



Roj: **STS 3777/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3777**

Id Cendoj: **28079120012022100812**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/10/2022**

Nº de Recurso: **10002/2022**

Nº de Resolución: **835/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Cataluña, 02-11-2021,  
STS 3777/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 835/2022**

Fecha de sentencia: 21/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10002/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/10/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10002/2022 P

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 835/2022**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup> Susana Polo García



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 21 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10.002/2022-P, interpuesto por, D. Camilo , representado por el procurador D. Francisco Miguel Redondo Ortiz, bajo la dirección letrada de, D. David Perales Mateu, por D. Celestino , representado por el procurador D. Francisco Miguel Redondo Ortiz, bajo la dirección letrada de D. David Perales Mateu, y por **D. Constantino** , representado por la procuradora, D<sup>a</sup> Marta Saint-Aubin Alonso, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. María Inmaculada Santano López, contra Sentencia nº 357, de fecha 2 de noviembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección de Apelaciones de la Sala Civil y Penal, en el Procedimiento Rollo de Apelación Penal nº 312/2021, por un delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona, instruyó las Diligencias Previas nº 1729/19, por un delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, contra D. Camilo , D. Celestino , Constantino , y otro, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Abreviado nº 35/20 J, cuya Sección dictó sentencia de fecha 7 de junio de 2021, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO.- Ha resultado probado y así se declara que:

El acusado, Celestino , mayor de edad, carente de antecedentes penales, en fecha 24 de octubre de 2019, era socio con el 70% de las participaciones sociales y, a la vez, ejercía de Administrador de la empresa, "INTERMER 2007, S.L.", con domicilio social en Ronda Europa, 60-3º-1ª de la localidad de Vilanova i la Geltrú, en apariencia dedicada a la importación de pescado congelado para su venta a terceros.

De dicha sociedad era también socio, con un 15% de las participaciones sociales, el acusado, Camilo , mayor de edad, sin antecedentes penales, y una tercera persona que no consta tenga relación alguna con los hechos de autos que poseía el otro 15%.

Dicha empresa venía realizando importaciones de pescado de Sudamérica desde el 10 de enero de 2019, habiendo llevado a cabo tres importaciones con anterioridad al origen de estas actuaciones.

En fecha 24 de octubre de 2019, por el Agente de Aduanas Impex Consultores SL, concretamente, por el Sr. Eladio , que cumplía un encargo de la Agencia Transítainer S.A., de la que es Administrador Argimiro , con la que habitualmente operaba "Intermer 2007, S.L.", con NIF B43894856 ,pero que en esta ocasión, por problemas informáticos, no podía hacerlo, se presentó en Aduanas el D.U.A 19ES 00085532835468 que amparaba los contenedores SEGU 94117057 y SEGU 9391163 que declaraban contener calamar congelado, siendo la destinataria de la carga la empresa, INTERMER 2007, S.L.

Dicho producto había sido adquirido por Intermer 2007, S.L. a la empresa Carpefresmanta SA, con domicilio en la Avenida 33 S7N, calles 8 y 9 de la localidad de Manta, Ecuador) y embarcado el día 21 de septiembre de 2019 en Guayaquil a bordo del buque "EF Eldra", transbordándose los containers en el puerto de Cartagena de las Indias ( Colombia) al buque "Halifax" ,el día 29 de septiembre de 2019.

En fecha 23 de octubre de 2019, los reseñados contenedores llegaron al Puerto de Barcelona.

En fecha 30 de octubre de 2019, por los Agentes NUMA NUM000 , NUM001 y NUM002 de la Unidad de Vigilancia Aduanera del Puerto de Barcelona, se procedió a la inspección de dichos contenedores utilizando para ello un equipo de scanner, localizándose en el interior del contenedor, SEGU 9391163, de entre los muchos que contenía, dos palets, con 90 cajas marcadas con un "2" en color rojo que, en su interior, y, entre el calamar congelado, parecían contener objetos con forma de "ladrillo o pastilla".

En fecha, 31 de octubre de 2019, los funcionarios de Vigilancia Aduanera con NUMA NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 , trasladaron los palets hasta un almacén de la Unidad de Vigilancia Aduanera, descongelaron el pescado y extrajeron un total de 413 pastillas con un peso bruto de 495.300 gramos de cocaína que los acusados pretendían enajenar a terceros a cambio de precio u otros objetos valiosos.



