76% uno de ellos y el otro, 999 gramos con una riqueza del 77%. Así como otro paquete con la inscripción CHANEL que resultó ser cocaína con un peso de 999 gramos y una riqueza del 64%. y en la otra caja fuerte marca ARREGUI con numeración NUM001, una bolsa conteniendo otras dos bolsas, una de ellas con cocaína con un peso de 18,95 gr. y una riqueza del 74% y otra bolsa con 196,86 gramos de cocaína con una riqueza del 78%, otra bolsa con 50 bolsitas preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, de las cuales 21 tenían un peso neto de 14,66 gr de cocaína con una riqueza del 73% y 29 tenían un peso neto de 19,89 gr de cocaína con una riqueza del 77%, otra bolsa con 50 bolsitas preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, de las cuales 29 tenían un peso neto de 20,04 gr de cocaína con una riqueza del 74% y 21 tenían un peso neto de 14,42 gr de cocaína con una riqueza del 77%, otra bolsa con 100 bolsitas preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, de las cuales 98 tenían un peso neto de 37,04 gr de cocaína con una riqueza del 78% y 2 tenían un peso neto de 0,77 gr de cocaína con una riqueza del 76%, otra bolsa con 100 bolsitas preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, de las cuales 98 tenían un peso neto de 37,14 gr de cocaína con una riqueza del 79% y 2 tenían un peso neto de 0,74 gr de cocaína con una riqueza del 78%, otra bolsa con 100 bolsitas en su interior preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, con un peso neto de 38,8 gr de cocaína con una riqueza del 78% y otra bolsa, ésta sin preparar, conteniendo sustancia en polvo y en roca, que resultó ser cocaína con un peso neto de 43,24 gr de con una riqueza del 77%, dos bolsitas conteniendo 1,37 gramos peso neto de cocaína con una pureza del 79% y una bolsita de 0,7 gramos de cocaína peso neto y una riqueza del 79%, así como una báscula TANITA modelo 1749S. c) Además en el salón cocina se intervinieron diversas anotaciones manuscritas, 4 rollos de alambre verde y 4 teléfonos móviles y en el momento de la detención otro envoltorio con 0,18 gramos de peso neto de cocaína con una pureza del 77%, un teléfono móvil y 115 euros. 2.- A Evaristo, el 17 de noviembre de 2016: a) En su poder en el momento de la detención, 250 euros procedentes de sus ganancias en la actividad de venta de cocaína y un Iphone 6. b) En la CALLE007 nº NUM045 sustancia perfectamente preparada para ser distribuida a terceros a cambio de dinero, consistente en 7 dosis de una sustancia que su oportuno pesaje y análisis resultó 4 envoltorios de cocaína con un peso neto 4,13 gramos y una riqueza de 59%, 2 envoltorios de cocaína con un peso de 0,98 gramos y una riqueza del 65% y un envoltorio de cocaína con un peso neto de 0,52 gramos con una pureza del 67%, una bolsa conteniendo cocaína con un peso neto de 4,82 gramos con una pureza del 71% y 5 bolsas más conteniendo, una resultando ser 9,97 gramos de cocaína con una pureza del 74%, otra conteniendo 4,97 gramos de cocaína con una pureza del 76%, otra con un peso neto de 5,07 gramos de cocaína con una pureza del 77%, otra de cocaína con un peso neto de 10,04 gramos con una pureza del 76% y otra con un peso neto de cocaína de 5 gramos con una pureza del 76%. c) Además, en su domicilio 905 euros, otro Iphone modelo 5, y en una caja fuerte, 14.050 euros, todo ello ganancias del tráfico ilícito de estupefacientes. Asimismo, en el momento de la detención se personó la madre del procesado Evaristo, Angelina portando 850 euros, producto de la misma actividad ilícita, para entregarle al mismo. 3.- A Hernan el 21 de noviembre de 2016: En la entrada y registro practicada en su domicilio sito en la CALLE001 nº NUM002 de Cheste, se le intervinieron los útiles y efectos necesarios para la adulteración, corte y preparación de la droga para su posterior venta, como son Piracetam, tres tarjetas con restos de cocaína, una balanza con restos de cocaína, dos bandejas, una prensa, un gato de cerrajería, un molinillo, dos vasos de plástico con restos de cocaína, un colador con restos de cocaína y otro colador con Piracetam, una balanza con restos de cocaína, un bote de sosa de 975 gramos, un tupper y una cuchara ambos con restos de cocaína, una varilla y vasos con Piracetam, un bote de alcohol, bolsas de autocierre y alambre, dos básculas, un envoltorio conteniendo una sustancia que resultó ser cocaína con un peso neto de 0,09 gramos de cocaína con una pureza del 9%, una bolsa que contenía 2,89 gramos de una cocaína con una pureza de 2% y un envoltorio en el interior de un huevo kinder conteniendo 3,37 gramos de una sustancia que resultó ser MDMA con una pureza del 8%, una caja fuerte y una pistola de plástico en el interior de otra caja fuerte y una cartera con una placa de la Guardia Civil. 4.- A Landelino el 17 de noviembre de 2016. a) En el domicilio sito en la CALLE002 nº NUM003 de Valencia se le intervino a Landelino, siete paquetes conteniendo uno de ellos una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 31,93 gramos y una pureza del 77%, otro paquete conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 29,81 gramos y una pureza del 58% al estar mezclada con Levamisol, otro paquete conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 3,92 gramos y una pureza del 76%, otro paquete conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 1,62 gramos y una pureza del 79%, otro paquete conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje



y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 4,99 gramos y una pureza del 59% al estar mezclada con Levamisol, otro paquete conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 2,95 gramos y una pureza del 78% y otro paquete conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser MDMA con un peso neto de 30,62 gramos y una pureza del 88%, además de una báscula de precisión TANITA, bolsa con gomas elásticas, cuatro teléfonos móviles, un rollo de papel de celofán, recortes de bolsas de plástico, anotaciones manuscritas de operaciones aritméticas y anotaciones manuscritas de teléfonos. b) En el vehículo marca SEAT modelo ALTEA matrículaYDQ de su propiedad se le intervino una bolsita conteniendo sustancia pulverenta blanca con un peso de 0,8 gramos, vehículo empleado por el procesado para efectuar los intercambios de sustancias estupefacientes. c) Además, se le intervino 5 móviles, empleando en numerosas ocasiones Landelino , el teléfono de su pareja Inmaculada para evitar el control policial cuando no podían conectarse a través de otros medios empleados entre los procesados y 1040 euros que le fueron intervenidos a Landelino en el momento de su detención, útiles y ganancias, respectivamente de su actividad de distribución a terceros de cocaína, junto con los numerosos productos financieros a los que posteriormente haremos referencia. d) En la CALLE003 nº NUM004 de la localidad de Alfara de Barónia, disponía en dicha vivienda en una habitación que se hallaba cerrada con llave, de un envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 83,3 gramos y una pureza del 46% al haber sido mezclada con Levamisol, cafeína y procaína, otro envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 25,25 gramos y una pureza del 59% al haber sido mezclada con Levamisol, un envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 50,08 gramos y una pureza del 74% mezclada también con Levamisol, un envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 50,17 gramos y una pureza del 72%, un envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 25,12 gramos y una pureza del 72% al haber sido mezclada con Levamisol, un envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 24,94 gramos y una pureza del 72%, un envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 100,37 gramos y una pureza del 71%, un envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 100,35 gramos y una pureza del 77%, un envoltorio conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser cocaína con un peso neto de 50,04 gramos y una pureza del 74%, una bolsa de plástico conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser MDMA con un peso neto de 9,96 gramos y una pureza del 74% y otra bolsa de plástico conteniendo una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser MDMA con un peso neto de 1,78 gramos y una pureza del 73%, así como las sustancias antes referidas para el corte y preparación de la droga como son tres paquetes uno conteniendo 28,97 gr de cafeína, otro 157,31 de procaína y otro de 108,1 gr de cafeína y los útiles para la preparación de la misma como recortes de plástico, dos rollos de alambre, trozos de alambre preparados, guantes de plástico, cinta adhesiva, dos básculas de precisión, una TANITA y la otra marca SYTECH, una navaja, una cuchara y una tarjeta en estas últimas cosas con restos de cocaína, interviniéndole finalmente los envoltorios de transporte de las anteriores sustancias que tras su análisis contenían restos de cocaína, figurando en uno de ellos el anagrama SIG, al igual que la droga incautada en el domicilio de la CALLE000 nº NUM000 . 5.- A Narciso , el 17 de noviembre de 2016. a) En la entrada y registro debidamente practicada en su domicilio sito en la CALLE004 de Alfara de Baronia se le intervino en el interior de una estufa, un recipiente con arroz que a su vez contenía cuatro bolsas resultando que tras el oportuno pesaje y análisis, una bolsa contenía 18,17 gramos de cocaína con una pureza del 72%, otra bolsa contenía 25,1 gramos de cocaína con una pureza del 57%, otra bolsa contenía 5,81 gramos de cocaína con una riqueza del 72% y otra bolsa conteniendo 50,16 gramos de cocaína con una pureza del 78% y 0,22 gramos de una sustancia que resultó ser MDMA con una riqueza del 37%, 5 teléfonos móviles y anotaciones manuscritas. Amén de todo ello, se le intervino en la cocina, 47,13 gramos de cafeína y procaína, sustancias éstas empleadas para el corte de la cocaína, 0,77 gr de sustancia que tras su análisis y pesaje resultó ser MDMA, así como, plásticos recortados y rollo de alambre verde propio para la elaboración de dosis de cocaína y 5 envoltorios conteniendo sustancias que tras su oportuno pesaje y análisis ha resultado ser cannabis, siendo uno de ellos con un peso neto de 19,22 gramos y un pureza del 18,2%, otro 7,73 gramos con una pureza del 14%, otro 0,31 gramos con una pureza del 0,6%, otro 0,42 gramos con una pureza del 2% y 0,69 gramos con una pureza del 2,4%. b) Asimismo, en el interior de la estufa se le intervinieron dos carteras conteniendo una de ellas 695 euros y la otra 6.325 euros, todo ello, ganancias de la referida actividad del tráfico de sustancias estupefacientes. Por otra parte, en la parte superior de la casa se le intervino una escopeta simulada marca MASBERG de aire comprimido y dos teléfonos móviles más (en total 12 teléfonos) y en su domicilio sito en la CALLE005 nº NUM005 de la misma localidad, un envoltorio conteniendo 2,95 gramos de MDMA con una riqueza del 76% y dos capsulas conteniendo 0,38 gr de MDMA con una pureza del 74%. 6. A Guillermo , el 17 de noviembre de 2016: En la vivienda sita en la CALLE006 nº NUM006 se le intervino una báscula de la marca Excellent Houseware, un juego de bolsas herméticas y un trozo de una sustancia



que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser hachís con un peso neto de 0,87 gr y una pureza del 25,9 %, como ganancias de dicha actividad se le intervino al procesado 75 euros. El valor que toda la droga intervenida habría tenido en el mercado ilícito sería de 266.905,91 euros en su conjunto, alcanzando un valor de 8.900,47 euros la intervenida en el domicilio de Valencia a Landelino y 51.725,30 euros la intervenida en el domicilio de Alfara de Baronia a Landelino , 290,17 euros la intervenida en el domicilio de Hernan , 190.095,11 euros la intervenida en el domicilio de Imanol , 5.337,43 euros la intervenida en el domicilio de Evaristo , 10.551,93 euros la intervenida en el domicilio de Narciso y 5,50 euros la intervenida en el domicilio de Guillermo . No ha quedado acreditado de ningún modo que la pareja de Landelino , Inmaculada interviniera en la custodia y distribución de estupefacientes en ninguna de sus fases. No ha quedado acreditado que Higinio interviniera en la custodia y distribución de estupefacientes en ninguna de sus fases. B. Landelino , cuyos únicos ingresos lícitos y medios de riqueza que justificaba provenían de su salario profesional como vigilante de seguridad para la mercantil PROSEGUR, del que percibía aproximadamente 1100 euros netos mensuales y desde el año 2012, para ocultar el fruto de la venta de drogas y dotarlos de apariencia de lícita, introduciendo así en el mercado financiero a través de transacciones económicas y contratación de productos financieros de ahorro e inversión, todos los meses efectuaba una transferencia de un importe mínimo de 950 euros de la cuenta en BANKIA Libreta Fácil con nº NUM007 de la que era único titular, a su Cuenta X MAS nº NUM008 de la misma entidad bancaria y de la que igualmente era el único titular, efectuando posteriormente ingresos en efectivo mensuales que oscilaban entre 200 y 400 euros a la cuenta Libreta Fácil. Posteriormente, cuando el saldo de la cuenta X MAX se incrementaba notablemente el acusado invertía dicho dinero en productos financieros de bajo riesgo principalmente en pólizas de seguro de vida de MAPFRE, con un saldo que desde enero del año 2014 a abril de 2016 se incrementó en 84.000 euros, de los cuales 55.000 euros fueron traspasados el día 14 de abril de 2016 desde la mentada cuenta X MAX. En definitiva, el procesado disponía de 5 pólizas de seguros de vida, en vigor, en la compañía aseguradora MAPFRE, en concreto, con la modalidad SIALP MAPFRE BENEFICIOS GARANTIZADOS n.º de póliza NUM009 , con la modalidad TRIPLE ACCIÓN INDEX n.º de póliza NUM010 , con la modalidad SEGURO DIVIDENDO VIDA póliza n.º NUM011 , con la modalidad PIAS AHORRO PENSIÓN la póliza n.º NUM012 y con la modalidad MULTIFONDOS ELECCIÓN la póliza n.º NUM013 , el total de las primas abonadas por el procesado Landelino ascendió a 70.217,56 euros. Finalmente, el procesado disponía desde el 2/11/16 con la misma compañía aseguradora de Mapfre de un plan de pensiones Jubilación activa cuenta nº NUM014 con un saldo de 9107.45 euros, por lo que sumado al saldo de otras cuentas titularidad del mismo, el saldo total en productos financieros del procesado ascendía a 103.932,95 euros. C.- Sobre las 06:38 del día 2 de junio de 2016, Gerardo , agente de la Policía Nacional con carné profesional n.º NUM015 funcionario de la Escala Básica, segunda categoría, destinado en el G.A.C. servicio de radio patrullas perteneciente a la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana de Valencia, sin que tuviera relación con las funciones que como tal le hubiesen sido encomendadas, empleando las claves de su compañero agente de la Policía Nacional, Sabino , accedió en las dependencias del 091 sita en el complejo de Zapadores de Valencia a la aplicación OBJETOS de la POLICÍA NACIONAL, base de datos de acceso restringido, a fin de consultar la titularidad de la motocicleta YAMAHA R1 con placas de matrículaGKH , obteniendo un pantallazo de la información que fue transmitida a Héctor . Asimismo, sobre las 08:25 horas del día 22 de julio de 2016, Gerardo , empleando las claves de la funcionaria, Coral , accedió a la aplicación ATLAS de la POLICÍA NACIONAL, otra base de datos de acceso restringido, en la Comisaría Valencia Marítimo, a fin de consultar la ficha policial de un súbdito colombiano, Carlos José , detenido por presunto delito de homicidio doloso, facilitándole nuevamente imágenes de la misma a Héctor a fin de que éste lo reconociera posteriormente, a pesar de que el acceso a las consultas en dichas aplicaciones informáticas por los agentes de la Policía Nacional se realiza con claves de uso personal y para uso profesional en el desarrollo de las funciones que le fueran asignadas, habiéndosele intervenido en su domicilio 56 hojas de reseñas policiales y en terminal telefónico del procesado Héctor foto de una reseña policial de la aplicación Multisistema Atlas. Asimismo, el acusado, lejos de su actividad profesional, en fecha 3 de abril de 2016, procedió a realizar varias consultas en dicha base sobre su persona, su DNI e incluso, su propio vehículo a fin de poder conocer la existencia de cualquier señalamiento sobre su persona. D.- En el registro de la vivienda de Humberto , cuyas circunstancias de identidad están recogidas en el encabezamiento de la sentencia, sita en la AVENIDA000 de Manises se le intervino a éste un arma de guerra consistente en un subfusil con el troquel MICRO UZI 9mm IMI-ISRAEL, copia de un modelo de subfusil israelí sin número de serie recamarado para cartuchos de 9mm Parabellum prohibido para particulares (art. 6.1 c. del Reglamento de Armas) y acompañado de un cargador con capacidad para contener 32 cartuchos y finalmente, un cañón de arma corta de 116 mm de longitud con el sistema de cadeneta (sistema Colt) que corresponde a una pistola semiautomática de cañón móvil y con sistema de acción por corto retroceso de cañón con la numeración NUM043 troquelada, arma de guerra propiedad de Gerardo y que Humberto , a sabiendas de las características de la misma, se la custodiaba al primero, arma cuyo funcionamiento en vacío es correcto, tanto en modo automático como semiautomático, si bien en cuanto al test de disparo en el momento del hallazgo el arma solo llegaba a disparar en ráfaga un 30% de las balas, no obstante, es posible la realización de actuaciones como reparación del roscado de fijación del cañón y sustitución de otras piezas, en



especial de la rosca, tendentes a la obtención de la plena capacidad de fuego del subfusil, en cualquiera de los modos de disparo. E.- Hernan , en estas fechas, conducía habitualmente la furgoneta con matrículaGHR , a pesar de no tener permiso de conducir por no haberlo obtenido nunca".

SEGUNDO.- La sentencia apelada contiene el siguiente fallo:

"1º- CONDENAR a Gerardo , como autor criminalmente responsable de: a) un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, previsto en el art 368 y 369.5º CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 8 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 600.000 euros. b) de un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1. b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. c) de un delito de depósito de armas de guerra como promotor, de los arts. 566, 567.1 y 2 y 570 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 8 años de privación de la licencia de armas. d) de un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos, de los arts. 197Bis y 198 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 20 meses y 15 días e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta (art. 41 CP) durante un periodo de 8 años. 2º- CONDENAR a Landelino , como autor criminalmente responsable de: a) un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, previsto en el art 368 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de 5 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 140.000 €. b) de un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1.b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 1 año y 4 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. c) de un delito de blanqueo de capitales, del párrafo segundo del art. 301.1 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 208.000 €, con responsabilidad personal subsidiaria de 6 meses. 3º- ABSOLVER LIBREMENTE a Inmaculada de los delitos por los que venía siendo acusada. 4º- CONDENAR a Imanol , como autor criminalmente responsable de: a) un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, previsto en el art 368 y 369.5º CP, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 años y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 190.000 €. b) un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1.b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a las penas de 1 año y 2 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 5º- CONDENAR a Lucía y a Héctor , a cada uno de ellos, como autores responsables de: a) un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, previsto en el art 368 y 369.5º CP, sin la concurrencia de circunstancia modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 7 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 380.000 €. b) de un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1.b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 1 año y 3 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 6º- CONDENAR a Hernan como autor criminalmente responsable de: a) un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, previsto en los arts. 368 y 369, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 años y un día de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 267.000 €. b) un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1.b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 2 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. c) un delito continuado contra la seguridad vial, del art. 384 CP, a la pena de 24 meses de multa, a razón de 6 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. 7º- CONDENAR a Evaristo , como autor criminalmente responsable de: a) un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, previsto en el art 368, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la



condena y pena de multa de 5.300 €, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 45 días. b) un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1.b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 2 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 8º- ABSOLVER LIBREMENTE a Higinio de los delitos por los que venía siendo acusado en la presente causa. 9º.- CONDENAR a Guillermo , como autor criminalmente responsable de: a) un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, previsto en el art 368, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 70.000 €, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 3 meses. b) un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1.b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 2 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 10º- CONDENAR a Narciso , como autor criminalmente responsable de: a) un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, previsto en el art 368, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de multa de 70.000 €, y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 3 meses. b) un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1.b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 2 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 11º- CONDENAR a Humberto , como autor criminalmente responsable de un delito de depósito de armas de guerra como cooperador, de los arts. 566, 567.1 y 2 y 570 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 6 años de privación de la licencia de armas. 12º- Se acuerda el COMISO de los bienes, dinero, sustancia y demás efectos intervenidos en la presente causa, a excepción de aquellos de lícito comercio que sean de titularidad exclusiva de los libremente absueltos, que deberán ser restituidos, en su caso, a sus propietarios. A los restantes bienes se les dará el destino legalmente previsto. 13º- Procede la condena en COSTAS de los condenados en los siguientes términos: Por lo que se refiere a Gerardo , deberá responder de las 4 veintiochoavas partes de las costas. Landelino y Hernan de las 3 veintiochoavas partes de las costas. Los restantes condenados deberán hacer frente a las 2 veintiochoavas partes de las costas. Las costas referentes a los delitos por los que han sido acusados Inmaculada y Higinio se declaran de oficio. Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad principal o subsidiaria que se impone, procederá abonar a los condenados todo el tiempo en que hayan estado privados de libertad por esta causa".

Indicada sentencia fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que con fecha 3 de diciembre de 2019 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"PRIMERO: DESESTIMAR los recursos de apelación formulados por la Procuradora de los Tribunales D^a LAURA OLIVER FERRER en nombre y representación de D. Gerardo y por la Procuradora de los Tribunales D^a PAZ CONTEL COMENGE en nombre y representación de D. Humberto . SEGUNDO: ESTIMAR PARCIALMENTE los recursos de apelación formulados por el Procurador de los Tribunales D. CARLOS GIL CRUZ en nombre y representación de D. Landelino ; la Procuradora de los Tribunales D^a EVA DOMINGO MARTÍNEZ en nombre y representación de D. Evaristo ; la Procuradora de los Tribunales D^a CARMEN GUILLEM RAMIRO en nombre y representación de D. Imanol ; la Procuradora de los Tribunales D^a ESTRELLA REQUENA FARINOS en nombre y representación de D. Héctor ; la Procuradora de los Tribunales D^a ESTRELLA REQUENA FARINOS en nombre y representación de D^a Lucía ; la Procuradora de los Tribunales D^a MARÍA CABRERA ARANDA en nombre y representación de D. Guillermo ; la Procuradora de los Tribunales D^a LAURA OLIVER FERRER en nombre y representación de D. Narciso ; la Procuradora de los Tribunales D^a YOLANDA MONZÓ YGUAL en nombre y representación de D. Hernan . TERCERO: SE REVOCA el apartado 6º a) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida, pasándose por la presente a condenar a D. Hernan como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de multa de 300 €, con tres días de responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago. CUARTO: SE REDUCE la pena de 1 año y 2 meses de prisión que le ha sido impuesta a D. Guillermo , D. Narciso , D. Imanol , D. Narciso , D. Hernan como autores de un delito de integración en grupo criminal a la pena de 6 meses de prisión, manteniéndose la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. QUINTO: SE REDUCE la pena de 1 año y 3 meses de prisión que le ha sido impuesta a D^a Lucía como autora de un delito de integración en grupo criminal a la pena de 8 meses de prisión, manteniéndose la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante



el tiempo de la condena. SEXTO: SE REDUCEN las penas de 1 año y 3 meses y de 1 año y 4 meses de prisión que les han sido impuestas de forma respectiva a D. Héctor y D. Landelino como autores de un delito de integración en grupo criminal a la pena de 1 año de prisión, manteniéndose la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. SEPTIMO: SE REDUCE la pena de 4 años de prisión que le ha sido impuesta a D. Landelino como autor de un delito de blanqueo de capitales a la pena de 3 años y 3 meses de prisión, manteniéndose inalteradas la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de multa de 208.000 €, con 6 meses de responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago. OCTAVO: SE CONFIRMA la resolución objeto de recurso en todos aquellos extremos que no entren en colisión con los anteriores pronunciamientos. NOVENO: No se hace especial pronunciamiento en torno al pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada. Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución".

Con fecha 12 de diciembre de 2019 se dictó Auto de rectificación de la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que contiene el siguiente Fallo:

"HABER LUGAR a la rectificación de la sentencia Nº 232/2019, de fecha 25 de abril recaída en resolución de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia núm. 232/2019, de fecha 25 de abril, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en los términos interesados por la Procuradora de los Tribunales Dª EVA DOMINGO MARTÍNEZ en nombre y representación de D. Evaristo, en su consecuencia en el apartado cuarto de su parte dispositiva: DONDE DICE: "CUARTO: SE REDUCE la pena de 1 año y 2 meses de prisión que le ha sido impuesta a D. Guillermo, D. Narciso, D. Imanol, D. Narciso, D. Hernan como autores de un delito de integración en grupo criminal a la pena de 6 meses de prisión, manteniéndose la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena". DEBE DECIR: "CUARTO: SE REDUCE la pena de 1 año y 2 meses de prisión que le ha sido impuesta a D. Guillermo, D. Narciso, D. Imanol, D. Hernan y D. Evaristo como autores de un delito de integración en grupo criminal a la pena de 6 meses de prisión, manteniéndose la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena". Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

Con fecha 12 de diciembre de 2019 se dictó Auto de rectificación del Auto de fecha 12 de diciembre de 2020, citado anteriormente, conteniendo el siguiente Fallo:

"RECTIFICAR la parte dispositiva del auto de fecha 12 de diciembre de 2019 que antecede en el siguiente sentido: DONDE DICE: "HABER LUGAR a la rectificación de la sentencia Nº 232/2019, de fecha 25 de abril recaída en resolución de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia núm. 232/2019, de fecha 25 de abril, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en los términos interesados ..." DEBE DECIR: "HABER LUGAR a la rectificación de la sentencia núm. 199/2019 de fecha 3 de diciembre recaída en resolución de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia núm. 232/2019, de fecha 25 de abril, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en los términos interesados ...". Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

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. Gerardo, D. Guillermo, D. Héctor, D. Evaristo, D. Hernan, Dña. Lucía, D. Humberto y D. Imanol, 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. Gerardo**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 L.E.Crim en relación con los artículos 5.4 y 11.1 L.O.P.J. Vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución.

Segundo.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim en relación con el artículo 570 ter 1 b) del Código Penal por inaplicación indebida de dicho precepto sustantivo que se funda en una prueba a todas luces insuficiente.

Tercero.- Por infracción de preceptos constitucionales. Al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.1 y 2 CE, y a su inmediata conexión con el art. 11 de la Declaración de Derechos Humanos, art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la tutela judicial efectiva. La consecuencia fatal del abuso denunciado ha sido la condena del acusado por un delito de depósito de armas de guerra.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849 LECrim por inaplicación indebida de los art. 566, 567.1 y 657.2 y 570 CP. Ausencia de elementos del tipo.

Quinto.- Infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim por inaplicación indebida de los artículos 197 bis en relación con el artículo 198 del Código Penal. Ausencia de elementos del tipo.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art. 21.6ª en relación con el art. 66.1.1ª y 2ª (atenuante de dilaciones indebidas) ambos preceptos del CP.

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

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a un proceso con todas las garantías, establecidos en los artículos 18.3, 24.1 y 24.2 de la Constitución Española.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 570 ter del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849-2º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en la causa que no han resultado contradichos por otros elementos probatorios.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del 21.6 del Código Penal.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del 21.4 del Código Penal.

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del 368.2 del Código Penal.

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

Primero.- Al amparo del art. 852 de la LECr. en relación con lo dispuesto en los artículos 5.4 por infracción de derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, a un proceso con todas las garantías, tutela judicial efectiva y derecho de defensa.

Segundo.- Al amparo del art. 849 1 y 2 por infracción de ley por aplicación indebida e inaplicación de los arts. 368, 369.5, 570 ter 1 B), 368.2 y 21.6 del C. Penal, inaplicación del subtipo atenuado y atenuante dilaciones indebidas.

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

Primero.- Por infracción de ley del art. 852 de la LECr., en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J., por infracción de un precepto constitucional, vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la C.E., en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 de la C.E. Arts. 120.3 C.E. y 11.1 L.O.P.J.

Segundo.- Por infracción de ley del art. 852 L.E.Cr., en relación con el art. 5.4 L.O.P.J., por infracción de un precepto constitucional, vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la C.E., en



relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E., infracción del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la C.E. Arts. 120.3 C.E. y 11.1 L.O.P.J.

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

Cuarto.- Por infracción de ley del art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 368 del C. P.

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

Primero.- Por infracción del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, pues se considera que las declaraciones de Don Hernan no fueran contradichas por ningún medio de prueba de contrario y que, por lo tanto, ni el Tribunal Sentenciador ni la Sala de Apelación no tenían ningún elemento de refutación para desacreditarlas y utilizarlas como prueba de cargo, debiendo.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional por inobservancia del art. 24.2 CE, respecto al derecho a la Presunción de Inocencia. Considera el recurrente que del razonamiento jurídico de la sentencia no se justifica la condena por el delito previsto en el art. 570 ter.1.b) CP de pertenencia a Grupo Criminal.

VI.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Lucía** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 852 LECr. en relación con lo dispuesto en los arts. 5.4 por infracción de derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, a un proceso con todas las garantías, tutela judicial efectiva y derecho de defensa.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 y 2 por infracción de ley por aplicación indebida e inaplicación de los arts. 368, 369.5, 570 ter 1 B), 368.2 y 21.6 del C. Penal, inaplicación del subtipo atenuado y atenuante de dilaciones indebidas.

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

Primero.- En base a los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 de la L.E.Cr., por conculcación del art. 24.1 de la C.E., derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- En base a los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 de la L.E.Cr., por conculcación del art. 24.2 de la C.E.. Derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso público sin dilaciones indebidas.

Tercero.- En base a los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 de la L.E.Cr. por conculcación del art. 24.2 de la C.E. Derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Cuarto.- En base a los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 de la L.E.Cr., por conculcación del art. 24.2 de la C.E. Derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Quinto.- Por infracción de ley, en base al art. 849.1 y 2 de la L.E.Cr. por inaplicación indebida de los arts. 566, 567.1 y 2 y 570 dl C. Penal.

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

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 368 y 369.5º del Código Penal.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del 570 ter del Código Penal, por cuanto mi defendido no pertenece a grupo criminal.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de la atenuante del artículo 21.6ª del Código Penal, en relación con las dilaciones extraordinarias e indebidas en el trámite del procedimiento.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de la atenuante del artículo 21.2ª del Código Penal, en relación con la toxicomanía de mi defendido.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida de la atenuante del artículo 21.4ª del Código Penal, en relación con la atenuante analógica de colaboración con la Administración de Justicia.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, 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 7 de octubre de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por Gerardo , Héctor , Lucía , Imanol , Evaristo , Hernan , Guillermo y Humberto , frente a la sentencia 199/2019, de 3 de diciembre, dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana frente a la Sentencia 232/2019, de 25 de abril, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia.

RECURSO DE Gerardo

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución Española).

Se plantea por este recurrente, y es reproducido en otros recursos, que las intervenciones telefónicas acordadas mediante Auto inicial de fecha 27 de mayo de 2016 resultan prospectivas y que el Auto de fecha 27 de mayo de 2016, se limita a reproducir de manera palmaria el escrito del Ministerio Fiscal de 26 de mayo, con una falta de motivación absoluta, y por ello solicita la nulidad de las intervenciones telefónicas, así como toda la prueba obtenida directa o indirectamente a través de ella en virtud del artículo 11.1 de la LOPJ.

Sobre la nulidad de las escuchas telefónicas que suscitan varios recurrentes es preciso destacar cuáles fueron los datos y argumentos expuestos que permitieron validar la medida de injerencia en el secreto de las comunicaciones que es adoptada y la viabilidad de llevarlo a cabo, habida cuenta "el material de la investigación" depositado por los agentes al juez instructor y la suficiencia de ese material que es analizada por el Tribunal de instancia, como se coteja a continuación en el análisis que llevamos a cabo en esta Sala, y la sistematización de cuáles fueron los elementos de engarce en lo que se denominó en el juicio como "investigación dinámica" que permitió reunir y hacer acopio de elementos suficientes como para poder dar viabilidad a la petición de intervención instada por los agentes.

Señala, por ello, la sentencia de la AP de Valencia que:

"En el presente caso todos los autos de intervención telefónica, y sus correlativas prórrogas, cumplen con los principios dichos, contenidos en el art. 588 bis.a LECrim.

La medida de intervención telefónica, en general, es una medida especialmente relacionada con el tráfico de estupefacientes, que en gran medida se organiza mediante empleo de cualquier medio de telecomunicación entre los implicados.

Por ello, resulta necesario obtener las conversaciones y cualquier otro dato de los teléfonos sobre los que se tenga sospecha.

La idoneidad también se da, puesto que se trata de una medida específicamente dirigida a controlar los actos de tráfico de sustancias estupefacientes.

A este respecto, si bien es cierto que las investigaciones se iniciaron con algunas sospechas de que el tráfico ilícito pudiera ser de productos anabolizantes, las realidades que no dejan de ser delitos contra la salud pública, cuya actividad criminal es similar y puede dar lugar a confusión; y sobre todo, porque nunca se dejó de hacer referencia al tráfico de estupefacientes.

En cualquier caso, desde el principio hubo sospechas de que el tráfico lo fuera de sustancias estupefacientes. La proporcionalidad se guarda en el sentido de que la medida, aun siendo gravosa, resulta imprescindible en la investigación de este tipo de delitos. De hecho, en el presente caso, se ha demostrado que aun siendo una medida gravosa, hubiera sido deseable que hubiera podido acceder a otro tipo de telecomunicaciones, como son los mensajes enviados servicios de mensajería instantánea, que quedan al margen de este tipo de diligencias, por no poder ser interceptados, sin perjuicio del posterior examen de los terminales de telecomunicaciones intervenidos. La proporcionalidad se cumple además acordando la medida por cortos espacios de tiempo y cesando las mismas en cuanto no resultan fructíferas.

El Tribunal descarta el carácter prospectivo de las escuchas:

Pero, quizás el tema en el que más hayan incidido las defensas en general, y no solo la de Gerardo , se refiere a que las medidas pueden resultar prospectivas. No obstante, los mismos Autos resultan suficientemente expresivos de las razones que motivaron la adopción de la medida, aun tratándose de *una investigación "dinámica"*, como la definió el instructor del expediente policial.

1. Primera intervención.



- 1.- Así, ya desde el inicio (Auto de 27 de mayo de 2016, f. 7 TII) se relaciona a Gerardo con Jose Pedro , pudiendo verse al primero con la furgoneta del gimnasio regentado por el segundo, sin motivo aparente alguno.
- 2.- Jose Pedro era una persona directamente relacionada con el tráfico de estupefacientes.
- 3.- Se pone de relevancia en Auto también las medidas de seguridad adoptadas por los implicados y el tipo de citas breves en las que se encuentran, propias del tráfico ilícito de estupefacientes, e impropias de una relación de amistad o profesional normal.
- 4.- Las investigaciones patrimoniales de Héctor y Landelino son concluyentes, puesto que sin su participación en un negocio ilícito no pueden explicarse sus evidentes incrementos patrimoniales.
- 5.- También se explica en este primer Auto la intervención respecto de Guillermo , al que se observó haciendo intercambio de pequeñas bolsas selladas con Landelino , lo cual es una sospecha fundada de su participación en los hechos.
- 6.- En el Auto de 23 de junio de 2016 (f. 171 T.II), siguen existiendo sospechas razonables sobre la participación de los implicados en el tráfico ilícito de estupefacientes. En este Auto se vuelve a hacer referencia a las medidas de seguridad y a las citas breves y propias de los intercambios ilícitos. Pero también se incorporan ciertas conversaciones habidas entre los implicados, en la que emplean ciertos vocablos sin relación con el resto del contexto, lo que resulta propio de los que hablan con la intención de ocultar algo.
- 7.- Las intervenciones se extienden a los teléfonos de las parejas, puesto que se revelan como un medio habitual de comunicación entre delincuentes, que buscan teléfonos "seguros".
- 8.- También se extienden a otras personas, como Hernan , que como resultado de las diligencias practicadas pueden estar involucradas en los hechos, como se ha visto.
- 9.- En el Auto de 22 de julio de 2016 la investigación se extiende a Héctor , puesto que fruto de las investigaciones se le relaciona directamente.
- 10.- Todo se inicia por el presunto delito de revelación de secretos cometido por Gerardo , respecto de los datos de un implicado en un asesinato. Sin embargo, la intervención no se justifica en ese delito, sino en las sospechas en la pertenencia al grupo criminal dedicado al tráfico de estupefacientes, justificado por antiguos antecedentes policiales de Héctor (transporte de drogas en 2008) y porque en ese momento se ignora la razón por la que Gerardo y Héctor quisieran identificar a un súbdito colombiano que se encontraba en prisión por su relación con un asesinato en Málaga.
- 11.- Ese cúmulo de hechos, que aisladamente considerados podrían resultar insuficientes, puestos en conjunto revelan la necesidad de intervenir sus comunicaciones, no de forma prospectiva, sino por su fundada relación con el grupo criminal creado en torno a Gerardo .
- 12.- El Auto de 20 de octubre de 2016 se fundamenta en unas conversaciones entre Landelino y Narciso para acordar la intervención del teléfono del segundo, por existir sospechas fundadas de que se estuviera concertando una importante transacción de droga. No resulta prospectivo, pues en esa época ya existían indicios suficientes de Narciso hacía de menudeador para Landelino .

En la sentencia del TSJ se añade, ante el recurso de apelación, donde se planteaba la queja acerca de la intervención telefónica que:

"Cierto que existe una investigación previa ante el Juzgado de Instrucción Nº 5 de Valencia (DP 128/2015) que fueron sobreesídas libremente (auto 20/01/2015; f. 153 T. I), efectuando en su seno dicha Unidad una petición de intervención de ciertos terminales (oficio UAI 09/03/2015, f. 154, T.I), pero en contra de lo que se pretende tiene un objeto más amplio, no se trata meramente de que el Sr. Gerardo y Jose Pedro pudieran estar traficando con anabolizantes, sino que dichas actuaciones se inician por la denuncia que efectúa Matilde por la desaparición de su marido, Justiniano , en la que pudiera estar involucrado Gerardo y estar motivada por una deuda.

De cuyas circunstancias tras su aparición aquel no da razón suficiente. A lo que se une la declaración que presta Mario , que relaciona al Sr. Gerardo con un grupo dedicado al tráfico de drogas para lo que se valen de electrodomésticos para ocultarla.

Lo que lleva a los agentes a solicitar la intervención de los teléfonos de Gerardo , Matilde , Justiniano y Mario . Petición que es rechazada por el Juzgado (auto 13/03/2015 f. 189, T I) no porque no le ofrezca credibilidad la posible participación del Sr. Gerardo en un grupo dedicado al tráfico de drogas, sino sencillamente porque las diligencias en cuyo seno se pretende incardinar esa investigación tuvieron por objeto la denuncia por la



desaparición del Sr. Justiniano , respecto a la que no existe indicio que pudiera haber sido fruto de un delito, ni que en su caso hubiera tenido participación el Sr. Gerardo .

Por lo que lejos de poner de manifiesto que la petición inicial es fruto de una injustificada persecución , se trata de un problema de índole formal, centrado como indica la propia resolución: en que "la investigación que se pretende sobre las posibles actividades ilícitas del funcionario de policía Gerardo no es posible realizarla en las presentes diligencias previas que se encuentran sobreeséidas libremente al no ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal" .

Por lo que no podría entenderse que se ha rechazado por ser esa investigación prospectiva y carente de base, igualmente hace que lejos de aparecer como una maniobra de dudosa legalidad la petición que hoy nos ocupa, resulta muy razonable que se pusieran en conocimiento de la Fiscalía Antidroga esos indicios, con el fin de que siguiendo la indicación del juzgado pudiera materializarse la investigación en el seno de un procedimiento específico.

Lo que si observamos el oficio que remite la UAI a la Fiscalía Antidroga solicitando que a su vez se recabe autorización judicial para la intervención de ciertos terminales telefónicos comprobamos que en modo alguno se limitan a reproducir la petición antes comentada, sino que aparece como fruto de una compleja investigación de la que ya de por sí da cuenta simplemente la propia extensión del oficio, o más exactamente de los dos a través de los cuales se efectúa, de un lado el de fecha 18 de mayo de 2016, que ocupa del f. 200 al f. 489 del Tomo I, en el que se recogen un total de nueve vigilancias, investigación sobre las consultas a las bases de datos policiales realizadas por Gerardo , investigación en Tesorería Territorial de la Seguridad Social; Administración Tributaria, Registro de la Propiedad y diversas entidades bancarias, que se efectúan con autorización o intervención de la propia Fiscalía en el seno de unas diligencias de investigación preprocesales (DIP 185/2016). Que es ampliado mediante oficio fechado al día siguiente (19/05/2016, f. 490 a 509, T.I) en el que se incorporan cuatro vigilancias más.