De entre la totalidad de pastillas se realizó un muestreo aleatorio por los Agentes NUMA con nº NUM000 y NUM001 y el Facultativo del Instituto Nacional de Toxicología con nº NUM007, separándose un total de 21 pastillas que convenientemente analizadas por el Instituto Nacional de Toxicología arrojaron los siguientes resultados:

MUESTRA 1.- 1.000,7 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 55,8% +- 2,6 %, lo que supone 559 gramos +- de cocaína pura.

MUESTRA 2.- 1000,2 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 53,1 % +- 2,6 %, lo que supone 532 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 3.- 993,0 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 62,8% +- 2,6 % lo que supone 624 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 4. 1000,2 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 83,7% +- 2,6 % lo que supone 837 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 5.-999,8 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 80,5% +- 2,6 % lo que supone 805 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 6.- 993,1 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 62,95 +- 2,6 % lo que supone un total de 625 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 7.- 99,8 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 83,6% +- 2,6 % lo que supone un total de 836 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 8.- 999,80 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 59,7% +- 2,6 % lo que supone un total de 596 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 9.-998,9 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 59,6 % +- 2,6 % lo que supone un total de 596 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 10.- 997,1gramos netos de cocaína con una riqueza base del 64,4 % +- 2,6 % lo que supone un total de 643 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 11.- 1002,6 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 84,4 % +- 2,6 % lo que supone un total de 846 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 12.- 1001,4 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 57,4 % +- 2,6 % lo que supone un total de 575 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 13.- 99,7 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 58,7 % +- 2,6 % lo que supone un total de 587 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 14.- 99,7 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 63,2 % +- 2,6 % lo que supone un total de 623 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 15.- 999,80 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 64,9 % +- 2,6 % lo que supone un total de 649 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 16.- 1001,2 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 83,3% +- 2,6 % lo que supone un total de 834 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 17.- 997,8 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 58,5% +- 2,6 %, lo que supone un total de 583 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 18.- 999,9 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 81,1% +- 2,6 %, lo que supone un total de 811 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 19.- 1000,1 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 55,8 % +- 2,6 5 lo que supone un total de 558 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

MUESTRA 20.- 998 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 64,2 % +- 2,6 % lo que supone un total de 641 gramos +- 26 gramos de cocaína pura.

En las operaciones anteriores de importación, las mercancías importadas habían sido descargadas en las instalaciones de "Frigoríficos Bajocero", ubicadas en Carrer de LEmpordà, 15-17 de Sant Quirze del Vallès. (Barcelona).



Sin embargo, en esta ocasión, por el acusado, Celestino , se le indicó a la Agencia de Aduanas Transítainer, S.A. expresamente que la mercancía debería ser descargada en una nave industrial ubicada en la calle Calafell, nº 4 de Vilafranca del Penedés (Barcelona) que el dicho acusado tenía arrendada a Torcuato .

Los agentes, una vez extraída la sustancia estupefaciente, volvieron a introducir en el container las cajas con pescado, estableciendo un dispositivo de vigilancia y seguimiento del traslado del mismo hasta las instalaciones de descarga indicadas por el expresado acusado, Celestino , traslado que tuvo lugar el día 5 de noviembre de 2019.

Dicho dispositivo estaba formado por los agentes NUMA NUM008 , NUM000 , NUM009 y NUM010 , mientras los NUMA NUM004 y NUM005 vigilaban la nave industrial de la calle Calafell, nº 4 de Vilafranca del Penedès.

A las 8 h del día 5 de noviembre de 2019, llegó el container, SEGU 94117057; a las 8:30 horas llegó a la nave el acusado, Constanza , a las 8: 56 horas llegó el acusado, Camilo , llegando finalmente a las 09 15 horas el container SEGU 9391163 que originariamente contenía la cocaína, ignorándose a qué hora acudió a dicho lugar el acusado, Constantino .

Tan pronto como llegó el referido container los acusados se pusieron a descargarlo, momento en que accedieron a la nave los NUMA NUM008 , NUM000 , NUM001 y NUM010 , sorprendiéndoles en dicha tarea.

En un cuarto ubicado en una entreplanta y cerrado con llave, a cuya apertura accedió el acusado, Celestino , se intervinieron un total de 20 bolsas de deporte negras completamente nuevas e iguales con capacidad para transportar en ellas un total de 480 pastillas, coincidiendo plenamente el ancho y el alto de las mismas con el de las bolsas, en cada una de las bolsas cabían 24 pastillas, así como una estufa de butano apta para descongelar que estaba en la planta calle.

En el momento de la detención, en poder del acusado, Constantino se intervino el pasaporte francés nº NUM011 en el que aparecía un sello de salida de Ecuador el mismo día en que la cocaína se embarcó en Guayaquil, no constando fecha de entrada en España, así como un teléfono móvil custodiado por el NUMA NUM008 en el que mientras se procedía a la inspección de la nave se recibieron varias llamadas del teléfono con prefijo colombiano NUM012 y del número con prefijo francés NUM013 ignorándose la identidad de los llamantes.

Constantino se alojó del 31 de octubre de 2019 al 4 de noviembre de 2019 en el Hotel Glories de la calle Padilla, nº 173 de Barcelona y el día 4 de noviembre de 2019, es decir, el día anterior a la descarga de los containers realizó el Check In en el Hotel 4R Miramar Calafell ubicado en Rambla Costa Dorada nº 1 de Calafell (Tarragona) y mantuvo conversaciones con un súbdito holandés, no localizado, posible destinatario final del alijo.

La sustancia intervenida hubiera alcanzado en el mercado ilícito de este tipo de sustancias un precio de 29.757.624 euros, según diligencia del Área Regional del Servicio de Vigilancia Aduanera de la AEAT extendida a los folios 1 a 9 de las actuaciones y basada en las valoraciones de la Oficina Central Nacional de Estupefacientes del CNP. "

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

"ABSOLVEMOS a Constanza , ya circunstanciado, del delito contra la salud pública por el que venían acusados declarando de oficio una cuarta parte de las costas procesales causadas.

CONDENAMOS a Celestino , a Constantino y a Camilo , ya circunstanciados, como autores penalmente responsable 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, a la pena de SEIS AÑOS Y SIETE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de noventa millones de euros (90.000.000 euros) y al pago de la cuarta parte de las costas procesales causadas.

Para el cumplimiento de las penas que se imponen, se declara de aplicación y se debe computar todo el tiempo que los acusados hubieren estado privados de libertad por esta causa, siempre que no se le hubiere computado en ninguna otra.

Se decreta el comiso de la droga, dinero y demás efectos intervenidos. Procédase a la destrucción de la droga conservando una muestra bastante de la misma.

Se mantiene la situación de prisión provisional comunicada y sin fianza del acusado, Celestino al subsistir y verse acrecentado con la presente condena penal el riesgo de fuga que debe ser conjurado, en atención a las circunstancias concurrentes y a sus vínculos internacionales que pudieran facilitar su huida caso de accederse a su puesta en libertad provisional.



Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de diez días de conformidad con lo previsto en el art. 846 Ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de los condenados, D. Camilo , D. Celestino y Constantino , dictándose sentencia nº 357, por la Sección de Apelaciones Penal de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 2 de noviembre de 2021, en procedimiento Rollo de Apelación Penal 312/2021, que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

"SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en esta alzada los hechos que se han declarado probados en la sentencia apelada. También sus fundamentos jurídicos en cuanto no se opongan a los de la presente, y..."

**CUARTO.-** La Sala de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"NO HA LUGAR A LOS RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los Procuradores D. José Manuel Puig Abos, en nombre y representación de Celestino , el Procurador D. Guillermo Providel Franco, en nombre y representación de Constantino y el Procurador D. Alex Martínez Batlle, en nombre y representación de Camilo , contra la sentencia dictada en fecha 7 de junio de 2021, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), la cual confirmamos íntegramente.

Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en esta alzada.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la presente sentencia."

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon los recursos de casación por las representaciones legales de, Camilo , Celestino y Constantino , 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.

**SEXTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes **motivos de casación:**

**A) Camilo**

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 18.3 de la Constitución Española al haberse vulnerado el Derecho al secreto de las comunicaciones.

Motivo Segundo.- Se renuncia.

Motivo Tercero.- Se renuncia.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo.

Motivo Quinto.- Se renuncia.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 29 del Código Penal.

Motivo Séptimo.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 16 del Código Penal.

**B) Celestino**

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 18.3 de la Constitución Española al haberse vulnerado el Derecho al secreto de las comunicaciones.

Motivo Segundo.- Se renuncia.

Motivo Tercero.- Se renuncia.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo.

Motivo Quinto.- Se renuncia.

Motivo Sexto.- Se renuncia.





Motivo Séptimo.- Se renuncia.

### C) Constantino

Motivo único.- Por infracción de ley del artículo 849. 1 de la LECr, por indebida aplicación del artículo 368 y 369 1º del Código Penal e infracción del artículo 24 de la Constitución.