Aunque puede que esa investigación comenzara por la posible relación de Gerardo y Jose Pedro por las actividades llevadas a cabo en el gimnasio regentado por este último y sobre la posible extorsión llevada a cabo a pequeños traficantes de drogas, tras su desarrollo se obtiene como conclusión la existencia de numerosas reuniones de corta duración entre Gerardo , y Landelino , Guillermo y Pedro Antonio , en lugares escondidos y con fuertes medidas de seguridad y contravigilancia.

Observándose actos de intercambio que hacen sospechar que el segundo de los citados suministra droga a los dos últimos que a su vez se encargan a venderlo al menudeo.

Así como que se encarga de hacer operaciones financieras con objeto de blanquear las ganancias obtenidas. Detectándose que Gerardo , al margen de unos ingresos que no guardan relación con su profesión, por su condición de policía accede a los registros policiales consultando su propio vehículo, lo que le permitiría tomar conciencia de cualquier seguimiento de que fuera objeto. Lo que con el fin de continuar la investigación hace necesaria la intervención de las comunicaciones de los cuatro citados y la colocación de un dispositivo de seguimiento al primero de ellos, ya que por las fuertes medidas de seguridad a que adoptan hace peligrar la investigación, unido a que por la condición de policía de uno de ellos no solo es conocedor de las técnicas policiales, sino que a la par a través de las bases de datos a que tiene acceso puede llegar a tener conocimiento de ciertos elementos que perjudiquen la investigación.

Petición que se hace a la Fiscalía Antidroga que tras el estudio de las actuaciones policiales, mediante acuerdo fundado decidir solicitar las medidas interesadas ante el Juzgado de Instrucción que corresponda, lo que tras concretar los agentes la duración de la medida que proponen y su forma de ejecución, materialmente lleva a efecto mediante escrito fechado el día 25 de mayo de 2016.

Turnadas las actuaciones al Juzgado de Instrucción Nº 8 por este se dicta auto de fecha 27 de mayo de 2016, en el que basándose en la previa investigación sobre la desaparición de Justiniano , así como, en la relación que pone de manifiesto la UAI entre Gerardo y Jose Pedro y en las investigaciones a que antes se ha hecho mención, concluye autorizando las medidas propuestas por un periodo de dos meses.

Respecto a la motivación la STS núm. 158/2018 de 5 de abril, haciendo alusión a una reiterada doctrina, tanto de ese alto Tribunal como del Tribunal Constitucional, nos indica que es una exigencia legal inexcusable. No cabiendo las meras hipótesis subjetivas o suposiciones, ni la convicción personal del investigador sobre la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, ya que ello vendría a suponer que en última instancia se haría depender de la voluntad del peticionario. Si no que deben consistir en la expresión de datos objetivos, y por tanto susceptibles de constatación posterior, que determinen la aparición de sospechas fundadas sobre la posible existencia del delito que se pretende investigar y de la relación que tiene la persona cuyas comunicaciones se pretenden intervenir.



En tal sentido se ha estimado admisible que la motivación de los autos habilitantes se realice por remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando en ellos se contengan todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad. Por lo que en esta medida no sería en modo alguno cuestionable la instructora se haya limitado en la fundamentación fáctica de su auto a extractar y resumir los datos obrantes en la petición que le es deducida.

... lo decisivo será si en el momento en que se solicitó la medida, con los datos objetivos con que se contaba, existía una sospecha razonable sobre la posible comisión de un delito. Que en el presente caso, con independencia de que no llegara a formularse acusación contra Jose Pedro y quedara finalmente fuera el gimnasio, a pesar de los esfuerzos de los recurrentes por justificar el carácter prospectivo de la intervención, hemos de entender que la resolución inicial cumple los parámetros de motivación exigibles, por lo que procederá rechazar este argumento."

Con ello, frente a la queja del recurrente:

1.- La intervención telefónica se solicitó por la propia Fiscalía Especial antidroga y en la misma se contaba con suficientes indicios.

2.- No se trata meramente de que Gerardo y Jose Pedro pudieran estar traficando con anabolizantes, sino que dichas actuaciones se inician por la denuncia que efectúa Matilde por la desaparición de su marido, Justiniano, en la que pudiera estar involucrado Gerardo y estar motivada por una deuda.

3.- Se rechaza inicialmente la intervención que se insta, pero por otro delito. La declaración que presta Mario relaciona a Gerardo con un grupo dedicado al tráfico de drogas para lo que se valen de electrodomésticos para ocultarla.

Lo que lleva a los agentes a solicitar la intervención de los teléfonos de Gerardo, Matilde, Justiniano y Mario. Petición que es rechazada por el Juzgado (auto 13/03/2015 f. 189, T I) *no porque no le ofrezca credibilidad la posible participación de Gerardo en un grupo dedicado al tráfico de drogas, sino sencillamente porque las diligencias en cuyo seno se pretende incardinar esa investigación tuvieron por objeto la denuncia por la desaparición del Sr. Justiniano, respecto a la que no existe indicio que pudiera haber sido fruto de un delito, ni que en su caso hubiera tenido participación Gerardo.*

4.- La investigación que se pretende sobre las posibles actividades ilícitas del funcionario de policía Gerardo no es posible realizarla en las presentes diligencias previas que se encuentran sobreesas libremente al no ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal.

5.- Por lo que no podría entenderse que se ha rechazado por ser esa investigación prospectiva y carente de base, igualmente hace que lejos de aparecer como una maniobra de dudosa legalidad la petición que hoy nos ocupa, resulta muy razonable que se pusieran en conocimiento de la Fiscalía Antidroga esos indicios, con el fin de que siguiendo la indicación del juzgado pudiera materializarse la investigación en el seno de un procedimiento específico.

6.- Lo que se recoge en la motivación de las sentencias es que existe una *desconexión entre la primera petición archivada y la segunda que es la que prospera*. Y es esta desconexión la que permite validar la medida de injerencia, ya que se constata que el oficio que remite la UAI a la Fiscalía Antidroga solicitando que a su vez se recabe autorización judicial para la intervención de ciertos terminales telefónicos comprobamos que en modo alguno se limitan a reproducir la petición antes comentada.

Se insta una nueva petición para reconducir la investigación a los hechos que estaban siendo investigados en ese momento relacionados con los que fueron objeto de condena. Había desconexión con la primera petición, y no remisión a los hechos iniciales de la desaparición. La autonomía y suficiencia de la investigación policial ex novo es lo que valida el resultado obtenido.

7.- Se ha hecho constar que la propia extensión del oficio, o más exactamente de los dos a través de los cuales se efectúa, de un lado el de fecha 18 de mayo de 2016, que ocupa del f. 200 al f. 489 del Tomo I, en el que se recogen un total de nueve vigilancias, investigación sobre las consultas a las bases de datos policiales realizadas por Gerardo, investigación en Tesorería Territorial de la Seguridad Social; Administración Tributaria, Registro de la Propiedad y diversas entidades bancarias, que se efectúan con autorización o intervención de la propia Fiscalía en el seno de unas diligencias de investigación preprocesales (DIP 185/2016). Que es ampliado mediante oficio fechado al día siguiente (19/05/2016, f. 490 a 509, T.I) en el que se incorporan cuatro vigilancias más.



Con ello, no hay conexión entre la investigación que da lugar a la intervención y la primera, sino desconexión, además de suficiencia de las investigaciones que se llevan a cabo y se cita, lo que permite huir de una valoración del carácter prospectivo que se alega.

8.- Se concluye, así, que la petición que se hace a la Fiscalía Antidroga, tras el estudio de las actuaciones policiales, se decide mediante acuerdo fundado solicitar las medidas interesadas ante el Juzgado de Instrucción que corresponda, lo que tras concretar los agentes la duración de la medida que proponen y su forma de ejecución, materialmente lleva a efecto mediante escrito fechado el día 25 de mayo de 2016.

Turnadas las actuaciones al Juzgado de Instrucción Nº 8 por este se dicta auto de fecha 27 de mayo de 2016, en el que basándose en la previa investigación sobre la desaparición de Justiniano, así como, en la relación que pone de manifiesto la UAI entre Gerardo y Jose Pedro y en las investigaciones a que antes se ha hecho mención, concluye autorizando las medidas propuestas por un periodo de dos meses.

9.- Se señala la existencia de numerosas reuniones de corta duración entre Gerardo, y Landelino, Guillermo y Pedro Antonio, en lugares escondidos y con fuertes medidas de seguridad y contravigilancia. También se da cuenta de que se observan actos de intercambio que hacen sospechar que el segundo de los citados suministra droga a los dos últimos que a su vez se encargan a venderlo al menudeo.

Se indica que Gerardo tiene unos ingresos que no guardan relación con su profesión, que por su condición de policía accede a los registros policiales consultando su propio vehículo, lo que le permitiría tomar conciencia de cualquier seguimiento de que fuera objeto.

10.- Los contactos del recurrente con personas relacionadas con el tráfico drogas, a pesar de ser funcionario del Cuerpo de Policía Nacional, destinado en el servicio de radio patrulla de la Jefatura del Cuerpo de Policía Nacional; los constantes contactos y encuentros que mantienen en el gimnasio regentado por el segundo; la utilización por el funcionario policial de una furgoneta del citado gimnasio; las relaciones del policía investigado con personas del entorno de Jose Pedro, que también se hallan implicadas en investigaciones por delitos de tráfico de drogas; las consultas que el propio policía investigado efectuaba en las bases de datos policiales respecto de personas con historiales delictivos diversos, entre otros delitos, por tráfico de drogas, sin que tales consultas estuvieran justificadas por su destino profesional, constando igualmente consultas sobre vehículos de su propiedad; los contactos con otro de los investigados, Landelino, siempre adoptando excesivas cautelas y medidas de seguridad para tales encuentros y los contactos mantenidos con personas directamente relacionadas con el tráfico de drogas.

Todos estos indicios, además de las consultas a bases de datos, vienen corroborados por vigilancias y seguimientos por parte de la unidad investigadora, que se detallan en los oficios que acompaña el escrito del Fiscal solicitando la intervención.

Se hace constar en la sentencia que el recurrente se encarga de hacer operaciones financieras con objeto de blanquear las ganancias obtenidas. Detectándose que Gerardo, al margen de unos ingresos que no guardan relación con su profesión, por su condición de policía accede a los registros policiales consultando su propio vehículo, lo que le permitiría tomar conciencia de cualquier seguimiento de que fuera objeto. Lo que con el fin de continuar la investigación hace necesaria la intervención de las comunicaciones de los cuatro citados y la colocación de un dispositivo de seguimiento al primero de ellos, ya que por las fuertes medidas de seguridad a que adoptan hace peligrar la investigación, unido a que por la condición de policía de uno de ellos no solo es conocedor de las técnicas policiales, sino que a la par a través de las bases de datos a que tiene acceso puede llegar a tener conocimiento de ciertos elementos que perjudiquen la investigación.

11.- Con respecto a la queja relativa a la falta de informe del fiscal hay que señalar que no es necesario, siendo el Ministerio Fiscal quien insta la injerencia.

12.- Las prórrogas se van adoptando a medida en que los agentes de policía dan cumplida cuenta de los extractos de las conversaciones que entienden de interés para la causa, y de las restantes diligencias de investigación, particularmente de los diferentes seguimientos. Y esto se argumenta de forma detallada tanto en la sentencia del Tribunal de instancia como en la de apelación del TSJ.

Pues bien, sobre la validez de la investigación policial previa determinante del auto de injerencia en el secreto de las comunicaciones ya hemos precisado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 216/2018 de 8 May. 2018, Rec. 941/2017 que:

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. No puede pues sostenerse que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado fundamentaran 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 sustancias estupefacientes.

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 trata de investigaciones donde los investigados adoptan medidas de cautela extremas, lo que dificulta 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. 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.

3.- 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, lo que exige que existan "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.

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 alguna identidad.

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.

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)".

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.

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 sus 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, 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.

En cuando a la motivación por remisión al oficio policial, hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 705/2010 de 15 Jul. 2010, Rec. 10249/2010 que:

"No es preciso, sin embargo, una determinada extensión en el razonamiento, ni una concreta forma de razonar, bastando con que sea posible, desde una perspectiva objetiva, entender las razones que justifican en el caso concreto la restricción del derecho fundamental que acuerda la autoridad judicial. La jurisprudencia ha aceptado la llamada motivación por remisión, integrando el auto judicial con el contenido de la solicitud



policial que la precede y explica, de manera que cuando en esta última se contengan los datos necesarios para justificar el acuerdo del órgano judicial, basta que éste se remita a su contenido. Como se dice en la STS nº 1850/2000, de 29 de diciembre, citando las sentencias del Tribunal Constitucional nº 166/1999, de 27 de setiembre y nº 8/2000, de 17 de enero, "aunque el Auto autorizando la entrada y registro adopte la forma del impreso la resolución puede estar motivada si, integrada con la solicitud a la que se remite, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, 49/1999, 139/1999, 166/1999, 171/1999). De manera que el Auto que autoriza el registro, integrado con la solicitud policial, puede configurar una resolución ponderada e individualizada al caso. No cabe sostener que la exteriorización de los elementos necesarios, a los efectos del juicio de proporcionalidad de la medida, debe aparecer siempre en la resolución judicial aisladamente considerada".

Con ello, frente a la queja del recurrente hay que señalar que:

1.- No se trata de la construcción de una investigación policial basada en conjeturas e hipótesis, sino que aunque se parte inicialmente de otros datos que dan lugar al archivo, la investigación posterior da lugar a una llevada a cabo *ex novo* y en abstracción de la inicial que permite que los agentes insten del Ministerio Fiscal la petición basada en una investigación policial extensa que es argumentada tanto por el Tribunal de instancia, como por el TSJ a la hora de resolver el recurso de apelación.

2.- No se trata, como se ha expuesto, de una mera investigación prospectiva, sino que los indicios existen por las investigaciones llevadas a cabo y que quedan reflejadas en la motivación de las sentencias, correspondiendo a la Sala llevar a cabo el análisis acerca de esa suficiencia de la valoración llevada a cabo por el TSJ a la hora de dar respuesta al motivo cuestionando la validez de las escuchas y la injerencia acordada.

3.- Las medidas de seguridad, pese a lo expuesto por el recurrente, no se trata de medidas de seguridad adoptadas por las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, que también las deben adoptar, sino las adoptadas por una persona que está llevando a cabo un ilícito penal, y que es, precisamente, por su condición profesional cuando conoce las circunstancias en las que deben producirse estas medidas de cuidado y precaución.

4.- Frente a la queja del recurrente de la falta de motivación del auto de injerencia se ha explicado con detalle por el Tribunal de instancia y el TSJ la suficiencia de los indicios y de la resolución habilitante.

5.- Se ha relacionado los contactos del recurrente con personas dedicadas al tráfico de drogas, y no por su pertenencia al cuerpo policial, los incrementos de patrimonio, las razones básicas para adoptar las prórrogas de los autos que se dictaron en base a las investigaciones que se venían realizando y sus resultados que habilitaban la prórroga adoptada.

6.- Se hace constar en la sentencia del TSJ que *"la investigación que se pretende sobre las posibles actividades ilícitas del funcionario de policía Gerardo no es posible realizarla en las presentes diligencias previas que se encuentran sobreesídas libremente al no ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal"*. Hay una separación nítida entre la primera investigación por la desaparición y la segunda que es la que motiva la presente causa, y resulta evidente la participación del Ministerio Fiscal en su relación con las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, ya que es por la Fiscalía antidroga por donde procede la petición, por lo que por naturaleza de relación funcional debe rechazarse la queja del recurrente en cuanto a este contacto entre Fiscal y policía.

7.- No hay investigación prospectiva. Se hace constar que se recogen un total de nueve vigilancias, investigación sobre las consultas a las bases de datos policiales realizadas por Gerardo, investigación en Tesorería Territorial de la Seguridad Social; Administración Tributaria, Registro de la Propiedad y diversas entidades bancarias, que se efectúan con autorización o intervención de la propia Fiscalía en el seno de unas diligencias de investigación preprocesales (DIP 185/2016). Que es ampliado mediante oficio fechado al día siguiente (19/05/2016, f. 490 a 509, T.I) en el que se incorporan cuatro vigilancias más.

8.- Se detecta la existencia de numerosas reuniones de corta duración entre Gerardo, y Landelino, Guillermo y Pedro Antonio, en lugares escondidos y con fuertes medidas de seguridad y contravigilancia.

9.- Se explica con detalle por el TSJ que el recurrente "se encarga de hacer operaciones financieras con objeto de blanquear las ganancias obtenidas. Detectándose que Gerardo, al margen de unos ingresos que no guardan relación con su profesión, por su condición de policía accede a los registros policiales consultando su propio vehículo, lo que le permitiría tomar conciencia de cualquier seguimiento de que fuera objeto. Lo que con el fin de continuar la investigación hace necesaria la intervención de las comunicaciones de los cuatro citados y la colocación de un dispositivo de seguimiento al primero de ellos, ya que por las fuertes medidas de seguridad a que adoptan hace peligrar la investigación, unido a que por la condición de policía de uno de ellos no solo



es conocedor de las técnicas policiales, sino que a la par a través de las bases de datos a que tiene acceso puede llegar a tener conocimiento de ciertos elementos que perjudiquen la investigación.

Petición que se hace a la Fiscalía Antidroga que tras el estudio de las actuaciones policiales, mediante acuerdo fundado decidir solicitar las medidas interesadas ante el Juzgado de Instrucción que corresponda, lo que tras concretar los agentes la duración de la medida que proponen y su forma de ejecución, materialmente lleva a efecto mediante escrito fechado el día 25 de mayo de 2016".

10.- Debemos entender que las intervenciones telefónicas adoptadas después de la inicial investigación que fue archivada es autorreferencial la segunda respecto de la precedente archivada. Y así tratamos esta cuestión con respecto a la autonomía de las investigaciones que pueden tener un enlace indirecto con otra precedente, pero que adquiere autonomía propia por la investigación complementaria que arroja nuevos datos.

Tratamos este tema en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 60/2020, al señalar que: *"la existencia de un criterio de investigación autorreferencial, que es como lo denomina esta Sala en la sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 834/2017 de 18 Dic. 2017, Rec. 397/2017 en el sentido de poder dotar de autonomía a la nueva investigación policial, aunque tenga algún vínculo de conexión o relación con otra investigación"*.

Por todo lo expuesto, han existido motivos y razones suficientes para el dictado de la injerencia y las prórrogas, siendo una investigación previa a la petición suficiente y válida a los efectos del dictado del auto habilitante, conforme se ha explicado con detalle.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo del art. 849.1 LECrim en relación con el artículo 570 ter 1 b) del Código Penal por inaplicación indebida de dicho precepto sustantivo que se funda en una prueba a todas luces insuficiente.

El recurrente es condenado por un delito de integración en grupo criminal, previsto en el art. 570 ter.1.b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Señala el recurrente que no puede aplicarse la figura de grupo criminal, al tratarse de mera codelincuencia. Alude a la inexistencia de concierto o pacto, ausencia de medios con los que debería contar un grupo criminal para la ejecución del delito, y la ausencia de permanencia o estabilidad mínima.

El recurrente alega que se trataba, pues, de una mera codelincuencia, y que no contaban con medios suficientes como para integrar el grupo criminal.

Pues bien, frente a la queja del recurrente en la sentencia del TSJ se hace constar en el FD nº 9 que:

"La sentencia analizando los distintos medios probatorios, especialmente el resultado de las escuchas telefónicas y seguimientos policiales, cuyas conclusiones vendrían a quedar ratificadas por los hallazgos realizados durante los diferentes registros domiciliarios, viene a concluir la existencia de un grupo dirigido o coordinado por Gerardo , en el que participarían:

1.- Landelino , quien sin perjuicio de efectuar alguna venta, custodiaba la droga en sus domicilios de Valencia y Alfara de la Baronía, quien a su vez actuaba en colaboración de Guillermo , encargado de las ventas en Valencia y Narciso que desarrollaría idéntica actividad de menudeo en la segunda localidad, a la par;

2.- En este segundo nivel intervendría Héctor , que llevaría a cabo labores de transporte y conservación, quien actuaba con la colaboración directa con su mujer, Lucía , que haría funciones de custodia y venta junto a su padre, Imanol , quien en su domicilio de la CALLE000 custodiaba la droga, donde igualmente realizaba operaciones de menudeo, por último, en relación directa con Gerardo ; la resolución sitúa a Evaristo que se encargaría de realizar funciones de distribución y; Hernan que sin perjuicio de realizar alguna venta se encargaría de dosificar la sustancia y "cortarla".

Además, en el FD 10 de la sentencia del TSJ se amplía el modus operandi y la estructura del grupo, así como el reparto de papeles, al señalar que:

"La sentencia parte de la base de que Gerardo ocupa un papel rector dentro del grupo, en el que de un lado existen dos subgrupos,

a.- Uno de ellos encabezado por Landelino y

b.- El otro por Héctor .



De otro lado se relacionaba de forma directa e individualmente con dos de los procesados, Evaristo y Hernan . Lo que hace razonable, o si se prefiere no incompatible, con el hecho de que manifieste no conocer a Guillermo , Narciso y Imanol , desde el momento que no llegan a tener una relación directa con él, al existir una persona interpuesta entre ellos (Landelino y Héctor) debe tenerse en cuenta que lo que se sanciona la Ley es la disposición de una estructura encaminada a la comisión de un determinado delito, en este caso la distribución y venta de drogas, por lo que lo determinante es el conocimiento y preparación de esa estructura más o menos estable, sin perjuicio quien pueda integrarla en cada momento, e incluso sin que llegue a conocer a la totalidad de las personas que la componen, bastando con conocer su existencia o dicho de otra manera que su cometido está atendido.

Por lo demás, lógicamente estamos hablando de una estructura de hecho, por lo que la única manera de averiguar su existencia es a través de la prueba indiciaria, es decir esa serie de elementos que valorados en su conjunto nos lleven a la conclusión inequívoca de que integran una estructura consolidada.

Para lo cual han sido clave las vigilancias llevadas a cabo por los agentes de policía, el resultado de las intervenciones telefónicas y finalmente los hallazgos realizados durante las diferentes entradas y registros, tal como aparecen ampliamente desarrollados en la resolución impugnada.

Lo que valora la sentencia ampliamente, poniendo el acento en primer término en las diferentes reuniones que mantiene este procesado con las distintas personas que integran el grupo, en las cuales es de destacar que es él quien posee un papel aglutinador al ser el precisamente el centro, siendo los demás quienes acuden a su presencia.

Destacándose que esas reuniones, previamente concertadas telefónicamente, se caracterizan por su brevedad y por las medidas de seguridad que adoptan produciéndose bien en sus domicilios (particularmente del Sr. Gerardo o Landelino) o en el exterior en lugares apartados. En las que se llegan a observar a alguno de los partícipes portando algún bolso u otro objeto que hace pensar en alguna entrega o intercambio. Así la sentencia destaca las siguientes reuniones cuyos pormenores describe ampliamente la resolución:

Fundamentalmente estas se producen entre el Sr. Gerardo y Landelino , dándose la circunstancia de que este último, en ocasiones, acto seguido pasa a reunirse con otros miembros del grupo. Mencionándose concretamente: la reunión que estos mantienen el día 9 de marzo de 2016 (vigilancia 16 f. 81 TI agente NUM016 , NUM017 , NUM018 y NUM019); el día 11 de marzo de 2016 (vigilancia 17 f. 84 TI agente NUM017 , NUM016 y NUM019); 12 de marzo de 2016 (vigilancia 18 f. 86 TI agente NUM017 , NUM016 y NUM019); 24 de marzo 2016 (vigilancia 21f. 92 TI agente NUM020 , NUM021 y NUM022); 18 de mayo de 2016 (vigilancia 33 f. 506 TI agente NUM018 , NUM020 , NUM023 y NUM016); 8 de junio de 2016 (vigilancia 36 f. 113 TII agente NUM019 y NUM023); 16 de junio de 2016 (vigilancia 39 f. 102 TII agente NUM020 , NUM023 y NUM017 y vigilancia 40 f. 124 TII agente NUM018 , NUM020 y NUM023); 20 de junio de 2016 (vigilancia 43 f. 233 TII agente NUM018 , NUM024 , NUM023 y NUM017); 10 de agosto de 2016 (vigilancia 63 f. 504 TII agente NUM024 , NUM025 y NUM019); 11 de agosto de 2016 (vigilancia 64 f. 580 TII agente NUM024 y NUM019); 19 de agosto 2016 (vigilancia 65 f. 582 TII agente NUM024); 30 de agosto de 2016 (vigilancia 71 f. 597 TII agente NUM023 , NUM022 y NUM019); 7 de septiembre de 2016 (vigilancia 76 f.710 TIII agente NUM021 y NUM016) y; 9 de septiembre de 2016 (vigilancia 80 f. 722 TIII agente NUM016 y NUM022)."

Con ello, existe claramente un grupo organizado con reuniones organizadas y concertadas, asumiendo un papel relevante el propio recurrente con reparto de tareas y funciones, que le dan autonomía al grupo que se conforma por las aportaciones, previamente diseñadas, de cada uno de los partícipes.

El relato de hechos probados describe a un grupo de personas que de manera concertada y con cierta estabilidad en el tiempo y un reparto de funciones se dedicaba a la venta y distribución de sustancias estupefacientes. Para ello contaban con pisos, comunicaciones móviles, vehículos, cantidades de dinero, sustancias de corte. En efecto, se hace referencia a que el recurrente se concertó con otras personas que se citan, para proceder a la distribución a terceros, en la provincia de Valencia, de cocaína que él conseguía.

Existe un iter de distribución de funciones, ya que en los hechos probados se recoge que tras ese concierto de los implicados en el fin del tráfico de drogas:

" Gerardo era el encargado de entregar la droga a Landelino , a Héctor , a Evaristo y a Hernan , quienes dependían directamente de él y contaban con otros colaboradores directos. Landelino , que recibía la sustancia y las instrucciones de Gerardo , custodiaba parte de la droga en sus domicilios de Valencia y de Alfara de la Baronia, la distribuía a pequeña escala y también la facilitaba a Guillermo , quien a su vez se encargaban de distribuir al menudeo sustancias estupefacientes en la localidad de Valencia. Al igual que este último, Narciso recibía la droga a través de Landelino y hacía labores de distribución al menudeo en las localidades próximas a Alfara de Baronia. Héctor hizo labores de transporte de droga, guardando la misma en el domicilio de su suegro,



Imanol . Este último y su hija Lucía , esposa de Héctor , además de custodiar la sustancia, distribuían la droga directamente a los consumidores finales. Evaristo hacía igualmente labores de distribución a consumidores finales, de forma directamente dependiente de Gerardo . Por último, Hernan , bajo las órdenes igualmente por Gerardo , intervenía en el procesado de la droga, reduciendo su nivel de pureza con productos adulterantes, y empaquetándola de nuevo en cantidades más pequeñas, y participando eventualmente en el menudeo de la sustancia."

Y el Tribunal argumenta en el FD nº 7 al respecto que al recurrente:

"Le es imputable a esta persona el delito de integración en grupo criminal, en el que además cumplía un papel preponderante, puesto que alrededor de él pivotaba la actividad criminal del resto de los acusados. Como se puede comprobar en el apartado de hechos probados, y del razonamiento jurídico correspondiente a la valoración de los diversos medios de prueba, su papel era trascendental, dado que coordinaba y organizaba a los implicados que se relacionaban directamente con él. Así, metódicamente organizó el transporte desde el desguace MM, hasta el domicilio de Imanol , empleando para ello a Héctor . Organizó la desinstalación del hueco oculto en el vehículo de Lucía . Proveía de sustancias a Evaristo , que la distribuía al menudeo. Se coordinaba con Hernan , al cual se le intervinieron útiles para la adulteración y dosificación de sustancias estupefacientes. Constantemente se reunía con Landelino , al que se le intervino una importante cantidad de droga y disponía de sus propias menudeadores."

Pues bien a la hora de caracterizar al grupo criminal por el que se condena al recurrente decir que, como poníamos de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo 216/2018 de 8 May. 2018, Rec. 941/2017 en los grupos criminales no 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, sino que los 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".

Y se añade en esta sentencia para describirlo:

"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.

... 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 esté presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares"".

Estas circunstancias que se han expuesto concurren en el presente caso, y han sido analizadas por el Tribunal en los supuestos de condena.

De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Por lo tanto, para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelinencia o, incluso, de grupos criminales.



La distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

Diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo.

En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis.

2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter".

Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

En consecuencia, debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art 369 1 2º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor:

1º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal.

2º) acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal".

Como se suele decir, el relato de hechos y la fundamentación permiten apreciar en el juicio histórico los contactos entre los miembros del grupo. Y así, refleja, también, esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo 289/2014 de 8 Abr. 2014, Rec. 2158/2013 que "deben constar la existencia de relaciones o contactos personales entre el acusado y los restantes miembros del grupo criminal por el que se ha formulado condena. En efecto, la pertenencia al grupo criminal al que se refiere el art. 570 ter del CP exige una actuación concertada de más de dos personas, concebida para la perpetración de delitos. Y esto es lo que se describe precisamente en el factum.

El precepto no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan. La concertación a que se refiere aquel precepto no evoca, ni siquiera en su significado genuinamente gramatical, la proximidad física entre aquellos que se conciertan. Dicho de forma más gráfica, el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario. Es más, no son descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación".

Diferencia entre el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia.

Este es el punto que se cuestiona en este caso. Veamos.

Lo concreta diferencia que afecta al presente caso consta en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 15/2018 de 16 Ene. 2018, Rec. 374/2017 donde se recoge que:

"La STS 309/2013 nos dice que la codelinquencia se apreciará, 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.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia 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 el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito."

Resulta evidente el número de personas que integran el grupo y sus relaciones, el reparto de tareas perfectamente diseñado, así como el rol que desempeña cada recurrente en una estructura que supera con creces la mera delincuencia, como se ha explicado. Resulta suficiente la motivación del Tribunal en este caso, como se ha señalado.

En este marco legal, el grupo criminal tiene para la jurisprudencia las siguientes características (STS 509/2019, de 25 de octubre; STS 108/2019, de 5 de marzo; STS 660/2018, de 17 de diciembre):

- Unión de más de dos personas
- Concertación
- Finalidad delictiva

No se exige pues, frente a la organización criminal, estabilidad temporal y reparto de funciones, de ahí que la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal haya entendido que el grupo operará de manera residual. La organización criminal es la "hermana mayor del grupo criminal".

Debemos destacar, asimismo, el elemento de la "concertación" en el grupo criminal, ya que lo exige el art. 570 ter del Código Penal, al referirse a la perpetración concertada de delitos. Por eso, apunta la doctrina que en la definición de los grupos criminales, y con relación a la alusión a la "concertación" debe existir algún elemento aglutinador de todos ellos, ya que en el caso contrario estaríamos ante un claro ejemplo de coautoría. Por ello, se apunta que la carencia de conexión entre los integrantes del grupo criminal debe ser suplida a través de una mínima estructura entre sus integrantes y tipificada en esta misma línea si se pretende configurar el grupo criminal como un delito autónomo diferente de una forma de participación.

En cuanto al elemento de la estabilidad y permanencia que es propio de las organizaciones criminales, no se exige del grupo criminal, al ser "su hermana menor", se recuerda, también, que esta falta del carácter de estabilidad o indefinición en el tiempo en el grupo es lo que venía siendo propio de las "organizaciones transitorias" criminalizadas en referencia con muchos delitos, y que ahora se integra en el grupo criminal, por lo que si ante un caso concreto se comprueba la inexistencia probatoria de la duración indeterminada y el claro reparto de funciones bajo una estructura nos llevaría a la consideración de grupo criminal si se dan los dos elementos antes citados.

Señala, al respecto, la doctrina que ello, sin embargo, no nos debe llevar a que el grupo criminal sea como una especie de "cajón de sastre" donde, "si no cabe la organización criminal, cabe el grupo criminal", ya que será preciso definir los límites frente a la conspiración y la coautoría como formas de participación frente al delito autónomo, y así, aunque no se exijan como tales, deberá existir algún mínimo reparto de tareas y un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia aunque no con la duración que se exige en la organización criminal y, como apunta algún autor, supera la simple consorciabilidad del acuerdo.

También, como poníamos de manifiesto en la sentencia de este Tribunal Supremo 216/2018, de 8 de mayo, en los grupos criminales no 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, sino que los 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".



Y dado que el recurrente alude a la codelincuencia, señalar que, respecto al grado de concertación, ésta, según la Sala de lo Penal (STS 30/2019, de 29 de enero; y 591/2018, de 26 de noviembre), no exige ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan. La concertación, por otro lado, no significa proximidad física entre aquellos que se concertan y no se ve alterada porque la actuación del grupo pueda confluir con aportaciones esporádicas de terceros que no forman parte del mismo.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Sostiene el recurrente que no concurren los requisitos para establecer el tipo delictivo de depósito de armas de guerra pues de la prueba practicada, con los informes periciales, no es posible garantizar un correcto funcionamiento de sus disparos a modo de ráfagas.

Se le condena como autor de un delito de depósito de armas de guerra como promotor, de los arts. 566, 567.1 y 2 y 570 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 8 años de privación de la licencia de armas.

Se recoge en los hechos probados que:

En el registro de la vivienda de Humberto , cuyas circunstancias de identidad están recogidas en el encabezamiento de la sentencia, sita en la AVENIDA000 de Manises se le intervino a éste un arma de guerra consistente en un subfusil con el troquel MICRO UZI 9mm IMI-ISRAEL, copia de un modelo de subfusil israelí sin número de serie recamarado para cartuchos de 9mm Parabellum prohibido para particulares (art. 6.1 c. del Reglamento de Armas) y acompañado de un cargador con capacidad para contener 32 cartuchos y finalmente, un cañón de arma corta de 116 mm de longitud con el sistema de cadeneta (sistema Colt) que corresponde a una pistola semiautomática de cañón móvil y con sistema de acción por corto retroceso de cañón con la numeración 1626 troquelada, arma de guerra propiedad de Gerardo y que Humberto , a sabiendas de las características de la misma, se la custodiaba al primero, arma cuyo funcionamiento en vacío es correcto, tanto en modo automático como semiautomático, si bien en cuanto al test de disparo en el momento del hallazgo el arma solo llegaba a disparar en ráfaga un 30% de las balas, no obstante, es posible la realización de actuaciones como reparación del roscado de fijación del cañón y sustitución de otras piezas, en especial de la rosca, tendentes a la obtención de la plena capacidad de fuego del subfusil, en cualquiera de los modos de disparo."

Es indudable que siendo éste el hecho probado, el arma encontrada perteneciente al recurrente constituye arma de guerra. Sin embargo, no se articula el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM; sino por la vía del art. 852 LECRIM.

Señala el art. 6 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas que:

1. Se consideran armas de guerra, quedando en consecuencia prohibidos su adquisición, tenencia y uso por particulares:

- a) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 milímetros.*
- b) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre inferior a 20 milímetros, cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra.*
- c) Armas de fuego automáticas.*

Señala al efecto el Tribunal en el FD nº 7 que: "También ha quedado acreditado que era el propietario del arma hallada en la casa de Humberto , por lo que debe responder como autor de un delito de depósito de armas de guerra como promotor. La posesión del arma no requiere que sea mediata, pudiendo hallarse escondida en un lugar del que pueda obtener su posesión inmediata. Así, el arma, aunque se encontraba en casa de Humberto , este último solo se encontraba custodiando tal arma, para que no fuera hallada en su domicilio. De la bolsa de plástico con el anagrama (ANA) (f. 2207), dentro de la cual se encontraba el arma, se obtuvieron unas huellas que resultaron ser de Gerardo (f. 2214), lo que corrobora la versión de los hechos dados por Humberto , que dijo que el arma se la dio Gerardo para que se la guardara".

Sobre la aptitud del arma de guerra encontrada señala el TSJ en su sentencia que

"Una vez cargada se pudo comprobar que tan solo podía efectuar alrededor de un 30% de los disparos. Lo que imputaban al hecho de que se trataba de una mala copia de un arma israelí, siendo achacables tales fallos a que el cañón y la tuerca de fijación no eran originales, lo que había estropeado el roscado, creando un espacio



entre el cañón y el armazón, por lo que los cartuchos, a pesar de ser percutidos, no lo eran con la energía suficiente para que todos fueran disparados. En lo que se apoyan los recurrentes para cuestionar su calificación de arma de guerra, ya que propiamente no se trataría de un arma automática a las que se refiere el art. 6 c) del Reglamento de armas. Al respecto debe tenerse en consideración que tal como señala la STS núm. 392/2013 de 16 de mayo una cosa es la aptitud funcional que pueda tener el arma en un momento dado y otra distinta su calificación como arma de guerra, ya que lo relevante son sus características intrínsecas y potenciales que son las que condicionaran la aplicación de la norma administrativa a la que es preciso acudir para integrar el presente tipo penal. Lo que determina que tal como precisa la STS núm. 312/2011 de 29 de abril (mencionada por una de las representaciones recurrentes) el arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento, pero para estimar inútil un arma ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego, ni ser puesta en condiciones de efectuarlo. La aptitud para el disparo se debe apreciar de forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma. En la medida en que la dificultad del disparo es reparable y no implica una inutilización definitiva de la misma, su tenencia se subsume en el tipo penal.

Llamando la atención en este sentido la STS núm. 947/2011 de 21 de septiembre que apreció el delito respecto de un arma que tras haber sido inutilizada mediante varias perforaciones en la recámara y en el ánima, había sido rehabilitada mediante el taponamiento con soldaduras de tales perforaciones. La cual mientras se efectuó el correspondiente el informe pericial reventó al ser probada, a pesar de lo cual se desprende que, cuando el arma se encontraba a disposición del recurrente, estaba en condiciones de hacer, al menos, un disparo con la potencialidad letal propia y característica del arma.

Por lo que tal como indica la mencionada STS núm. 312/2011 no es admisible que el tribunal se apoye en la presunción iuris tantum del funcionamiento correcto del arma, en tanto que el inculpado no demuestre lo contrario, al ser contrario al principio de presunción de inocencia, según el cual corresponde a la acusación la prueba del delito imputado. Lo que de hecho ha conseguido en el presente caso, ya que, al margen de que el arma ha sido capaz de efectuar varios disparos, resulta que los peritos coinciden en afirmar la posibilidad de que pudiera ser reparada ya que el fallo en la fijación del cañón se podría subsanar haciendo una nueva rosca."

Dado que nos encontramos ante sentencia ya revisada en sede de valoración de prueba por el TSJ hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación en estos casos la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;



d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

En este caso, apunta el TSJ que:

" Gerardo sostiene que el arma realmente es propiedad de Humberto , lo que este niega al sostener que se limitó a hacerle un favor ignorando realmente que contenía el paquete y confiado en la condición de policía de aquel. ...No podremos cuestionar la valoración que de la prueba efectúa la Sala, ya que partiendo de la relación que existe entre ellos y su vinculación al gimnasio que se sitúa en la base de toda la investigación es solicitada y autorizada la entrada en los domicilios de Manises y Ribarroja pertenecientes al Sr. Humberto . Dándose la circunstancia de que mientras están efectuando el registro en esta segunda localidad o de camino a la primera el acusado de forma espontánea les manifiesta que posee un arma de fuego en la otra localidad, tal como según desarrolla la sentencia resulta del testimonio de los agentes NUM026 , NUM027 y NUM023 , a lo que cabría añadir la diligencia de constancia obrante al f. 1551 TIV, y de las correspondientes actas de registro, particularmente la correspondiente a la vivienda donde se produce el hallazgo (f. 1931-1936 TV). Manifestación respecto a la que no podremos dejar de reconocer esa espontaneidad y que se produce desde un primer momento de las diligencias, cuando aún no conoce el alcance de las mismas y sus circunstancias.