**SÉPTIMO.-** Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Constantino manifestó, haber quedado instruido de los recursos de casación formalizados por los otros recurrentes, adhiriéndose a ellos en todo a lo que a su defendido pudiera beneficiar, por su parte la representación procesal de Camilo , y Celestino , manifestó quedar instruido del recurso de casación formalizado por el otro recurrente, adhiriéndose al mismo en todo lo que a sus representados pudiera favorecer.

El Ministerio Fiscal, ante el mismo traslado, interesó la desestimación de todos los recursos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 18 de octubre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Celestino

**PRIMERO.-** 1.1. El primer motivo se formula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 18.3 de la CE por vulneración del secreto de las comunicaciones.

Se alega la nulidad del auto autorizante de las intervenciones telefónicas de 5 de noviembre de 2021 ya que el mismo se apoya en el oficio policial de fecha 1 de noviembre de 2019 en el que se solicita la intervención de los teléfonos NUM014 y NUM015 pertenecientes al recurrente, sin mención alguna a Camilo , cuando el segundo de los citados números correspondía al mismo y no a Celestino , se trata de una error material evidente; y del auto de 8 de noviembre de 2019 que autoriza la apertura y volcado de los dispositivos electrónicos incautados, sin recabar el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, de cuyo contenido se derivan, en gran medida, las conclusiones incriminatorias. Y, por último, denuncia que la fuerza policial actuante accedió sin autorización judicial al contenido del GPS instalado en la furgoneta alquilada y conducida por el recurrente.

Nulidad que aboca, según indica el recurrente, a la de las restantes pruebas por conexión de antijuridicidad.

1.2. Como explica la STS 476/2017, de 26 de junio, la reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

1.3. Como hemos anticipado, el motivo planteado tiene tres aspectos, en los dos primeros el recurrente solicita la nulidad de los autos de fecha 5 de noviembre de 2021 y de 8 de noviembre de 2019 dictados por el instructor, el primero por identificación de la titularidad de uno de los teléfonos intervenidos y el segundo por ausencia de informe del Ministerio Fiscal, motivos que no fueron planteados en el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Como ya dijimos en la sentencia 575/2019, de 25 de noviembre, se trata de un motivo entablado *per saltum*. No se reclamó en el previo recurso de apelación. Ello, por sí, constituye causa de inadmisión. No pueden introducirse en casación razones de impugnación no hechas valer en apelación. Solo es viable una queja contra la sentencia de instancia si antes se ha defendido en la apelación. El silencio sobre ese extremo en la segunda



instancia (aunque no es propiamente tal en rigor en el proceso de jurado) lo expulsa del debate de forma definitiva.

Recientemente esta Sala en la sentencia 345/2020, de 25 de junio, tras el Pleno celebrado al respecto el día 23 de junio de 2020, hicimos constar que "El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente (dejando al margen casos excepcionales -v.gr.: aforados-) contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia; pero no sobre todos, sino solo sobre aquéllos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre ellos puede pronunciarse el tribunal *ad quem*. El resto de asuntos decididos y no cuestionados ni impugnados han de considerarse consentidos (*tantum devolutum quantum appellatum*). La apelación no es un nuevo juicio íntegro: su objeto es más limitado que el de la instancia. Está marcado por los contornos prefijados por el apelante -y, en su caso el impugnante adhesivo- en su recurso."

Consecuencia de lo anterior las cuestiones planteadas deben ser inadmitidas, ahora desestimadas.

1.4. En el tercer punto del motivo se denuncia que la fuerza policial actuante accedió sin autorización judicial al contenido del GPS instalado en la furgoneta alquilada y conducida por el recurrente, ya que mediante la información obtenida la fuerza policial pudo reconstruir los pasos en días previos del señor Celestino y acreditar su relación con otro de los imputados, por lo que la citada información es nula ya que no se actuó conforme a lo dispuesto en el art. 588 Quinquies b de la LECrim.

1.4.1. Al respecto, el tribunal de instancia razona que los agentes no instalaron ningún dispositivo de seguimiento en el vehículo del acusado Celestino. Al tratarse de un coche de alquiler, llevaba ya instalado un dispositivo GPS y los agentes acudieron a la empresa de alquiler y solicitaron los datos que contenía el GPS del vehículo en cuestión.

Por tanto, afirma la Sala, que no nos encontramos ante el supuesto regulado en los arts. 588 sexies a) y siguientes, por cuanto no se trata del registro de dispositivos GPS hallados en poder del acusado, ni se trata de obtener datos asociados a comunicaciones telefónicas que obren en los archivos automatizados de los prestadores de servicios o personas que faciliten comunicaciones en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a comunicaciones electrónicas.

Añade el tribunal que cuando los agentes solicitaron dichos datos a la empresa de alquiler ya se había incautado el cargamento de cocaína, tratándose de un delito grave, existía una investigación policial abierta y los agentes ya habían solicitado al Juzgado de Guardia mediante oficio de fecha 1 de noviembre de 2019 la intervención de comunicaciones, la interceptación de las comunicaciones de voz y de datos 3G, GSM, GPRS y UTMS y datos asociados, señalándose que entre los datos que se pretenden obtener se encuentra la localización geográfica del terminal intervenido sea emisor o receptor de la comunicación. También en fecha 7 de noviembre se había interesado el mandamiento a diversas compañías telefónicas para que informaran sobre titularidades, identificación de llamadas, actividades de las tarjetas SIM, etc, como también el volcado de los ordenadores intervenidos a los acusados.

Además, se afirma por la Sala, que los datos arrojados por el GPS del coche de alquiler del acusado no venían sino a integrar los obtenidos por la geolocalización de su móvil. Se trata pues de una diligencia de investigación proporcional y necesaria, los datos obtenidos solo se referían a la posición del vehículo durante un período de tiempo muy corto, sin que aportaran ningún tipo de sonido, ni de imagen.

Concluye afirmando que los datos obtenidos por los agentes no comprometen el derecho a la intimidad regulado en el art. 18.1 CE., y por tanto no era necesaria la previa autorización judicial que como ya hemos señalado se había solicitado y obtenido respecto al teléfono móvil del acusado. Y, que en todo caso, y aun suprimiendo los datos facilitados por la empresa de alquiler, el resto de indicios incriminatorios son suficientemente potentes como para dictar una sentencia condenatoria.

1.4.2. Como hemos dicho en la sentencia 141/2020 de 13 de mayo "La utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización cuenta con la cobertura jurídica del art. 588 quinquies, apartados b) y c) de la LECrim. La reforma operada por la LO 13/2015, 5 de octubre, quiso así dar respuesta a una necesidad ya sentida años atrás, en la que el conocimiento por los investigadores del lugar exacto -presente, pasado o futuro- en el que podía hallarse una persona, podía resultar absolutamente decisivo para el esclarecimiento del hecho imputado.

El legislador consideró necesario someter a autorización judicial la instalación de ese tipo de dispositivos, pese a que la jurisprudencia de esta Sala no caminaba de forma decidida en esa misma dirección. (...).



El hecho de que nuestro sistema jurídico, hasta la entrada en vigor de la LO 13/2015, 5 de octubre, no haya venido exigiendo autorización judicial para la utilización de este tipo de dispositivos, ha suscitado las dudas propias de todo cambio normativo que obliga a rectificar pautas de actuación policial, hasta ahora validadas por la jurisprudencia de esta Sala. El aval otorgado por el TEDH a aquellos modelos constitucionales que no condicionan la validez de la injerencia a la obtención de autorización judicial, alienta la controversia y refuerza la argumentación de quienes ven en la utilización de este tipo de dispositivos una injerencia de menor intensidad en el ámbito de la intimidad protegida constitucionalmente. (...).

La Sala, por tanto, no puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado. Es preciso reconocer que, a diferencia de lo que acontece con otras medidas de injerencia -cfr. arts. 588 ter a) o 588 quater b)-, la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad. El legislador no consideró procedente definir los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que haría viable el empleo de estos dispositivos en la investigación. Este silencio, sin embargo, no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales proclamadas por el art. 588 bis a). Los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante. De ahí que el discurso justificativo basado en una pretendida voluntad legislativa de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, no puede ser admitida."

Ahora bien, en el supuesto, el recurrente invoca vulneración del secreto de las comunicaciones, cuando en realidad nos encontraríamos, en su caso, ante una vulneración del derecho a la intimidad. Además, no se trata del registro de dispositivos GPS hallados en poder del acusado, limitándose la parte a reiterar lo planteado en apelación, sin hacer objeción alguna a los argumentos de la sentencia de instancia, incluso reiterando que estamos ante una vulneración del secreto de las comunicaciones, y sin especificar que pruebas serían nulas por conexión de antijuridicidad, cuando la sentencia habla de numerosas pruebas válidas, anteriores, derivadas de intervenciones telefónicas y de los resultados obtenidos de la geolocalización del vehículo que integran los obtenidos por la geolocalización de su móvil, diligencia debidamente autorizada.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO.-** 2.1. En el motivo cuarto se alega inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, prevista en el art. 21.6 del CP, extremo que fue alegado solo en apelación ya que la dilación indebida se produjo con posterioridad a la celebración del juicio oral, pues transcurrieron nueve meses desde la finalización del juicio oral hasta el dictado de la sentencia.