... En el presente caso no nos encontramos con las huérfanas versiones de ambos implicados, dado que junto a la mayor credibilidad que pueda ofrecer la versión del Sr. Humberto por su espontaneidad y reconocimiento inicial, así como su mantenimiento inalterado a lo largo de la causa, contamos con una ratificación de índole objetiva, cual es que las únicas huellas dactilares que son detectadas, concretamente en la bolsa de embalaje del arma, pertenecen al Sr. Gerardo (f. 2202-2207 y f. 2213-2216 TV). Lo que hace plenamente lógicas y razonables las conclusiones que adopta la resolución recurrida.

Elemento subjetivo.

Por la representación del Sr. Humberto sobre la base de entender que en ningún momento llegó a conocer la naturaleza del arma, ya que se limitó a guardarla sin abrirla siquiera, considera que faltaría el necesario elemento subjetivo del delito.

Tal como se encarga de señalar la STS núm. 532/2016 de 16 de junio haciendo referencia a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (con mención STC núm. 111/1999, de 14 de junio, 24/2004, de 24 de febrero y 51/2005, de 14 de marzo) resultaría inconstitucional que la vinculación que la vinculación del elemento normativo del precepto al Reglamento de armas fuera absoluta e incondicionada, de forma que cualquier arma prohibida en el mismo pasara a integrar el tipo delictivo. Para evitar se ha de entender que tal remisión está en alguna medida condicionada, de tal forma que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca



en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, lo que debe valorarse con criterios objetivos y en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso.

... En tal sentido la propia reacción del Sr. Humberto demuestra que era plenamente conocedor de la ilegalidad de su posesión, cuando desde un primer momento al verse sorprendido por la intervención policial revela su posesión haciendo entrega de la misma. Así como que se trataba de un arma de fuego. Tratando de justificarlo en que se trataba del arma reglamentaria del Sr. Gerardo que se la había entregado con motivo de unas obras en su casa, lo que ya la sentencia se encarga de calificar de totalmente ilógico. Excluyendo las propias circunstancias de la intervención que se trataba de una mera posesión accidental, rebelando una mínima permanencia que justificaría la apreciación del delito.

Realmente, el arma aparece en el alto de un armario empaquetada, ignorando si la había abierto o no, pero en el referido contexto podemos traer a colación lo que se viene conociendo como ignorancia deliberada (STS núm. 478/2019 de 14 de octubre y 528/2019 de 31 de octubre de 2019) que en palabras de la STS núm. 395/2019 de 24 de julio supone que "quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito actuar en que voluntariamente participa. O, como dice la STS 633/2009, de 10 de junio, quien se encuentra en una situación que se conoce como ceguera voluntaria (willfull blindness), no está excluido de responsabilidad criminal por la acción ejecutada".

...Respecto a la menor entidad del injusto hemos de señalar que tal como recoge la ya comentada STS núm. 532/2016 de 16 de junio, la peligrosidad abstracta de un arma de guerra es ínsita a su alta capacidad lesiva, de tal modo que en ningún caso es permitida su posesión. A diferencia de lo que ocurre respecto a las armas de fuego que al ser de una lesividad menor, aunque su peligrosidad abstracta sea relevante, se permite en ciertas condiciones su posesión. Diferente peligrosidad que hace que en el caso de armas de fuego sean precisas cinco armas para poder hablar de depósito (567,3º) mientras que en el caso de armas de guerra basta con una sola (567, 1º), lo que además hace que el artículo 565 prevea una degradación facultativa para las primeras en el caso que se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos que no es aplicable para las segundas. Por lo que ante ello no podremos más que considerar que ya la Sentencia impugnada ha reconocido suficientemente esa alegada circunstancia de un lado, considerándolo como un mero cooperador, y de otro lado, imponiéndole la pena legalmente prevista en su mínimo estricto."

Debe considerarse suficiente la valoración de la prueba llevada a cabo y su revisión por el TSJ en sede de apelación. No se trata de que el propio Sr. Humberto reconozca la titularidad del arma, sino que hay varios elementos determinantes de la condena:

1.- Se trató de un arma de guerra.

Consta en el hecho probado que era "un arma de guerra consistente en un subfusil con el troquel MICRO UZI 9mm IMI-ISRAEL, copia de un modelo de subfusil israelí sin número de serie recamarado para cartuchos de 9mm Parabellum prohibido para particulares".

2.- Era propiedad del recurrente y la custodiaba Humberto . Capaz de disparar en ráfaga un 30% de las balas.

Consta en el hecho probado que "Era un arma de guerra propiedad de Gerardo y que Humberto , a sabiendas de las características de la misma, se la custodiaba al primero, arma cuyo funcionamiento en vacío es correcto, tanto en modo automático como semiautomático, si bien en cuanto al test de disparo en el momento del hallazgo el arma solo llegaba a disparar en ráfaga un 30% de las balas, no obstante, es posible la realización de actuaciones como reparación del roscado de fijación del cañón y sustitución de otras piezas, en especial de la rosca, tendentes a la obtención de la plena capacidad de fuego del subfusil, en cualquiera de los modos de disparo".

3.- El arma fue hallada en poder de Humberto , pero este último solo se encontraba custodiando tal arma, para que no fuera hallada en su domicilio. Había posesión mediata hábil para condenar por delito de promotor de arma de guerra.

4.- El porcentaje de empleo del arma de guerra es suficiente, aunque lo relevante son sus características intrínsecas y potenciales que son las que condicionarán la aplicación de la norma administrativa a la que es preciso acudir para integrar el presente tipo penal.

5.- El arma tenía potencialidad para hacer un disparo con la potencialidad letal propia y característica del arma.

6.- Se ha constatado que, además de la declaración del Sr. Humberto contamos con una ratificación de índole objetiva, cual es que las únicas huellas dactilares que son detectadas, concretamente en la bolsa de embalaje



del arma, pertenecen al Sr. Gerardo (f. 2202-2207 y f. 2213-2216 TV). Lo que hace plenamente lógicas y razonables las conclusiones que adopta la resolución recurrida.

7.- La peligrosidad abstracta de un arma de guerra es ínsita a su alta capacidad lesiva, de tal modo que en ningún caso es permitida su posesión. A diferencia de lo que ocurre respecto a las armas de fuego que al ser de una lesividad menor, aunque su peligrosidad abstracta sea relevante, se permite en ciertas condiciones su posesión. Diferente peligrosidad que hace que en el caso de armas de fuego, ya que solo con una se evidencia su peligrosidad por sus características.

Nos movemos en el terreno de la presunción de inocencia, que es el motivo utilizado y en estos términos la valoración del Tribunal de apelación es válida y suficiente, como se ha expuesto. El subfusil fue hallado en el domicilio de Humberto, pero en la bolsa donde se contenía el mismo fueron halladas dos huellas del recurrente; Humberto ha mantenido en todo momento que el arma se la dio el recurrente para que la guardase él en su domicilio.

No se ha tratado en este caso de la aislada declaración del coimputado, sino que hay corroboración por las huellas, frente a la queja del recurrente, por lo que se cumple el presupuesto de la corroboración mínima objetiva que lleva al Tribunal a su convicción de que, en efecto, el arma encontrada pertenecía al recurrente, que es lo que sostuvo desde un principio, y no en sede de plenario, tan solo, el sr. Humberto. No se admite por el Tribunal la tesis del recurrente de la "posesión espontánea", sino que del devenir del desarrollo de lo que ha venido declarando el coimputado desde un principio, y las huellas de su uso por el recurrente validan que el TSJ efectúe un análisis de la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia que valide la conclusión condenatoria en este caso. El grado mínimo de corroboración de la declaración del coimputado existe, pese a que el recurrente lo cuestione, ya que el grado de alcance de la entidad de la corroboración no es un criterio, sino que éste exista y sea valorado motivadamente por el Tribunal, que es lo que aquí ha ocurrido.

No es irrazonable la conclusión de que el arma estaba allí oculta en su disposición para su uso, dada su condición profesional. Existe racionalidad y suficiencia motivadora de la prueba que condujo al pronunciamiento condenatorio.

8.- No existe un ánimo espurio en la declaración del sr. Humberto, ya que en la sentencia del TSJ se expresa la referencia a la espontaneidad inicial desde un primer momento respecto a la existencia del arma y su titularidad, corroborada por un dato objetivo de las huellas, pese al alegato del recurrente de su falta de prueba.

Pero la exposición razonada del tribunal de instancia y la racionalidad de la valoración del TSJ conllevan mantener lo resuelto.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Al amparo del art. 849 LECrim por inaplicación indebida de los art. 566, 567.1 y 657.2 y 570 CP.

Sostiene que no concurren los requisitos para establecer el tipo delictivo de depósito de armas de guerra pues de la prueba practicada, con los informes periciales, no es posible garantizar un correcto funcionamiento de sus disparos a modo de ráfagas.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la



premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

En este caso, señalan los hechos probados en este punto, como se ha expuesto, que:

"En el registro de la vivienda de Humberto , cuyas circunstancias de identidad están recogidas en el encabezamiento de la sentencia, sita en la AVENIDA000 de Manises se le intervino a éste un arma de guerra consistente en un subfusil con el troquel MICRO UZI 9mm IMI-ISRAEL, copia de un modelo de subfusil israelí sin número de serie recamarado para cartuchos de 9mm Parabellum prohibido para particulares (art. 6.1 c. del Reglamento de Armas) y acompañado de un cargador con capacidad para contener 32 cartuchos y finalmente, un cañón de arma corta de 116 mm de longitud con el sistema de cadeneta (sistema Colt) que corresponde a una pistola semiautomática de cañón móvil y con sistema de acción por corto retroceso de cañón con la numeración 1626 troquelada, arma de guerra propiedad de Gerardo y que Humberto , a sabiendas de las características de la misma, se la custodiaba al primero, arma cuyo funcionamiento en vacío es correcto, tanto en modo automático como semiautomático, si bien en cuanto al test de disparo en el momento del hallazgo el arma solo llegaba a disparar en ráfaga un 30% de las balas, no obstante, es posible la realización de actuaciones como reparación del roscado de fijación del cañón y sustitución de otras piezas, en especial de la rosca, tendentes a la obtención de la plena capacidad de fuego del subfusil, en cualquiera de los modos de disparo.

Se hace constar que el funcionamiento en vacío es correcto, aunque en el test de disparo llegaba a disparar en ráfaga un 30% de las balas, habiéndose señalado en el FD anterior la capacidad que tienen estas armas, con un solo disparo, lo que evidencia que no sea preciso que tengan una potencialidad al 100%, dado su poder de acción hasta con el porcentaje reconocido en los hechos probados.

Con ello, dada la potencialidad de las armas de guerra es correcta la argumentación del Tribunal de que la aplicación del tipo exige que el arma esté en condiciones de funcionamiento, pero no de un funcionamiento pleno o al 100% de capacidad de fuego, de acuerdo con sus características. Además, en efecto, la aptitud para el disparo se debe apreciar de forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma.

Ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 401/2020 de 17 Jul. 2020, Rec. 10019/2020 que:

"El tipo delictivo que castiga a los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósito de armas no autorizadas por las Leyes o la autoridad competente, entre las que se encuentran las armas de guerra, como la indicada. Respecto de las cuales se considera depósito la detentación o posesión de cualquiera de dichas armas, de modo que una sola arma de guerra constituye depósito".

Y la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 76/2020 de 25 Feb. 2020, Rec. 10593/2019 en cuanto al concepto de la figura de promotor. Y al igual que en el caso analizado en esta sentencia, las circunstancias son similares, ya que la consideración de promotor, y no mero colaborador parte de los siguientes extremos:

- 1.- La propia disposición de las armas en el inmueble admisible en la vía del art. 566.1.1º CP.
- 2.- La disposición de las armas y su calidad.

Que se encuentren en el domicilio del sr. Humberto queda acreditado que lo es "a su disposición", lo que equivale al dato domiciliario relativo a la "facilidad" de su disposición inmediata, lo que se evidencia porque las huellas que se encuentran son las del recurrente, habiéndose impuesto la pena mínima de 5 años del arco previsto, como razona el Tribunal.

La tenencia de este tipo de armas evidencia:

- 1.- Una mayor potencialidad criminal.
- 2.- No se requiere que el arma sea peligrosa de forma inmediata, pues el peligro de la acción no está referido a la amenaza que el arma pueda significar para la vida o integridad de las personas, sino a la seguridad, es decir al control que debe ejercer la autoridad sobre las armas, sean inmediatamente utilizables o no.
- 3.- Que una cosa es la aptitud funcional que pueda tener el arma en un momento dado y otra distinta para su calificación como arma de guerra teniendo en cuenta sus características intrínsecas y potenciales, que son las relevantes para la aplicación de la norma administrativa a la que es preciso acudir para integrar este tipo penal.
- 4.- Que conservando el arma sus características para tener una capacidad real de fuego en modo automático (aunque disminuida a un 30%), su tenencia integra el delito del art. 566, en la modalidad de depósito.



5.- La peligrosidad y riesgo del arma para su uso está constatado con los hechos probados en su potencialidad.

6.- No es posible hacer abstracción del supuesto de hecho global para analizar la concurrencia de la aprehensión del arma de guerra. Y, así, se acredita una especial potencialidad lesiva y la tenencia se produce en condiciones o circunstancias que la convierten, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concorra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio). Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, y esto último es clave en estos supuestos, analizado el contexto general en el que la aprehensión del arma se produce.

Dado este contexto general de la actuación delictiva global llevada a cabo resulta evidente que el depósito lo era con carácter de permanencia no transitorio, como se establece en STS de 27 de enero de 2010 y STS 16/05/2013 nº 392/2013. Concorre el elemento objetivo del arma en su aptitud de uso, aunque con la limitación citada, pero con su gran potencialidad y peligrosidad, aun en la forma en la que se hallaba. En cuanto al elemento subjetivo no se exige en ningún apartado del art. 566 que el delito de depósito de armas se haya constituido con fines o móviles subversivos o antisociales (STS. 50/2002 de 22.1), y se concreta por el conocimiento de que se constituyó ese depósito, que el arma poseída es de fuego o de guerra, con idoneidad para disparar y de que no puede poseerse lícitamente (STS 16 de mayo de 2013 nº 392/2013).

Además, ya hemos señalado que la tenencia de una sola de dichas armas ya es válida para esta tipificación como depósito de armas, según se recoge entre otras en SSTS 01/10/2009 nº 1001/09, de 29 de abril de 2011 nº 312/2011, o de 16 de mayo de 2013 nº 392/13. Y la STS 1/10/2009 añade: "Que una sola arma constituye un depósito, resulta también de la doctrina de esta Sala." La STS 2270/2001, de 1 de abril de 2002, ya declaró que la detención de un solo subfusil, integraba depósito de armas de guerra, con arreglo a lo establecido en el art. 567.1º del CP/1995, que considera que constituye tal delito la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas. Es obvio -dice esta Sentencia que en el nuevo Código, una sola arma de guerra constituye depósito, modificándose por tanto el criterio del Código anterior.

La capacidad y potencialidad del arma de guerra permite la subsunción de los hechos probados en los tipos penales citados por el Tribunal. No es posible degradar la gravedad de los hechos al art. 563 o 564 CP, como mera tenencia de armas prohibidas, o tenencia sin licencia. Los hechos probados evidencian la mayor gravedad apreciada en la sentencia y corroborado por el TSJ en su análisis de la racionalidad.

Existe, en consecuencia, aptitud e idoneidad en el uso del arma de guerra en grado de suficiencia para mantener la peligrosidad, y la circunstancia del grado de uso no altera la conclusión condenatoria fijada por el Tribunal.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida de los artículos 197 bis en relación con el artículo 198 CP.

El recurrente es condenado como autor de un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos, de los arts. 197 Bis y 198 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 20 meses y 15 días e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta (art. 41 CP) durante un periodo de 8 años.

Se alega por el recurrente que la medida de seguridad transgredida es la clave de acceso, clave que en ningún momento se ha probado que careciera de ella, si bien es cierto que no accede con la suya personal, sino con la de otro agente para evitar su rastreo, no porque no estuviera autorizado.

Habida cuenta que se utiliza la vía del art. 849.1 LECRIM debe mantenerse en todo caso el respeto a los hechos probados, que son los que siguen:

"Sobre las 06:38 del día 2 de junio de 2016, Gerardo , agente de la Policía Nacional con carné profesional n.º NUM015 funcionario de la Escala Básica, segunda categoría, destinado en el G.A.C. servicio de radiopatrullas perteneciente a la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana de Valencia, sin que tuviera relación con las funciones que como tal le hubiesen sido encomendadas, empleando las claves de su compañero agente de la Policía Nacional, Sabino , accedió en las dependencias del 091 sita en el complejo de Zapadores de Valencia a la aplicación OBJETOS de la POLICÍA NACIONAL, base de datos de acceso restringido, a fin de consultar la titularidad de la motocicleta YAMAHA R1 con placas de matrículaGKH , obteniendo un pantallazo de la información que fue transmitida a Héctor .

Asimismo, sobre las 08:25 horas del día 22 de julio de 2016, Gerardo , empleando las claves de la funcionaria, Coral , accedió a la aplicación ATLAS de la POLICÍA NACIONAL, otra base de datos de acceso restringido, en la Comisaría Valencia Marítimo, a fin de consultar la ficha policial de un súbdito colombiano, Carlos José ,



detenido por presunto delito de homicidio doloso, facilitándole nuevamente imágenes de la misma a Héctor a fin de que éste lo reconociera posteriormente, a pesar de que el acceso a las consultas en dichas aplicaciones informáticas por los agentes de la Policía Nacional se realiza con claves de uso personal y para uso profesional en el desarrollo de las funciones que le fueran asignadas, habiéndosele intervenido en su domicilio 56 hojas de reseñas policiales y en terminal telefónico del procesado Héctor foto de una reseña policial de la aplicación Multisistema Atlas. Asimismo, el acusado, lejos de su actividad profesional, en fecha 3 de abril de 2016, procedió a realizar varias consultas en dicha base sobre su persona, su Dni e incluso, su propio vehículo a fin de poder conocer la existencia de cualquier señalamiento sobre su persona."

Pues bien, señala el Tribunal de instancia en el FD 5º que:

" Gerardo , prevaliéndose de su condición de agente de la autoridad, como funcionario de la Policía Nacional, empleando la contraseña de un compañero, que había obtenido precisamente por su condición de funcionario de policía, obtuvo datos protegidos (y reservados de carácter personal -antecedentes policiales-, aunque no lo exige el tipo) con una finalidad diferente a la prevista legalmente. Aun tratándose de un funcionario de policía con acceso a determinadas bases de datos, lo cierto es que para evitar su rastreo empleó las contraseñas de sus compañeros, lo que supone una vulneración de las medidas de seguridad establecidas para impedir su acceso no autorizado. El acusado no posee una autorización incondicionada para cualquier tipo de acceso. Las medidas de seguridad establecidas para proteger los datos (la contraseña) no solo se emplea para evitar el acceso a tales datos reservados, sino que también se emplea para evitar el acceso no autorizado, permitiendo el control de las personas que acceden a tales datos y que justifican el establecimiento de tales medidas de seguridad. En segundo lugar, no se encontraba autorizado para obtener esos datos, puesto que no existía ninguna investigación en curso de la que estuviera encargado Gerardo , que justificara el acceso a tales datos reservados. No existía causa alguna que justificara una autorización para acceder a tales datos.

No es el delito del art. 417 Cp, cuyo tipo básico es: La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados. No se trata de datos sobre los que el acusado tiene conocimiento como consecuencia de su trabajo (no son datos obtenidos en el curso de una investigación policial que le haya sido encargada y que haya desvelado a un tercero). Sino que prevaliéndose de su condición de funcionario, y vulnerando las medidas de seguridad instaladas, ha tenido un acceso no autorizado a datos reservados, lo que encaja a la perfección con el tipo básico contenido en el art. 197bis.

Además, siendo cometido por funcionario público, prevaliéndose de su cargo y sin que concurra causa legal por delito, procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 198."

El TSJ en su sentencia al analizar la condena por este delito apunta que:

"La resolución en su fundamento jurídico cuarto, punto 1º, desarrolla suficientemente los motivos que le llevan a afirmar la autoría del Sr. Gerardo , mencionando entre otros, y por lo que se refiere a los datos que proporciona a Héctor sobre un moto y una persona, se detecta por el contenido de dos conversaciones telefónicas que sostienen ambos los días 1 y 2 de junio de 2016 (F. 302 y 305 TII), donde claramente se hace mención a las gestiones que está haciendo para efectuar esa averiguación, lo que pone en aviso a los agentes investigadores, que pasan a constatar esos extremos, poniendo así de manifiesto el agente NUM028 , mediante comparecencia, la constatación de una nueva consulta en la aplicación Atlas (f. 384 TII) a la que igualmente hacen referencia los Srs. Gerardo y Héctor en una conversación telefónica que mantienen el día 18 de julio de 2016 (f. 423bis TII). A la que también hace referencia en la conversación que mantienen los días 22 de julio (f. 427 TII) y el 28 de julio (f. 429 TII), en que además reconoce haber entrado con la clave de un compañero. Que son analizadas a los f. 1213 y ss TIV, de las que además resulta que el Sr. Gerardo llegó a facilitar una foto de la persona que le interesaba, apareciendo de hecho en el terminal del Sr. Héctor copia de una foto extraída de una base de datos policial (f. 2631 TVI). Llamadas que determina que se efectuó una auditoria sobre los accesos a esos datos que permiten poner en evidencia las circunstancias en que se producen (f 461-464 TII). A lo que se añadirían las copias de reseñas policiales que aparecen en el registro de su domicilio.

Por lo que ante ello no resulta admisible cuestionar la valoración que de la prueba efectúa la sentencia en este particular. Ya que de los elementos analizados resultarían las circunstancias que permiten apreciar el delito en cuestión."

Resulta correcto y acertado el proceso del análisis de la racionalidad de la valoración probatoria del TSJ en su sentencia, ya que queda probado y argumentado el acceso no autorizado del recurrente a la base de datos policial; todo ello, en el engranaje delictivo que había organizado y en el seno de esa estructura, tanto para obtener información, mediante procedimiento de acceso ilícito, agravado por su condición de funcionario



público, como para valorar la información de la que se disponía en las bases de datos policiales en aras a conseguir los objetivos que tenía como objetivo en el grupo criminal.

El legislador ha querido tipificar este tipo de hechos y lo ha hecho en el art. 197 bis CP para sancionar al *que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo.*

La reforma llevada a cabo en el CP en los años 2010 y 2015 vino impulsada por la normativa europea, como la Decisión Marco 2005/222 del Consejo, de 24 de Febrero de 2005, relativa a ataques contra los sistemas de información, que ya fue sustituida por la Directiva 2013/40 UE del Parlamento Europeo de 12 de Agosto de 2013, en este caso, el acceso no autorizado a sistemas informáticos (en particular el llamado delito de intrusión informática del artículo 197 bis apartado primero). Y ya el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa (Convenio de Budapest de 23 de noviembre de 2001), apeló a la necesidad de "aplicar, una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia...".

Podríamos denominar a este tipo de conductas como *hacking de desafío*, que es la acción delictiva del sujeto que, para demostrar su habilidad informática, o para descubrir fallos en un sistema, accede sin autorización al mismo y que resultaba atípico hasta la reforma de 2010. Sí incriminaba el CP conductas de *hacking* que podríamos denominar de *apoderamiento o destructivo*, a los conocidos en el lenguaje especializado como *crackers*, quienes utilizando sus conocimientos informáticos realizaban conductas lesivas como causar daños en el propio sistema informático o en los datos o programas en él alojados, atacar la intimidad o el patrimonio.

La doctrina señala sobre este tipo penal que supone un nuevo adelantamiento en la línea de defensa del bien jurídico al dejar de exigirse que el acceso o mantenimiento sea a los datos o programas informáticos alojados en el sistema informático, bastando que el sujeto activo acceda o se mantenga en un sistema de información. Parece que lo que el legislador se ha propuesto es dar una tutela específica a la seguridad de los sistemas informáticos o de información por la importancia que los mismos tienen en las sociedades actuales, suponiendo dichas conductas un cierto peligro para la intimidad de los ciudadanos, y de entidades, en tanto en algunas ocasiones el acceso a tales equipos o sistemas puede suponer un riesgo evidente para determinados datos privados alojados en dichos equipos o sistemas.

La ilicitud es evidente y claro su encaje en el art. 197 bis CP.

- 1.- Su acceso a los datos en esos casos no tiene relación con las funciones que como tal le hubiesen sido encomendadas.
- 2.- Para evitar su control lo hace empleando las claves de su compañero agente de la Policía Nacional.
- 3.- Obtiene un pantallazo de la información que fue transmitida a Héctor .
- 4.- Además, accede a la aplicación ATLAS de la POLICÍA NACIONAL, otra base de datos de acceso restringido, en la Comisaría Valencia Marítimo, a fin de consultar la ficha policial de un súbdito colombiano, Carlos José , detenido por presunto delito de homicidio doloso, facilitándole nuevamente imágenes de la misma a Héctor a fin de que éste lo reconociera posteriormente, a pesar de que el acceso a las consultas en dichas aplicaciones informáticas por los agentes de la Policía Nacional se realiza con claves de uso personal y para uso profesional en el desarrollo de las funciones que le fueran asignadas.
- 5.- Se le interviene en su domicilio 56 hojas de reseñas policiales y en terminal telefónico del procesado Héctor foto de una reseña policial de la aplicación Multisistema Atlas.
- 6.- Lejos de su actividad profesional, en fecha 3 de abril de 2016, procedió a realizar varias consultas en dicha base sobre su persona, su DNI e incluso, su propio vehículo a fin de poder conocer la existencia de cualquier señalamiento sobre su persona.

Concurren, pues, los elementos el tipo penal.

- a.- Se produce una vulneración de las medidas de seguridad establecidas para impedir el acceso a la base de datos policial
- b.- Existe acceso a datos de un sistema informático, como es el policial, digno de protección y tutela, pero, sobre todo, por los propios integrantes del Cuerpo de policía. De acuerdo con la definición recogida en la Directiva antes citada, un sistema de información es: "todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automatizado de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados o recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento".



Dato informático es: "toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función".

b.- No está debidamente autorizado para llevar a cabo ese acceso concreto, ya que lo esté para otros no le legitima para la obtención de esa información y menos para enviarla a terceros, poniendo en peligro la integridad del sistema en cuanto al objetivo de esos datos reservado para fines de las investigaciones.

Consta que el acceso se lleva a cabo sin relación con las funciones que como tal le hubiesen sido encomendadas.

En la reforma del CP de 2015 en este tipo penal se mantiene como límite de la tipicidad la exigencia de falta de autorización y de vulneración de las medidas de seguridad establecidas para impedir el acceso. Y esto es lo que ocurre. La conducta concreta se lleva a cabo con "falta de autorización". No la tenía para la actividad probada. Y no puede tener encaje en modo alguno, como propone el recurrente, en el art. 197 ter CP.

c.- El recurrente lo lleva a cabo en aras a relacionarlo con su propia actividad ilícita y aprovechándose de su condición de funcionario público que atrae el art. 198 CP.

d.- El recurrente accede al conjunto o una parte de un sistema de información como queda constatado en los hechos probados.

e.- Con los hechos probados, que es a lo que se sujeta el análisis del art. 849.1 LECRIM vía casacional, y con la revelación de datos personales de un particular, o de vehículos o de investigaciones policiales, el bien jurídico se ve frontalmente atacado, cual es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que comporta el bien jurídico protegido.

De todos modos, existe división doctrinal en cuanto al bien jurídico protegido en este caso, y existen dos tesis a favor, por un lado, como ataque a la intimidad, y, por otro, a la seguridad informática. En cualquier caso, ambos pueden constituir el bien jurídico protegido de este tipo penal. Esto radica, como expone la doctrina, en que el acceso no consentido a un sistema informático puede poner en peligro la seguridad del mismo y la intimidad de su titular, pues el equipo informático que pertenezca a una persona también puede ser considerado como un ámbito reservado de la misma.

Se ha expuesto, también, que lo que se pretende tutelar es "la información vital que se sitúa en estos espacios para reserva de dicho espacio en términos de intimidad", o que "el bien jurídico es la intimidad al afirmar que el "adelantamiento de las barreras de protección de la intimidad que parte de la consideración que la mera intromisión informática pone en peligro la privacidad del titular del sistema". Se trata, en todo caso, de una protección mixta intimidad/seguridad informática.

Se afirma, también, por algún autor que lo que se tutelaría es "el derecho a la inviolabilidad informática, entendiendo por tal a aquel derecho instrumental y puramente formal que permite o faculta a toda persona a mantener sus sistemas informáticos y, sobre todo, a los datos y a los programas contenidos en los mismos al margen de intromisiones ajenas no deseadas".

Así, en esta apuesta por uno u otro bien jurídico algunos autores apuntan que "el bien jurídico debe buscarse en el ámbito de la seguridad de las redes o sistemas de información...valores de primer orden en la actual sociedad de la información" por lo que afirma que la finalidad del legislador es "...preservar la seguridad en el tráfico informático y, en particular, la integridad y confidencialidad de los datos y programas informáticos como elementos de los sistemas informáticos".

Otros estiman que el delito va dirigido a proteger la seguridad de los sistemas informáticos, aunque aclaran que va dirigido como fin último a la *tutela de la privacy informática* de las personas.

Otro sector mantiene que el bien jurídico es la seguridad de los sistemas informáticos, si bien subrayan como problema la falta de contenido del objeto protegido, por lo que sugieren conectarlo con la intimidad por lo que definen la figura como delito de peligro abstracto para la intimidad.

f.- El recurrente empleó la contraseña de un compañero (lo que supone acceso por cualquier medio o procedimiento), para obtener datos protegidos y reservados (como es el caso de antecedentes policiales) y tal uso de contraseñas ajenas no tenía otra finalidad que burlar las medidas de seguridad para evitar que el rastreo condujera a que fue él quien efectuaba las búsquedas o consultas. Además, carecía de autorización para obtener los datos consultados, pues no existía investigación en curso que le autorizara a las mismas.

g.- Frente a lo que alega el recurrente, que disponga de clave de acceso no le permite acceder a lo que estime por conveniente, sino a lo relacionado con su actuación profesional. La ajenidad en su objetivo en el acceso y



uso para fines personales altera el derecho de acceso, y más si el entramado de la finalidad es delictivo, como así consta probado en la relación de delitos por los que es condenado.

h.- El art. 197 ter CP no tiene cabida en cuanto a los hechos probados por encima del tipo que es objeto de acusación. En este se sanciona la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos, ya que señala que se sanciona al que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis:

a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o

b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

No es este el hecho probado, sino la conducta que se integra en la acertada tipificación del art. 197 bis CP.

i.- Existe ajenidad en el objetivo del acceso llevado a cabo con la función que en ese caso llevó a cabo. Consta, así, reflejado en la sentencia que el recurrente no posee una autorización incondicionada para cualquier tipo de acceso. Las medidas de seguridad establecidas para proteger los datos (la contraseña) no solo se emplea para evitar el acceso a tales datos reservados, sino que también se emplea para evitar el acceso no autorizado, permitiendo el control de las personas que acceden a tales datos y que justifican el establecimiento de tales medidas de seguridad. En segundo lugar, no se encontraba autorizado para obtener esos datos, puesto que no existía ninguna investigación en curso de la que estuviera encargado Gerardo, que justificara el acceso a tales datos reservados.

j.- Recordemos que con la reforma hecha por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el delito de intrusión informática pasa a regularse en el nuevo artículo 197 bis del Código Penal, que tiene dos apartados, de los cuales el primero contempla como delito el acceso vulnerando las medidas de seguridad establecidas en un sistema de información, el conocido como el *Hacking de desafío*, tal y como lo estamos denominando. Y ello, para distinguirlo del *cracking* en cuanto actividad dañosa en el sistema informático, ya que apunta la doctrina en este caso que se trata, a diferencia del supuesto del art. 197 bis CP objeto aquí de condena, de supuestos etiquetados como "vandalismo digital", la difusión de virus y gusanos, el "ciberterrorismo" y también las de "cracking" dirigidos a la producción de daños, y que tienen en común la destrucción o menoscabo de sistemas, equipos, datos, programas o documentos informáticos.

Sin embargo, podríamos hablar en estos casos que los supuestos que quedan encuadrados en el art. 197 bis CP cuando se ataca el sistema informático de una institución entrarían en una especie de " *cracking institucional*" cuando consideramos que el bien jurídico protegido es la seguridad informática, o el " *cracking a la intimidación*" conceptuando que se trata de un ataque a la intimidad y se le causa daño por la propia afectación de los datos albergados en el sistema informático. Propiamente se ha considerado el *cracking* como asociado a la causación de daños, y este supuesto del art. 197 bis CP como *hacking de desafío*, como lo podemos denominar. No hay realmente un daño físico y evidente externamente, pero de forma tácita esta modalidad de ataca también lo causa aunque sin signos externos de evidencia probatoria física y evaluable.

Pero no podemos olvidar que el tipo penal del art. 197 bis CP configura un ataque a la propia institución en estos casos que tiene el sistema informático atacado.

Se habla también en estos casos de una especie de " *allanamiento informático*". Se castiga el "acceso" o "facilitar el acceso". Lo que queda probado, pese a la negativa del recurrente es que hay un allanamiento informático en los datos del sistema, sin que esa autorización para ese fin le estuviera dada, aunque lo tenga para otros.

k.- Apunta la doctrina que con el castigo de estos delitos se busca proteger a los titulares de un sistema informático de aquellos que acceden al mismo de forma no autorizada, con independencia de si se produce o no un daño o perjuicio al sistema o al titular del equipo. Asimismo, se pretende sancionar a aquel que permanece dentro de un sistema informático contra la voluntad de quien posee el legítimo derecho a excluirlo. El acceso del recurrente, aunque estaba autorizado, lo era para los casos en que legítimamente pudiera llevarlo a cabo, no para los fines que tenía previstos en su entramado delictivo. No era una base de datos "para uso personal e indiscriminado", que es para la que la acaba utilizando.

l.- Señala, también, la doctrina sobre este delito que se penará por el simple acceso, aunque no se haya accedido a los datos. Aquí podemos distinguir dos elementos: en primer lugar, la dimensión que alcanza el acceso no autorizado, y, en segundo lugar, las consecuencias que tendría el hecho de vulnerar los sistemas de seguridad.

El "acceso" puede definirse como el comportamiento que radica en obtener algún tipo de control sobre los procesos que concurren en el sistema, ya se trate de un control absoluto (utilización de programas) o relativo



(tener conocimiento de datos), en el sentido de tener la posibilidad de conocer en el caso de los datos, o de utilizarlos en el caso de programas.

Por otra parte, el acceso puede llevarse a cabo de dos modos distintos si tenemos en cuenta el lugar en el que se encuentra ubicado el sujeto activo. Por un lado, el acceso puede ser directo, de manera que se produce como consecuencia de acceder físicamente a un sistema ajeno. Por otro lado, el acceso puede ser remoto cuando se lleva a cabo desde un sistema informático a otro por medio de una red informática, ya sea de carácter público o privado.

Cabe señalar, que un requisito indispensable para que proceda la aplicación de este tipo penal es que la introducción en el sistema permita disponer de los datos que contiene con el fin de conocerlos, modificarlos, cambiarlos o utilizarlos. Asimismo, el tipo exige que el acceso ilícito al que venimos refiriéndonos se produzca como consecuencia de haber vulnerado las medidas de seguridad establecidas para evitarlo.

En lo que respecta a estas medidas de seguridad, es preciso matizar que no se trata de medidas establecidas para evitar el acceso al lugar donde se encuentra el propio sistema, sino que su objetivo radica en impedir el acceso a los datos y programas contenidos en el sistema. Así pues, quedan dentro del concepto de medidas de seguridad las claves que dan acceso al sistema, el firewall o las medidas de bloqueo del equipo. Sin embargo, la forma o la vía que se utiliza para descubrir la clave queda excluida del marco de las medidas de seguridad.

En este caso concreto, el recurrente queda probado que vulnera estas medidas de seguridad, como se ha expuesto y sin tener autorización para ese acceso que fue inconsentido.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art. 21.6ª en relación con el art. 66.1.1ª y 2ª (atenuante de dilaciones indebidas).

Solicita el recurrente la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, aplicando la pena en la mitad inferior.

Lo articula en el reenvío de unas diligencias de investigación solicitadas por el Ministerio Fiscal en fecha 17 de julio de 2017, cuando perfectamente pudieron haberse solicitado con anterioridad; pues no será hasta el 2 de febrero de 2018 cuando las merитadas diligencias son acordadas, transcurriendo nada más y nada menos que 8 meses; y por el plazo transcurrido entre el auto de conclusión del sumario de 1 de agosto de 2017 (folio 3.462) y el auto de revocación de la Audiencia Provincial de 2 de febrero de 2018 (f. 3.466); y finalmente por la tardanza transcurrida desde que se celebrara el Plenario, en fecha 9 de noviembre de 2018, hasta que se dictara la Sentencia que ahora se recurre, de fecha 25 de abril de 2019, nada menos que 5 meses y medio.

Pues bien, ante el alegato hay que reseñar, en primer lugar, que nos encontramos ante una causa ciertamente compleja, voluminosa, con muchas partes acusadas, y esto debe tener incidencia en los tiempos a los que alude el recurrente, que, por cierto, dada la investigación llevada a cabo y el número de acusados y complejidad hasta para dictar sentencia entra en los márgenes lógicos en estos casos.

Señala al respecto la sentencia del TSJ en el FD nº 20 que:

"Fundamentalmente centran el alegato en la fase intermedia del procedimiento, motivaba por la revocación del auto de conclusión del sumario para la práctica de una prueba pericial caligráfica que a pesar de haberse acordado durante la instrucción quedo paralizada sin que por parte del juzgado o de fiscalía se instara su conclusión, lo que hubiera evitado la dilación que se produce entre el primer auto de conclusión del sumario (1 de agosto de 2017) y el auto por el se confirma el segundo Auto de conclusión (19 de junio de 2018) a lo que se añade también el periodo que transcurre desde esta resolución al inicio de las sesiones del juicio oral (31 de enero de 2019) a lo que se añade el periodo de tiempo que transcurre hasta que recae sentencia (25 de abril de 2019). Aludiéndose con un carácter más general a que la instrucción ha durado desde su inicio (27 de mayo de 2016) hasta el primer auto de conclusión (1 de agosto de 2017) un periodo de tiempo inferior al que ha transcurrido entre este auto y la sentencia (25 de abril de 2019). Poniéndose énfasis en el hecho de que tratándose de una causa con preso desde que fue decretada esta en noviembre de 2016 hasta que han sido juzgados han transcurrido más de dos años.

A fin resolver la cuestión deberemos poner énfasis en los diversos trámites que han tenido lugar durante esta fase procesal a lo que han hechos referencia los diferentes recurrentes:

1.- Auto de procesamiento. 17 de mayo de 2017 (f. 2711 TVI).

2.- Auto resolviendo recurso reforma interpuesto por las representaciones de Guillermo , Humberto , Hernan , Gerardo , Landelino , Narciso , Higinio , Casilda y Inmaculada . 21 de junio de 2017 (f. 3195 TVII).