2.2. Como hemos dicho en la reciente sentencia 445/2022, de 5 de mayo: " Esta Sala Segunda, manejándose tanto con la atenuante analógica, anterior a 2010, como con la típica ( art. 21.6 CP) no ha visto obstáculo infranqueable, para dotar de eficacia atenuatoria a unas dilaciones producidas después del juicio oral e incluso después de la sentencia. Son muchas las sentencias recaídas asumiendo ese criterio ( SSTS 204/2004, de 23 de febrero, 325/2004, de 11 de marzo, 836/2012, de 19 de octubre ó 610/2013, de 15 de julio) aunque algunas van acompañadas de una opinión discrepante ( STS 932/2008, de 10 de diciembre) o de indisimuladas reticencias ( STS 204/2022, de 8 de marzo: "Tiene razón la defensa cuando lamenta el tiempo transcurrido desde la interposición del recurso hasta su resolución definitiva. La sentencia que dicta la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona está fechada el de 21 de noviembre de 2017. Se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma el 7 de diciembre de 2017, y sin celebrarse vista pública, al no solicitarse por el recurrente y no considerarse necesario, se dictó sentencia el día 3 de febrero de 2020. A pesar de que la sentencia lleva como fecha el 3 de febrero de 2019, en realidad, tal como consta en varios certificados que emite el Letrado de la Administración de Justicia del TSJ de Cataluña, (cfr. folios 1 y 3 del rollo de casación), la fecha de la sentencia es de 3 de febrero de 2020. Es decir, que se tardó más de dos años en dictar sentencia") (...).

Así como, en anteriores resoluciones hemos puntualizado, en una jurisprudencia que puede ya considerarse plenamente consolidada y que se ha visto reforzada por la reforma introducida por la LO 5/2010 -que amplió el ámbito de aplicación de la atenuante al relacionar la dilación indebida con "... la tramitación del procedimiento..."- que la duración injustificada que ha podido generarse durante el tiempo legalmente previsto para el dictado de la sentencia, puede ser reparada mediante la aplicación de la atenuante prevista en el art. 21.6 del CP . Así lo hemos reconocido en la STS 134/2005, 18 de noviembre (22 meses para dictar sentencia); STC 178/2007, 23 de julio (21 meses); STS 1165/2003, 18 de septiembre y 1445/2005, 2 de diciembre (15 meses); STS 217/2006, 20 de febrero (13 meses); STS 600/2008, 10 de octubre (10 meses); STS 681/2003, 8 de mayo (9 meses)".





La reiteración de pronunciamientos jurisprudenciales que han conferido trascendencia a estos efectos a los retrasos tramitadores posteriores al juicio oral (además de las ya citadas y como más reciente STS 22/2021, de 18 de enero) roturan el camino para no negar radicalmente la valoración de ese lapso posterior a la sentencia, a efectos de la estudiada atenuante.

Lo hacemos, aunque sin desdeñar estos razonamientos que alientan a ser especialmente cautos y restrictivos a la hora de basar una atenuante de dilaciones (o su cualificación) en los lapsos temporales posteriores al juicio oral. En el momento del visto para sentencia parece que debiera quedar clausurada la posibilidad de aportar elementos fácticos. Lo que suceda después no habría de ser relevante para el enjuiciamiento. Podrá tener incidencia excepcionalmente el acopio de pruebas novedosas sobre hechos anteriores a la sentencia; pero no el acaecimiento de nuevos hechos. El objeto del proceso penal -el hecho justiciable con todas sus circunstancias- cristaliza definitivamente en el instante en que se pronuncia esa fórmula quasi sacramental ("visto para sentencia").

2.3. La sentencia de instancia razona que la última sesión del juicio oral tuvo lugar el 17 de septiembre de 2020 y la sentencia es de fecha 7 de junio de 2021, por lo que el dictado de la misma tardó casi nueve meses, y que, aunque se trata de plazo largo para dictar sentencia, también se afirma, que la causa reviste cierta complejidad al tratarse de cuatro acusados y constar numerosa prueba documental.