- 3.- Auto de conclusión del sumario. 1 de agosto de 2017 (f. 3462 TVII).
- 4.- Diligencia Ordenación acordando su registro por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia y la suspensión de la fase intermedia (art. 622 LECr) por estar pendiente recurso de apelación contra el procesamiento. 7 de agosto de 2017 (f. 4 TI rollo).
- 5.- Recepción comunicación del Auto de 15 de noviembre 2017 dictado por la Sección 5ª resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra el procesamiento por los ya citados y por Evaristo (f. 95 TI rollo). 24 de noviembre de 2017 (f. 104 TI rollo).
- 6.- Diligencia de Ordenación alzando suspensión y traslado al Fiscal para instrucción. 23 de noviembre de 2017 (f. 133 TI rollo).
- 7.- Petición de revocación y práctica de diligencias complementarias Fiscal. 11 de diciembre 2017 (f. 114 TI rollo).
- 8.- Diligencia ordenación dando termino común 20 días para instrucción de las defensas. 18 de diciembre 2017 (f. 127 TI rollo).
- 9.- Recepción de escritos defensa dándose por instruidos 9 (f. 134 TI rollo) a 31 de enero de 2018 (f. 153 TI rollo).
- 10 - Auto de revocación del auto de conclusión del sumario para la práctica de diligencias complementarias. 2 de febrero de 2018 (f. 3466 TVII).
- 11.- Imanol realiza cuerpo de escritura. 16 de febrero de 2018 (f. 3495 TVII).
- 12.- Lucía y Héctor manifiestan su oposición a realizar cuerpo de escritura (f. 3491 y 34893 respec. TVII). 16 de febrero de 2018.
- 13.- Auto solicitando documentación bancaria a efectos informe pericial ante la negativa de Lucía y Héctor (f. 3497 TVII). 26 de febrero 2018.
- 14.- Providencia acordando remisión cuerpo de escritura formado (f. 3518 y 3517 TVII). 15 y 27 de marzo 2018.
- 15.- Comparecencia policía para recoger cuerpo de escritura (f. 3545 TVII). 10 de abril de 2018.
- 16.- Ampliación informe pericial (f. 3555 TVII). 23 de abril 2018.
- 17.- Segundo Auto de conclusión (f. 3561 TVII). 25 de abril 2018.
- 18.- Diligencia de ordenación traslado de 10 días para instrucción Fiscal (f. 170 rollo TI). 26 de abril 2018.
- 19.- Ministerio fiscal se dio por instruido (f. 198 rollo TI). 14 de mayo 2018.
- 20.- Diligencia de ordenación traslado de 10 días para instrucción defensas (f. 170 rollo TI). 26 de mayo 2018.
- 21.- Auto confirmación conclusión y apertura juicio oral (f. 228 rollo TI). 19 de junio de 2018.
- 22.- Escrito conclusiones provisionales Fiscal (f.232 rollo TI). 3 de julio de 2018.
- 23.- Escrito conclusiones provisionales defensas (f. 305 - 365 TI rollo). 30 de julio - 30 de septiembre 2018.
- 24.- Auto declarando pertinencia prueba (f.393 rollo TI). 17 de octubre de 2018.
- 25.- Juicio oral. 31 de enero - 12 febrero de 2019.
- 26.- Sentencia. 25 de abril de 2019

...

En el presente caso basta repasar la amplia relación de hitos procesales puestos de manifiesto por las partes para observar que las actuaciones no han tenido en ningún momento una paralización significativa, sino que por el contrario pese a su complejidad ha tenido una tramitación en la que existe un lapso razonable entre un trámite y otro. Debiendo insistir en la propia complejidad la causa que ha hecho que llegue a alcanzar los 3567 folios distribuidos en siete tomos, al margen de trece carpetas archivadoras que ocupan las transcripciones de las intervenciones telefónicas y distintos seguimientos y los cuatro tomos de su rollo. A lo que se ha de añadir que, sin perjuicio de que la investigación afecto a más personas, finalmente fueron sometidas a juicio doce personas de las cuales han resultado condenados diez, que hoy son todas ellas recurrentes, a lo que se ha de unir el paralelo número de representaciones procesales con la consiguiente dificultad de coordinación y multiplicación de trámites y traslados que ello determina y que igualmente supone una dificultad añadida para la causa.



Acorde a lo cual la instrucción, por las medidas acordadas y su necesario seguimiento, se presenta igualmente compleja, sin poder dejar de señalarse que este se encuentra precedida por una amplia investigación policial, iniciada a raíz de la desaparición de Justiniano el día 8 de enero de 2015, denunciada por su mujer Matilde y que dio lugar a las diligencias previas 128/2015 del Juzgado de Instrucción N° 5 y luego tras el sobreseimiento de esa causa por aparecer la referida persona, continuo como diligencias preprocesales ante la fiscalía hasta que en mayo de 2016 ante la necesidad de acordarse medidas restrictivas de derecho se judicializan dando lugar a la incoación del presente procedimiento.

Las partes ponen el acento en la complementación de la prueba pericial que en definitiva fue lo que motivó la revocación del auto de conclusión del sumario y el retraso de la tramitación de la causa. Sin embargo al respecto podemos observar que la policía comunica al juzgado el 31 de julio de 2017 que el cuerpo de escritura remitido no es adecuado para el desarrollo de las pericias, de un lado por ser incompleto el de Lucía y Héctor por no contener determinados números y carecer de caracteres en mayúscula, y por lo que se refiere a Imanol por existir dudas de hasta qué punto no estaba fingiendo la letra (f. 3458 TVII), lo que motiva que seguidamente por providencia de 1 de agosto de 2017, por no considerar precisa la prueba la da por cumplimentada (f. 3461 TVII) dictándose el día 1 siguiente el auto de conclusión de sumario (f. 3462 TVII) remitiéndose de forma inmediata las actuaciones a la Audiencia Provincial. Por tanto lo que motivó esa dilación no es la desidia en el seguimiento de la prueba por parte del Juzgado de Instrucción, ni ningún tipo de injustificada paralización, sino que sencillamente el Fiscal ante su discrepancia vista la rápida conclusión y remisión a la Audiencia de las actuaciones opta por acogerse al trámite de instrucción para solicitar la revocación del auto de conclusión y la práctica de esa prueba en vez de formular un recurso.

En relación hasta qué punto haya podido tener algún tipo de responsabilidad en esa dilación las partes, resulta llamativo que si bien por providencia de 17 de julio de 2017 (f. 3420 TVII) se acordó la remisión de los cuerpos de escritura a los peritos policiales, luego resultaron ser estos incompletos, siendo de destacar el que elaboró Imanol respecto del que existían sospechas de fingimiento. Siendo cierto que Lucía y Héctor confeccionaron voluntariamente el primer cuerpo de escritura, pero este resultó incompleto, y luego al solicitarse su ampliación con arreglo a las instrucciones remitidas se negaron a hacerlo (f. 3491 y 34893 respectivamente TVII), por lo que surgió la necesidad de suplirlo con documentación en la que pudieran obrar caracteres manuscritos de estas personas, recurriéndose a tales efectos a diferentes entidades bancarias. Por lo que en esta medida no podemos entender del todo ajenos a estos procesados en la dilación que experimenta la causa.

Es cierto que esta prueba afecta tan solo a parte de los procesados, siendo por tanto ajenos a esa dilación los restantes, pero no puede dejarse de señalar que por la naturaleza de los hechos objeto de enjuiciamiento se presenta como necesario e imprescindible su enjuiciamiento conjunto, debiendo por tanto soportar todos ellos las consecuencias que se derivan de la propia envergadura de la causa. Sin perjuicio de que pueda valorarse esta circunstancia dentro del apartado de individualización de la pena, aun cuando no podemos dejar de señalar que salvo alguna excepción se está jugando con los mínimos legales, lo que haría que en cualquier caso no tuviera trascendencia práctica. Dentro de este apartado podríamos citar particularmente a Humberto, que aun cuando en las investigaciones iniciales aparece relacionado con esa estructura luego ha resultado ajeno al grupo, siendo condenado exclusivamente por el depósito de armas, pero observamos que imponiéndole la pena mínima procedente.

Por lo que en definitiva debemos coincidir con la sentencia recurrida, ya que pasando revista a las diferentes resoluciones e hitos procesales, observamos que ha seguido una correcta tramitación, debiendo incluso destacarse que ha ocupado un tiempo inferior al que viene observándose ordinariamente en causas de esta envergadura, en la que es frecuente observar paralizaciones injustificadas que abarcan varios meses, paralizaciones que aquí en modo algún llegan a observarse. Por lo que no negamos que la tramitación de la causa ha sido larga, pero desde luego no podemos entenderla desproporcionada a tenor de su complejidad."

Pues bien, el proceso de análisis del TSJ en este punto es exquisito y detallado. Se ha explicado con detalle la cuestión relativa a la pericial, pero debe tenerse en cuenta que se trata de una causa compleja, con varios acusados. Así, como apunta el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 2006, los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes:

- a) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas;
- b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;
- c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso;
- d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante, y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, y



e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso, y consideración de los medios disponibles.

Y en este caso, es importante destacar que en la doctrina jurisprudencial siempre se ha tenido en cuenta la complejidad de la causa, y que las paralizaciones no sean atribuibles al propio inculpado.

Pues bien, debemos destacar en este punto que, como apunta la mejor doctrina, quizá, la definición más aproximada del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y más acorde con la práctica actual del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de este derecho, se encuentra en la STC 223/1988, de 24 de noviembre (F.J 3), que luego ha sido cita inexcusable de la jurisprudencia posterior hasta nuestros días, en la que se señala: "la frase sin dilaciones indebidas empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades". De acuerdo con estos criterios, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de los mismos a las circunstancias en él concurrentes.

Ciertamente, la definición no carece de rigor, aun cuando, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el art. 24.2 CE no impedía que el Tribunal Constitucional hubiera dotado de un contenido más exigente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el reconocido por el Tribunal Europeo al derecho establecido en el art. 6.1 del Convenio. Sin embargo no ha sido así. El art. 24.2 CE no se identifica en nuestra jurisprudencia con el simple retraso de los plazos que, para la realización de actos del proceso, o para el conjunto de los que integran una instancia, puedan estar establecidos en las reglas que organizan el proceso.

El art. 24.2 CE tampoco ha constitucionalizado, según el Tribunal, el derecho a los plazos procesales, sino que ha configurado como un derecho fundamental el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable. Por dilación indebida no se está diciendo, por tanto, cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 del Convenio Europeo.

Cuestión distinta es determinar, precisamente, *la duración de ese plazo razonable*. A ello se dirigen los trabajos de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), creada por el Consejo de Europa en 2002, y cuyos trabajos pueden servir de pauta para alcanzar dicho objetivo.

Y es, precisamente, este "plazo razonable" el que marca la pauta de la respuesta al tema que ahora se suscita y que, lejos de cuestiones de retroactividad, siempre se ha aplicado en tanto en cuanto se debe analizar el comparativo entre "duración del proceso" y "tipo de proceso", a fin de llevar a cabo la respuesta sobre si es merecedor el acusado de obtener una rebaja penal por la duración del proceso y su repercusión de estigmatización. Pero cierto y verdad es que es difícil, a priori, fijar para cada caso la duración media normalizada, aunque la doctrina jurisprudencial ha ido fijando unos plazos medios, pero que en cada caso, no lo olvidemos, se aplican a ese supuesto concreto, de ahí que lo que hace cuando se fijan plazos de duración y aplicación de esta atenuante como simple o muy cualificada es que "en ese caso concreto", "y no en otro" se aplicó en atención a las consideraciones de la casuística de ese procedimiento, por lo que lejos de maximizar sobre plazos deberá ser siempre el procedimiento y sus características y circunstancias el que marque si existe el "merecimiento" de la atenuación penal.

Pero ya recuerda, asimismo, la mejor doctrina en este tema, que ya desde antiguo la STC 35/1994, de 31 de enero, salía al paso, por otra parte, de la tesis mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya en su Sentencia de 14 de diciembre de 1991, corroborada posteriormente, tras algunos titubeos, por el Acuerdo de 21 de mayo de 1999, del Pleno no jurisdiccional, y seguida, por ejemplo, en las SSTS 46/2001, de 24 de enero; 1885/2001, de 15 de octubre; 2273/2001, de 1 de diciembre; 1672/2002, de 3 de octubre; 283/2003, de 24 de febrero; 203/2004, de 20 de febrero; 1506/2004, de 21 de diciembre; 1383/2005, de 21 de octubre; 103/2006, de 8 de febrero; 730/2006, de 21 de junio, o 338/2007, de 25 de abril, en las que se propugnaba utilizar la vía de atenuar la responsabilidad del autor de la infracción penal mediante la aplicación de la circunstancia atenuante analógica contenida en el art. 9.10 del anterior Código Penal (art. 21.6.^a del CP de 1995), incluso con el carácter de muy cualificada.

En síntesis, este Tribunal Supremo aplicó la atenuante analógica como cláusula general de individualización en relación con el principio de culpabilidad, alegando que, si las penas han de ser proporcionadas a la culpabilidad y el acusado ya ha sufrido un mal (esencia de toda pena) con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena. En definitiva, si la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas acarrea una lesión jurídica que carece de toda justificación procesal, ese mal debe paliarse compensando el grado de culpabilidad cuantificable en la pena.



A ello, sin embargo, cabe objetar que las dilaciones indebidas experimentadas en un procedimiento penal no son por definición o por su propia naturaleza un "mal", sino que, por el contrario, en no pocas ocasiones constituyen un "bien" cuya producción persigue el propio imputado al efecto de retrasar el mayor tiempo posible su ingreso en prisión, siendo la rebaja de la condena eventualmente recaída un medio potencialmente eficaz para que las dilaciones perduren y se multipliquen, constituyendo, en definitiva, un medio por completo inadecuado de compensación al procesado por haberlas "padecido".

Y lo que es fundamental a los efectos de considerar la relación entre "plazo razonable" y "caso concreto" es que se insiste por la doctrina en que en alguna ocasión, no obstante, se ha indicado que "La razón o fundamento de una reducción del rigor punitivo tendría su apoyo dogmático en el principio de necesidad de pena, que quedaría debilitada cuando el transcurso del tiempo es relevante, si las particularidades del caso lo permiten". Así, se ha dicho que "El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por carencias estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre -el acusado- distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican".

En resumen, la jurisprudencia ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten (en este sentido las SSTS 1765/2002, de 28 de octubre; y 892/2004, de 5 de julio).

Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (SSTS 1583/2005, de 20 de diciembre; 258/2006, de 8 de marzo; 802/2007, de 16 de octubre; 875/2007, de 7 de noviembre, y S 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras).

Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado. En todo caso, se ha señalado, que, cuando lo que se plantea es modular la medida de la pena, no puede eludirse una fundamentación material, que deslinde y extraiga de lo que es una dilación procesal, aquellos efectos que inciden sobre la necesidad-intensidad de la respuesta punitiva.

Así pues, la ralentización no puede obtenerse por la existencia de reducidos periodos hasta conformar uno concreto. Y más en una causa especialmente compleja y remitir lo actuado para el señalamiento y celebración de un juicio en el que hay un importante volumen de acusados, lo que evidencia una necesidad de tramitar con minuciosidad una causa que en este tipo de casos requiere de una adecuada instrucción, y sin que las paralizaciones que se citan supongan un retraso y abandono del procedimiento que sean merecedores de un reflejo en la pena.

El motivo se desestima.

RECURSOS DE Héctor y Lucía

Héctor

OCTAVO.- 1.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, a un proceso con todas las garantías, tutela judicial efectiva y derecho de defensa.

Frente a la queja del recurrente nos remitimos a la corrección de las intervenciones telefónicas acordadas que se ha explicado en el FD nº 2 ante el primer motivo del recurrente anterior, al considerar que no se trató de una investigación prospectiva, sino de argumentos válidos y suficientes en la investigación policial para habilitar la injerencia, lo que se iba verificando conforme los resultados de la investigación policial y las escuchas ofrecían datos que permitían ampliar la investigación mediante medidas de injerencia.

Efectúa un alegato en torno a la nulidad del primer auto de intervención y que los posteriores no tienen basamento alguno que permita la injerencia. Pero hay que recordar que la intervención telefónica se acordó cuando ya estaba en marcha la instrucción judicial e intervenidos ya otros teléfonos. Y esa es precisamente la justificación de la intervención, pues a partir de las conversaciones interceptadas ya judicialmente, acompañadas de vigilancias y seguimientos, surgieron datos de su presunta participación en el tráfico de drogas que estaba siendo objeto de investigación, lo que así se puso de manifiesto en el oficio policial que solicitaba la intervención telefónica, por lo que el Auto que acordó su intervención estaba suficientemente motivado.

Sin embargo, frente a su queja, de lo resuelto hay que señalar que en la sentencia del TSJ se hace constar en el FD nº 3 el devenir de las medidas de injerencia que son proporcionadas y adecuadas a la gravedad de los hechos que se estaban investigando, y que se trataba, no lo olvidemos, de un grupo criminal dedicado a la



actividad, como principal, del tráfico de drogas, teniendo en cuenta este dato para valorar la precisión, control y detalle con la que los agentes llevaron a cabo la investigación, sin precipitarse para pedir intervenciones no fundadas, y sin que el archivo inicial de unas diligencias tenga efectos negativos en las presentes al tratarse de hechos distintos, y una investigación ex novo en este caso, aunque con personas relacionadas en ambos casos, siendo viable que los agentes se dirijan a la Fiscalía antidroga en estos casos, para la dirección superior e instancia de las peticiones.

Consta, así, en el FD nº 3 de la sentencia del TSJ el iter de oficios librados, y en lo que aquí respecta:

"...8.- Oficio 21 de Julio de 2016 (F. 298 TII) por el que tras dar cuenta de las gestiones practicadas se solicita el alta del terminal correspondiente a Héctor , ... a lo que se accede por auto de fecha 22 de julio de 2016 (F. 371 TII).... 15.- Oficio 26 de octubre de 2016 (F777 TIII) por el que se solicita la prórroga del dispositivo de seguimiento instalado en los vehículosXNK yNWK , así como la de la intervención de los terminales correspondientes a Inmaculada , Gerardo , Landelino , Guillermo , Hernan , Nicanor y Milagrosa y Lucía

Dándose por concluida la investigación se solicitan diversas entradas y registros en los domicilios de los investigados a lo que se accede por auto de fecha 17 de noviembre de 2016 dando tras su práctica lugar a la práctica de varias detenciones.

... no podemos censurar el auto inicial, observando por lo que se refiere a los restantes, como en todos ellos los agentes de policía dan cumplida cuenta, no solo de los extractos de las conversaciones que entienden de interés para la causa, sino a la par de las restantes diligencias de investigación llevadas a cabo durante el periodo considerado y particularmente de los diferentes seguimientos que han llevado a cabo y que vendrían a ratificar sus sospechas iniciales. Lo que hacen puntualmente dentro de los treinta días por los que se ha otorgado la correspondiente autorización, actuando el Juzgado dentro del término legal de 24 horas, siempre previo informe del Ministerio Fiscal.

La representación de Héctor , alude a que se acuerda primera vez la intervención de su teléfono por Auto de fecha 22 de julio de 2016 (F. 371 TII) a pesar que entiende que nada de la investigación policial llega a incriminarlo. Ya según el oficio policial la intervención se solicita porque se observan contactos entre Gerardo y Héctor en los que este ultimo reclama información sobre un vehículo y un tercero en prisión actualmente o vinculado a actividades delictivas del que precisa también un foto, cuando en realidad esa información la precisaba para hacerla valer esa información en un juicio por un hecho completamente ajeno a lo que es objeto de investigación. Aludiéndose también a que este junto a su mujer habían efectuado un viaje a Madrid con objeto de adquirir alrededor de un kilo de cocaína, a pesar de que no existe ninguna constancia sobre el particular lo que en esos momentos sostiene ya era del conocimiento del instructor.

Frente a lo cual no podemos dejar de recordar que nos encontramos valorando en esos momentos indicios, meras sospechas de la participación de esta persona en el grupo que es objeto de investigación y en el que se integra Gerardo , resultando los indicios aportados por las conversaciones intervenidas realmente sospechosos a esa fecha, a la que en cualquier caso nos debemos remontar, ya que de un lado se refiere a que aprovechándose de su condición de policía, haciendo un uso ilegítimo de las bases de datos con cuenta, a través de una matrícula se averigüe la identidad de una persona, por lo visto también relacionada con actividades delictivas, lo que efectivamente hace remitiéndole los datos y la imagen de esa persona. A lo que se une que por inteligencia policial existe constancia de su posible participación en un viaje con objeto de adquirir droga. Comprobándose luego que esa información por lo visto la precisaba para hacerla valer un problema ajeno a estos hechos, actividad que no deja de ser delictiva por parte de Gerardo y que de hecho justifica también en alguna medida la investigación llevada a cabo por UAI. No negamos que tras la correspondiente investigación haya resultado que puede que no tenga relación alguna con los hechos, pero no tenemos constancia alguna, ni razón para sospechar que de esta circunstancia se tenía conocimiento en el momento en que se solicita la intervención, y realmente cuando por la naturaleza de los hechos, se ha llegado a hablar en la diligencias iniciales de posibles extorsiones por motivo de drogas, así como de seguimientos y medidas de vigilancia y contra vigilancia, realmente constituye una sospecha fundada el contenido de las conversaciones en cuestión, máxime cuando la persona investigada también se haya relacionada con el ambiente delictivo.

Puede que no existiera constancia objetiva de ese viaje al que se alude, ni hasta qué punto sea cierto, pero en contra de lo que se afirma no podemos afirmar que se tuviera conocimiento de ello en el momento de solicitarla, ya que durante el juicio oral en la sesión del día 5 de mayo de 2019 (disco 22. Min. 13.07 y ss) lejos de afirmar este extremo, el instructor clarifica de donde vino la información, aludiendo concretamente a que esa información provenía de la Comisaría General de Policía Judicial, obrando por tanto antecedentes policiales al respecto, sin perjuicio de que luego no se haya llegado a materializar en condena o procedimiento penal alguna.



Por lo que en ese momento por las circunstancias de la investigación aparece como razonable la petición, como también lo resulta que tras constatarse esos extremos y que no se deduzca de las conversaciones aportación alguna de interés, una vez finalizados los 30 días otorgados por la resolución al dar cuenta de su resultado se solicite el cese de esa medida restrictiva. A pesar que en posteriores seguimientos sigue detectándose su presencia en diferentes encuentros.

Se cuestiona igualmente el auto de 7 de septiembre de 2016 (F 638 TII) sobre la base de que en algún apartado del mismo refiriendo a un encuentro con Nicanor confunde a Gerardo con Héctor, lo que puede ser cierto en el primer encuentro que relata entre ellos, mas no puede dejarse de lado que la resolución se limita a efectuar un breve resumen del oficio de dación de cuenta remitido por la policía, por lo que en definitiva estaría fundando la procedencia de la medida por remisión al mismo, lo que como se ha visto es perfectamente admisible, permitiendo su confrontación constatar el carácter de mero error de transcripción que posee, y que en cuanto tal carecerá de mayor trascendencia."

La argumentación del TSJ es correcta en orden a la adecuación del iter desplegado para llevar a cabo las injerencias. Y no se trata de que las intervenciones lo fueran con respecto a su pareja por la mera relación familiar, sino que hay una implicación constatada que se desprende de escuchas previas que habilitan la posterior injerencia y la correlativa constatación probatoria de la realidad que subyacía a sus actuaciones delictivas.

No hay déficit alguno de los autos de injerencia, sino que se acomodan y relatan el resultado, por remisión, de la investigación preliminar habilitante que es expuesta y reflejada en los autos y en las sentencias. El recurrente resta relevancia a las investigaciones previas y a los resultados de las escuchas, pero el resultado reflejado en los hechos probados y en la argumentación jurídica y valoración de prueba lleva a otro escenario de culpa.

No había, tampoco, déficit de información con carácter previo al auto de intervención del recurrente, como se ha explicado con detalle en el FD nº 2 anterior. Y lo mismo cabe predicar de los posteriores de prórroga que vienen avalados por la investigación que se llevaba a cabo y la proporcionalidad y necesidad de su dictado. El recurrente señala que las conversaciones no tienen contenido incriminatorio, pero distinta es la conclusión y convicción a la que llega el Tribunal y es avalado por el TSJ en la de apelación.

Se alega la nulidad del Auto de 17 de noviembre de 2016, que autorizó la entrada y registro en los domicilios de los recurrentes por falta de motivación, es decir, de indicios que justificaran su adopción, por lo que se vulneró el derecho fundamental del art. 18.2 CE.

Señala el TSJ ante la queja que ya se expuso de nulidad de las diligencias de entrada y registro que:

"No podemos dejar de lado que esta resolución trae causa de un periodo previo de investigación policial, durante el que no solo se han intervenido las comunicaciones de todo el grupo, sino que a la par han sido objeto de seguimientos e investigación patrimonial, de cuya valoración conjunta se han extraído unas iniciales sospechas de que todos los acusados formaban parte de un grupo más o menos estructurado dedicado al tráfico de drogas tóxicas, cuyas conclusiones se exponen en el oficio que remite la UAI en fecha 16 de noviembre de 2016 (f.910 TIII) interesando las controvertidas medidas y en las que en esencia se basa el auto cuestionado para otorgar la correspondiente autorización. Lo que lleva en primer término a las defensas a solicitar esta nulidad, al entender que si las referidas escuchas adolecen -según su parecer- de falta de una motivación suficiente, esta diligencia que de forma directa deriva de ellas también adolecería de la misma falta, lo que justificaría su nulidad. Pretensión que hemos tenido ocasión de rechazar con anterioridad, por lo que consecuentemente este alegato conjunto igualmente decaerá."

Pero ya hemos reflejado que no se admite la queja de la invalidez o ilicitud de las escuchas, por lo que las conversaciones que permiten orientar el dictado del auto de acceso a los inmuebles que se citan permiten habilitar el medio que otorga validez a la injerencia domiciliaria.

Consta en la sentencia del TSJ al respecto que:

" Héctor y Lucía son pareja y Imanol es el padre de esta última, que además tiene problemas de salud, lo que naturalmente justifica un flujo continuo de visitas entre ellos, pero en este caso la autorización no se funda en su relación, ni en el número de visitas que se puedan realizar, sino concretamente en la relación que mantienen con Gerardo, y las comunicaciones que mantienen entre ellos, así como al haberse detectado encuentros en los que por sus circunstancias se llega a sospechar que pueda haber un intercambio o entrega de drogas, que custodian en el domicilio del Sr. Imanol de la CALLE000, al que acceden a través del garaje garantizando así una cierta reserva, destacando en este aspecto la operación del 5 de septiembre en que se alude a una posible intermediación del Sr. Gerardo, así como la conversación que se le intercepta a este con un mecánico para que arregle o prepare lo que tiene la apariencia de ser un compartimiento oculto en el vehículo de Lucía. Al margen de los contactos y conversaciones que mantienen Gerardo y Héctor,



que aun cuando exista una coincidencia en su nombre propio, e incluso haya podido cometerse algún error material de transcripción confundiendo ambos nombres, resulta claro tanto en los informes policiales como en las diferentes resoluciones, que se tiene una clara constancia del papel que desarrollan ambos, apareciendo perfectamente diferenciadas las conductas imputables a uno y otro, puede que tal como se nos alega en el recurso el auto de 16 de noviembre en su fundamento quinto (f. 1021 TIII) al hacer referencia al episodio del 5 de septiembre respecto al vehículoHQN indique que Héctor se lo proporciono a Héctor , lo que como se ha señalado no puede merecer mas calificativo que el de mero error de transcripción puntual, no ofreciendo ninguna duda a que se refiere realmente, cuando a la par remite al concreto folio de las actuaciones donde el informe policial relata el incidente (f. 783) en el que claramente puede leerse " Gerardo sale de su domicilio ...matriculaHQN ...el cual le ha traído Héctor ". Por lo que en esta medida no resultara cuestionable, tal como igualmente desarrolla la sentencia impugnada, la motivación de esta medida."

Se explica con claridad la confusión nominativa que en algunos casos pudiera haber con el anterior recurrente por el nombre, pero en su integridad y contexto estaba claro a qué y a quienes se referían en cada caso, como explica la sentencia.

En la relación de hechos probados, como resultado de la prueba llevada a cabo por las escuchas e investigaciones policiales se recoge el vínculo de relación entre el anterior recurrente y el actual y su esposa, así como con su suegro, pese a que el recurrente sostenga que se condena por un vínculo familiar, lo que no es correcto, sino que se dicta condena por la prueba practicada y la participación de cada uno de ellos.

Se recoge en los hechos probados que:

" Gerardo era el encargado de entregar la droga a Landelino , a Héctor , a Evaristo y a Hernan , quienes dependían directamente de él y contaban con otros colaboradores directos. Landelino , que recibía la sustancia y las instrucciones de Gerardo , custodiaba parte de la droga en sus domicilios de Valencia y de Alfara de la Baronia, la distribuía a pequeña escala y también la facilitaba a Guillermo , quien a su vez se encargaban de distribuir al menudeo sustancias estupefacientes en la localidad de Valencia. Al igual que este último, Narciso recibía la droga a través de Landelino y hacía labores de distribución al menudeo en las localidades próximas a Alfara de Baronia. Héctor hizo labores de transporte de droga, guardando la misma en el domicilio de su suegro, Imanol . Este último y su hija Lucía , esposa de Héctor , además de custodiar la sustancia, distribuían la droga directamente a los consumidores finales. Evaristo hacía igualmente labores de distribución a consumidores finales, de forma directamente dependiente de Gerardo . Por último, Hernan , bajo las órdenes igualmente por Gerardo , intervenía en el procesado de la droga, reduciendo su nivel de pureza con productos adulterantes, y empaquetándola de nuevo en cantidades más pequeñas, y participando eventualmente en el menudeo de la sustancia.

De este modo, fueron incautados en los domicilios de las personas referidas las siguientes cantidades de cocaína, para su custodia y posterior distribución a terceros, útiles necesarios para la adulteración y corte de cocaína y dinero procedente de la venta, según los casos:"

Así, consta en los hechos probados que en la diligencia de entrada se encuentran:

"Dos cajas fuertes que se hallaban en una habitación de la vivienda, cuyas llaves fueron intervenidas a los procesados Héctor y Lucía , en la vivienda de éstos, que contenían; en la caja fuerte marca SAFE con numeración NUM029 dos paquetes envueltos en plástico con la inscripción SIG resultando ser cocaína, tras el oportuno análisis y pesado, con un peso de 1002,0 gramos y una riqueza de 76% uno de ellos y el otro, 999 gramos con una riqueza del 77%. Así como otro paquete con la inscripción CHANEL que resultó ser cocaína con un peso de 999 gramos y una riqueza del 64%. y en la otra caja fuerte marca ARREGUI con numeración NUM001 , una bolsa conteniendo otras dos bolsas, una de ellas con cocaína con un peso de 18,95 gr. y una riqueza del 74% y otra bolsa con 196,86 gramos de cocaína con una riqueza del 78%, otra bolsa con 50 bolsitas preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, de las cuales 21 tenían un peso neto de 14,66 gr de cocaína con una riqueza del 73% y 29 tenían un peso neto de 19,89 gr de cocaína con una riqueza del 77%, otra bolsa con 50 bolsitas preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, de las cuales 29 tenían un peso neto de 20,04 gr de cocaína con una riqueza del 74% y 21 tenían un peso neto de 14,42 gr de cocaína con una riqueza del 77%, otra bolsa con 100 bolsitas preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, de las cuales 98 tenían un peso neto de 37,04 gr de cocaína con una riqueza del 78% y 2 tenían un peso neto de 0,77 gr de cocaína con una riqueza del 76%, otra bolsa con 100 bolsitas preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, de las cuales 98 tenían un peso neto de 37,14 gr de cocaína con una riqueza del 79% y 2 tenían un peso neto d 0,74 gr de cocaína con una riqueza del 78%, otra bolsa con 100 bolsitas en su interior preparadas y cerradas con alambre verde algunas en polvo y otras en roca, con un peso neto de 38,8 gr de cocaína con una riqueza del 78% y otra bolsa, ésta sin preparar, conteniendo sustancia en polvo y en roca, que resultó ser cocaína con un peso



neto de 43,24 gr de con una riqueza del 77% , dos bolsitas conteniendo 1,37 gramos peso neto de cocaína con una pureza del 79% y una bolsita de 0,7 gramos de cocaína peso neto y una riqueza del 79%, así como una báscula TANITA modelo 1749S."

Existen argumentos sólidos para la viabilidad de la injerencia tras el oficio de 16 de noviembre de 2016 (folios 910 a 1016), y el resultado de la investigación e instrucción (intervenciones telefónicas y vigilancias) que justificaban la entrada y registro como medio necesario para culminar la investigación del delito de tráfico de drogas.

En cuanto a la alegada vulneración de la presunción de inocencia, existe prueba bastante ya expuesta por el TSJ en cuanto a la implicación del recurrente y su esposa, así como por la intervención de los agentes policiales, el contenido de las intervenciones telefónicas, el resultado de las entradas y registros, o incluso también, en el caso de Lucía , la pericial caligráfica realizada.

Señala el TSJ al respecto que:

" Héctor , Lucía y Imanol

DUODÉCIMO.- Respecto a este grupo es evidente la relación que existe entre ellos, por ser Héctor y Lucía pareja y Imanol el padre de esta última. Pudiendo tener más o menos relación con los restantes implicados, pero sí que mantiene una relación cercana y de confianza con Gerardo .

Se nos dice que los únicos indicios que incriminan al Sr. Héctor , es el ya comentado seguimiento del día 5 de septiembre (vigilancia 74, f. 631, TII) en el que según la tesis de la acusación se habría producido un acto de distribución, en el que tras haber recibido con la mediación de Gerardo sustancia toxica es trasladada por Héctor y su pareja al domicilio del Sr. Imanol en la CALLE000 donde se almacena y una parte se distribuye al menudeo. Corroborándolo una conversación que tiene lugar entre los Srs. Gerardo y Héctor (08/09/16, f. 662, TIII) en la que este último se muestran satisfecho "con lo suyo". A lo que se ha de añadir la mediación que efectúa el Sr. Gerardo para que le dispongan un compartimiento oculto o "caleta" en el vehículo Toyota que, aun cuando en alguna ocasión haya podido utilizarlo el Sr. Héctor , de forma habitual lo emplea su pareja, respecto del que no resulta creíble su versión de que tenía por objeto ocultar armas prohibidas (llamadas 17/10/2016 f. 787 y f.789, mantenida entre el Sr. Gerardo y Pedro Antonio el mecánico).

Indicios que, junto a la investigación que hizo el Sr. Gerardo en las bases policiales que finalmente resulto no tener relación con los hechos, aun cuando pudiera justificar la investigación realizada y las medidas restrictivas solicitadas, indudablemente resultarían insuficientes para fundar una sentencia condenatoria. Pero se da la circunstancia que las sospechas vehementes que generan, son posteriormente plenamente confirmadas a través del registro domiciliario en que desemboca, que permite corroborar que acorde a la tesis policial en el domicilio de la CALLE000 , de un lado se custodiaba parte de la droga que posteriormente se distribuiría a los restantes integrantes del grupo (véase la coincidencia de embalajes con la intervenida en el domicilio del Sr. Landelino) y de otro lado, otra parte se destinaria al tráfico al menudeo desde esa misma vivienda.

Así en tal sentido observamos que se encuentra una caja fuerte (marca SAFE) que contiene 3 kilos de cocaína distribuidos en tres paquetes de una pureza del 77% o 76%, de la cual únicamente posee llave el Sr. Héctor . Junto a la cual se encuentra una segunda caja (marca ARREGUI) de la que al margen de su pareja ya también posee llave la Sra. Lucía , en la que se encuentran distribuidos en un total de trece envoltorios 405.82 gramos de cocaína de unas purezas que oscilan entre el 73% y 79%. Cajas de la que no poseía llave Imanol a pesar de ser el único ocupante de la vivienda, que tan solo podría acceder a una tercera caja en la que se encuentran unos 60 envoltorios de similares características, con toda la apariencia de ser dosis dispuestas para su venta, resultando ser un total de 22,56 gramos de cocaína con una pureza que ronda el 71%. Al margen de otras siete dosis sueltas por la vivienda. En la que además se encuentra una bascula de precisión, útiles para confeccionar envoltorios (plásticos y alambres) y dinero en metálico (2.000€).

Lo que evidencia el distinto grado de responsabilidad que asumen, sencillamente por el acceso que poseen al material intervenido, viendo que el Sr. Héctor es el único que tiene acceso a la totalidad de la sustancia y particularmente al almacenado en bloque. Poseyendo su pareja solo acceso al distribuido en dosis, evidenciando ser esta la encargada o quien dirige la venta al menudeo, como lo corroboran las anotaciones encontradas que presentan la apariencia de ser una especie de contabilidad, respecto a las que la prueba pericial practicada pone en evidencia estar confeccionadas por la Sra. Lucía (f.3555 TVII), a lo que se uniría la vigilancia que puso en evidencia lo que a todas luces era un acto de venta en que un desconocido se sube a su vehículo Toyota para tras avanzar unos pocos metros descender nuevamente (vigilancia 85, f.874, TIII) o mensajes que tienen la apariencia de concertar citas de esta índole (f.2650, TVI). En el último escalón se encontraría el Sr. Imanol que sería un mero custodio de la sustancia aunque sin tener acceso a gran parte de ella, dado que únicamente podría acceder a la tercera caja en las que se aprehendieron las 60 dosis, al margen



de dinero en metálico, lo que le permitiría realizar igualmente alguna operación de venta, siendo significativo en tal sentido la llamada que efectúa a su hijo en el momento de su detención avisando de lo ocurrido, tratando de que su hija se deshiciera de lo que tuviera, mostrándose conforme en asumir la culpa (f. 1283 TIV) .

Por lo que ante ello no podremos menos que coincidir con la Sala y hacer extensivo la calificación de grupo criminal a esta familia.

Calificación o consideración global que en orden al delito contra la salud pública, con independencia de la posición o concretas funciones de las que se ocupen dentro del mismo, nos obligara a considerar que cada uno de ellos actúa como favorecedor de la distribución de la totalidad de la droga que es intervenida en el domicilio de la CALLE000, haciéndose por tanto merecedores de la consideración de la notoria importancia del artículo 369.5º CP, haciendo totalmente improcedente la aplicación del subtipo atenuado del párrafo segundo del artículo 368 CP. Dado que puede que el Sr. Imanol no dispusiera de llave de las dos cajas de seguridad que tenía en su domicilio, mas a pesar de ello no podemos dejar de afirmar que con una plena consciencia de los que a allí había custodiaba esa sustancia aun cuando no la detentara materialmente, lo que cabria hacer extensivo a su hija María, que en su caso es más patente, dado que ya posee llave de al menos una de esas cajas encargándose a la par de dirigir con la ayuda de su padre la venta al menudeo que se efectuaba desde ese domicilio. Nutriéndose en última instancia de las cantidades que custodiaban. Lo que finalmente resulta más patente en el caso del Sr. Héctor, que es quien posee la llave de esas dos cajas, poniendo así en evidencia que es quien tiene el dominio final sobre esas sustancias, particularmente de aquella en que custodiaban el grueso de la sustancia. Lo que hace completamente inadmisibles que se pretenda desligar de esa sustancia".

Existe constatada relación entre ellos e integración en el grupo.

Hay que reseñar, y esto es válido para todos los recurrentes, que el Tribunal de instancia efectúa un detallado examen de la prueba que se valora y que de forma individualizada va detallando, todo lo cual es confirmado en el proceso de examen de la racionalidad de la valoración probatoria. Y así, en el FD nº 4 relaciona:

- 1.- Prueba tenida en cuenta para condenar en cada caso.
- 2.- Declaraciones de los acusados.
- 3.- Actas de entrada y registro, fundamentalmente.
- 4.- Examen de la prueba testifical (agentes de policía, que se refieren a diversas vigilancias y escuchas).
- 5.- La pericial.
- 6.- Actas de vigilancia e intervenciones telefónicas, que han sido introducidas válidamente en juicio por medio de las testificales de los agentes de policía que intervinieron en las mismas.

Pese a la negativa de los recurrentes se deja constancia de estas detalladas actas de vigilancia y del proceso de investigación llevado a cabo con carácter previo, y después a la adopción de las medidas de injerencia.

El motivo se desestima.

Lucía

Lucía se adhiere a la impugnación realizada por su pareja (Héctor) por lo que le serian de aplicación las consideraciones ya efectuadas.

Señala el TSJ respecto a esta recurrente que:

"Al margen de ello cuestiona el auto de 30 de septiembre de 2016 (F. 732 TIII) en la medida que el mismo - acorde a lo solicitado- acuerda la intervención de un terminal atribuido a Héctor, cuando la policía por razón de la previa intervención de las conversaciones de este último era plenamente consciente de que lo empleaba su mujer, respecto de la que al margen de su relación matrimonial no tenía ninguna referencia o sospecha de ella. Sosteniendo que es a este respecto llamativo que cuando se da cuenta del resultado de la gestión a los treinta días se solicita la prórroga de la intervención correspondiente a Lucía, en vez de su alta como debió ser procedente.

Petición que se basa en el oficio de fecha 29 de septiembre de 2016 (F 645 TIII) a cuyo contenido deberemos acudir para observar su justificación ya que en el mismo se basa posteriormente la resolución cuestionada. Aludiendo así a una conversación que mantienen Gerardo y Héctor el día 8 de septiembre, a través de los terminales NUM030 y NUM031, en el que se alude a una posible operación de venta de drogas, haciendo alusión el propio oficio a una posible operación anterior en la que intermedio Gerardo, desplazándose Héctor del domicilio de su suegro la CALLE000 acompañado de una mujer y un niño. Habiéndose hecho referencia a lo largo de la investigación que es frecuente que en casos de esta naturaleza los investigados cambien



frecuentemente de teléfono, o se sirvan del teléfono de sus familiares o allegados, por lo que aun cuando los agentes pudieran haber tomado conciencia de que ese teléfono lo empleaba la Sra. Lucía, este hecho vista la conversación intervenida no excluye que actualmente fuera su usuario su pareja. Sin olvidar por supuesto que se trata de una investigación que se prolonga a lo largo del tiempo, en la que se sospecha que existe un grupo más o menos organizado, del que ya ha habido constancia de la presencia de Héctor, no siendo admisible que se consideren de forma aislada las diferentes prorrogas y las altas que surjan a lo largo de la investigación.

Siendo cierto que cuando se da cuenta del resultado de las anteriores intervenciones a través del oficio de fecha 26 de octubre de 2016 (F. 777 TIII) pasa a incluir entre las personas investigadas a Lucía y se solicita no el alta sino la prórroga de su teléfono (IMSI NUM032) coincidente con el que inicialmente se atribuyó a su pareja. Lo que no será más que una cuestión terminológica, ya que en definitiva es el mismo terminal el que continúa siendo objeto de investigación, no ocultando en ningún momento que el mismo está siendo empleado en ese momento por Lucía, a quien ya vinculan con la vivienda de la CALLE000, donde reside su padre y al que acude con frecuencia, y que los investigadores sospechan que se emplea para almacenar droga, haciendo referencia a la operación de intermediación antes mencionada en la que partieron de dicho domicilio, así como a un seguimiento en que se detecta que la Sra. Lucía efectúa lo que a todas luces se presenta como un acto de intercambio o venta al menudeo al sorprenderla durante unas de las vigilancias (Acta NUM033, 29/09/2016 f. 874 TIII) cuando conduciendo su vehículo la aborda un varón con aspecto de toxicómano al que recoge y tras recorrer ambos apenas unos metros baja nuevamente, lo que se presenta como una típica operación de venta al por menor. Sin perjuicio de hacerse alusión a una conversación entre Gerardo y un mecánico haciendo alusión a un arreglo de la puerta y tapicería de ese mismo vehículo en lo que se presentaría como la creación de un compartimiento oculto. Sin perjuicio de aludirse a una conversación mantenida el 17 de octubre de 2016 entre Gerardo y Héctor entre los mismos terminales antes referidos.

Por lo que ningún objeción cabría realizar respecto a esta resolución, la cual por este motivo estaría motivada, previa supervisión de la actuación llevada a cabo por la policía."

Nos remitimos a los extremos ya expuestos anteriormente en los que queda constatada su intervención y relación con los hechos, siendo válidas las medidas adoptadas en relación a ella, no solo como esposa del anterior, sino por su implicación directa que resulta de la investigación.

En cuanto a la alegada presunción de inocencia recoge el Tribunal de instancia que:

"Medios de prueba exclusivamente relacionados con los hechos que se le imputan a Lucía .

Por lo que se refiere a la declaración de Lucía manifiesta no conocer a Landelino, ni a su mujer Inmaculada, ni a Higinio, ni a Guillermo, ni a Humberto. Al igual que le ocurre a su pareja Héctor, dadas las funciones que tenía encomendadas dentro del grupo, no requería conocer a esas personas. Bastaba que Gerardo -con la colaboración de Héctor- le consiguiera la sustancia estupefaciente, que custodiarían en casa de su padre, y con la que traficaban. Sí que manifestó reconocer a Evaristo, aunque alegó que carecía de relación con él, aunque poseía la foto familiar en la que aparecen todos ellos. Esta mujer se encontraba en posesión de una de las llaves que abría una de las cajas fuertes del domicilio de su padre, y en su domicilio fueron halladas las llaves de las dos cajas fuertes, donde se hallaba la mayor parte de la droga. También tenía en su poder anotaciones, que presumiblemente se refieren al tráfico ilícito de estupefacientes. Respecto a la autoría de estas anotaciones se hablará más adelante.

En una de las vigilancias (de la que se hablará también después) se constató un extraño trayecto de escasos metros que realizó con su padre. En su declaración empleó la misma excusa -que le estaba llevando boniatos a su padre-, que fue empleada por Imanol, y resulta absurda, puesto que en la vigilancia no le vieron salir del coche con nada, y Imanol manifestó irse directamente después a un bar. Ese tipo de trayectos cortos, como se ha visto, se han empleado para evitar ser observados por terceras personas al efectuar intercambios ilícitos.

Termina su declaración manifestando que el vehículo de su propiedad lo compró con un préstamo que le hizo un amigo (Jesús Luis, que también declaró en juicio). A pesar de las manifestaciones del testigo, no queda claro el origen del dinero, que es siempre en efectivo, ni la razón que existe de prestar tal cantidad de dinero fuera de los servicios financieros y con un escueto contrato privado y sin garantías de devolución del dinero, más allá de sus ingresos como camarera, además de los ingresos como pensionista de Héctor (que ya disponía de un coche). En este sentido, el testigo Jesús Luis manifestó que le prestó los 15.000 euros porque el banco no le concedía el crédito a Lucía, y que por eso el 12 o 13 de febrero la acompañó al Banco Santander a hacer el ingreso en la cuenta del concesionario. Se aportó por la defensa de Lucía en el acto del juicio una copia de tal contrato de préstamo, en el que consta que se devolvería (sin intereses) a razón de 250 euros al mes. Sin embargo, no hay rastro alguno de que se devolviera ninguna cantidad. El documento es privado y no hace fe de la fecha que contiene, por lo que puede razonablemente dudarse de la veracidad de este préstamo. Aunque sí consta el ingreso de 14.900 euros efectuado por Jesús Luis en una cuenta de



SAKURAUTO (concesionario Toyota) el 15 de enero de 2016 (el testigo dijo que el préstamo era del 12 o 13 de febrero). Pero se ignora igualmente la procedencia de este dinero y porqué este testigo disponía de esa cantidad de dinero en efectivo. Por último, hay que poner de manifiesto que el contrato de compraventa del vehículo, también aportado por la defensa de Lucía , era por importe de 15.200 €.

El agente NUM022 habla del encuentro entre Lucía y un varón desaliñado con riñonera, el 29 de septiembre de 2016, de un escaso espacio de tiempo y sin que aparentemente le llevara a ninguna parte. Este mismo agente descarta que esta persona fuera el padre de Lucía (Imanol), lo que permite inferir que participó en un acto de venta (f. 784 y acta de NUM033 , f. 874). En el acta de vigilancia se describe a este hombre como varón de 35-40 años, por tanto, más joven que Imanol . Este hecho, unido a que se encontrara en la posesión inmediata de la droga, ya que disponía de la llave de una de las cajas fuertes del domicilio de su padre (y en su domicilio se hallaron las dos llaves), y que su vehículo contara con lo que se ha denominado como "caleta", y que además estuviera en posesión de ciertas anotaciones contables, permite inferir que se dedicaba al tráfico de estupefacientes.

Al respecto del hueco oculto en el coche de Lucía , es Gerardo la persona que se encargó de hablar con el mecánico que se iba a hacer la modificación del coche (f. 787 y ss). No resulta razonable la excusa puesta por Héctor diciendo que la caleta la empleaba él para esconder ciertas armas blancas que utilizaba como protección, puesto que Héctor tenía su propio coche (Volkswagen Tiguan) y que no fue hallada ninguna arma blanca en el vehículo Toyota. Tampoco se da explicación suficiente de por qué se quería desmontar el hueco oculto. Hay que recordar que el coche se compró nuevo en enero de 2016, por lo que la instalación de la caleta hubo de hacerse posteriormente. Esa desinstalación de ese accesorio tan solo unos meses después de su instalación permite inferir que querían dejar de utilizarlo por alguna razón (quizás el embarazo de Lucía), haciendo desaparecer todo rastro de la misma. Si solo tuviera como utilidad guardar un puño americano o una navaja, no se comprenden tales molestias para un periodo de tiempo tan breve. Por otro lado, el hecho de que Gerardo se encargara de gestionar la desinstalación de la caleta demuestra la ascendencia funcional que tenía frente a Héctor , Lucía y Imanol .

El agente instructor del expediente, agente NUM021 , narró en juicio las sospechas de participación respecto de Lucía . Así, relató como ella mandaba mensajes con cantidades, de lo que se podía deducir que reclamaba deudas o llevaba algún tipo de contabilidad. También en ocasiones, Héctor encargaba a Lucía ir a recoger cosas. A preguntas de los letrados ,de la defensa, este agente policial reconoció que en la entrada y registro del domicilio, de Lucía y Héctor no hubo hallazgos de droga o dinero. Sin embargo, este agente puso de manifiesto en su declaración que cuando se produjeron las primeras detenciones, en seguida empezó a haber un relevante tráfico de llamadas entre ellos, según se deduce del tráfico de comunicaciones de SITEL. De hecho, hubo una llamada de Imanol a su hijo, cuando fue detenido, en la que decía: QUE TIRE LOS TRASTOS, QUE Lucía SE QUEDE TRANQUILA (sobre ello se hablará más adelante).

En el examen de los terminales telefónicos ya se ha visto como Lucía concertaba numerosas citas por whatsapp sin un objeto concreto (f. 2650 y ss). Algunas de las personas con las que quedaba (Doroteo , Vanesa , Bigotes , María Inés), coinciden en sus nombres con los que constaban en una de las rudimentarias contabilidades de su padre, que ya ha sido mencionado.

Cuando se examine la pericia! caligráfica, se motivarán los indicios que llevan a atribuir la autoría de parte de la contabilidad a Lucía .

La caleta en su vehículo, las breves citas concertadas por whatsapp sin motivo aparente, las llaves de las cajas fuertes, la contabilidad... Todo ello, valorado en su conjunto, permite dar por acreditado que efectivamente Lucía se dedicaba al menudeo de cocaína, y no solo tenía las llaves de una de las cajas fuertes hallada en casa de su padre.

Igualmente, tales indicios permiten inferir su integración en el grupo criminal de forma estable y continuada, con la finalidad de proceder al tráfico ilícito de cocaína, de forma concertada con los restantes miembros del grupo. Así, ya se ha hablado de la relación criminal existente entre Gerardo y Héctor , en la que el primero proporcionaba la droga al segundo, que la transportaba hasta el domicilio de Imanol , lugar donde se custodiaba con su conocimiento y consentimiento. Posteriormente Imanol y Lucía , como parte de la estructura delictiva, procedían a la distribución de la cocaína al consumidor final. Por ello, existe justificación suficiente de que Lucía se había concertado con los demás miembros del grupo criminal, y tenía un papel fundamental y claro en el tráfico ilícito de estupefacientes, para la obtención de un beneficio económico."

Existe una abundantísima prueba debidamente valorada y tenida en cuenta que determina una colaboración de la recurrente al margen de su condición de esposa del anterior recurrente.

El motivo se desestima.



Héctor

NOVENO.- 2.- Al amparo del artículo 849. 1 y 2 por infracción de ley por aplicación indebida e inaplicación de los artículos 368, 369.5, 570 ter 1 b) 368.2 y 21.6 del Código Penal, inaplicación del subtipo atenuado y atenuante dilaciones indebidas.

La cantidad de droga incautada dispensa de cualquier observación sobre el tipo básico y más aún sobre el atenuado.

En cuanto a la consideración de grupo criminal nos remitimos a lo ya expuesto en el FD nº 3 y en cuanto a la desestimación de la atenuante de dilaciones indebidas a lo ya expuesto en el FD nº 7.

Consta la pertenencia al grupo del recurrente. Planteándose el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM hay que señalar que el respeto a los hechos probados lleva a destacar que existe un grupo criminal organizado con el objetivo fijado en los hechos probados en torno al tráfico de drogas y con la división de funciones y roles que tenían cada uno de los intervinientes.

No es posible aplicar la atenuante de dilaciones indebidas conforme se ha explicado en el FD nº 7.

No es posible aplicar el subtipo atenuado del art. 368 CP. Señala la sentencia del Tribunal de instancia que: "La conducta de ninguno de los implicados resulta incardinable en este subtipo atenuado. Ni siquiera los menudeadores (Guillermo , Narciso , Evaristo , Lucía) pueden ser incluidos en este tipo, dado que *todos ellos manejaban, de forma directa o indirectamente a través del subgrupo criminal del cual dependían directamente, manejaban una cantidad relevante de estupefaciente*. Así, Lucía se le puede relacionar directamente con la droga hallada en casa de Imanol , lo cual implica notoria importancia. Guillermo y Narciso disponían en sus hogares de una cantidad de droga que permite desechar este subtipo, sin perjuicio de que su relación con Landelino , permita imputarle la totalidad de la droga que se manejaba en esta rama del grupo criminal. La principal tarea de Hernan no era la de menudear, sino la de rebajar la pureza de la droga y reempaquetarla, todo ello bajo la dirección de Gerardo , que no manejaba una cantidad marginal de droga. De esa manera, el subtipo atenuado, simplemente no resulta aplicable."

Se ha mencionado en la sentencia de instancia y la de apelación la existencia del grupo y la relación de este recurrente, su esposa Lucía y su padre, también recurrente, Imanol , con el grupo, así como la "atracción" de la droga intervenida que lleva a la consideración de notoria importancia en la pena a imponer lejos de la postulada aplicación del párrafo 2º del art. 368 CP que deviene inaplicable, ya que la redacción del hecho probado queda lejos de la posibilidad de entender que se aproxima a lo que se denomina "escasa entidad del hecho", cuando estamos hablando de un grupo criminal destinado al tráfico de drogas y con los hechos delictivos por los que han sido condenados los autores y la droga aprehendida que consta en los hechos probados.

El motivo se desestima.

Lucía

Se aplican los mismos argumentos desestimatorios.

El motivo se desestima

RECURSO DE Imanol

DÉCIMO.- 1.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim.

Se queja el recurrente de la extensión de la condena por notoria importancia. Pero articulándose, obviamente, por la vía del art. 849.1 LECRIM debe respetarse el hecho probado, que a los efectos que nos interesan señala que:

" Héctor hizo labores de transporte de droga, guardando la misma en el domicilio de su suegro, Imanol . Este último y su hija Lucía , esposa de Héctor , además de custodiar la sustancia, distribuían la droga directamente a los consumidores finales."

Pretende el recurrente hacer abstracción de su relación con la droga, cuando queda acreditado, como antes se ha reflejado, su directa relación en el grupo, motivo por el cual ha sido condenado por el delito del art. 570 ter i b) CP. Su participación en el grupo conlleva la atracción de lo intervenido, no pudiendo tratar la droga encontrada en el registro con el carácter de ajenidad que se pretende.

La argumentación del Tribunal de instancia al respecto, aunque ello debería hacerse ante un motivo de presunción de inocencia, y no ex art. 849.1 LECRIM que se desestima por el propio hecho probado, recoge que:

"A pesar de la voluntad de Imanol de exonerar a su hija y yerno, en su declaración judicial, la realidad es que la vigilancia en la que se ve llegar a Héctor con la mochila a casa de Imanol , y después hallar en la entrada y



registro varios kilogramos de cocaína de alta pureza da como consecuencia que se considere acreditado que Imanol hacía funciones de conservación de la cocaína, aunque también menudeaba con ella. Esta voluntad de exonerar a su hija se observa igualmente en las expresiones empleadas por Imanol en la llamada que hizo a su hijo en el momento de su detención, y que fueron reseñadas policialmente ("mira, estoy detenido, llama a tu hermana y dile que tire los trastos, que no se preocupe, esto me lo voy a comer yo", f. 1284). También el hallazgo de la droga en su domicilio explica la vigilancia de 29 de septiembre de 2016, en la que su hija le llevó en coche apenas unos pocos metros. De nuevo, ese comportamiento extraño cobra sentido al descubrir que Imanol se dedicaba a almacenar la droga y al saber que Lucía disponía de una "caleta" en su vehículo. Esta vigilancia la relata el PN NUM022 en su declaración testifical.

La entrada y registro en su domicilio se introduce en el juicio por medio del acta de registro (f. 1099 y ss) y de las declaraciones testificales que se ratifican en el acta. Así, por ejemplo, el PN NUM022, participó en la entrada del domicilio de la CALLE000. Allí encontraron la caja de caudales, sin recordar quién le dio las llaves, así como dos cajas fuertes, que les marcaron los perros-guías caninos-. Las cajas fuertes fueron abiertas por los compañeros del grupo técnico. Y no recordaba que dijera que esa droga perteneciera a otra persona. También recordó que los anagramas de la droga hallada en este domicilio, coincidía con un envoltorio hallado en el domicilio de Landelino en Alfara, lo que es un importante indicio de que su origen era el mismo. Este hallazgo de droga de la misma procedencia entre personas que inicialmente no se conocen (Landelino y Imanol), permite considerar que ambos eran miembros del mismo grupo, en el que Gerardo servía de denominador común entre todos ellos, aun sin necesidad de que hubiera un contacto directo entre la parte del grupo encabezada por Landelino y aquella formada por Héctor, Imanol y Lucía.

También participó en la entrada de la CALLE000 el PN NUM034. Relata cómo encontraron la droga y su presentación, así como los útiles para la elaboración de las dosis. No recordaba que Imanol nombrara que aquellas cajas fuertes pertenecieran a una tercera persona. Este agente también participó en la entrada en el domicilio de Landelino en Alfara, manifestando qué había un envoltorio que coincidía con el hallado en el domicilio de CALLE000. Igualmente encontraron sustancia de cortes. Este testigo relata cómo las cajas fuertes fueron abiertas por la fuerza, gracias a la colaboración de un grupo operativo. Esto refuerza el hecho de que la disposición de las grandes cantidades de droga que se hallaban en la casa de Imanol correspondía a Héctor y Lucía, que eran los que tenían las llaves de las mismas.

En esta entrada también participó el agente NUM035, que recordaba como había paquetes de 100 bolsitas termoselladas de un gramo, al igual que encontraron bloques de un kilo de cocaína. Esta persona fue la encargada de la custodia de la droga, hasta llevarla a comisaría, donde quedó a disposición del instructor. Esta persona manifestó que en ningún momento perdió de vista la droga intervenida en este registro. Negó expresamente las preguntas de la defensa de Imanol tendentes a poner en duda que la droga estuviera constantemente dentro del control de la Policía. En concreto, fue esta agente de policía la encargada de la custodia de la sustancia estupefaciente y niega que perdiera de vista la droga.

En aquel momento inicial asistió a Imanol la letrada Milagros, que fue eximida por su cliente del deber de secreto para poder declarar como testigo. Esta letrada estuvo presente en la entrada y registro domiciliaria. Esta persona en su declaración no hace referencia a ninguna irregularidad en el registro, que se desarrolló con normalidad a su presencia, mientras Imanol se encontraba en el comedor con una máquina que le ayudaba a respirar. Esta letrada tampoco recuerda que Imanol en ese momento dijera que tenía una habitación alquilada. Y no ratifica, en consecuencia, la explicación dada por este acusado en el acto del juicio, sino que, al contrario, este testimonio lo desmiente.

El agente NUM021, instructor del expediente policial narra como Imanol tenía un teléfono de seguridad. Y llevaba una agenda con nombres y cantidades (f. 3205 y 3225 y ss), lo que podía ser una rudimentaria contabilidad. En ella se anotaban nombres, una cantidad múltiplo de 25 y si se encontraban pagados o no. Dentro de las hojas halladas se encontraba una manuscrita que decía: "les doy a mi hijo y Lucía 6700 Euros en billetes Lunes por la mañana día 7/11/2016" (f. 3235). Hay una serie de hojas en las que se van indicando por días cantidades distinguiendo "EFECTIVO", "SE HICIERON EN DINERO", "DIERON A CUENTA" Y "PRESTADO". También llevaba una contabilidad en su teléfono móvil, en el que anotaba una serie de nombres y cantidades (f. 2649 y 2650). En esta contabilidad se hace constar por ejemplo un tal "Doroteo". Esto concuerda con que en un teléfono empleado por Lucía queda con una persona que emplea un número de teléfono grabado como "Doroteo" (f. 2651), además de con otras muchas personas con las que concierta citas sin mencionar la razón del encuentro (f. 2652). Otras personas anotadas en la contabilidad, también concertaban citas con ella (Vanesa, Bigotes, María Inés). Si eso se le unen las vigilancias sobre Lucía, en la que se le ve hacer cortos trayectos en su coche (en el que tiene un hueco oculto), que es posible atribuirle una contabilidad del mismo estilo que la que llevaba su padre y que tenía las llaves de las cajas fuertes donde se encontraba la droga, no existe duda de que ella participaba activamente en el tráfico ilícito de estupefacientes.



No es necesario extenderse en que tal tráfico de droga lo hacía concertadamente con su hija y su yerno (Héctor), el cual se engarzaba con el resto del grupo a través de Gerardo . La posesión compartida de la droga (las llaves de las cajas fuertes, donde se encontraba la mayor parte de la droga estaba en poder de su yerno e hija) y la realización de la contabilidad en términos semejantes a los de su hija (coincidiendo determinados compradores), permite inferir que Imanol era un integrante más del grupo criminal, en los términos que se verán al hacer la calificación jurídica de las conductas."

Y el TSJ añade que: "En el último escalón se encontraría el Sr. Imanol que sería un mero custodio de la sustancia aunque sin tener acceso a gran parte de ella, dado que únicamente podría acceder a la tercera caja en las que se aprehendieron las 60 dosis, al margen de dinero en metálico, lo que le permitiría realizar igualmente alguna operación de venta, siendo significativo en tal sentido la llamada que efectúa a su hijo en el momento de su detención avisando de lo ocurrido, tratando de que su hija se deshiciera de lo que tuviera, mostrándose conforme en asumir la culpa (f. 1283 TIV) .

Por lo que ante ello no podremos menos que coincidir con la Sala y hacer extensivo la calificación de grupo criminal a esta familia.

Calificación o consideración global que en orden al delito contra la salud pública, con independencia de la posición o concretas funciones de las que se ocupen dentro del mismo, nos obligara a considerar que cada uno de ellos actúa como favorecedor de la distribución de la totalidad de la droga que es intervenida en el domicilio de la CALLE000 , haciéndose por tanto merecedores de la consideración de la notoria importancia del artículo 369.5º CP, haciendo totalmente improcedente la aplicación del subtipo atenuado del párrafo segundo del artículo 368 CP. Dado que puede que el Sr. Imanol no dispusiera de llave de las dos cajas de seguridad que tenía en su domicilio, mas a pesar de ello no podemos dejar de afirmar que con una plena consciencia de los que a allí había custodiaba esa sustancia aun cuando no la detentara materialmente, lo que cabría hacer extensivo a su hija Lucía , que en su caso es más patente, dado que ya posee llave de al menos una de esas cajas encargándose a la par de dirigir con la ayuda de su padre la venta al menudeo que se efectuaba desde ese domicilio. Nutriéndose en última instancia de las cantidades que custodiaban. Lo que finalmente resulta más patente en el caso del Sr. Héctor , que es quien posee la llave de esas dos cajas, poniendo así en evidencia que es quien tiene el dominio final sobre esas sustancias, particularmente de aquella en que custodiaban el grueso de la sustancia. Lo que hace completamente inadmisibles que se pretenda desligar de esa sustancia."

Con ello, consta la correcta subsunción de los hechos probados en el tipo penal y la probanza suficiente y válida para llevar a efecto a la convicción del Tribunal de los argumentos suficientes para apreciar la notoria importancia que se impugna. El recurrente era el encargado de la custodia de tal sustancia. Tampoco existe razón del inquilino que alega que existía allí. Todas las investigaciones les relacionan a los tres con el grupo criminal.

Con respecto a la impugnación de la condena por pertenencia al grupo criminal, ya se ha expuesto lo relativo a la condena por este delito en el FD nº 3 anterior, así como en las conclusiones ya expuestas del TSJ que incluye al recurrente en la consideración de perteneciente al grupo criminal, no tratándose su implicación de una "mera relación familiar", sino que consta acreditada en los hechos probados su participación en el grupo con rol definido.

En cuanto a las dilaciones indebidas nos remitimos al FD nº 7.

Tampoco puede apreciarse la atenuante de drogadicción del art. 21.2 CP decir que lo que el recurrente formula es reiterativo del argumento anterior de su desconexión con la droga aprehendida, lo que se ha desestimado tanto por el Tribunal de instancia y en la apelación, así como en esta vía casacional, según se ha expuesto.

Además, es sabido que en estos casos:

- 1.- Es necesario apreciar una grave adicción y, además, unos efectos en el sujeto que supongan una disminución de su capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión, lo que no consta.
- 2.- No se describe en los hechos probados la existencia de una grave adicción por parte del recurrente, ni se recogen en la sentencia otros hechos de los que deducir su presencia.
- 3.- No es válida a estos efectos la circunstancia de que sea consumidor de drogas, pero no consta que se trate de una grave adicción que, necesariamente, haya tenido que causar una disminución de sus facultades.
- 4.- La cantidad de droga objeto del delito aleja la posibilidad de considerar la presencia una efectiva y real compulsión para aprovisionarse que pudiera relacionarse con el comportamiento del recurrente, sino que su actuación estaba guiada por un ánimo meramente lucrativo.



Así pues, se exige:

- 1.- La constatación de la grave adicción.
- 2.- La adicción sea el motivo de la actuación delictiva.
- 3.- La capacidad intelectual y volitiva del sujeto esté mermada, si bien de forma mínima.

Pero, además, la STS de 23 de abril de 2004 señala que para la aplicación del art. 21.2 CP "no basta que se acredite el padecimiento por el recurrente de una grave adicción a las sustancias estupefacientes, sino que a ello debe añadirse el carácter motivacional o funcional de tal adicción en relación al delito cometido. Para apreciar la atenuación es necesario, por tanto, además de la adicción una relación de conexidad o lazo de causalidad entre tal efecto y el delito perpetrado (...).

Lo básico en el juego de la atenuante, es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia de la hipótesis del art. 20.2 CP y su correlativa eximente incompleta (21.1.º CP), en que el acento se sitúa en la afectación morbosa de las facultades anímicas."

Además, debe alegarse y probarse por la defensa, ya que es su carga de la prueba, al igual que la de la responsabilidad penal por el hecho del Fiscal, la afectación a la conciencia y voluntad del consumo.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 265/2015 de 29 Abr. 2015, Rec. 10496/2014 que:

"Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación.

No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal. Por todo ello, en el caso enjuiciado, en el que el recurrente captó a un familiar para que se desplazase a América para importar una cantidad relevante de cocaína, debe rechazarse la aplicación de la atenuante."

Por otro lado, en absoluto puede admitirse en supuestos de actuación de grupos u organizaciones destinadas a cometer el delito contra la salud pública, ya que no se dedica a esta actividad a raíz de su dependencia a las drogas y para poder conseguir estas para su consumo.

Señala a estos efectos el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 133/2016 de 24 Feb. 2016, Rec. 10593/2015 que:

"Como ha señalado esta Sala, por ejemplo en la STS 936/2013, de 9 de diciembre, para que se pueda apreciar la atenuante, la drogadicción debe incidir como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión, como sucede en delitos menores contra el patrimonio, o bien trafique con drogas a pequeña escala con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Este móvil está ausente en aquellos casos, como el que ahora examinamos, en el que no consta que el elemento determinante de las acciones delictivas esté vinculado a la necesidad imperiosa de obtener medios para conseguir la droga a la que el acusado sea gravemente adicto. Por el contrario la habitualidad de la actividad que desarrolla y el volumen de sustancia que maneja permiten inferir que el mismo ha hecho del tráfico de droga un modo de vida que le permite la obtención de beneficios económicos. En estos casos, el impulso delictivo no está desencadenado por la drogadicción del sujeto activo sino por el ánimo de enriquecimiento.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal."



Por último, respecto a la atenuante del art. 21.4 CP señalar que ésta se produjo cuando ya existía una orden judicial que autorizaba la entrada y registro en su domicilio, por lo que el hecho de indicar a los Agentes, una vez iniciado el registro, donde se hallaban las sustancias carece de virtualidad suficiente para que su conducta sea merecedora de atenuación. Se desestima la misma, dado que con acierto el Tribunal de instancia señala que (FD nº 6) "ninguna de las actuaciones de los acusados, en el momento en que fueron detenidos, pueden integrarse en tal circunstancia atenuante. Posteriormente, a la hora de individualizar las penas se hará referencia a esta circunstancia. Tampoco es posible su apreciación como atenuante analógica, puesto que la falta de alguno de los elementos de la circunstancia, tal y como la recoge el precepto legal, no es suficiente para considerar su concurrencia; sin perjuicio de que puedan examinarse todas las circunstancias personales y del hecho para proceder a la graduación de la pena."

La confesión exige que no exista investigación y el autor incida en descubrir la autoría con su confesión, evitando un trabajo policial y judicial.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1526/2002 de 26 de septiembre de 2002, Rec. 421/2001 que:

"En relación con esta circunstancia atenuante, tiene declarado este Tribunal. 1) que en el concepto de procedimiento judicial deben estimarse comprendidas las actuaciones policiales (v. ss. de 10 de mayo de 1991 y de 21 de marzo de 1997); y, 2) que la confesión ha de ser veraz, por lo que no cabe apreciar esta circunstancia cuando la confesión es tendenciosa, equívoca o falsa, y además ha de ser esencialmente completa, por lo que no es válida a los efectos de poder ser apreciada cuando sea meramente parcial y se oculten datos relevantes para el debido enjuiciamiento de los hechos (v. ss. de 5 de noviembre de 1993, 11 de marzo y 13 de junio de 1997)".

De todos modos, el Tribunal ya ha ido graduando la pena en base a todas las circunstancias concurrentes. Nótese que al recurrente por el delito contra la salud pública se le impone la pena de 6 años y 1 día de prisión, mientras que a su hija y su marido se les impone un año más de prisión.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 2.- Al amparo del art. 852 LECRIM LECrim. por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la Constitución Española).

1.- Se reclama la nulidad del Auto de entrada y registro de 17 de noviembre de 2016 que autorizo la misma en la vivienda del recurrente.

Señala en su sentencia el TSJ que: "No podemos dejar de lado que esta resolución trae causa de un periodo previo de investigación policial, durante el que no solo se han intervenido las comunicaciones de todo el grupo, sino que a la par han sido objeto de seguimientos e investigación patrimonial, de cuya valoración conjunta se han extraído unas iniciales sospechas de que todos los acusados formaban parte de un grupo más o menos estructurado dedicado al tráfico de drogas tóxicas, cuyas conclusiones se exponen en el oficio que remite la UAI en fecha 16 de noviembre de 2016 (f.910 TIII) interesando las controvertidas medidas y en las que en esencia se basa el auto cuestionado para otorgar la correspondiente autorización. Lo que lleva en primer término a las defensas a solicitar esta nulidad, al entender que si las referidas escuchas adolecen -según su parecer- de falta de una motivación suficiente, esta diligencia que de forma directa deriva de ellas también adolecería de la misma falta, lo que justificaría su nulidad. Pretensión que hemos tenido ocasión de rechazar con anterioridad, por lo que consecuentemente este alegato conjunto igualmente decaerá."

Sin embargo, ya se ha expuesto en el FD nº 2 al tratar sobre la validez de las medidas de injerencia que las posteriores actuaciones de entrada y registro vienen dadas como consecuencia de las intervenciones telefónicas. No se trató de una actuación prospectiva de injerencia domiciliaria, sino que se actúa como "consecuencia de la previa actuación de injerencia en el secreto de las comunicaciones y por su resultado", que es lo que ofrece la "percha" para el auto de entrada y registro, que, por lo tanto, es absolutamente válido y eficaz, así como su resultado.

Sobre la medida de entrada y registro señala el Tribunal de instancia que:

"Para comenzar, los autos de intervención nunca afectaron a Imanol , respecto del cual no se autorizó la intervención de su terminal telefónico. Ya se ha visto como los Autos, vistos en su conjunto, reúnen los requisitos necesarios para su validez.

Por lo que se refiere al Auto de entrada y registro de 17 de noviembre de 2016 (f. 1017), en el oficio (f. 924) se hace mención expresa a la visita que hizo Héctor el 5 de septiembre, portando algo a ese domicilio. No se trata por tanto de meras conjeturas policiales, sino que las visitas fueron observadas. Así, se vio llegar a Héctor a ese domicilio, después de la sospechosa serie de visitas de Gerardo al desguace MM, que se describe en el



mismo oficio policial (f. 928). Esos movimientos sospechosos con destino al domicilio de la CALLE000 son suficientes para adoptar la injerencia. Nadie adopta tantas precauciones, sino para evitar la interceptación de lo que se transportó a ese domicilio, por tratarse de algo de posesión ilícita. La entrada, por otro lado, no resulta prospectiva, dado que ya se tenían sospechas fundadas de que Gerardo (junto con otras personas, entre ellas Héctor) se dedicaba al tráfico ilícito de estupefacientes. Resulta necesario conectar unos indicios con otros, pero sin que ello suponga exceder los límites de una inferencia causal lógica: Gerardo obtenía la droga que luego transportó Héctor hasta el domicilio de Imanol para, al menos, su custodia. Todas las investigaciones policiales apuntaban a ello en ese momento, con indicios que resultaban constatables corroborables (actas de vigilancia, geolocalizaciones e intervenciones telefónicas)."

Existen, pues, razones válidas que dimanaban de la investigación policial y de las previas escuchas que eran legítimas en el estudio que se estaba haciendo por los agentes con las órdenes judiciales de validación de la injerencia en aras al descubrimiento de los hechos que investigaban los agentes, y cuyos iniciales indicios fueron suficientes para articular la petición de intervención por el Ministerio Fiscal.

La diligencia de entrada y registro es válida en conexidad con los previos datos que existían habilitantes de la injerencia.

2.- Ruptura de la cadena de custodia.

Se queja el recurrente de haberse quebrado la cadena de custodia en la recogida de piezas de convicción sin la adecuada custodia policial y judicial.

Señala al respecto el Tribunal de instancia que:

"Sobre la posible nulidad de la diligencia de entrada y registro en el domicilio de Imanol y la supuesta ruptura de la cadena de custodia, su defensa considera que durante un momento se perdieron de vista las sustancias estupefacientes una vez intervenidas. A este respecto, se dispone del acta de entrada y registro (f. 1440 y ss), con su valor de documento público intervenido por fedatario, además de las diversas declaraciones de los agentes de policía que intervinieron en el registro y, en concreto, de aquella que se encargó de la custodia (agente PN NUM035), incluso del letrado de oficio que le fue asignado para asistirle en la diligencia. Estas declaraciones serán examinadas pormenorizadamente en un fundamento posterior. Ningún medio de prueba respalda las manifestaciones del acusado, por lo que no existe el más mínimo indicio de que la cadena de custodia se rompiera en algún momento. Al contrario, como se verá al examinar los diversos medios de prueba con los que se ha contado en el presente procedimiento, fue precisamente la agente NUM035 desmienten este hecho."

En efecto, en esta declaración queda constancia de que la agente era la encargada de la custodia de los efectos intervenidos y que fue ella la que bajó junto con las piezas de convicción. Al folio 1439 del Tomo IV se transcribe "que toda la sustancia intervenida queda a cargo de la funcionaria con carné profesional NUM035 quien inicia la cadena de custodia, siendo entregada en este acto al instructor de la presente para su custodia..."

Por lo que se refiere a la presunta caducidad del inicial examen que se hizo de la sustancia intervenida (cocaína), nuevamente no existe indicio alguno de ello. No hay razón alguna para considerar que este examen inicial no se hizo con todas las garantías. En segundo lugar, no se demuestra en modo alguno que el transcurso del tiempo pueda afectar al reactivo y si lo hace, en qué medida afecta.

En tercer lugar, el examen policial en el lugar de los hechos carece de cualquier relevancia probatoria y solo sirve para la inicial clasificación de la sustancia hallada, sin perjuicio del resultado de los análisis efectuados en laboratorio. De ese modo, la sustancia pulverulenta que encontró la policía durante el la diligencia de entrada y registro, pudo clasificarse indiciariamente como cocaína, por lo que parece que el reactivo funcionó correctamente. En el caso de que no funcionara el reactivo, simplemente no habría dado positivo. Pero son los resultados analíticos posteriores los que determinan su composición y pureza, y que han llevado a confirmar las sospechas de que la sustancia intervenida era efectivamente cocaína."

Hay cumplida cuenta de los extremos alegados por el recurrente y debida y correcta valoración de prueba respecto del material intervenido.

Además, el TSJ viene a validar en su sentencia esta valoración de rechazo de la ruptura de la cadena de custodia al apuntar que:

"Se pretende por la representación de Gerardo y Imanol que durante el registro del domicilio de este último, sito en la CALLE000 de Valencia, donde se intervino una importante cantidad de cocaína, se produjo una ruptura de la cadena de custodia de esa sustancia, ya que concluida la diligencia de registro (f.1099 a 1108 TIV) a las 13.40 horas en el acta levantada por el LAJ no se dejó constancia de quien se hizo cargo de la sustancia, no siendo hasta aproximadamente dos horas después en que en las diligencias policiales que dan



cuenta del registro y de los efectos intervenidos, así como de la entrega del detenido (f. 1434-1439 TIV) en que al concluir las mismas se deja constancia de que toda la sustancia intervenida queda a cargo de la agente NUM035 quien inicia la cadena de custodia.

Alegato que hemos de decir fue expresamente rechazado por la sentencia y a cuyas consideraciones nos hemos de atener. Ya que carece de toda base insistir en que hubo un periodo de dos horas en que la sustancia intervenida estuvo perdida, ya que en esas diligencias policiales, que precisamente dan cuenta del resultado de la entrada y registro domiciliaria, expresamente se deja constancia de que por orden del instructor del atestado la agente NUM035 se hace cargo de esa sustancia, lo que ratifica expresamente la afectada durante su declaración en el juicio oral, brindando a estas susceptibles representaciones la ocasión interrogarla ampliamente sobre el particular. No solo a ella, sino también a los agentes NUM022 y NUM034 también presentes en la diligencia y a la Letrada de oficio que asistió al Sr. Imanol, Sra. Milagros. Que quizá no lo afirmen como dice el recurrente, pero lo que a nuestros efectos es más importante, no lo niegan.

Por lo que en esta medida, constando en el acta levantada por el LAJ que dicha agente desde un principio participo en la diligencia, que el instructor del atestado deja constancia de que le encomienda la tarea de custodia de la sustancia, lo que ella personalmente ratifica que efectuó, no tenemos razón alguna para plantearnos si quiera la duda de si la sustancia pudo haber estado perdida durante esas dos horas que se alegan, o si pudo haber bajado sola sin custodia en el ascensor posibilitando su pérdida, sustitución o alteración.

Debe tenerse en consideración que de la misma manera que las actuaciones policiales no dan fe de su contenido, teniendo el valor de mera denuncia, por lo que los hechos que se recogen en ellas deben ser introducidas en el plenario mediante la declaración de los agentes implicados o a través de cualquier otro medio probatorio que igualmente le acredite. En un sentido negativo, tampoco puede afirmarse que tengan un valor literal, de tal suerte que solo lo que consta allí transcrito ocurrió en el momento y en la forma que allí consta. Estando por el contrario abiertas a cualquier precisión o matización que puedan introducir los agentes que directamente intervinieron o presenciaron lo que allí se relata, dando así cabida a extremos no recogidos inicialmente en las actuaciones."

Ante la alegación de la ruptura de la cadena de custodia es preciso recordar, como apunta la doctrina y asume esta Sala, que es vital que los sujetos y personas responsables de las funciones de identificar, almacenar, asegurar, embalar y transportar los restos y vestigios hasta analizarlos en el laboratorio y ponerlos a disposición judicial, declaren en el plenario si así lo solicitan las partes, sobre el cómo, cuándo, dónde y por quiénes se han realizado dichas operaciones, así como los procedimientos seguidos para poder cotejarlos con la normativa que los regula, a fin de llegar a deducir la normalidad de su custodia, o en caso contrario, manifestar que existen serias dudas y contradicciones sobre su preservación, poniendo en peligro la fiabilidad y confianza en su regularidad y en cada una de las piezas de convicción o de las pruebas.