También se razona que ello no justifica un plazo tan dilatado, pero que ello solo podría suponer la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP que supondría aplicar la pena en su mitad inferior, por lo que no tendría reflejo penológico alguno ya que a los acusados se les ha impuesto la pena de 6 años y 7 meses de prisión con la correspondiente inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 90 millones de euros. Si tenemos en cuenta que la pena a imponer por aplicación del art. 369.1.5º del CP es la superior en grado a la prevista en el art. 368 del CP y multa de tanto al cuádruplo, estableciendo el art. 368 del CP la pena de 3 a 6 años de prisión y multa del tanto al triplo, se observa que la pena impuesta ha sido prácticamente la mínima a pesar de que la cantidad de cocaína intervenida supera con creces la que constituye notoria importancia.

2.4. A tenor de la literalidad del art. 21.6º la atenuante exige la concurrencia de una serie de requisitos o elementos constitutivos: a) que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; b) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; c) que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al imputado y d) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

Junto a ello, constituyendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación mediante una disminución de la pena, es requisito inmanente de la atenuante que quien reclama su aplicación no haya sido beneficiario de esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. O, desde el ángulo contrario, que le hayan ocasionado perjuicios reales.

En efecto, como razona el tribunal de instancia, la tardanza en el dictado de la sentencia alcanza un plazo dilatado -8 meses y 20 días-, ahora bien, el mismo no debe considerarse excesivo como para justificar una disminución de la pena, ya que hay que tener en cuenta la complejidad de la presente causa. Además, hay que añadir, *in casu*, las consideraciones del tribunal, que su estimación en nada afectaría a la pena por las razones expresadas por el tribunal de instancia, sin que el recurrente haya rebatido el citado argumento en su recurso.

El motivo se desestima.

*Recurso de Camilo*

**TERCERO.**- Los motivos primero y cuarto del recurso se formulan por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 18.3 de la Constitución Española al haberse vulnerado el Derecho al secreto de las comunicaciones; así como por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim, por haberse infringido el art. 21.6 del CP.

En el desarrollo de los dos motivos se formulan idénticas consideraciones que las planteadas por el recurrente Celestino, por lo que nos remitimos a lo analizado en los FD 1º y 2º de la presente resolución.

Los motivos se desestiman.

**CUARTO.**- 4.1. El motivo sexto se formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación del ad. 29 del Código Penal.

Denuncia que la participación del señor Camilo en los hechos objeto del presente procedimiento habría sido absolutamente accesoria y fungible, favoreciendo al favorecedor, y, por ello, procedería, alternativamente, su condena en calidad de cómplice, ya que lo único acreditado es la participación del Sr. Camilo como titular del 15% de las participaciones de la mercantil y que estaba en la nave cuando se produjo la descarga de los



palets. Nada ha quedado acreditado sobre que hubiera un pacto del acusado con las personas encargadas de la gestión del envío, por lo que procede la condena como cómplice y la rebaja de la pena en un grado.

4.2. Como hemos dicho en la sentencia 478/2020 de 28 de septiembre, respecto a la calificación de su conducta como autoría o como complicidad, la jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la dificultad de apreciar la complicidad en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor. De forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden, no comprendidos en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en lo que se ha llamado "favorecimiento del favorecedor", con lo que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 ( SSTS núm. 93/2005, de 31-1; 115/010, de 18-2; 473/2010, de 27-4; 1115/2011, de 17-11; y 207/2012, de 12-3).

Y así, se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar ( STS 1276/2009, de 21-12).

4.3 Revisado el recurso de apelación planteado por el recurrente, del mismo no se desprende que la cuestión que ahora plantea lo hubiese sido en la apelación, por lo que resulta de aplicación lo analizado en el FD1º de la presente resolución, se trata de un motivo entablado *per saltum*. No se reclamó en el previo recurso de apelación. Ello, por sí, constituye causa de inadmisión. No pueden introducirse en casación razones de impugnación no hechas valer en apelación.

No obstante lo anterior conforme a la jurisprudencia citada resulta obvia la participación del acusado en los hechos enjuiciados como autor de los mismos, no como cómplice, ya que no solo el Sr. Camilo era titular del 15% de las participaciones de la mercantil y estaba en la nave cuando se produjo la descarga de los palets, sino que el tribunal de instancia analiza que el recurrente junto con el coacusado Celestino, prepararon todo lo necesario para que la cocaína llegara a España y darle el destino final, ya que no solo existe la conversación de 4 de noviembre en que ambos acusados comentan que debe separarse la mercancía del amigo de Mus, sino que también fue el recurrente quién realizó las negociaciones para el alquiler de la nave dónde iba a tener lugar la descarga de los contenedores.

El motivo se desestima.

*Recurso de Constantino*

**QUINTO.-** 5.1. En el motivo único del recurso se alega infracción de ley del artículo 849. 1 de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 368 Y 369.1º del Código Penal, así como infracción del artículo 24 de la Constitución.