Esta Sala señala que a través de las declaraciones testimoniales de los Policías o de los expertos forenses, que aseguraron y examinaron las fuentes de prueba, se pueden aclarar en el juicio las cuestiones controvertidas que las partes, al formular las preguntas, tengan sobre la conservación o ruptura de la cadena de custodia - STS 195/2014, de 3 de marzo-. Son pues sus declaraciones y la valoración judicial que se hace de ellas, las que permiten al Tribunal mantener la fiabilidad, autenticidad e integridad que se predica de las muestras y el material intervenido relacionado con el acto delictivo.

Y, además, se añade que la cadena de custodia y su ruptura está conectada con las consecuencias jurídicas que se prevén cuando se formula su fractura o se predica de ella su inutilidad.

En este tema hay que distinguir que una cosa son las meras irregularidades, o defectos formales presentes en el iter que dibuja la cadena de custodia por los diversos lugares por donde transita la muestra o evidencia, tales como:

- 1.- Defectuosa o errónea numeración de las cajas que contienen la fuente de prueba;
- 2.- No consta el número de diligencias;
- 3.- No consta el acta de remisión de los elementos empíricos desde que se recogieron hasta su entrega en la sede policial;
- 4.- Falta de precinto;
- 5.- Embalaje inadecuado que no afecta a la muestra y a la información que cabe extraer de ella; o
- 6.- Mero retraso en la remisión al laboratorio de la sustancia intervenida para su análisis.



Se añade por esta Sala que estos casos y otros similares, no siembran dudas sobre la identidad de las sustancias u objetos ocupados, ya que se corresponde con lo intervenido policialmente.

Estamos ante disfunciones de tipo más bien burocrático, que en principio, salvo que vayan acompañadas de otra serie o conjunto de irregularidades que hagan peligrar la seguridad de la cadena de custodia, no tienen porqué cuestionar la autenticidad y mismidad de los vestigios y evidencias que fundamentan la prueba de cargo, y que son objeto de valoración judicial. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad - STS 339/2013, de 20 de marzo-.

Y ya centrados en lo que sí puede suponer la infracción de esta cadena se puede decir que otra cosa son los supuestos de grave alteración, contaminación, destrucción o pérdida de las muestras, efectos o instrumentos utilizados en la acción criminal, o incluso cuando las irregularidades administrativas generan una incertidumbre jurídica importante sobre el lugar y personas donde han estado los elementos fácticos.

Así, como apunta esta Sala, "Sólo si las deficiencias formales despiertan serias dudas racionales, debería prescindirse de esta fuente de prueba, no por el incumplimiento de algún trámite o diligencia establecida en el protocolo de recepción de muestras y su custodia, sino por quedar cuestionada su autenticidad" - STS 129/2015, de 4 de marzo-.

No existe dato alguno que permita hacer dudar de la corrección del iter llevado a efecto, y el Tribunal ha motivado adecuadamente la inexistencia de la ruptura de la cadena de custodia ante el alegato del recurrente, debiendo entenderse suficiente y válida la apreciación y valoración al respecto, así como la inexistencia de dudas sobre la corrección de lo actuado.

Con respecto a la presunción de inocencia y frente al alegato del recurrente de ausencia de motivación es suficiente la llevada a cabo por el Tribunal de instancia, al señalar que:

"En lo atinente a la declaración de Imanol , su declaración fue tendente a manifestar que la droga que se encontró en su pequeña caja de caudales durante el registro domiciliario era para consumo propio. Ni el peso de la droga, ni su presentación permiten inferir que esas cantidades sean para consumo propio, sobre todo porque existe fundamento acreditativo suficiente de que también tenía la posesión de la droga hallada en las cajas fuertes.

Tampoco da razón suficiente del origen de una importante cantidad de dinero en efectivo, 2000 €, que en su declaración justificó en su pensión. Por lo que se refiere a la droga hallada en las dos cajas fuertes,-obviamente su presentación y cantidad excede en muchísimo de lo que puede considerarse como consumo propio.

La alegación de que esa droga pertenecía a un inquilino que vivía arrendado en su domicilio es simplemente increíble. No identifica a esta persona, y es la primera que vez que es nombrada en el procedimiento. Así, por ejemplo, el PN NUM022 , que participó en la entrada y registro de su domicilio, no recordaba que hubiera dicho semejante cosa en ese momento. Además, es inverosímil y contrario a las máximas de experiencia común y forense que una cantidad semejante de sustancia estupefaciente, con el valor que la misma supone, se deje abandonada en el domicilio de una persona que no tenga conciencia de su existencia, al contrario, se deja bajo su custodia y responsabilidad.

Por otra parte, esa explicación tampoco justifica que las llaves de tales cajas de seguridad se encontraran en posesión de su yerno y su hija, porque si la droga no era suya, por qué había de tener las llaves de esas cajas (f. 2016 y ss).

Las anotaciones manuscritas que fueron halladas en su domicilio y en posesión de su hija, también cobran sentido si se tiene en cuenta eso. Además también cobran sentido las vigilancias en las que se observó a Héctor acudiendo al a casa de Imanol llevando una mochila (5 de septiembre de 2016), tras la visita de Gerardo al desguace MM. Sobre esta vigilancia se hablará más tarde, debido a que es relevante para comprender la operativa del grupo. Se explica de esa manera que Imanol se dedicara a ocultar grandes cantidades de droga en su domicilio, pudiendo afirmarse que las dosis de que disponía en casa, con independencia de que pudiera servir para su propio consumo, era para servir a su tráfico ilícito.

A pesar de la voluntad de Imanol de exonerar a su hija y yerno, en su declaración judicial, la realidad es que la vigilancia en la que se ve llegar a Héctor con la mochila a casa de Imanol , y después hallar en la entrada y registro varios kilogramos de cocaína de alta pureza da como consecuencia que se considere acreditado que Imanol hacía funciones de conservación de la cocaína, aunque también menudeaba con ella. Esta voluntad de exonerar a su hija se observa igualmente en las expresiones empleadas por Imanol en la llamada que hizo a su hijo en el momento de su detención, y que fueron reseñadas policialmente ("mira, estoy detenido, llama a tu hermana y dile que tire los trastos, que no se preocupe, esto me lo voy a comer yo", f. 1284). También el hallazgo de la droga en su domicilio explica la vigilancia de 29 de septiembre de 2016, en la que su hija le llevó



en coche apenas unos pocos metros. De nuevo, ese comportamiento extraño cobra sentido al descubrir que Imanol se dedicaba a almacenar la droga y al saber que Lucía disponía de una "caleta" en su vehículo. Esta vigilancia la relata el PN NUM022 en su declaración testifical.

La entrada y registro en su domicilio se introduce en el juicio por medio del acta de registro (f. 1099 y ss) y de las declaraciones testificales que se ratifican en el acta. Por ejemplo, el PN NUM022, participó en la entrada del domicilio de la CALLE000. Ahí encontraron la caja de caudales, sin recordar quién le dio las llaves, así como dos cajas fuertes, que les marcaron los perros - guías caninos-. Las cajas fuertes fueron abiertas por los compañeros del grupo técnico. Y no recordaba que dijera que esa droga perteneciera a otra persona. También recordó que los anagramas de la droga hallada en este domicilio, coincidía con un envoltorio hallado en el domicilio de Landelino en Alfara, lo que es un importante indicio de que su origen era el mismo. Este hallazgo de droga de la misma procedencia entre personas que inicialmente no se conocen (Landelino y Imanol), permite considerar que ambos eran miembros del mismo grupo, en el que Gerardo servía de denominador común entre todos ellos, aun sin necesidad de que hubiera un contacto directo entre la parte del grupo encabezada por Landelino, Landelino y aquella formada por Héctor, Imanol y Lucía.

También participó en la entrada de la CALLE000 el PN NUM034. Relata cómo encontraron la droga y su presentación, así como los útiles para la elaboración de las dosis. No recordaba que Imanol nombrara que aquellas cajas fuertes pertenecieran a una tercera persona. Este agente también participó en la entrada en el domicilio de Landelino en Alfara, manifestando qué había un envoltorio que coincidía con el hallado en el domicilio de CALLE000. Igualmente encontraron sustancia de cortes. Este testigo relata cómo las cajas fuertes fueron abiertas por la fuerza, gracias a la colaboración de un grupo operativo. Esto refuerza el hecho de que la disposición de las grandes cantidades de droga que se hallaban en la casa de Imanol correspondía a Héctor y Lucía, que eran los que tenían las llaves de las mismas.

En esta entrada también participó el agente NUM035, que recordaba cómo había paquetes de 100 bolsitas termoselladas de un gramo, al igual que encontraron bloques de un kilo de cocaína. Esta persona fue la encargada de la custodia de la droga, hasta llevarla a comisaría, donde quedó a disposición del instructor. Esta persona manifestó que en ningún momento perdió de vista la droga intervenida en este registro. Negó expresamente las preguntas de la defensa de Imanol tendentes a poner en duda que la droga estuviera constantemente dentro del control de la Policía. En concreto, fue esta agente de policía la encargada de la custodia de la sustancia estupefaciente y niega que perdiera de vista la droga.

En aquel momento inicial asistió a Imanol la letrada Milagros, que fue eximida por su cliente del deber de secreto para poder declarar como testigo. Esta letrada estuvo presente en la entrada y registro domiciliaria. Esta persona en su declaración no hace referencia a ninguna irregularidad en el registro, que se desarrolló con normalidad a su presencia, mientras Imanol se encontraba en el comedor con una máquina que le ayudaba a respirar. Esta letrada tampoco recuerda que Imanol en ese momento dijera que tenía una habitación alquilada. Y no ratifica, en consecuencia, la explicación dada por este acusado en el acto del juicio, sino que, al contrario, este testimonio lo desmiente.

El agente NUM021, instructor del expediente policial narra como Imanol tenía un teléfono de seguridad. Y llevaba una agenda con nombres y cantidades (f. 3205 y 3225 y ss), lo que podía ser una rudimentaria contabilidad. En ella se anotaban nombres, una cantidad múltiplo de 25 y si se encontraban pagados o no. Dentro de las hojas halladas se encontraba una manuscrita que decía: "les doy a mi hijo y Lucía 6700 Euros en billetes Lunes por la mañana día 7/11/2016" (f. 3235). Hay una serie de hojas en las que se van indicando por días cantidades distinguiendo "EFECTIVO", "SE HICIERON EN DINERO", "DIERON A CUENTA" Y "PRESTADO". También llevaba una contabilidad en su teléfono móvil, en el que anotaba una serie de nombres y cantidades (f. 2649 y 2650). En esta contabilidad se hace constar por ejemplo un tal "Doroteo". Esto concuerda con que en un teléfono empleado por Lucía queda con una persona que emplea un número de teléfono grabado como "Doroteo" (f. 2651), además de con otras muchas personas con las que concierta citas sin mencionar la razón del encuentro (f. 2652). Otras personas anotadas en la contabilidad, también concertaban citas con ella (Vanesa, Bigotes, María Inés). Si eso se le unen las vigilancias sobre Lucía, en la que se le ve hacer cortos trayectos en su coche (en el que tiene un hueco oculto), que es posible atribuirle una contabilidad del mismo estilo que la que llevaba su padre y que tenía las llaves de las cajas fuertes donde se encontraba la droga, no existe duda de que ella participaba activamente en el tráfico ilícito de estupefacientes.

No es necesario extenderse en que tal tráfico de droga lo hacía concertadamente con su hija y su yerno (Héctor), el cual se engarzaba con el resto del grupo a través de Gerardo. La posesión compartida de la droga (las llaves de las cajas fuertes, donde se encontraba la mayor parte de la droga estaba en poder de su yerno e hija) y la realización de la contabilidad en términos semejantes a los de su hija (coincidiendo determinados compradores), permite inferir que Imanol era un integrante más del grupo criminal, en los términos que se verán al hacer la calificación jurídica de las conductas."



El TSJ en su sentencia ya ha valorado debidamente la suficiencia de la prueba de cargo en su FD nº 12 antes expuesto con motivo del alegato de su hija y su marido. (FD nº 8).

El motivo se desestima.

RECURSO DE Evaristo

DÉCIMO SEGUNDO.- 1.- Por infracción del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3, tutela judicial efectiva del artículo 24.1 e infracción del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, al amparo del art. 852 LECrim.

Se interesa la nulidad del Auto de 27 de octubre de 2016, que acordó la intervención del número de móvil del recurrente. Basa la nulidad en la falta de motivación, en definitiva, en la ausencia de indicios que justificaran la injerencia en el derecho fundamental.

Cuestiona el recurrente todo el material de investigación existente y la insuficiencia de los oficios para el dictado del auto habilitante. Realiza una queja de invalidez y concreción de los datos que se aportaron al juez para validar la injerencia en su persona.

Pues bien, en este caso ocurre como en otros en los que las actuaciones de intervención se llevan a cabo cuando ya ha habido medidas de injerencia en otros recurrentes, y es fruto del desarrollo de la investigación, al existir diversas personas que participaban en el operativo, entre ellos el ahora recurrente, las investigaciones policiales van dando como resultado unas ampliaciones de intervenciones en unos casos y de prórrogas en otros conforme se llevaba a cabo la investigación y daban pasos para poder confeccionar el modus operandi y los partícipes que realmente componían el grupo criminal, teniendo en cuenta las medidas preventivas que se adoptan en estos casos.

Pues bien, los medios de investigación en torno al recurrente se han considerado suficientes, ya que señala el Tribunal de instancia que:

"la relación entre Evaristo y Gerardo, que es relevante en el presente pleito, por justificar el control funcional del grupo que tenía el agente de policía, era más intensa de lo que se pretendió en el acto del juicio. Se intervinieron llamadas de Gerardo al número de la pareja de Evaristo (con una evidente intención de emplear un terminal seguro) y se le ha visto acudir al domicilio de este (10 agosto de 2016). También el 15 de agosto el vehículo de Gerardo fue geolocalizado en las inmediaciones del domicilio de Evaristo y el 6 de septiembre volvió a acudir al domicilio de Evaristo (f. 798). El 3 de octubre vuelve a citarse con él y acude a su domicilio (f. 929).

Abundando en estos hechos, es en concreto en el acta de vigilancia 8 de 1 de octubre de 2016 (ver folio 800 y 876) donde se geolocaliza el coche de Gerardo en las inmediaciones del domicilio de Evaristo (y se le llega ver por las inmediaciones), y en la que se observa como Evaristo se reúne con una persona por un corto espacio de tiempo, da unas vueltas a la manzana antes de encontrarse a su jefe (el dueño del taxi). En su declaración en juicio puede dar razón suficiente de su encuentro con el jefe, pero desde luego si lo que iba hacer al final es aparcar en doble fila para hablar un instante con su jefe, no resulta excusa suficiente el estar buscando sitio de aparcamiento. Por lo tanto, el comportamiento descrito en la vigilancia resulta compatible con un acto de venta pase de sustancias estupefacientes de manera discreta, mientras el vehículo se encuentra en movimiento, dificultando su detección.

Respecto a los otros actos de venta que le imputa la policía (las ventas en su domicilio), las explicaciones dadas en juicio no resultan convincentes. El corto espacio de tiempo de las visitas de personas absolutamente heterogéneas y de las que no da razón suficiente, permiten, junto con el resto de los medios de prueba, dar por acreditadas tales transacciones. Como se ha dicho, se trata de una prueba indiciaria, que valorada en su conjunto, y teniendo en cuenta la droga que la fue intervenida en su domicilio, con una peculiar forma de presentación que permiten inducir que estaba preordenada a su tráfico ilícito, permite inferir que efectivamente estaba procediendo a su venta. A ello se une su relación con Gerardo y Héctor (y Lucía y Imanol), respecto de los que también se acredita su participación en el tráfico ilícito de estupefacientes. De esa manera, unos actos no necesariamente incriminatorios, como pueden ser las cortas visitas de personas de las que no se da razón suficiente o subir a personas en su coche para dar una vuelta a la manzana, cobran un significado unívoco, consistente en la venta ilegal de estupefacientes.

Continuando con las vigilancias sobre Evaristo, ratificadas por el agente interviniente PN NUM022, en las que se relata cómo el 17 de octubre Gerardo fue a la casa donde vivía Evaristo (f. 801 y acta de vigilancia 88 f. 881). Reconoce que no vio el botón del telefonillo, ni a qué piso subió. Pero tampoco se da razón alguna para dudar de que, ya que ambos se conocían, fuera a visitarle precisamente a él, y no a otra persona que pudiera vivir en ese edificio. En el mismo sentido el agente NUM034.



La madre de este acusado, Angelina , manifestó que iba a menudo a casa de su hijo, de la cual no poseía llaves en aquella época. Esta mujer era toxicómana y actualmente se encuentra en tratamiento. Con esta testifical se pretendía acreditar que una de las personas que consta en las vigilancias y que efectuó una corta visita podía ser esta mujer. Esta mujer también relata que su hijo y su nuera estaban ahorrando para comprarse un piso, y que parte del dinero intervenido (unos 800 euros) era suyo. Sin embargo, no dio razón de las causas por las que su hijo estaba en posesión de su dinero, que era supuestamente sus ahorros, ni tampoco de la razón por la que atesoraban el dinero en efectivo para la compra de un piso. Este testigo resulta poco concluyente y ciertamente está interesada en el resultado del pleito. No justifica en modo alguna que fuera precisamente ella la persona que fue vista en la vigilancia policial de 22 de septiembre de 2016 (nos referiremos a ella más adelante).

El testigo Samuel , era el jefe de Evaristo , y manifiesta cómo le pagaba en efectivo un porcentaje de la recaudación. El taxi era un Skoda Octavia, como se comprueba en las vigilancias. Relata que quedaba con él en cualquier sitio que les viniera bien. Obviamente esto explica la reunión en segunda fila en un corto periodo, pero no las previas medidas de seguridad, consistentes en circular dando vueltas a la manzana. El acusado explica que estaba buscando sitio para aparcar, pero la realidad es que si solo quería darle el dinero de la recaudación pudo hacerlo desde el principio aparcando en doble fila. Ya se ha dicho como estos extraños movimientos pueden explicar pases de sustancia estupefaciente de manera discreta, al hacerse en un vehículo en movimiento, que no se dirige a ningún sitio en particular.

El testigo Jose Carlos , era la persona que acompañaba a Evaristo ese día. Ratifica que dieron vueltas para buscar sitio donde aparcar. Pero eso no explica, como se ha dicho, que pararan en doble fila para encontrarse con el jefe de Evaristo , como hicieron finalmente.

El testigo Jose Manuel , propuesto por su defensa, pretende ser la persona que le hizo una corta visita en su domicilio el día 22 de septiembre de 2016, en concreto el joven que acudió en bicicleta. Sin embargo, no hay manera de comprobar la coincidencia de personas. Más allá de que sean dos jóvenes que se transportan en bicicleta. La realidad es que el tipo de visita que se producía en el domicilio de Evaristo (personas heterogéneas, por un muy escaso periodo de tiempo), resultan compatibles con el tráfico ilícito de estupefacientes.

Este tráfico ilícito también daría respuesta al dinero hallado en el domicilio, de una cantidad exagerada con relación a los rendimientos de su trabajo, y con la cantidad y presentación de la droga hallada. Estos dos últimos testigos también se refieren al problema de adicción que presentaba Evaristo por aquella época, pero en ningún caso el autoconsumo puede explicar la cantidad de droga que poseía, ya preparada para su distribución al por menor. Tampoco puede descartarse que este testigo efectivamente adquiriera droga en esa visita, aun cuando no lo declarara en juicio.

El agente de PN NUM019 estuvo presente en la vigilancia de 22 de septiembre de 2016, a la que nos hemos referido anteriormente, y explica como dos personas entraron y salieron al portal del edificio donde vive Evaristo , tras llamar al número NUM036 del telefonillo. Una mujer con aspecto toxicómano y otra persona con una bicicleta. A preguntas de uno de los letrados de la defensa dijo que estaba a apenas 3 metros del portal y vio como presionaban el botón correspondiente al número NUM036 (lo identifica como el botón que hay abajo a la derecha). Por lo tanto, no cabe duda de que las visitas se dirigían al domicilio de Evaristo , aun cuando su defensa pretendiera plantear dudas sobre el destino de tales personas. Ya se ha visto que las declaraciones de la madre de Evaristo y Jose Manuel no despejan las dudas que se puede tener respecto de estas visitas, las personas que las hicieron o su motivación."

Así, pese a la oposición del recurrente a que los datos que constaban en la investigación eran suficientes, el Tribunal concluye con acierto que:

"Efectivamente, los indicios anteriores deben ser examinados en su conjunto para llegar a la conclusión de que Evaristo se dedicaba al tráfico ilícito de estupefacientes bajo la directa dependencia de Gerardo . Así, la posesión de droga en cantidad y presentación incompatible con el autoconsumo; las visitas de corta duración a su domicilio en el mismo día de personas absolutamente heterogéneas; los movimientos sin destino del vehículo; los numerosos encuentros de Evaristo con Gerardo ; y el uso del terminal telefónico de Casilda para comunicarse con Gerardo ."

No se trata de una ausencia de datos que permitan la injerencia, ya que se trata de su "suficiencia" para integrar al recurrente en el grupo. Y es esta "suficiencia" de los datos obtenidos en la investigación la que determina la validez de la injerencia acordada. Se trata de la última de las intervenciones acordadas, pero que no peca de exceso o falta de proporcionalidad.

Destaca, también, el TSJ que: "La sentencia efectivamente relata una serie de llamadas que se cruzaron entre Evaristo y Gerardo , valiéndose para ello del terminal de la pareja del primero, haciendo igualmente alusión a



una serie de encuentros entre ellos en las inmediaciones del domicilio del Sr. Evaristo , o localizaciones del vehículo del Sr. Gerardo en sus cercanías, aludiéndose así a encuentros que tuvieron lugar los días 10 de agosto, 15 de agosto, 6 de septiembre, 1 de octubre, 3 de octubre y 17 de octubre de 2016 (con remisión a los F. 798, 800, 876, 929, 932 TIII). Destacándose particularmente el correspondiente al día 6 de septiembre, por tener lugar precisamente al día siguiente de ese intercambio que protagonizan Gerardo y Héctor junto a su mujer tras su visita al desguace. A lo que se añade una serie de vigilancias que permiten detectar como varias personas, con cierto aspecto de drogodependientes se dirigen a su domicilio y tras un corto encuentro se alejan del lugar, poniendo de manifiesto lo que podrían ser actos de venta", añadiendo que:

"Por lo que se refiere a Evaristo , los agentes sospechan que su domicilio pudiera ser un lugar de depósito y venta de drogas al por menor, centrándose de un lado, en haber detectado numerosas visitas de Gerardo a su domicilio durante todas ellas de una breve duración, siempre previo aviso mediante llamada a un teléfono titularidad de su pareja, del que en ocasiones también se sirva aquel, destacando particularmente una de ellas que se produce tras visitar Gerardo el desguace donde se sospecha se provee de las sustancia ilícita. A lo que se une la relación de parentesco de Evaristo con Héctor . Así como el hecho de haber presenciado un trasiego de personas que permanecen en el lugar escasos minutos. Elementos que en definitiva son los que la sentencia impugnada desarrolla en orden a entender igualmente fundada la intervención de su terminal telefónico, pero como bien se hace constar allí, perfectamente podrían fundar también esta medida, vista la explicación que ofrece la policía en orden a que se ha agotado la investigación a través de las intervenciones telefónicas, que de mantenerse por más tiempo incluso podrían frustrarla, por lo que es necesario para concluir las autorizaciones que solicita, todo ello sin necesidad de esperar más tiempo hasta obtener unos indicios o conclusiones independientes, ni poderse admitir que entre esta investigación previa y las autorización de entrada haya transcurrido un periodo de tiempo que haga que pierdan fuerza, ya que no puede dejarse de lado que se trata de una investigación conjunta del grupo, y que la ultima autorización relativa a los teléfonos, incluido el del Sr. Evaristo , proviene del 27 de octubre, por lo que no habrían transcurrido los treinta días por los que se otorgo cuando se produce la petición relativa a las entradas, encontrando en particular un seguimiento que particularmente le afecta de fecha 17 de octubre. Por lo que en esta medida no entendemos cuestionables los razonamientos que al respecto ofrece la sentencia impugnada para no entender prospectiva la entrada y registro".

Existe explicación racional de la validez de la medida de injerencia con argumentos e indicios suficientes y debidamente explicados por el Tribunal, pese al distinto parecer al respecto del recurrente.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 2.- Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio el artículo 18.2 CE.

Se interesa la nulidad del Auto de 17 de noviembre de 2016 (folios 1017 y ss) que autorizó la entrada y registro en el domicilio del recurrente por falta de motivación, es decir, de indicios que justificaran su adopción, por lo que se vulneró el derecho fundamental del art. 18.2 CE.

Se recoge por el Tribunal de instancia que:

"Por lo que se refiere al auto de entrada y registro de 17 de noviembre de 2016 (f. 1017), tiene su origen en el oficio policial del día 16 de noviembre (f. 910). Se solicitó la nulidad del auto por parte de la defensa de Evaristo , por los mismos motivos que solicitó la nulidad del auto de intervención, el cual acaba de ser examinado. Pues bien, el oficio policial dedica un apartado entero a este domicilio (a partir del f. 929). Así, empieza haciendo referencia a las múltiples visitas que hacía Gerardo a esta vivienda, y a las que ya se ha hecho referencia al analizar el auto de intervención. También se hace somera referencia al resultado de las vigilancias, referidas a las cortas visitas de personas variadas. Por último, se refiere a la relación familiar entre Evaristo y Héctor . Dado el escaso tiempo transcurrido entre el auto de intervención y la solicitud de entrada y registro, se comprende que no existan nuevos indicios contra esta persona distintos a los valorados en la anterior resolución. En cualquier caso, esos indicios resultan suficientes, tomados en su conjunto, para fundamentar la medida que supone una injerencia en los derechos del entonces investigado.

Nuevamente es necesario recordar que durante la instrucción se trabaja con indicios, no con certezas, puesto que en otro caso, las medidas de investigación no resultarían necesarias. Al mismo tiempo la medida no resulta prospectiva, puesto que se trabaja con una serie de indicios serios de participación en unos hechos delictivos muy graves, cual es el tráfico de sustancias gravemente dañosas para la salud. Precisamente esa medida es necesaria, puesto que resultará en la confirmación o desvanecimiento de las sospechas."

Resulta evidente que la medida de intervención acordada en el domicilio debía ser entendida en el *análisis de un todo en la investigación policial* que se está llevando a cabo, y no de una forma aislada como pretende el



recurrente, en cuanto se tiene en consideración por su parte que existe poca duración temporal entre la decisión judicial inicial y el auto de entrada y registro; no obstante, hay que precisar que conforme se obtienen datos de la participación del recurrente en los hechos delictivos se establece un vínculo de conexión con la ejecución de actividades del grupo criminal en el que se implica el también recurrente. Por ello, no se puede llevar a efecto una actuación aislada en el marco temporal entre intervención telefónica y entrada y registro, dado que se indica expresamente que supone la culminación de la investigación policial y la adición de personas que estaban relacionadas con los inicialmente investigados, y que, en consecuencia, habían determinado las investigaciones policiales su relación directa con los hechos que estaban siendo objeto de investigación y queda validada y justificada la diligencia de entrada y registro que finalmente se adopta con total corrección.

Con respecto a la validez del acta de entrada y registro como documental hay que señalar que hay que tener en cuenta que puede discutirse si la resolución judicial que la acuerda o la práctica ejecutiva de la misma adolezcan de deficiencias o irregularidades procesales, en cuyo caso, sí sería necesaria la declaración de los Agentes que intervinieron, pero si no se denuncia irregularidad en la práctica del registro, será suficiente el acta extendida por el Letrado/a de la Administración de Justicia, la cual será valorada por el Tribunal sin necesidad de los agentes en cuya práctica intervinieron. La constancia de la diligencia se refería a que en los hechos probados se refiere que se encuentra tras esta diligencia:

"A Evaristo , el 17 de noviembre de 2016,:

a) En su poder en el momento de la detención, 250 euros procedentes de sus ganancias en la actividad de venta de cocaína y un Iphone 6.

b) En la CALLE007 NUM045 sustancia perfectamente preparada para ser distribuida a terceros a cambio de dinero, consistente en 7 dosis de una sustancia que su oportuno pesaje y análisis resultó 4 envoltorios de cocaína con un peso neto 4,13 gramos y una riqueza de 59%, 2 envoltorios de cocaína con un peso de 0,98 gramos y una riqueza del 65% y un envoltorio de cocaína con un peso neto de 0,52 gramos con una pureza del 67%, una bolsa conteniendo cocaína con un peso neto de 4,82 gramos con una pureza del 71% y 5 bolsas más conteniendo, una resultando ser 9,97 gramos de cocaína con una pureza del 74%, otra conteniendo 4,97 gramos de cocaína con una pureza del 76%, otra con un peso neto de 5,07 gramos de cocaína con una pureza del 77%, otra de cocaína con un peso neto de 10,04 gramos con una pureza del 76% y otra con un peso neto de cocaína de 5 gramos con una pureza del 76%.

c) Además, en su domicilio 905 euros, otro Iphone modelo 5, y en una caja fuerte, 14.050 euros, todo ello ganancias del tráfico ilícito de estupefacientes. Asimismo, en el momento de la detención se personó la madre del procesado Evaristo , Angelina portando 850 euros, producto de la misma actividad ilícita, para entregarle al mismo."

Ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 328/2001 de 6 Mar. 2001, Rec. 587/2000-P/2000 que:

"Se trata de una diligencia de entrada y registro practicada con todas las formalidades legales bajo la fe del Secretario Judicial, pues constituye una verdadera prueba preconstituida y como tal se incorpora a las actuaciones en fase de instrucción a través del acta correspondiente, es decir, forma ya parte del acervo probatorio".

Con ello, no puede negarse validez a la prueba de la diligencia de entrada y registro llevada a cabo con corrección y garantías sin vicio de irregularidad alguno en su práctica no necesitada de explicación.

Es por ello, que en torno a la prueba preconstituida en el proceso penal la doctrina más relevante ha elaborado una clasificación doctrinal sobre las distintas pruebas que pueden alcanzar valor preconstituido:

Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención: métodos alcoholimétricos; grabaciones de vídeo vigilancia; análisis sobre estupefacientes; inspecciones corporales; geolocalización.

Prueba preconstituida de la Policía Judicial con control judicial: circulación y entrega vigilada de drogas; escuchas telefónicas; intervenciones de los datos electrónicos de tráfico; y gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a través del ADN.

Prueba preconstituida del Juez de instrucción: la recogida y conservación del cuerpo del delito; el reconocimiento judicial; las inspecciones e intervenciones corporales; la entrada y registro; y la intervención de las comunicaciones.

Como se puede ver, además de clasificarlas según la autoridad -judicial o policial- que haya realizado las diligencias, distingue también, dentro de la prueba preconstituida policial, que esta se haya llevado a cabo



autónomamente por iniciativa de la Policía Judicial -esto es, actuaciones preventivas- o que se haya realizado siguiendo las órdenes de la autoridad judicial.

Así, como apunta la doctrina, tendrán la condición de pruebas las actuaciones de investigación que realiza la policía judicial por delegación, entre las que se incluyen las diligencias objetivas, no reproducibles en el juicio oral, como la ocupación o recuperación de los instrumentos del delito, o los que se hallaran en el transcurso de diligencias de entrada y registro domiciliario practicados con las formalidades legales. O las diligencias encaminadas a dejar constancia de una serie de actos que acreditan la preexistencia de los elementos del delito, tales como: croquis, fotografías, instrumentos del delito, resultados de la prueba de alcoholemia, recogida de vertidos contaminantes, etc. Además, son totalmente válidas como prueba por cuanto en su práctica se cumplen los requisitos materiales de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión, sin vicio de ilegalidad. Cuestión distinta es la impugnación que llevó a cabo en cuanto a la inadecuación de su dictado, como ya se ha expuesto, pero ello no es impugnación de su ejecución práctica, sino de la habilitación para llevarla a cabo, por lo que no hay queja de su ejecución formal y práctica y su resultado, sino de la adopción de la medida de injerencia domiciliaria.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- 3.- Por infracción de ley del art 849.1 por indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 570 ter CP.

Se queja el recurrente de la indebida aplicación del delito de grupo criminal ya que el recurrente solo consta que entraba en contacto con Gerardo y que, como señala la propia sentencia, a pesar de su relación familiar con Héctor (y a través de él con Imanol y Lucía), no ha podido establecerse una relación entre Evaristo y esta parte del grupo criminal.

Olvida el recurrente que la prueba lleva a considerar al recurrente integrante del grupo por la prueba practicada y por su atribución específica del rol participativo en la ideación criminal ensamblada en la filosofía del grupo, sin que sea preciso que todos sus integrantes tengan contactos entre ellos, sino que lo decisivo es su "integración".

Sobre las características del tipo penal se ha tratado en el Fd nº 3 al que nos remitimos.

Al tratarse de un motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM se deben respetar los hechos probados, como ya hemos expuesto, y en este caso se recoge en estos que:

"Entre mediados de mayo y mediados de noviembre de 2016, Gerardo, cuyas demás circunstancias de identidad constan al encabezamiento de esta sentencia, se concertó para proceder a la distribución a terceros, en la provincia de Valencia, de cocaína que él conseguía, al menos con Landelino, Hernan, Héctor y Evaristo, todos ellos identificados en el encabezamiento de esta sentencia, alguno de los cuales a su vez se servía de otras personas, que luego se dirán, a cambio del reparto del lucro obtenido en dicha actividad, en el modo en que se expone a continuación.

Gerardo era el encargado de entregar la droga a Landelino, a Héctor, a Evaristo y a Hernan, quienes dependían directamente de él y contaban con otros colaboradores directos. Landelino, que recibía la sustancia y las instrucciones de Gerardo, custodiaba parte de la droga en sus domicilios de Valencia y de Alfara de la Baronia, la distribuía a pequeña escala y también la facilitaba a Guillermo, quien a su vez se encargaban de distribuir al menudeo sustancias estupefacientes en la localidad de Valencia. Al igual que este último, Narciso recibía la droga a través de Landelino y hacía labores de distribución al menudeo en las localidades próximas a Alfara de Baronia. Héctor hizo labores de transporte de droga, guardando la misma en el domicilio de su suegro, Imanol. Este último y su hija Lucía, esposa de Héctor, además de custodiar la sustancia, distribuían la droga directamente a los consumidores finales. Evaristo hacía igualmente labores de distribución a consumidores finales, de forma directamente dependiente de Gerardo. Por último, Hernan, bajo las órdenes igualmente por Gerardo, intervenía en el procesado de la droga, reduciendo su nivel de pureza con productos adulterantes, y empaquetándola de nuevo en cantidades más pequeñas, y participando eventualmente en el menudeo de la sustancia."

Los hechos probados evidencian la correcta subsunción de los hechos en el tipo penal de grupo criminal por el que ha sido condenado.

En la sentencia del TSJ se describe con suma claridad y concreción la participación del recurrente en el grupo criminal, al señalar que:

"Por parte del Sr. Evaristo se cuestiona su integración en el grupo criminal, por entender que los indicios relatados por la sentencia únicamente le vinculan con Gerardo, por lo que puede que fuera su proveedor, pero ello no implicaría su integración en la estructura que pudiera tener organizada a tales efectos.



Respecto a tales indicios en primer término podemos señalar que reconoce tener gran amistad con Gerardo , así como conocer a Héctor por ser su primo, conociendo consecuentemente tanto a la Sra. Lucía como a su padre. Lo que le da una cierta vinculación o relación con el grupo o parte de él.

La sentencia efectivamente relata una serie de llamadas que se cruzaron entre Evaristo y Gerardo , valiéndose para ello del terminal de la pareja del primero, haciendo igualmente alusión a una serie de encuentros entre ellos en las inmediaciones del domicilio del Sr. Evaristo , o localizaciones del vehículo del Sr. Gerardo en sus cercanías, aludiéndose así a encuentros que tuvieron lugar los días 10 de agosto, 15 de agosto, 6 de septiembre, 1 de octubre, 3 de octubre y 17 de octubre de 2016 (con remisión a los F. 798, 800, 876, 929, 932 TIII). Destacándose particularmente el correspondiente al día 6 de septiembre, por tener lugar precisamente al día siguiente de ese intercambio que protagonizan Gerardo y Héctor junto a su mujer tras su visita al desguace. A lo que se añade una serie de vigilancias que permiten detectar como varias personas, con cierto aspecto de drogodependientes se dirigen a su domicilio y tras un corto encuentro se alejan del lugar, poniendo de manifiesto lo que podrían ser actos de venta.

Encontrándose en el registro de su vivienda de la CALLE007 un total de 45,5 gramos de cocaína, distribuidos en diferentes envoltorios de unas purezas similares a las halladas en los otros domicilios, así como otros dispuestos en dosis como las que suelen ser objeto de venta, al margen de una importante cantidad en dinero metálico (15.805€).

Elementos que nos permitiría afirmar que el Sr. Evaristo participaría en la red de distribución que había dispuesto el Sr. Gerardo , no podemos olvidar que tal como resultan los hechos este de partida intervendría como mediador entre el proveedor inicial y sus distribuidores, no custodiando personalmente la droga, lo que sin perjuicio de valerse también de otras personas de su red, se lo encomendaría al Sr. Héctor que se serviría para ello del domicilio de su suegro. Teniendo dispuestos varios canales de salida de esa sustancia al mercado de menudeo, concretamente varias cedulas o subgrupos entre los que situaríamos al Sr. Evaristo , por lo que puede que no conociera el Sr. Landelino y su grupo, así como que el Sr. Gerardo se relacionara exclusivamente con él, lo que por otro lado hace igualmente con los restantes subgrupos. Por lo que en la medida que se sirve de un canal de suministro, formando parte de una red de distribución, con independencia de que no se relacione directamente los sus restantes integrantes, no por ello podremos afirmar que es un mero "cliente" del Sr. Gerardo , sino que tal como ya efectúa la sentencia recurrida deberá entenderse como un integrante más de ese grupo criminal.

Participación en el grupo que a la par nos permitiría afirmar su participación activa en el delito contra la salud pública para cuya comisión se concierta, haciéndole por ello responsable de la sustancia que se intervino en su domicilio, lo que no quedaría enervado por el hecho de que pudiera ser consumidor de esta sustancia, ya que en relación a su pareja, Casilda , en el análisis de su cabello no se detectó el consumo de estas sustancia (f. 2529 TVI). Dado que los hechos hoy valorados exceden con mucho de un mero supuesto de acopio efectuado para el propio consumo."

La intervención del recurrente en el grupo es evidente y queda constatada, pero articulándose por la vía de la infracción de ley el proceso de subsunción de los hechos en el tipo penal es correcto.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- 4.- Por infracción de ley del art 849. 1 LECrim. por indebida aplicación del artículo 368 CP.

Se queja vía art. 849.1 de la indebida aplicación del art. 368 CP. Señala que la cantidad aprehendida en su domicilio no puede considerarse preordenada al tráfico. Afirma que no se practicó prueba suficiente para acreditar actos de tráfico y que ambos moradores de la vivienda, el recurrente y su pareja sentimental, eran consumidores habituales de cocaína.

Los propios hechos probados ya recogidos en el fundamento anterior ya constituyen una evidencia del destino de su actividad al tráfico de drogas en el seno del grupo criminal.

Además, frente a la queja del recurrente acerca de la inexistencia de su participación en actos de tráfico de drogas la sentencia es contundente y concluyente en la apreciación contraria al alegato excluyente del recurrente. Señala así que:

"La relación entre Evaristo y Gerardo , que es relevante en el presente pleito, por justificar el control funcional del grupo que tenía el agente de policía, era más intensa de lo que se pretendió en el acto del juicio. Se intervinieron llamadas de Gerardo al número de la pareja de Evaristo (con una evidente intención de emplear un terminal seguro) y se le ha visto acudir al domicilio de este (10 agosto de 2016). También el 15 de agosto el vehículo de Gerardo fue geolocalizado en las inmediaciones del domicilio de Evaristo y el 6 de septiembre



volvió a acudir al domicilio de Evaristo (f. 798). El 3 de octubre vuelve a citarse con él y acude a su domicilio (f. 929).

Abundando en estos hechos, es en concreto en el acta de vigilancia 8 de 1 de octubre de 2016 (ver folio 800 y 876) donde se geolocaliza el coche de Gerardo en las inmediaciones del domicilio de Evaristo (y se le llega ver por las inmediaciones), y en la que se observa como Evaristo se reúne con una persona por un corto espacio de tiempo, da unas vueltas a la manzana antes de encontrarse a su jefe (el dueño del taxi). En su declaración en juicio puede dar razón suficiente de su encuentro con el jefe, pero desde luego si lo que iba hacer al final es aparcar en doble fila para hablar un instante con su jefe, no result excusa suficiente el estar buscando sitio de aparcamiento. Por lo tanto, el comportamiento descrito en la vigilancia resulta compatible con un acto de venta pase de sustancias estupefacientes de manera discreta, mientras el vehículo se encuentra en movimiento, dificultando su detección.

Respecto a los otros actos de venta que le imputa la policía (las ventas en su domicilio), las explicaciones dadas en juicio no resultan convincentes. El corto espacio de tiempo de las visitas de personas absolutamente heterogéneas y de las que no da razón suficiente, permiten, junto con el resto de los medios de prueba, dar por acreditadas tales transacciones. Como se ha dicho, se trata de una prueba indiciaria, que valorada en su conjunto, y teniendo en cuenta la droga que la fue intervenida en su domicilio, con una peculiar forma de presentación que permiten inducir que estaba preordenada a su tráfico ilícito, permite inferir que efectivamente estaba procediendo a su venta. A ello se une su relación con Gerardo y Héctor (y Lucía y Imanol), respecto de los que también se acredita su participación en el tráfico ilícito de estupefacientes. De esa manera, unos actos no necesariamente incriminatorios, como pueden ser las cortas visitas de personas de las que no se da razón suficiente o subir a personas en su coche para dar una vuelta a la manzana, cobran un significado unívoco, consistente en la venta ilegal de estupefacientes.

Continuando con las vigilancias sobre Evaristo, ratificadas por el agente interviniente PN NUM022, en las que se relata cómo el 17 de octubre Gerardo fue a la casa donde vivía Evaristo (f. 801 y acta de vigilancia 88 f. 881). Reconoce que no vio el botón del telefonillo, ni a qué piso subió. Pero tampoco se da razón alguna para dudar de que, ya que ambos se conocían, fuera a visitarle precisamente a él, y no a otra persona que pudiera vivir en ese edificio. En el mismo sentido el agente NUM034.

La madre de este acusado, Angelina, manifestó que iba a menudo a casa de su hijo, de la cual no poseía llaves en aquella época. Esta mujer era toxicómana y actualmente se encuentra en tratamiento. Con esta testifical se pretendía acreditar que una de las personas que consta en las vigilancias y que efectuó una corta visita podía ser esta mujer. Esta mujer también relata que su hijo y su nuera estaban ahorrando para comprarse un piso, y que parte del dinero intervenido (unos 800 euros) era suyo. Sin embargo, no dio razón de las causas por las que su hijo estaba en posesión de su dinero, que era supuestamente sus ahorros, ni tampoco de la razón por la que atesoraban el dinero en efectivo para la compra de un piso. Este testigo resulta poco concluyente y ciertamente está interesada en el resultado del pleito. No justifica en modo alguna que fuera precisamente ella la persona que fue vista en la vigilancia policial de 22 de septiembre de 2016 (nos referiremos a ella más adelante).

El testigo Samuel, era el jefe de Evaristo, y manifiesta cómo le pagaba en efectivo un porcentaje de la recaudación. El taxi era un Skoda Octavia, como se comprueba en las vigilancias. Relata que quedaba con él en cualquier sitio que les viniera bien. Obviamente esto explica la reunión en segunda fila en un corto periodo, pero no las previas medidas de seguridad, consistentes en circular dando vueltas a la manzana. El acusado explica que estaba buscando sitio para aparcar, pero la realidad es que si solo quería darle el dinero de la recaudación pudo hacerlo desde el principio aparcando en doble fila. Ya se ha dicho como estos extraños movimientos pueden explicar pases de sustancia estupefaciente de manera discreta, al hacerse en un vehículo en movimiento, que no se dirige a ningún sitio en particular.

El testigo Jose Carlos, era la persona que acompañaba a Evaristo ese día. Ratifica que dieron vueltas para buscar sitio donde aparcar. Pero eso no explica, como se ha dicho, que pararan en doble fila para encontrarse con el jefe de Evaristo, como hicieron finalmente.

El testigo Jose Manuel, propuesto por su defensa, pretende ser la persona que le hizo una corta visita en su domicilio el día 22 de septiembre de 2016, en concreto el joven que acudió en bicicleta. Sin embargo, no hay manera de comprobar la coincidencia de personas. Más allá de que sean dos jóvenes que se transportan en bicicleta. La realidad es que el tipo de visita que se producía en el domicilio de Evaristo (personas heterogéneas, por un muy escaso periodo de tiempo), resultan compatibles con el tráfico ilícito de estupefacientes.

Este tráfico ilícito también daría respuesta al dinero hallado en el domicilio, de una cantidad exagerada con relación a los rendimientos de su trabajo, y con la cantidad y presentación de la droga hallada. Estos dos últimos testigos también se refieren al problema de adicción que presentaba Evaristo por aquella época,



pero en ningún caso el autoconsumo puede explicar la cantidad de droga que poseía, ya preparada para su distribución al por menor. Tampoco puede descartarse que este testigo efectivamente adquiriera droga en esa visita, aun cuando no lo declarara en juicio.

El agente de PN NUM019 estuvo presente en la vigilancia de 22 de septiembre de 2016, a la que nos hemos referido anteriormente, y explica como dos personas entraron y salieron al portal del edificio donde vive Evaristo, tras llamar al número NUM036 del telefonillo. Una mujer con aspecto toxicómano y otra persona con una bicicleta. A preguntas de uno de los letrados de la defensa dijo que estaba a apenas 3 metros del portal y vio como presionaban el botón correspondiente al número NUM036 (lo identifica como el botón que hay abajo a la derecha). Por lo tanto, no cabe duda de que las visitas se dirigían al domicilio de Evaristo, aun cuando su defensa pretendiera plantear dudas sobre el destino de tales personas. Ya se ha visto que las declaraciones de la madre de Evaristo y Jose Manuel no despejan las dudas que se puede tener respecto de estas visitas, las personas que las hicieron o su motivación.

Como ya se ha dicho, también se cuenta con el acta de la entrada y registro en su domicilio (f. 1094 y ss), en el que se hace constar la posesión de droga, en los términos que constan en la misma, así como el dinero que fue hallado en su domicilio. Como se verá en la calificación jurídica, tal posesión de droga resulta incompatible con el autoconsumo, puesto que excede de la cantidad que usualmente suele considerarse para ello. Además su presentación, divido en diversas cantidades de distinta pureza, es señal de que no se habría de emplear para consumo propio. Junto a la droga fue hallado dinero en efectivo en una cantidad que no se puede justificar exclusivamente en su trabajo. Todo ello unido al resto de indicios que pesan sobre el mismo, no hay duda de que la posesión estaba preordenada al tráfico ilícito.

Efectivamente, los indicios anteriores deben ser examinados en su conjunto para llegar a la conclusión de que Evaristo se dedicaba al tráfico ilícito de estupefacientes bajo la directa dependencia de Gerardo. Así, la posesión de droga en cantidad y presentación incompatible con el autoconsumo; las visitas de corta duración a su domicilio en el mismo día de personas absolutamente heterogéneas; los movimientos sin destino del vehículo; los numerosos encuentros de Evaristo con Gerardo; y el uso del terminal telefónico de Casilda para comunicarse con Gerardo."

Ha contado el Tribunal con la declaración de los agentes policiales, las conversaciones telefónicas, la ocupación de la droga y la pericial de la misma.

Así, de las intervenciones telefónicas -como se señala detalladamente por la sentencia- se evidencia que son conversaciones referidas claramente al tráfico de drogas, aunque se emplee un lenguaje críptico. Las pruebas evidencian la integración en el grupo y su actividad preordenada al tráfico de drogas. Nótese que frente a la queja del recurrente respecto a lo hallado en su domicilio, y lejos del consumo propio se hace constar en la sentencia que las sustancias están perfectamente preparadas para ser distribuida a terceros a cambio de dinero, lo que se coteja con el resultado de la prueba antes expuesta llevada a cabo.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Hernan

DÉCIMO SEXTO.- 1.- Al amparo del art. 852 LECrim por infracción del derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Señala el recurrente que en el juicio la pena para él fue casi nula, afirma que no se escucharon las presuntas conversaciones telefónicas que se le atribuyen, ningún agente declaró sobre la entrada y registro de su domicilio de la CALLE001 nº NUM002 de Cheste ni sobre lo que allí presuntamente se intervino; no se leyó ningún WhatsApp de los que se le atribuyen, ni depusieron los peritos informáticos que habían hecho su extracción de su terminal móvil, y respecto a las vigilancias que se le realizaron tan sólo declaró el TIP NUM024 sobre una vigilancia del 7 de septiembre de 2016. Desdeña la declaración del agente instructor TIP NUM021 pues a su juicio su papel se ciñó a hacer un mero resumen del atestado policial. Y concluye que la única prueba que se practicó en el plenario respecto a Hernan fue su declaración y que, pese a ser exculpatoria, la Audiencia decidió no creerle y convirtió sus declaraciones o explicaciones en prueba en su contra, infringiendo así la tutela judicial efectiva.

Pero lo que el recurrente formula no se coteja con lo que el Tribunal recoge en la sentencia que es fruto del resultado de la prueba practicada en el plenario que se integra por las declaraciones del acusado, las testificales y la documental que olvida el recurrente su valor probatorio.

El recurrente cita una serie de pruebas que se han practicado, y lo que verifica en vía casacional es restar el valor probatorio de la misma, lo que está vedado en casación, al realizar una particular visión de la valoración de la prueba, restando valor a la que ha tenido en cuenta el Tribunal, postulando que hubiera sido preciso "más prueba" de cargo en realidad.



Ya se ha hecho referencia anteriormente a la corrección de la diligencia de entrada y registro que se llevó a cabo sin vicio alguno de legalidad y que se valora como prueba documental preconstituida, junto con la relevante ratificación íntegra, -no lo olvidemos- del atestado por el instructor, lo que supone elevar al plenario todo el material de investigación policial llevado a la práctica, incluidos los elementos de prueba que el recurrente desdeña, ya que si hubiera habido alguna duda sobre la legalidad de las actuaciones llevadas a cabo en el juicio oral el recurrente podría haberlo planteado. No haciéndolo así, se está otorgando validez al atestado íntegro mediante la elevación al plenario de su contenido por su ratificación del instructor, ya que como el Ministerio Fiscal apunta en su impugnación, no se puede restar validez probatoria a ese acto de ratificación íntegra en el que si el recurrente no cuestiona nada, o lleva a cabo interpelaciones que hagan surgir dudas acerca de las conversaciones existentes, o cualquier otro material de la fase de investigación policial, se eleva al plenario el contenido de lo que constituyó la investigación policial que ratifica quien tiene la responsabilidad de asumir en su integridad el resultado propio de la investigación, y a quien en el juicio oral, con absoluta contradicción, que ahora se cuestiona, bien puede interrogarle sobre determinados aspectos, y se erige como prueba a valorar por el Tribunal en toda su integridad, incluyendo los aspectos y extremos que el recurrente cuestiona, ya que si quiso oponerse a alguno de ellos, bien pudo someter a debate en su interrogatorio para evitar la elevación íntegra de la actuación policial que consta en el atestado, o, al menos, plantear dudas sobre algún extremo.

Lo que el recurrente está sosteniendo, en esencia, es su disparidad valorativa sobre la prueba que tiene en cuenta el Tribunal, lo que dista mucho del motivo que suscita de vulneración de la tutela judicial efectiva.

Así, abunda el Tribunal de instancia en su sentencia que:

"En lo atinente a la declaración de Hernan , este reconoce sin problemas que vivía en Cheste y conducía hasta Valencia una furgoneta sin poseer licencia. Niega que se dedique al tráfico de estupefacientes, aunque reconoció comprar cantidades relevantes de droga (10 o 12 gramos) que cortaba él mismo para su consumo. Respecto al sargento de carpintería y molde de madera, que la policía denomina "prensa" en la que se hallaron restos de cocaína, manifiesta que son útiles suyos de su trabajo de pintor y que no sirven para prensar la cocaína. Resulta ilógico el discurso referido a que la prensa se manchó por haberse caído algo de la bandeja donde estaba haciendo el corte de la droga, que tenía para su consumo. Alegar que el molde de madera sirve para sus trabajos de escayola resulta absurdo, debido precisamente a su pequeño tamaño y a la ausencia de manchas de escayola. La alegación de que él mismo se cortaba la droga también resulta ilógica debido a que la compra al menudeo hace improbable comprar una sustancia de una pureza suficiente como para justificar su corte. Al contrario, es la droga adquirida en cantidades relevantes la que tiene una pureza suficiente para proceder a su mezcla con otras sustancias (las halladas en el domicilio de Hernan). Por otro lado, no parece lógico comprar 10 gramos y perder parte de la sustancia por accidente. Sin embargo, sí resulta compatible con el hecho de manipular cantidades mayores de droga, mediante su rebaja de pureza y reempaquetado. Así, no solo se hallaron restos de droga en la prensa casera, sino también en molinillos y embudos, además de cantidades relevantes de sustancia de corte, que no son habituales en los hogares y que no se justifican para adulterar pequeñas cantidades de droga. El hecho de que no se hallara una cantidad relevante de sustancia estupefaciente en su domicilio puede explicarse por el hecho de que el registro domiciliario se hizo en un día posterior al de las restantes entradas y registros y detenciones, por lo que a buen seguro estaba sobre aviso de la operación. Así, pudo deshacerse de la droga, pero no de los útiles empleados para su corte o empaquetado. Además, hay que considerar el resto de indicios que pesan sobre esta persona.

Así, el 26 de junio de 2016 a las 5:30 de la madrugada se le intervino una conversación en la que un tal Augusto le dice que " Canicas lo que necesita es eso" y Hernan le responde que le da igual si Canicas quiere un gramo o diez, que él solo lleva dos rayas para él (f. 550 T. II). Del resto de la conversación se deduce que el resto de la droga se encontraba en su domicilio en Cheste (o en Xirivella) y que no llevaba encima droga para vender.

Otra conversación de 7 de julio de 2016, en la que un tal Carmelo le dice que "le vende por las noches" y luego le pregunta por el precio de un bote de pintura para pintar una puerta de hierro (f. 554 T. II). Hernan le responde que tiene todos los que quiera. En concreto le pide precio de un bote de kilo y le dice que el precio va por los 31 euros o 31,50 €. Y su interlocutor le responde que "igual hacemos una actuación".

El 24 de julio (f. 559 T. II), vuelve a tener una conversación con un hombre desconocido en la que Hernan dice que le ha salido una "faena de pintar un pisete" y le dice que si quiere ir a verlo. Y luego el hombre le responde que está "pintando apartamentillos de 36, 37". En seguida pasa a hablar de "apartamentos de bloques de cien o cincuenta bloques". Lo que denota que ni está hablando de pintar pisos de 36 o 37 metros cuadrados, ni edificios de 100 o 50 apartamentos, sino el precio de alguna sustancia y si se puede distribuir en paquetes más pequeños (lo que explica la sustancia de corte y la pequeña prensa, que fue encontrada en su domicilio).



Una conversación de 27 de julio, pide su interlocutor a ver si se lo puede hacer en dos (F. 561 T. II). Lo que abona la tesis de la adulteración de la sustancia y reparto en envases más pequeños, aunque de cantidades relevantes.

El 2 de agosto (f.562) en una llamada le dicen que hay un encargo de "un piso pa pintar", insistiendo en que quiere un "piso completo". Hernan le pide hablar por whatsapp (para impedir el rastreo) y que le dé media hora o tres cuartos. No existe ninguna razón para tratar este tema por otro medio de comunicación, ni para aplazarlo, ni para no hablar de la situación del piso o de las calidades a emplear. Simplemente, esta serie de mensajes cobran sentido estudiándolas globalmente con el resto de pruebas practicadas en este juicio. Simplemente trataban de evitar cualquier vocablo que pudiera estar relacionado con el tráfico ilícito de estupefacientes.

Las llamadas se suceden el 2 de agosto, con la única finalidad de terminar de concertar citas que se habían hecho por otra vía de comunicación ("¿has leído?") (f. 563 T. II).

En una conversación de 23 de agosto de 2016, un tal Culebras le pregunta a Hernan si se refiere a "¿pintura de esa?", y Hernan le responde que "hasta el día cinco...no, no...". Ya se ha visto como el día 5 de septiembre Gerardo y Héctor transportaron algo hasta el domicilio de Imanol, desde el desguace MM, por lo que cobra sentido la conversación (que se refiere a droga) y los extraños viajes en diferentes vehículos al desguace (como medio de obtener la droga). También se ha visto como Gerardo y Hernan fijaron una cita para esa fecha, lo que no puede entenderse como mera coincidencia.

Las llamadas de 24 y 25 de agosto (f. 567 T. II) son indicativas de la venta de algo a lo que los interlocutores no quieren nombrar ("¿lo de la última vez?") y que el comprador necesita ir al cajero para pagarlo (es una cantidad relevante de dinero), quedando en el aparcamiento de un supermercado. En esas mismas fechas hay otra persona interesada. En el acta de vigilancia del día 25 (vigilancia 68, al folio 591 del Tomo II) ven a Hernan reunirse en dos breves citas con dos hombres distintos.

La llamada del 11 de septiembre con un tal Augusto a las 00:00 (f. 680), le dice que se pase a recoger una cosa o la otra. Otra llamada del 11 de septiembre (f. 683) Hernan le dice a un tal Evaristo que no tiene dinero para pagarle, pero le ofrece algo "de marca", "que es bueno" para salir del paso. Emplea expresiones contradictorias como que una mujer no le había dado el dinero y que le había dado el material. Pero Evaristo quería que le pagaran y que llevaba más de un mes esperando. El 12 de septiembre (f. 684) Hernan recibe una llamada de un hombre que quiere concertar una cita con él "para hablar de lo mismo".

En otra conversación de 16 de septiembre, manifiesta que va a "guardar todo". La explicación que dio en juicio respecto de que se refería a los productos tóxicos que pudiera tener como pintor carece de toda lógica dentro de la conversación, que versaba en dar cobijo a una persona respecto de la que literalmente dijo: "no sé lo que has hecho, ni el por qué, ni lo que has hecho, ni lo que te han hecho, no sé nada, yo te ofrezco mi casa". Y le dice expresamente "escúchame Flequi, si ves que hay algún peligro de algo dímelo porque en vez d guardarlo me lo llevo todo de aquí". No tiene nada que ver con lo dicho en juicio referido a que productos tóxicos pudieran estar al alcance de niños o mascotas.

También hay que poner de manifiesto que Hernan alegó en juicio que siempre había tenido el mismo número de teléfono, aparentando que no adopta medidas de seguridad. No obstante, ya se ha visto como las conversaciones evita emplear según qué vocablos y además en una conversación el 10 de octubre d 2016, reconoce a una tal Begoña que dispone de otro número de teléfono (o, menos, que le pude localizar en ese otro número f. 806).

Los mensajes de whatsapp hallados en su teléfono móvil, que puede verse transcritos en los folios 2644 y siguientes del expediente, en los que habla de "pastillas cristal coca mariguana" (3 de enero de 2016), pide dinero (24 de enero d 2016), o en los que incluso dice que quiere "2 kg de limones" y le pregunta a s interlocutor si tiene (8 de abril de 2016), o en una especie de contabilidad hac referencia a nombres y una cantidad (24 de febrero de 2016).

Hernan manifiesta conocer a Gerardo por haberle pintado reformado el piso, y justificaba las reuniones en la furgoneta para el pago de su trabajoso para otras cuestiones relacionadas con la reforma del piso. No obstante las conversaciones entre estas personas distan mucho de referirse a trabajo puntuales de pintura y albañilería y se percibe en ellas cierta camaradería, además de referirse a conversaciones sospechosas en las que trasluce el uso d determinadas palabras en clave, nunca relacionadas con una supuesta reforma en l casa de Gerardo .

Por lo que se refiere a las vigilancias, dice no haber coincidido nunca con Landelino, al menos de forma consciente y puede que coincidiera con él, si conocerlo en casa de Gerardo. Así, en una vigilancia de 9 de septiembre d 2016, el agente NUM022, dijo haber visto el Seat Altea de Landelino cerca de l casa de Gerardo. También dijo ver a Hernan llegar a casa de Gerardo. Por último vieron a Landelino salir de la casa de Gerardo. Y finalmente salió Hernan (f. 655). Así, que existen indicios suficientes de que, al menos ese día



coincidieron. A la vista de los restantes indicios, puede deducirse que ese día hubo una reunión y no una mera coincidencia casual, por muy breve que fuera el encuentro.

Reconoce que el 7 de septiembre un tal Raimundo le dio un fajo de billetes, pero de escaso valor facial (de 5 y de 10), lo cual contrasta con la declaración de uno de los policías que efectuó la vigilancia (f. 650 y siguientes), que manifestó haber visto billetes incluso de 100 euros. Ese encuentro está documentado en la vigilancia 77, al folio 713. No niega que pudiera encontrarse con Gerardo hasta en dos ocasiones el 9 de septiembre. Respecto a la conversación de 30 de junio en la que se hablaba de vinilos, manifiesta que no estaba empleando palabras en clave. Respecto a la conversación con un tal "Canicas" se reafirma en que él es consumidor, no vendedor, y que como mucho puede compartir lo que lleve encima con algún amigo y que si quería que se fuera Chirivella. Cuando se le pregunta por una conversación que tuvo con un tal Carmelo en el que se emplea el término vender, manifiesta que a lo mejor se refería que le dejó vendido delante de su novia, como poniéndolo en evidencia. Cuando dice pintar pisos de 36 o 37 metros se refiere que el metro de pintura le sale a 0,36 o 0,37 céntimos el metro cuadrado o a apartamentos de ese tamaño (sin embargo, ya se ha dicho que emplea esas palabras para evitar el uso de términos referidos al narcotráfico). Ya se ha comentado la conversación en la que dijo que guardaría algo por si había peligro, quizás por una visita que tuvo de una amiga suya que venía con un niño pequeño y un perro, de que ingirieran accidentalmente los disolventes empleados en su trabajo (ya se ha visto como la conversación no es en esos términos). También le preguntan por la conversación de 27 de julio de 2016 (si lo puede hacer en dos...). Tampoco sabe a qué se pudo referir al decir "8 de uno y 8 de otro". En la conversación de 8 de octubre de 2016 reconoce que lo de siempre y pescado se puede referir a droga, pero para consumir conjuntamente. La conversación del 29 de octubre de 2016 (la bomba) puede referirse a que la droga que consumía era de muy buena calidad. Termina diciendo que su relación con Gerardo era exclusivamente de trabajo.

El hecho de no conocer al resto de los implicados se explica fácilmente por su papel en la organización. Todo lo hacía a través de Gerardo, que servía de punto común con los restantes implicados, a excepción de alguno menudeadores.

De algunas conversaciones intervenidas puede deducirse que esta persona también podría dedicarse a la venta de la droga, ya sea al menudeo o en cantidades intermedias. Así, en conversación intervenida el 4 de agosto de 2016 (f. 494 T. II), un varón desconocido le pregunta "¿cómo está el temita?" y si "¿tienes en stock tú o nos tenemos que esperar?".

En la llamada de 18 de agosto (f. 544 T.II) se observa la preocupación de Gerardo por la falta de noticias de Hernan, y en la que le pide concertar una cita, aunque no llegan a hacerlo. El 22 de agosto vuelven a hablar, y Hernan le dice a Gerardo que tiene que ir a Valencia a "pintar restaurantes", lo que resulta llamativo por el número plural de locales y porque contraponen "curvar" con ir por la tarde "a mirar para pintar los restaurantes" (lo que indicaría que pintar los restaurantes no está relacionada con su trabajo como pintor), Intentan quedar el sábado, pero al parecer no logran verse. La siguiente llamada es el 30 de agosto (f. 548 T. II), en el que esta vez quedan para el día 5 (de septiembre).

El acta de entrada y registro, consta en el expediente a los folios 1951 y siguientes. Esta entrada es posterior a la de otros implicados en el procedimiento, por lo que no cabe duda de que este acusado se encontraría bajo aviso, lo que dio lugar a la ausencia de hallazgos de cantidades significativas de droga. Sin embargo, fueron halladas diversas sustancias de corte y los útiles para su corte, y su empaquetado en cantidades medianas o dosis."

Los indicios señalados apuntan que Hernan formaba parte de la red de distribución que tenía estructurada Gerardo, integrándose consecuentemente en el grupo criminal objeto de condena. Se contaba con las transcripciones de las conversaciones que fueron ratificadas al hacerlo el instructor y elevar al plenario toda la fase de investigación policial.

Se le interroga por lo hallado en los registros, sin viso alguno de irregularidad en su práctica que consta en la diligencia de entrada y registro elevada al plenario como prueba preconstituida, sin vicio alguno de irregularidad.

Por ejemplo, señala el Tribunal de instancia que:

"El agente NUM024 participó en vigilancias. Así, hace referencia a una de 6 de mayo de 2015, en la que observó a Gerardo darle una bolsa a otro usuario del gimnasio. También se refirió a una vigilancia de 7 de septiembre de 2016 (f. 650 y ss), en la que vieron a Hernan en un restaurante de un polígono en el que repartía una cantidad de dinero, que sacaba de su bolsillo, con otro hombre. A esto se refiere el acta de vigilancia número NUM037 (f.713 y siguientes al T. III) También este testigo habló como hubo un encuentro en Reinosa, Landelino y Gerardo. Durante el mismo vieron a Landelino guardar una bandolera debajo del asiento. Este agente creía



recordar que la bandolera no la llevaba antes. En ese encuentro estuvieron vigilantes y adoptaron medidas de seguridad. También este testigo relató ciertos encuentros sospechosos de Guillermo : un Renault Clio yendo muy lento, pasando varias veces. Guillermo se monta en el coche solo para recorrer 500 metros. También relata diversos encuentros entre Guillermo y Landelino dentro de un vehículo, para hacer un corto recorrido o ni siquiera arrancarlo. También relató haber visto a Landelino ir a casa de Gerardo o aparcar su vehículo en las proximidades, dos días seguidos de agosto (10 y 11) llevando una bandolera abultada.

...

Sin embargo, de las testificales, la más relevante resultó ser la del instructor policial, el ,PN NUM021 ... este testigo habla de diversos encuentros interesantes entre el 7 y el 9 de septiembre. Así, coinciden Gerardo y Landelino . También entre Hernan y Gerardo . Así como la coincidencia en casa de Gerardo , de este último y Landelino y Hernan . Hace referencia el instructor a un teléfono de seguridad de Gerardo , el cual fue examinado tras la entrada y registro, dado que los mensajes enviados por la aplicación de whatsapp no son rastreables. Este teléfono era de seguridad porque solo se empleaba para mandar mensajes de whatsapp entre Gerardo y Landelino . Además, contó como la mayoría de los mensajes estarían seguramente borrados. Pero pudieron encontrar uno en entre Gerardo y Landelino de 9 de septiembre de 2016 en el que se habla de el pintor (refiriéndose a la profesión de Hernan) estaba ahí, de lo que puede deducirse que el encuentro entre los tres no fue casual, como pretendieron en sus declaraciones. Las transcripciones de estos mensajes pueden verse en los folios 2606 y 2607 y 2610, en los que puede leerse que quedan en casa de Gerardo a las 19.30. En unos mensajes de las 8 de la tarde, le vuelve a decir que se pasara por su casa y que su amigo le ha dicho "q el lunes tiene mejor' (f. 2608). Sigue incidiendo en la importancia de lo ocurrido esos días, puesto que el 8 de septiembre también estuvieron juntos Héctor y Gerardo cerca de la casa de Gerardo (acta de vigilancia NUM038 , f. 717). Ese mismo día tuvieron una extraña conversación telefónica en la hablan, sin venir a cuento, de "parajes" y "guerrillas". Pero de esa conversación sí se entiende que "estoy contento con lo mío". El día 6 de septiembre, es decir, al día siguiente dé los extraños viajes al desguace, hay un encuentro entre Gerardo Evaristo ."

Por ello, el recurrente cuestiona el contenido de la ratificación del íntegro atestado que reúne toda la probanza que se lleva a efecto, y consta en el mismo, pudiendo haber interrogado al inspector que comparece para validar lo actuado y poder responder a lo que se le pregunte por todo el material de la investigación, incluyendo las conversaciones, seguimientos, y documentos habidos en el atestado. Todo ello, con respecto a su algún vicio o irregularidad formal o material que se pudiera haber llevado a efecto en el contenido de la investigación policial, con lo cual se respeta la contradicción y no se trata de falta de tutela judicial efectiva, o de que se dictó sentencia en ausencia de pruebas, sino revalorando la que se ha llevado efecto, tanto en concreto con respecto a la misma ratificación, como a la testifical que el mismo cita, pero minusvalora su resultado probatorio que, sin embargo, el tribunal sí recoge en cuanto a los efectos que cita en la fundamentación jurídica respecto a la valoración de prueba ratificada por el TSJ en su sentencia. Todo ello, a la hora de llevar a efecto la racionalidad en la valoración probatoria del tribunal de instancia.

No se trata, pues, de tutela judicial, sino, como plantea la fiscalía en su informe de impugnación del recurso, de distinta valoración de la prueba practicada a efecto tal y como consta en el informe del Ministerio fiscal impugnantes del recurso en cuanto a la prueba que se practica finalmente y la particular valoración por autoría que hace el recurrente en este caso.

Con respecto a la reproducción de las conversaciones, cuyo valor en esencia es ratificado, de todos modos, ya hemos precisado en Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 714/2018 de 16 Ene. 2019, Rec. 2851/2017 que:

"Debemos partir de que la reproducción en el juicio oral de la integridad de las grabaciones no es obligada (SSTC 76/2000, de 27 de marzo; 26/2010, de 27 de abril; STS 457/2013, de 30 de abril). En este sentido la STC 26/2001, de 27 de abril, afirma que la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez como prueba, sino que el contenido de las conversaciones puede ser incorporado al proceso bien a través de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversiones intervenidas, bien a través de su transcripción mecanográfica - como documentación de un acto sumarial previo- (STC 166/99, de 27-9, FJ 4; 122/2000 de 16-5; FJ 4, 138/2001, de 18-6, JF 8) y también menos concluido que para dicha incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el auto del juicio, siendo admisible que se de por reproducida, siempre que dicha prueba se haya confirmado con las demás garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa. Así nos hemos pronunciado ante supuestos similares al presente, tales como los resueltos en el ATC 196/92, de 1-7, o en la STC 128/88, de 27-6. En la primera de las resoluciones citadas afirmamos que "la no audición de las cintas en el juicio, así como que el Secretario no leyera la transcripción de las mismas, no supone, sin más, que las grabaciones no puedan ser valoradas por el tribunal sentenciadora. En



efecto, las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico) por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio pueda hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicciones - no significa, como pretende la recurrente, que la prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiese la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral "(FJ. 1). Y ya en la citada STC 128/88, de FJ.3 alegamos a idéntica conclusión bajo el argumento de que "no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas y habiéndose dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones. No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejándose de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de más unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido".

Igualmente la Sala 2ª TS 1. 628/2010, de 1-7, tiene declarado En lo referente a las transcripciones de las cintas, solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni los pasajes mas relevantes, ahora bien si se utilizan las transcripciones su autenticidad solo valdrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario judicial (SSTS. 538/2001 de 21.3, 650/2000 de 14.9). De lo expuesto se deriva que el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria, solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor del medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole.

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

"La transcripción de las conversaciones y la verificación de su contenido con el original o cotejo no dejan de ser funciones instrumentales, ordenadas a un mejor "confort" y economía procesal. Sólo si se prescinde de la audición de las cintas originales en la vista oral y se sustituye por el contenido escrito de las transcripciones, debe preconstituirse la prueba con absoluta regularidad procesal, con intervención del Secretario y de las partes, aunque la contradicción siempre puede salvarse en el plenario, siendo una cuestión atinente a las normas que rigen la práctica de la prueba. Otra vía de introducción de la prueba en el plenario es la testifical prestada en el mismo por los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba (las conversaciones). Como dice la STS 1.112/2.002, "su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documentada, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas".

Hay que recordar que el propio TSJ en su sentencia hace una expresa y acertada referencia a todo el material probatorio referido a las conversaciones en el FD nº 5, donde se valida todas las llevadas a efecto en la investigación y su resultado probatorio, pese a la tacha de insuficiencia que plantea el recurrente, que debe desestimarse validando el acertado expositivo del TSJ en este FD nº 5.

Hay que recordar que en el registro efectuado en su domicilio consta en los hechos probados que:

"A Hernan el 21 de noviembre de 2016: En la entrada y registro practicada en su domicilio sito en la CALLE001 nº NUM002 de Cheste, se le intervinieron los útiles y efectos necesarios para la adulteración, corte y preparación de la droga para su posterior venta, como son Piracetam, tres tarjetas con restos de cocaína, un balanza con restos de cocaína, dos bandejas, una prensa, un gato de cerrajería, un molinillo, dos vasos de plástico con restos de cocaína, un colador con restos de cocaína y otro colador con Piracetam, una balanza con restos de cocaína, un bote de sosa de 975 gramos, un tupper y una cuchara ambos con restos de cocaína, una varilla y vasos con Piracetam, un bote de alcohol, bolsas de autocierre y alambre, dos básculas, un envoltorio



conteniendo una sustancia que resultó ser cocaína con un peso neto de 0,09 gramos de cocaína con una pureza del 9%, una bolsa que contenía 2,89 gramos de una cocaína con una pureza de 2% y un envoltorio en el interior de un huevo kinder conteniendo 3,37 gramos de una sustancia que resultó ser MDMA con una pureza del 8%, una caja. y una pistola de plástico en el interior de otra caja fuerte y una cartera con una placa de la Guardia Civil." Y consta en la sentencia que se le interroga sobre ello, llegando a la conclusión el Tribunal a la vista de sus declaraciones y el resto de la prueba su integración en el grupo y el destino al tráfico de drogas del recurrente.

Por todo ello, el resultado de la valoración probatoria es el ofrecido en la sentencia y ha sido analizado por el TSJ en cuanto a su suficiencia, no apareciendo viso alguno de irregularidad, así como de insuficiencia en la tenida en cuenta por el Tribunal bajo merma de la tutela judicial efectiva que apela el recurrente, en tanto en cuanto lo que ofrece es una disparidad sobre el "quantum" de prueba tenido en cuenta por el Tribunal para el dictado de la sentencia condenatoria en cuanto a lo que él respecta, lo que va ligado con el siguiente motivo centrado en la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO.- 2.- Al amparo del art. 852 LECrim por infracción del derecho a la presunción de inocencia.

Este motivo está relacionado con el anterior en cuanto se ha validado ya la existencia de prueba de cargo suficiente y válida para el dictado de la condena, en tanto en cuanto se ha expuesto el arsenal probatorio existente, que el recurrente cuestiona.

Recordemos que la integración del recurrente en el grupo queda expuesta y manifiesta. Se recuerda que consta en los hechos probados que:

"Entre mediados de mayo y mediados de noviembre de 2016, Gerardo , cuyas demás circunstancias de identidad constan al encabezamiento de esta sentencia, se concertó para proceder a la distribución a terceros, en la provincia de Valencia, de cocaína que él conseguía, al menos con Landelino , Hernan , Héctor y Evaristo , todos ellos identificados en el encabezamiento de esta sentencia, alguno de los cuales a su vez se servía de otras personas, que luego se dirán, a cambio del reparto del lucro obtenido en dicha actividad, en el modo en que se expone a continuación."

El TSJ dedica su FD nº 14 a tratar sobre la integración del recurrente en el grupo criminal, que ahora cuestiona, y señala al respecto que:

"Según la sentencia Hernan se encargaría de realizar labores de adulteración o manipulación de la droga distribuida por el grupo, sin perjuicio de llevar a cabo alguna labor de venta al menudeo, lo que entiende el recurrente es fruto de una interpretación parcial y sesgada de la prueba, ya que de los elementos obrantes en la causa, sin perjuicio de que pudiera conocer a alguno de los implicados, se trata de un mero consumidor que ha podido proveerse de alguno tipo de sustancia de ellos.

La sentencia funda su condena de un lado en su relación con Gerardo , que no olvidemos es quien fundamentalmente se relaciona con los restantes miembros del grupo, aludiéndose a las vigilancias que ya se han hecho constar más arriba, concretamente: 22 de marzo de 2016 (vigilancia 20 f.90 TI agente NUM021 y NUM022); 13 de junio de 2016 (vigilancia 37 f.115 TII agente NUM023 , NUM018 y NUM017 ; 25 de julio de 2016 (vigilancia 60 f.457 TII agente NUM022 , NUM039 y NUM022), y; 9 de septiembre de 2016 (vigilancia 80 f.722 TIII agente NUM022 y NUM016). Respecto a esta última se destaca la posibilidad de que pudiera coincidir con el Sr. Landelino . Encuentros que o bien tienen lugar en el domicilio del Sr. Gerardo , o en lugares apartados caracterizándose por su brevedad, destacando los agentes en uno de ellos como a todo lo largo de ese encuentro este último no para de mirar en todas direcciones (vig. 37). Lo que supondría la adopción de esa cautela que se niega en el recurso.

Apartado dentro del que se podría incluir la conversación que mantiene con la tal " Begoña ", en la que tras leer su contenido integro resulta claro que le está ofreciendo otro número de teléfono, aludiendo a que el intervenido lo utiliza menos, lo que no permite descartar que al igual que los otros miembros del grupo se valgan de otros terminales (f. 805-807 TIII).

Igualmente se destacan una serie de conversaciones telefónicas en las que de un lado se ahonda en su relación con Gerardo y de otro lado pondrían de manifiesto se papel como vendedor.

Dentro del primer grupo se destacan la siguientes: 18-08-16 (f. 544, TII) en la que muestra preocupación por no tener noticias suyas; 22/08/16 (f.547 TII) en la que se trata de concertar una cita, y; el 30/08/16 (f.548 TII) que quedan para el día 5 de septiembre. Conversaciones que aun cuando en general son breves y crípticas, lo que pudiera hacer que el hecho de que aluda a currar y a restaurantes no tenga más significado que se está refiriendo a su trabajo, no por ello dejan de traslucir una relación que excede de un mero contacto ocasional o



profesional. No pudiendo dejar de lado a este respecto el papel se le ha atribuido a este acusado y que pone en evidencia igualmente las pruebas que afectan a los restantes acusados.

Respecto al segundo grupo, a su papel como vendedor, se alude a las siguientes: 26-06-16 (f.550-553 TII) en la que habla con un tal Augusto refiriéndose a " Canicas " que al parecer necesita droga, y si nos atenemos al total de la conversación observamos, que lejos de traslucir que no lleva más que una cantidad para su propio consumo, que no se dedica a la venta, de la conversación integra se deduce que lo ha pillado fuera de su casa sin llevar nada encima, no teniendo intención de desplazarse en ese momento a su casa de Xirivella donde tiene la sustancia. Añadiendo las correspondientes a los días; 07/07/16 (f. 554 TII); 24/07/16 (f.559 TII); 27/07/16 (f.561 TII); 02/08/16 (f.562 TII). A las que se añadirían las conversaciones de whatsapp que se ponen en evidencia al f. 2644, TVI. En las que con el característico lenguaje críptico de este tipo de operaciones concierta ventas con personas desconocidas, que será cierto que no han sido investigadas de forma individual, lo que sería una tarea prácticamente imposible, pero su propio contenido evidencia cual era el objeto o intención de esas llamadas.