Respecto de Constantino, afirma el recurrente que no existe prueba de cargo suficiente que permita concluir su participación en los hechos. Existen una serie de indicios que no se encuentran corroborados por prueba periférica alguna que permita destruir la presunción de inocencia que le ampara. Se da por probada su participación en los hechos por una serie de meras coincidencias.

5.2. Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos recordado en la sentencia 35/2020, de 6 de febrero, con citas de las SSTS 458/2009 de 13 de abril y 131/2010 de 18 de enero; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena ( SSTC. 68/98, 117/2000, SSTS. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/2009, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).".



5.3. El tribunal de instancia razona que la presencia del recurrente en la nave obedecía a mucho más que a una simple compra de pescado, así transcribe las conversaciones telefónicas mantenidas por el mismo de las que se desprende que le dice a su interlocutor que está escondido para que los empleados no lo vean y también relata la descarga de los containers.

En efecto, en el punto 2.2. de la sentencia recurrida con respecto a que el interlocutor se encontraba escondido consta que " el día 5 de noviembre de 2019 en las que Constantino habla con un tercero, con número de teléfono NUM013 , de la llegada de los dos contenedores (folios 419 y ss). En un audio que se transcribe a las 8:01 Constantino dice: "potro la primera... no lo sé, el me dijo que llegó a las nueve, pero acabamos de llegar, espera, yo estoy escondido dentro del coche para que no vean los empleados, espera, acabamos de llegar, controlamos y te llamaré". Otro audio de Constantino a las 8:15: "que potro, la primera está ahí, la primera ha llegado, se pone de culo". Audio a las 8:24, Constantino dice: "si, no es el primero potro, no es el primero". Contesta su interlocutor NUM013 "pero bueno, busca no se sabe si han cambiado la palette". Pregunta el tercero si han vaciado el primero y Constantino contesta: "el primero lo hemos vaciado, el segundo acabamos de abrirlo". Constantino le envía un video del contenedor abierto en el muelle de descarga. El tercero dice: "no parecen estar cacheados". Constantino envía un audio: "si potro, hay el papel de control encima y todo, no es broma, no son escaneados y vaciado totalmente, los otros son..., los que hemos sacado primero el primero y después han sido abiertos". Tercero: ¿han tocado todas las paletts?". Constantino envía audio: "en el puente, en el puente, en el puente tengo la impresión que no han tocado nada". Audio de Constantino : "Déjame, déjame vaciar tranquilamente y te digo algo ".

En relación a planificación de la descarga de los containers consta que el día 5 de noviembre Constantino informa a su interlocutor de la operativa de descarga. " Constantino : "Welfheal el primero ha llegado estoy en la empresa, el primero ha llegado". Tercero: "Hermano dime si el primero es el bueno o el que viene detrás, dímelo". Constantino : "el segundo ha llegado el segundo ha llegado hermano". Constantino envía foto de la parte trasera del contenedor y vídeo del contenedor abierto en el muelle de carga. Constantino : "el primero lo estamos vaciando, el segundo lo estamos abriendo" El tercero envía foto del número del contenedor SEGU 939116 3 y audio: "Acuérdate que los dos paletts tienen el dos rojo, el dos rojo, el dos rojo". Audio del tercero: "Hermano el nuestro es este, es este, te mandaré una foto, el nuestro es este ¿de acuerdo? Nuevo audio: "Este número que acabo de pasarte, el número que acabo de pasarte, hay un dos a cada palette hay un dos, ahí estamos". Constantino : "Tranquilo, lo sé, es este, lo vamos a vaciar, lo vamos a vaciar entre nosotros ". También se afirma que posteriormente el tercero llama repetidamente a Constantino que no responde diciendo el desconocido que si no le responde es que hay un gran problema.

Por último, añade la Sala como indicio incriminatorio que el acusado abandonó Ecuador el mismo día que se carga el buque.

Debemos destacar que la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, tal y como pone de manifiesto en la sentencia de instancia, por lo que la pretensión no puede prosperar.

El motivo debe ser desestimado.

**SEXTO.-** Procede imponer las costas a los recurrentes conforme a lo dispuesto en el 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

**NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por las representaciones procesales de Camilo , Celestino , y por Constantino , contra Sentencia nº 357, de fecha 2 de noviembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección de Apelación Penal de la Sala Civil y Penal, en el Procedimiento Rollo de Apelación Penal nº 312/2021; con imposición de costas a los recurrentes.

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

Así se acuerda y firma.