A lo que cabría añadir el resultado de la diligencia de entrada y registro que se practica en su domicilio, en que sea porque se practica unos días después que a los demás acusados o por lo que sea, pero es un hecho cierto que no se le aprehende una cantidad significativa de cualquier tipo de sustancia tóxica, al margen de 2,98 gramos en total de cocaína de muy baja pureza (2% y 9%) distribuida en dos envoltorios y unos 3,37 gramos de MDMA al 8%. Ahora ello no significa que no se aprehendieran una serie de objetos que claramente indican que tenía una especie de laboratorio o taller apto para adulterar la sustancia con la que traficaba, como serían: Piracetam, tres tarjetas con restos de cocaína, un balanza con restos de cocaína, dos bandejas, una prensa, un gato de cerrajería, un molinillo, dos vasos de plástico con restos de cocaína, un colador con restos de cocaína y otro colador con Piracetam, una balanza con restos de cocaína, un bote de sosa de 975 gramos, un tupper y una cuchara ambos con restos de cocaína, una varilla y vasos con Piracetam, un bote de alcohol. Así como utensilios para distribuir la sustancia en dosis como serían: bolsas de autocierre y alambre y dos básculas. Permitiendo por la detección de restos de cocaína en esos objetos, aun cuando sea de sencillos o de fabricación casera como la prensa, concluir que aquel era su objeto y no otro. Resultando totalmente absurdo pretender que lo empleaba para la adulteración de la propia droga que adquiriría y consumía, y no solo por lo ilógico de la explicación sino también porque su dedicación al tráfico al menudeo nos permite extraer otra conclusión.

Por lo que en conclusión en contra de lo afirmado por el recurrente podemos afirmar que aun cuando no negamos que no haya base para afirmar ese papel de adulterador general de la sustancia con la que traficaba todo el grupo, ya que no existe prueba que nos lo permita afirmar, ni la sentencia llega a desarrollar elemento alguno que lo permita afirmar al margen de la declaración del instructor cuyas manifestaciones en este sentido las podríamos admitir como hipótesis de trabajo, pero que desde luego no se ha logrado ratificar mediante los correspondientes indicios o pruebas. No pudiendo olvidar que no es la única persona a la que se le interviene sustancia de corte (por ej. Sr. Narciso) habiéndose encontrado en varios domicilios balanzas de precisión y recortes y alambres para dosificar. Lo que si permiten afirmar los indicios señalados en que el Sr. Hernan formaba parte de la red de distribución que tenía estructurada el Sr. Gerardo , integrándose consecuentemente en el grupo criminal objeto de condena."

La circunstancia de que el grupo se estructure en subgrupos para una mejor operatividad, no conlleva, como propone el recurrente, que desaparezca con los subgrupos la esencia del grupo criminal, sino que, lejos de ello, lo refuerza al potenciarse la estructura organizativa en el mismo con el reparto de tareas, y sin que con ello se desvanezca que el menor número de los subgrupos haga cuestionar la existencia del grupo, sino todo lo contrario.

El recurrente queda integrado en el mismo, como así resulta de la prueba practicada y de la acertada valoración del Tribunal de instancia validado con acierto y fundamentación expuesta por el TSJ respecto al proceso de racionalidad en la valoración y suficiencia de la prueba concurrente ya expuesta.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Guillermo

DÉCIMO OCTAVO.- 1 y 3.- Al amparo del artículo 852 de la LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva, establecidos en el artículo 24 de la Constitución Española.

Se destaca por el Tribunal a la hora de llevar a cabo la valoración probatoria con respecto a este recurrente que:

"En lo atinente a la declaración de Guillermo , este manifestó que vivía en casa de su madre en la CALLE006 , muy cerca de la CALLE008 , donde vivía su amigo Higinio . Preguntado por las llamadas intervenidas el 16 y el 26 de septiembre, da una explicación lógica referida a que estaba dando a su amigo las indicaciones precisas



para que le localizara. Lo que no resulta tan cierto es que tales encuentros no fueran para proceder a la venta de estupefacientes. Los resultados de la vigilancia indican lo contrario, como se verá después. En general, niega actos de venta de sustancias estupefacientes, pero reconoce que en ocasiones se ha puesto de acuerdo con otros amigos para comprar hachís y que así les saliera más barato. También reconoce haber comprado cocaína para él y Higinio . Niega haber vendido nunca ninguna sustancia estupefaciente y niega las actas de vigilancia en las que se puede observar un presunto pase. En un momento dado, cuando estaba respondiendo acerca de una vigilancia que consta en el f. 291 y siguientes, identifica en una de las fotografías a su amigo Pedro con la moto de Gotico (lo cual abonaría la tesis de que " Gotico " no era Higinio), aunque luego se desdice y manifiesta que esa moto era de un tal Salvador y que emplea el término Gotico con asiduidad. Luego dijo que con la palabra Gotico se refería a la cocaína. Reconoce el consumo compartido con Higinio de cocaína, y que con Higinio y un tal Humberto en ocasiones compraban 100 gramos de hachís, para que le saliera más barato. Reconoce en su declaración que en 3 ocasiones Landelino le vendió droga al mismo precio que él la compraba. Que lo que compraba era para él y para Higinio . Dijo no recordar una llamada en la que se le pedía "pollo", que es el nombre vulgar para las bolsitas de cocaína. Y otra conversación que habla de "películas" puede que se refiriera a .marihuana o hachís.

Si en alguna ocasión en alguna llamada ha empleado el término pelotazo, se refería a la compra de 100 gramos de hachís, para comprar entre varios y que les saliera más barato. En otra conversación manifiesta que desconoce a qué se refiere con botes de silicona y que él no vende esos botes. Manifestó igualmente desconocer si Landelino vendía droga, más allá de las tres veces que le había facilitado la droga. Las llamadas y vigilancias a que se ha hecho referencia, serán objeto de estudio posterior.

Entre las vigilancias, introducidas en juicio por la declaración de los agentes de la policía, podemos destacar la del PN NUM022 . Así, este agente vio como Guillermo , el 16 de septiembre de 2016 (acta de vigilancia NUM040 , f. 724), que se encontraba en un descampado se montó en un coche con otros tres ocupantes, dieron vueltas la manzana, parando y arrancando y luego volvió a bajar, lo que resulta compatible con un acto de venta al menudeo, en el que se emplea un vehículo en movimiento para evitar su observación por terceros. Esta vigilancia fue precedida de unas llamadas para concertar la cita (f. 664 y ss).

También el agente de PN NUM019 rememoró en juicio una vigilancia en la que Guillermo sacaba unas bolsas con autocierre del cajetín de una moto. Dice que le vieron con unos chavalitos en el parque, se acercaron a la moto, sacaron una bolsa y dentro estaban las bolsitas con autocierre.

Las conversaciones intervenidas a Guillermo también son indicativas de que estaba dedicándose al tráfico de estupefacientes, como la de 11 de junio de 2016 (f. 98 T. II), en la que un varón desconocido le dice que el whatsapp no le funciona (es necesario recordar que el servicio de mensajería whatsapp es un medio de comunicación que no es posible intervenir), y quiere concertar una cita con él, pudiéndole sustituir Gotico o Salvador (se ignora si es la misma persona). Hay otras llamadas indicativas de este tipo de negocios ilícitos, como puede ser la de 27 de julio de 2016 (f. 490 T.II), en la .que la conversación se limita a decir su interlocutor que ya estaba y que tenía "que coger de casa". O la conversación de 29 de julio (f. 491) en la que le pide "entradas para la película" y luego quedan "donde las motos". De nuevo el 22 de agosto recibe una llamada breve para concertar una cita de una persona que se identifica como el Borrego (f. 530 T. II). O la del 23 de agosto, en el mismo sentido ("¿ quedamos?") (f. 531). Igualmente la del 26 de agosto de 2016 (f. 532), en la que le piden que se baje diez pavos. También las de un tal Demetrio de 27 de agosto de 2016 (f. 533), en la que queda a las 5 en la plaza. O las del 16 de septiembre con un tal Humberto , de la que ya se ha hablado (f. 664 y 666) Siempre es Guillermo el que recibe una llamada, muy breve, con un contenido extraño, y en la que se concierta una cita.

La llamada del 16 de septiembre a las 20.45 entre Guillermo y un hombre desconocido (f. 678) es también llamativa porque Guillermo dice "pues si me vieras lo que estoy haciendo seguro te gustaría estar aquí", pero no puede decir por teléfono lo que es. Y luego dice que lo que tiene entre manos "está de diez". Y finalmente dice "preparando bolsitas buenas".

Las actas de vigilancia, que luego se desarrollarán, son igualmente compatibles con actos de venta y frecuentes encuentros con Landelino , que le habría de servir de suministrador. Todos los indicios, considerados conjuntamente, permiten considerar acreditado que Guillermo se dedicaba al menudeo de cocaína.

También se cuenta con el acta de entrada y registro en su domicilio (f. 1116 y ss), aunque no fue localizado nada de especial interés para la causa.

Como en otros supuestos, su directa relación con Landelino , permite considerarle igualmente como parte del grupo criminal, en el que haría funciones de menudeador. Para ello, no resulta necesario el conocimiento de los restantes integrantes del grupo, sino que es suficiente que uno de sus miembros le sirva de habitual proveedor de la sustancia que distribuye."



Existe un abundante material probatorio que evidencia la existencia de suficiente prueba de cargo para la condena, integrado por prueba testifical y documental expuesta anteriormente que dan buena cuenta de las reuniones existentes, y con fuertes medidas de seguridad que eran comprobadas en los controles de investigación policial, citándose las vigilancias llevadas a cabo que lo corroboran, llamadas telefónicas determinantes de los hechos llevados a cabo.

Se recoge en los hechos probados que:

" Gerardo era el encargado de entregar la droga a Landelino , a Héctor , a Evaristo y a Hernan , quienes dependían directamente de él y contaban con otros colaboradores directos. Landelino , que recibía la sustancia y las instrucciones de Gerardo , custodiaba parte de la droga en sus domicilios de Valencia y de Alfara de la Baronia, la distribuía a pequeña escala y también la facilitaba a Guillermo , quien a su vez se encargaban de distribuir al menudeo sustancias estupefacientes en la localidad de Valencia..."

Además, en el registro efectuado consta que "A Guillermo , el 17 de noviembre de 2016: En la vivienda sita en la CALLE006 n° NUM006 se le intervino una báscula de la marca Excellen Houseware, un juego de 'bolsas herméticas y un trozo de una sustancia que tras su oportuno pesaje y análisis resultó ser hachís con un peso neto de 0,87 gr y un pureza del 25,9 %, como ganancias de dicha actividad se le intervino al procesado 75 euros."

El TSJ valida el proceso de racionalidad de la valoración probatoria en cuanto a este recurrente. Existe prueba suficiente de la integración en el grupo y el destino de la actividad al tráfico de drogas. Guillermo , era el encargado de las ventas en Valencia. Es hecho probado derivado de la prueba llevada a cabo y que ha sido expuesta y reflejada por el Tribunal en la sentencia según se ha expuesto, y el TSJ valida, como se expone, la valoración probatoria al reseñar en el FD n° 11 que:

"Partiendo de la base de la valoración que de la prueba efectúa la resolución recurrida, así como de las manifestaciones que efectúan los propios afectados y demás testigos que declaran. Como ya hemos hecho constar la acreditación en torno a la existencia de un grupo, en el que se integran estos tres acusados formando una suerte sección o célula del mismo, lo deberemos deducir de los indicios que tras la dilatada investigación ha llegado a aportar la policía, fundamentalmente consistente en los seguimientos de que fueron objeto donde se relata diversos encuentros entre ellos, en los que se observa como adoptan igualmente fuertes medidas de seguridad (por ejemplo vigilancia 66), en parte de los cuales presumiblemente se produjo entre ellos algún tipo de intercambio (por ejemplo vigilancias 29, 38, 50, 67), encuentros que se relacionan igualmente con ciertas llamadas telefónicas en las que o bien conciertan citas o se felicitan por el resultado de la intervención... Recogiéndose en la sentencia numerosos encuentros entre Landelino y Guillermo , refiriéndose concretamente a los que tienen lugar: el 13 de marzo de 2016 (vigilancia 19, f. 88 TI, agentes NUM019 , NUM016 , NUM017); 23 de abril de 2016 (vigilancia 29 f. 302 T. I, NUM018 y NUM020); 14 de junio de 2016 (vigilancia 38, f. 118 T. II, agentes NUM018 , NUM023 y NUM020); 1 y 2 de julio de 2016 (vigilancia 49 y 50, f. 213 y 242 TII agentes NUM019 y NUM016 ; 9 de julio de 2016 (vigilancia 52, TII f. 288 agentes NUM020 y NUM017); 13 de julio 2016 (vigilancia 53, f. 290, TII, agentes NUM041 y NUM020); 1 de agosto de 2016 (vigilancia 61, f. 459, TII, agentes NUM021 , NUM020 , NUM025 y NUM042); 20 de agosto de 2016 (vigilancia 66, f.585, TII agente NUM024);24 de agosto de 2016 (vigilancia 67, f.588, TII, agentes NUM019 , NUM023 , NUM017), y; 30 de agosto de 2019 (vigilancia 72, f. 599 TII, agentes NUM019 , NUM023). Destacándose entre ellos algunos en que previamente el Sr. Landelino se había reunido con Gerardo (como por ejemplo en los encuentros de los días 23 de abril y 29 de agosto)... Por lo que en definitiva puede afirmarse a través de esa serie de indicios que recoge la resolución la relación que existe entre ellos, y de forma indirecta con Gerardo , en el que a través de las relaciones trabadas entre ellos de una forma más o menos estable se proveen de la sustancia que precisan para luego distribuir las en diferentes puntos ya mediante ventas al menudeo, excediendo con ello lo que sería un mero supuesto de codelinuencia."

En consecuencia, frente a la queja del recurrente existe prueba bastante y de cargo suficientemente expuesta y valorada de su integración en las actividades desplegadas por el grupo.

El motivo se desestima.

DÉCIMO NOVENO.- 2.- Al amparo del artículo 852 de la LECrim, por infracción del derecho al secreto de las comunicaciones.

Este motivo respecto a impugnar las resoluciones respecto a la injerencia en las comunicaciones ya ha sido analizada con detalle en el FD n° 2 y fundamentos posteriores en los que también se ha alegado este punto por otros recurrentes a lo que nos remitimos.

El motivo se desestima.



VIGÉSIMO.- 4.- Al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 570 ter del Código Penal.

Se ha tratado ya sobre este tipo penal y cuestionar varios recurrentes su existencia en el FD nº 3 al que nos remitimos. Y con respecto a su integración en el mismo por el recurrente ya ha sido analizado en el FD nº 18, donde se relaciona la prueba existente al respecto. Y al articularse por la vía del art. 849.1 LECRIM y exigirse el respeto a los hechos probados debemos recordar que estos señalan al respecto que:

" Gerardo era el encargado de entregar la droga a Landelino , a Héctor , a Evaristo y a Hernan , quienes dependían directamente de él y contaban con otros colaboradores directos. Landelino , que recibía la sustancia y las instrucciones de Gerardo , custodiaba parte de la droga en sus domicilios de Valencia y de Alfara de la Baronia, la distribuía a pequeña escala y también la facilitaba a Guillermo , quien a su vez se encargaban de distribuir al menudeo sustancias estupefacientes en la localidad de Valencia. Al igual que este último, Narciso recibía la droga a través de Landelino y hacía labores de distribución al menudeo en las localidades próximas a Alfara de Baronia. Héctor hizo labores de transporte de droga, guardando la misma en el domicilio de su suegro, Imanol . Este último y su hija Lucía , esposa de Héctor , además de custodiar la sustancia, distribuían la droga directamente a los consumidores finales. Evaristo hacía igualmente labores de distribución a consumidores finales, de forma directamente dependiente de Gerardo . Por último, Hernan , bajo las órdenes igualmente por Gerardo , intervenía en el procesado de la droga, reduciendo su nivel de pureza con productos adulterantes, y empaquetándola de nuevo en cantidades más pequeñas, y participando eventualmente en el menudeo de la sustancia.

De este modo, fueron incautados en los domicilios de las personas referidas las siguientes cantidades de cocaína, para su custodia y posterior distribución a terceros, útiles necesarios para la adulteración y corte de cocaína y dinero procedente de la venta, según los casos:..."

Como expone el Tribunal de instancia y valida el TSJ en su sentencia, según antes se ha expuesto, quedó acreditada la presencia del recurrente en el grupo y su integración para la actividad de tráfico de drogas.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO PRIMERO.- 5.- Al amparo del artículo 849-2º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba.

Se postula la aplicación de la atenuante de drogadicción, pero este tema ya ha sido analizado en los mismos términos y circunstancias que en el presente en el FD nº 10 con motivo del recurso de Imanol al que nos remitimos, debido a que no consta acreditada esta disminución de facultades intelectivas y volitivas, ni la grave adicción, así como su exclusión en supuestos como el presente de grupo criminal. No se acredita, cumplidamente, la afectación a sus facultades.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- 6.- Al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del 21.6 del Código Penal.

Este motivo ya ha sido analizado en el FD nº 7 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO TERCERO.- 7.- Al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del 21.4 del Código Penal.

Este motivo ya ha sido analizado, de igual modo, en el FD nº 10 antes expuesto al que nos remitimos. Se dan en este caso las mismas circunstancias sin que concurren los presupuestos de aplicación de la atenuante, según se expuso.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO CUARTO.- 8.- Al amparo del artículo 849-1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del art. 368.2 Código Penal.

No puede aceptarse la aplicación del subtipo atenuado, ya que la propia pertenencia del recurrente al grupo Criminal por el que ha sido condenado, y con el destino y objeto de ese grupo Criminal al tráfico de drogas en las cantidades que constan en los hechos probados forman y pasan a integrar la responsabilidad del grupo en modo, lo que conlleva que en modo alguno podría aplicarse el subtipo atenuado. Una rebaja penal que consiste en una menor entidad de la actuación ilícita perpetrada por un autor de un delito del artículo 368, lo que no concuerda en la configuración y conformación de los hechos probados antes citados, y en los que se implica al actual recurrente.



Recoge, además, el Tribunal de instancia que:

"La conducta de ninguno de los implicados resulta incardinable en este subtipo atenuado. Ni siquiera los menudeadores (Guillermo , Narciso , Evaristo , Lucía) pueden ser incluidos en este tipo, dado que todos ellos manejaban, de forma directa o indirectamente a través del subgrupo criminal del cual dependían directamente, manejaban una cantidad relevante de estupefaciente. Así, Lucía se le puede relacionar directamente con la droga hallada en casa de Imanol , lo cual implica notoria importancia. Guillermo y Narciso disponían en sus hogares de una cantidad de droga que permite desechar este subtipo, sin perjuicio de que su relación con Landelino , permita imputarle la totalidad de la droga que se manejaba en esta rama del grupo criminal. La principal tarea de Hernan no era la de menudear, sino la de rebajar la pureza de la droga y reempaquetarla, todo ello bajo la dirección de Gerardo , que no manejaba una cantidad marginal de droga. De esa manera, el subtipo atenuado, simplemente no resulta aplicable."

Resulta más que evidente, según lo que se ha venido exponiendo, que se tiene que excluir un subtipo atenuado que se aplica solamente en casos concretos, donde la menor entidad de la actuación delictiva del autor del tráfico de drogas permite, precisamente en un desarrollo legislativo ex art. 368.2 CP, inspirado precisamente en la propuesta de esta sala, que se aplique una menor pena en base a esa más reducida entidad de la actuación delictiva causada, lo que no concuerda con los hechos probados antes citados y con la condena que se aplica al presente recurrente.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Humberto

VIGÉSIMO QUINTO.- 1.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art 24 CE, tutela judicial efectiva.

Consta en este caso en los hechos probados que:

"D.-En el registro de la vivienda de Humberto , cuyas circunstancias de identidad están recogidas en el encabezamiento de la sentencia, sita en la AVENIDA000 de Manises se le intervino a éste un arma de guerra consistente en un subfusil con el troquel MICRO UZI 9mm IMI-ISRAEL, copia de un modelo de subfusil israelí sin número de serie recamarado para cartuchos de 9mm Parabellum prohibido para particulares (art. 6.1 c. del Reglamento de Armas) y acompañado de un cargador con capacidad para contener 32 cartuchos y finalmente, un cañón de arma corta de 116 mm de longitud con el sistema de cadeneta (sistema Colt) que corresponde a una pistola semiautomática de cañón móvil y con sistema de acción por corto retroceso de cañón con la numeración NUM043 troquelada, arma de guerra propiedad de Gerardo y que Humberto , a sabiendas de las características de la misma, se la custodiaba al primero, arma cuyo funcionamiento en vacío es correcto, tanto en modo automático como semiautomático, si bien en cuanto al test de disparo en el momento del hallazgo el arma solo llegaba a disparar en ráfaga un 30% de las balas, no obstante, es posible la realización de actuaciones como reparación del roscado de fijación del cañón y sustitución de otras piezas, en especial de la rosca, tendentes a la obtención de la plena capacidad de fuego del subfusil, en cualquiera de los modos de disparo."

Se recoge, asimismo, por el Tribunal de instancia, que:

"Por lo que se refiere a Humberto con respecto al delito de tenencia de armas que se le imputa, manifestó en juicio que el arma se la dio Gerardo , con la excusa de que había obras en su casa y que era su arma reglamentaria. Esto último carece de sentido, puesto que supondría que Gerardo no podía disponer de su arma reglamentaria para desempeñar su trabajo habitual de policía. Necesariamente no era un arma de esa categoría. Tampoco resulta lógico que se preste a hacer esa clase de favor sin conocer qué es lo que estaba guardando.

La declaración de los agentes de policía y las actas de entrada y registro en los dos domicilios relacionados con esta persona ponen de relieve lo hallado. Así, el PN NUM044 relata como en el domicilio de Ribarroja se hallaron sustancias anabolizantes y en el de Manises un subfusil ametrallador. Este agente manifestó que fue Humberto el que espontáneamente les contó que Gerardo le había dado el arma para que se la guardara. No recordaba el momento exacto en que les dijo que tenía el arma, pero recuerda que les dijo que no sabía de qué tipo era.

El agente NUM026 , también participó en la entrada en el chalé de Ribarroja, y contó como Humberto manifestó que en el domicilio de Manises tenía un arma que le había dejado Gerardo , aunque no recuerda si dijo el tipo de arma que era. Lo manifestó a la Policía antes de que se procediera al registro del domicilio de Ribarroja, cuestión que los agentes custodiantes del detenido pusieron de manifiesto al jefe de grupo. También dijo que en el chalé se identificaron la habitación del acusado, la de su hermano y la de sus padres.



El agente NUM027 también participó en la entrada y registro en el chalé de Ribarroja, cumpliendo funciones de custodia. Y este agente manifiesta que Humberto dijo al inicio del registro que su amigo el policía le había dejado una pistola para que se la guardara, y le había dicho al policía que la dejara en un armario, pero que él no quería verla ni tocarla. Eso apoyaría la tesis del acusado de que su posesión es meramente accidental. También manifestó que el acusado identificó las distintas habitaciones de la vivienda. Y, por último, cree recordar que el puño americano y la pistola fueron localizados en un taquillón del salón.

El agente NUM023 narró que fue de camino al domicilio de Manises cuando Humberto les dijo que en esa casa había "una cosa que le había dado Gerardo":

El agente de Policía Nacional instructor del expediente (NUM021) explicó que la investigación sobre él se inició como consecuencia de las actas de vigilancia y las conversaciones grabadas, en que se sospecha que pudiera estar relacionado con el tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, aunque se pudiera desconocer si se trataba de anabolizantes o estupefacientes.

El acta de entrada y registro en el chalet de Ribarroja se halla en los folios 1914 y siguientes y la del domicilio de Manises en los folios 1931 y siguientes".

Añade el TSJ en el FD nº 18 que:

"En el registro de la vivienda de la AVENIDA000 de Manises se le intervino a Humberto un subfusil con el troquel MICRO UZI 9mm. IMI-ISRAEL, copia de un modelo de subfusil israelí sin número de serie recamarado para cartuchos de 9mm. Parabellum, acompañado de un cargador con capacidad para contener 32 cartuchos y finalmente, un cañón de arma corta de 116 mm de longitud con el sistema de cadeneta (sistema Colt) que corresponde a una pistola semiautomática de cañón móvil y con sistema de acción por corto retroceso de cañón con la numeración NUM043 troquelada. Las cuales según resuelve la sentencia son propiedad de Gerardo limitándose el Sr. Humberto a custodiarlas. Lo que ha motivado la condena de Gerardo como promotor y la de Humberto como cooperador de un delito de depósito de armas de guerra. Pronunciamiento contra el que se alzan ambas representaciones."

Y se añade que:

"No podremos cuestionar la valoración que de la prueba efectúa la Sala, ya que partiendo de la relación que existe entre ellos y su vinculación al gimnasio que se sitúa en la base de toda la investigación es solicitada y autorizada la entrada en los domicilios de Manises y Ribarroja pertenecientes al Sr. Humberto . Dándose la circunstancia de que mientras están efectuando el registro en esta segunda localidad o de camino a la primera el acusado de forma espontánea les manifiesta que posee un arma de fuego en la otra localidad, tal como según desarrolla la sentencia resulta del testimonio de los agentes NUM026 , NUM027 y NUM023 , a lo que cabría añadir la diligencia de constancia obrante al f. 1551 TIV, y de las correspondientes actas de registro, particularmente la correspondiente al vivienda donde se produce el hallazgo (f. 1931-1936 TV). Manifestación respecto a la que no podremos dejar de reconocer esa espontaneidad y que se produce desde un primer momento de las diligencias, cuando aun no conoce el alcance de las mismas y sus circunstancias."

En consecuencia, es el propio recurrente el que les expone que existía este arma en el segundo domicilio al que acuden para su comprobación. Pero es que, además, las investigaciones que se estaban llevando a cabo.

Recoge el Tribunal de instancia al respecto en relación a los indicios habilitantes de la medida de injerencia que:

"En la resolución que acuerda la entrada y registro, el tantas veces repetido Auto de 17 de noviembre de 2016 (f. 1017), sin embargo, el oficio incidió en las conversaciones telefónicas mantenidas entre la pareja de Humberto y la de Gerardo (Milagrosa), cuyo teléfono estaba intervenido. En las mismas se escuchaba el empleo de ciertos términos que podían ser sospechosos del tráfico ilícito de estupefacientes o anabolizantes. Por lo tanto, el auto de entrada está plenamente justificado.

Por lo que se refiere a la entrada y registro en los domicilios de Humberto , inicialmente fue acordado por Auto de 17 de noviembre de 2016 y se refería a los domicilios de Manises y de Ribarroja de Turia. La entrada lo fue por sospecha de que estuviera implicado en el tráfico de anabolizantes o de drogas, en cualquier caso, de sustancias que causan grave daño a la salud. Ante la certeza de que en el domicilio de Manises se hallara un arma se dictó un nuevo Auto (de 21 de noviembre). Este segundo Auto no responde a indicios, sino, como se ha dicho, un verdadera certeza. Como se verá después, fue el propio Humberto el que, durante la entrada y registro en el chalé de Ribarroja y después de su detención, comunicó los agentes de la policía actuantes que en el domicilio de Manises tenía un arma, por lo que resultaba necesario ampliar la investigación a la presunta comisión de un delito de posesión ilícita de armas."

En consecuencia, la operación se lleva a cabo ya avanzada la investigación, pero nótese que dado el estado en el que ésta se encontraba, resultaba evidente la relación entre las conversaciones que se producían y



nuevas personas que a tenor de los contactos existentes, podrían también tener algún tipo de relación con los hechos que se investigaban, por lo que en la integración del operativo, y ante la existencia de las referidas conversaciones "con contenido de relevancia a los fines de la investigación" se alza la viabilidad de la medida de injerencia, y, nótese también, que la localización del arma lo es por indicación propia del recurrente, quien habilita con ello el registro, pese al dictado de la resolución y hace, con ello, ineficaz la presente vía impugnatoria, pese a lo cual se dictó la medida habilitante, que, a los efectos de la impugnación que ahora se lleva a efecto, debe tenerse por válida ante el reconocimiento de la existencia del arma, descartando el Tribunal, como se motiva, el desconocimiento de por qué debía guardar una arma que, evidentemente, lo era de guerra y la extrañeza que debía haberle supuesto que siendo agente de policía le pidiera que la guardara él.

Existe basamento suficiente para las medidas de injerencia y corrección de las acordadas según se ha expuesto.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEXTO.- 2.- Al amparo del art. 852 LECrim por infracción del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso público sin dilaciones indebidas.

Ya ha sido tratado este motivo en el FD nº 7 al que nos remitimos.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- 4.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art 24 CE, presunción de inocencia.

Se alega que ni en el arma ni en el embalaje de la misma existe ni una sola huella del recurrente, que nunca tocó o manipuló la misma y, por tanto, no cabe que la destapara para comprobar las características de la misma, pues de lo contrario constarían sus huellas. Añade que los agentes de la autoridad que en su día participaron en la entrada y registro a los domicilios indican claramente que éste no sabía qué tipo de arma era.

Los argumentos expuestos por el recurrente respecto a la ajenidad de la responsabilidad en el depósito del arma deben desestimarse, como se ha desestimado la atenuante de confesión anteriormente. No puede aceptarse la ignorancia de desconoce el alcance y gravedad del "encargo" del primer recurrente en cuanto al depósito de un arma de guerra, y no castigándose, precisamente, al recurrente como autor, sino como cooperador por la directa autoría de la pertenencia del arma a aquél, y por su grado de colaboración con la custodia al recurrente, que cuando los agentes le intervienen y comprueba la posibilidad de su detección ante el registro es cuando lo comunica espontáneamente. Ello determina una menor pena en un tipo penal que sanciona estos hechos de forma grave, pero que por su grado de participación se le rebaja la pena por el Tribunal.

Lo que no puede aceptarse es la absolución que pretende bajo un motivo de presunción de inocencia, ya que la prueba de cargo derivada de la tenencia del arma conlleva la evidencia de su participación en los hechos.

Sobre la inexistencia de huellas del recurrente no es dato que permita evitar la condena como colaborador, porque el hecho de que el depósito lo haya hecho el primer recurrente con su anuencia, lo que le permite es no ser condenado como autor, pero sí como cooperador en el depósito del arma en su poder, con menor penalidad. Pero, como se expone por el Tribunal, y antes se ha expuesto, no puede negarse el conocimiento del recurrente en la gravedad de los hechos del depósito, dada la evidencia de lo que custodiaba, y sin poder asumir que le dejaba un arma reglamentaria, además de la extrañeza que debía suponerle que se la dejara a él, en lugar de guardarla en su poder. Este dato es significativo de la ilegalidad de la tenencia del arma en su poder, aunque por delegación y/o depósito del primer recurrente.

No puede aplicarse, con ello, el error de prohibición que se postula, cuando el propio recurrente es el que indica espontáneamente su existencia a la vista del cariz que se iniciaba con la investigación, lo que no deja dudas de que sabía lo que guardaba y de su ilicitud, conocimiento de lo que no puede desligarse, por ser notoria la ilicitud de su conducta de forma abierta y evidente.

Con ello, el recurrente pretendería acudir a la tesis de la ignorancia deliberada que se cita en sentencia del Tribunal Supremo 954/2009 de 30 Sep. 2009, Rec. 10304/2009:

"Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, desde la STS 1637/2000, 10 de enero, ha venido sosteniendo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias. Esta idea ha venido reiterándose en otras muchas sentencias, de las que las SSTS 446/2008, 9 de julio, 464/2008, 2 de julio, 359/2008, 19 de junio y 1583/2000, 16 de octubre, no son sino elocuentes ejemplos. Tampoco falta algún pronunciamiento que reacciona frente a lo que considera una *contradictio in terminis*, pues tales expresiones - ignorancia deliberada o de ignorancia intencional- no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas,



dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe (cfr. STS 797/2006, 20 de julio).

Acaso convenga, sin embargo, no llevar esa idea más allá de lo que autoriza su propio significado. De lo contrario, corremos el riesgo de avalar un entendimiento de aquella doctrina que, por la vía práctica, ofrezca a los Tribunales de instancia un instrumento más que útil para eludir el deber de motivación respecto del tipo subjetivo y, sobre todo, obviar la prueba del conocimiento sobre el que se construye el dolo eventual. Y es que hoy nadie cuestiona, tanto desde las teorías cognitivas como volitivas del dolo, que sólo aquel que ejecuta la acción típica con alguna forma de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, puede hacerse merecedor de pena.

Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del delito -decíamos en la STS 57/2009, 2 de febrero - por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar nuestro apoyo a una verdadera desnaturalización del desafío probatorio que incumbe a las acusaciones. En supuestos como el que nos ocupa, la condena del acusado sólo puede basarse en lo que éste sabía, no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debió conocer y, sin embargo, no se conoce, no puede servir, sin más, de fundamento para la afirmación del dolo."

La ignorancia deliberada y la conducta del autor de un delito de "cierre de ojos" al "desconocimiento doloso"

No puede pretenderse que la evidencia de la comisión de un hecho delictivo quede despojada de su tipicidad y punibilidad, precisamente, por lo que se podría denominar la circunstancia de *cerrar los ojos el autor del delito* a la propia ilicitud de su conducta, pretendiendo convencer al tribunal que ha mirado hacia otro lado con respecto a un hecho de evidencia ilícita como ocurre en el presente caso, para, más tarde, procurar la inexistencia de su ilicitud si se descubre su perpetración.

Con ello, al igual que existen los delitos dolosos, podría hablarse de un alegato en estos casos de *dolo en la ignorancia*, para intentar enmascarar que no se conoce la ilicitud de un acto, cuando, precisamente, este conocimiento resulta evidente a los ojos de cualquier ciudadano, y sin que pueda admitirse una especie de *desconocimiento interesado y a sabiendas de que el delito se está perpetrando*.

Apunta la doctrina en este tipo de casos que la ignorancia deliberada se da cuando "alguien abriga una sospecha y deliberadamente omite toda averiguación en relación con la misma, por cuanto es su deseo mantenerse en la ignorancia" y que, en dichas ocasiones, se debe considerar que posee el conocimiento. De esta primera aproximación posteriormente surgió la doctrina estadounidense del "Wilfull Blindness".

Se apunta, así, que se puede definir el núcleo de la ignorancia deliberada como *la conducta intencional del sujeto activo consistente en cerrar sus fuentes de conocimiento para ignorar cualquier circunstancia del delito, permaneciendo en una situación de ingenuidad que, aunque colma el tipo objetivo del delito, impediría la apreciación del tipo subjetivo, evitando así potenciales responsabilidades penales o, al menos, la reducción de la pena al cometerse este ilícito penal en su modalidad imprudente*.

Continúa la doctrina apuntando que como requisitos para la apreciación de la ignorancia deliberada se pueden citar los siguientes, a saber:

- 1.- La existencia de un acto individual;
- 2.- Que alcance el resultado perseguido; y
- 3.- Que el sujeto activo excluya el conocimiento real del hecho al iniciar o proseguir la actuación.

De esta manera, se concluye que la *ceguera voluntaria es similar al dolo eventual*, ya que, al fin y al cabo, "el sujeto activo sabe o sospecha vehementemente que la averiguación de las consecuencias de sus actos lo vincularían a un conocimiento que pretende evitar".

Así, esta Sala del Tribunal Supremo ya fijó en sentencia núm. 16/2006, de 13 de marzo, destacó el concepto de indiferencia de quien pone: "la colaboración que se le solicita sin preocuparse de sus consecuencias -principio de indiferencia- o no queriendo saber aquello que puede y debe saberse -principio de la ignorancia deliberada-".

Y en la antes citada sentencia de esta Sala 57/2009, de 2 de Febrero se apuntan como presupuestos de esta tesis que se exige:

"(i) Falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esta falta de representación nunca podrá ser absoluta, pues entonces nunca podremos afirmar la imputación subjetiva del resultado dañoso al sujeto activo. En este requisito entrarán los supuestos donde el sujeto tiene conocimiento, de alguna manera, de que se está o se va a realizar un acto ilícito. Aunque no se representen



con claridad todos los elementos del tipo objetivo, tiene que apreciarse una indiferencia grave del autor hacia los bienes jurídicos protegidos en ese tipo delictivo.

(ii) Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aún hallándose en condiciones de disponer directa o indirectamente de la información que se pretende evitar. Esta determinación de desconocer debe prolongarse en el tiempo, reforzándose así la conclusión acerca de la indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

(iii) Debe existir un componente motivacional inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad penal."

En cualquier caso, en este caso existe un elemento claro y diferencial en este tema, y es que el recurrente sabía que estaba allí el arma, y no puede apelarse al error de prohibición. No se trata de un supuesto de que "no sabía lo que allí había aunque por las circunstancias del caso debió saber la ilicitud del acto", sino que "sabía la existencia del arma y la evidencia de su ilicitud", lo que no puede llevar al error de prohibición en donde lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. El recurrente sabía que allí había un arma de guerra, y las circunstancias por las que el principal autor de la operación le entregó el arma para guardarla y no conservarla él no podía llevar al oxímoron de la *ignorancia deliberada*. La falta de conocimiento no supone un error de prohibición, sino que se encaja en un supuesto de dolo eventual, por cuanto el sujeto se representa dicha posibilidad de estar cometiendo un delito y pese a ello continúa con su acción, y más ante la evidencia de que en este caso "sabía lo que tenía en su poder".

Y demostrativo de lo expuesto es lo que se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 797/2006, de 20 de julio de que "las expresiones ignorancia deliberada o ignorancia intencional "no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo y puede hacerse merecedor de pena. [...] Nadie puede tener intención de lo que no sabe".

Debe entenderse ineficaz el alegato del recurrente por la prueba existente y valorada por el Tribunal de la tenencia del arma y su conocimiento evidente, siendo cooperador necesario en el delito de depósito de armas de guerra quien cede, como es el caso, su propia vivienda en que el arma se deposita durante meses, siendo indiferente que la vivienda se hallara o no habitada.

No puede hablarse en modo alguno, tampoco, de la "menor entidad del injusto" para quien colabora en albergar un arma de guerra, con la gravedad de este hecho y la extrañeza que debió causar al recurrente que, nada menos, se la dejara un agente de policía para guardarla.

Sobre la entidad del injusto destaca la doctrina que se podría pensar que "si el acto, como finalidad, ya contiene también todas las condiciones de la capacidad del resultado, ésta es función de la intensidad criminal que se realiza en la finalidad", y se podría limitar el castigo únicamente a aquellas acciones ilícitas "realmente conducentes al resultado", de manera que la efectiva producción de aquél pudiera hacer pensar en una "mayor capacidad del resultado" que si el mismo no se hubiera producido, y con ello el reconocimiento de un mayor o menor injusto en función de la efectiva verificación del resultado.

Ahora bien, sucede que no hay una acción más o menos "capaz del resultado" porque éste, como se sabe, depende ampliamente de factores aleatorios. La misma acción llevada a cabo minuciosamente o con escasa precisión, puede verse culminada en el resultado indistintamente (con independencia de las eventuales, "características potenciales de la acción").

En este caso, sin embargo, el resultado es el mismo acto del depósito que es lo que califica la existencia del tipo penal, y el recurrente lleva a cabo los actos tendentes a su perpetración en su colaboración para guardar un arma de guerra y revelar a los agentes su existencia de forma rápida en el inicio de un registro, lo que evidencia que estaba llevando a cabo un ilícito y a sabiendas de ello lo reconoce de inmediato, aunque cuando ya estaba abierta la investigación policial y a propósito de ello.

Además, lo que se estaba sancionando es el depósito de armas, la tenencia de arma de guerra, sobre lo que se ha tratado anteriormente con motivo del recurso del primer recurrente. No se trata de un delito que exija o merezca una acción concreta a desplegar por el autor, ya que se sanciona la mera tenencia, y en este caso se custodiaba por encargo, lo que lleva a determinar al Tribunal la autoría para el primer recurrente y la cooperación, sancionándolo con menor pena, al recurrente.

El motivo se desestima.



VIGÉSIMO OCTAVO.- 5.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del art 24 CE, presunción de inocencia.

Este tema respecto al estado de funcionamiento para integrar el concepto de arma de guerra ya ha sido analizado en el FD nº 5 al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO NOVENO.- Desestimándose el recurso, 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. Gerardo , D. Guillermo , D. Héctor , D. Evaristo , D. Hernan , Dña. Lucía , D. Humberto y D. Imanol , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 3 de diciembre de 2019, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Gerardo y de Humberto ; estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Landelino , Evaristo , Imanol ; Héctor , Lucía , Guillermo y Narciso ; revocó el apartado 6º a) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida y redujo la pena impuesta a Guillermo , a Narciso , a Imanol y a D. Hernan y redujo la pena a Lucía , Héctor y Landelino . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar

Andrés Palomo del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García