

Roj: **STS 278/2017 - ECLI:ES:TS:2017:278**Id Cendoj: **28079120012017100070**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/01/2017**Nº de Recurso: **973/2016**Nº de Resolución: **40/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Almería, Sección 1ª, 27-11-2015,
STS 278/2017**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Enero de dos mil diecisiete.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 973/2016 interpuesto por **Balbino Dario , Melchor Dario , Eulogio Aurelio , Narciso Felix , Fulgencio Hernan y Valeriano Lorenzo** , representados por los Procuradores Sres. Palma Crespo, Sanz Aragón, Cendoya Arguello y Fernández Urias, bajo la dirección letrada de D. El Meknassi Barnosi Nabil, Saracho Megia, Garfias Espejo y Herrero de Haro contra la sentencia de fecha veintisiete de noviembre de 2015 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en causa seguida contra los recurrentes por un delitos contra la salud pública por transporte de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Mixto núm. Dos de Berja (Almería) incoó instruyó Sumario Ordinario con el número 2/2011, contra **Balbino Dario , Valeriano Lorenzo , Teofilo Ernesto , Constancio Teofilo , Conrado Leon , Santiago Teofilo , Domingo Ruperto , Melchor Dario , Narciso Felix , Fulgencio Hernan , Eulogio Aurelio , Anibal Saturnino , Bienvenido Maximo y Landelino Santiago** . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería (Sección Primera) que con fecha 27 de noviembre de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<Se declara probado que, los acusados Balbino Dario , mayor de edad y condenado por sentencia firme de 2 de mayo de 2013 por delito contra la salud pública a la pena de 3 años y 7 meses, Valeriano Lorenzo , mayor de edad y condenado por sentencia firme de fecha 24 de diciembre de 2003 por delito contra la salud pública a la pena de 4 años y 6 meses, Domingo Ruperto mayor de edad y sin antecedentes penales, Constancio Teofilo mayor de edad y sin antecedentes penales, Conrado Leon mayor de edad y sin antecedentes penales, Santiago Teofilo mayor de edad y sin antecedentes penales, Eulogio Aurelio mayor de edad y sin antecedentes penales, Melchor Dario mayor de edad y sin antecedentes penales, Narciso Felix mayor de edad y sin antecedentes penales y Fulgencio Hernan mayor de edad y sin antecedentes penales, desde fechas no concretadas, pero en todo caso, próximas a junio de 2011, integrados dentro de un grupo organizado, y confirmadas conexiones con terceros de nacionalidad marroquí, planificaron, dentro de la estructura delictiva, la realización de los actos: necesarios para introducir en territorio nacional, procedentes del Reino de Marruecos, grandes cantidades de hachís, que se habrían de transportar hasta nuestras costas en barcos de pesca, con atraque previsto, al menos en los hechos objeto de este procedimiento, en el Puerto de la localidad de Adra (Almería). Dentro de la citada estructura colectiva los procesados Balbino Dario , también conocido como "Chipiron" y Valeriano Lorenzo , asumen un papel preponderante, junto a terceras personas que no han podido ser identificadas, eran los encargados



de organizar la infraestructura personal y material necesaria, de disponer lo necesario para llevar a cabo su transporte al lugar de depósito, de custodiarla hasta el momento de su ulterior comercialización y de abonar las cantidades de dinero pactadas con los proveedores, transportistas, descargadores y demás implicados en los hechos.

A tal efecto, con la finalidad antes señalada de introducir la referida sustancia en forma que pudieran eludir el control de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los procesados decidieron transportar el hachís en barcos pesqueros debidamente matriculados y legalizados para faenar en la mar; trasladando en ellos la sustancia ilícita desde su lugar de recepción en alta mar hasta el Puerto de Adra. Para ultimar los preparativos de la operación proyectada, se produjeron frecuentes contactos entre los antes citados organizadores de la ilícita actividad; frecuentemente por vía telefónica; llevándose a cabo, igualmente, entrevistas personales en diferentes lugares públicos. Concretamente, el día 24 de junio de 2011, el procesado Balbino Dario , viajó a la ciudad autónoma de Ceuta, donde ultimó la operación con una persona de origen marroquí no identificada en esta causa, con la que previamente había mantenido contacto telefónico a efectos de concretar la comisión del presente hecho delictivo. Dentro de la citada estructuración delictiva, el procesado Valeriano Lorenzo , hombre de confianza de Balbino Dario , se encargó de la localización del personal para realizar las funciones de desembarco.

Una vez verificados los actos preliminares anteriormente referidos, los procesados fijaron como fecha para consumir el ilícito tráfico proyectado la noche del 1 de julio de 2011; debiéndose transbordar la sustancia en un punto marítimo coincidente con las coordenadas marítimas que el procesado Balbino Dario , previamente había concertado el 27 de Junio de 2011 a través del teléfono NUM000 (terminal cuyas conversaciones habían sido intervenidas en virtud de resolución judicial), con una persona de origen marroquí, no identificada en la presente causa, con funciones de proveedor. Así, comenzando a ejecutar lo planificado, en hora no determinada suficientemente del 1 de julio de 2011, la embarcación " DIRECCION000 " ,-UT-....-..... , con número de identificación NUM001 propiedad de un tercero, los procesados Domingo Ruperto , Santiago Teofilo , Conrado Leon y Constancio Teofilo , este último en calidad de patrón el resto marineros, zarpó del Puerto Pesquero de Adra, donde se hallaba varada, rumbo a alta mar; yendo a bordo como tripulantes los cuatro procesados anteriormente referenciados, que fueron reclutados a cambio de precio por los organizadores conocidos del hecho delictivo Balbino Dario y Valeriano Lorenzo , a fin de llevar a cabo la actividad relativa al trasbordo y transporte de la droga. Del mismo modo, en ejecución del plan preconcebido, en horas no concretadas, una vez en el punto náutico previamente acordado, transbordaron a la embarcación desde otra procedente de Marruecos y con la ayuda de sus tripulantes, la cantidad de 99 fardos de hachís, los introdujeron en el interior de la nave y se dirigieron rumbo a las costas de Almería; llegando al Puerto de Adra por la tarde, entre las 17 y las 17:30 horas, procediendo a atracar en el muelle del puerto de Adra, descargar unas cuantas cajas de pescado tras lo cual la tripulación abandono el barco. Sobre las 20:45 horas fue detectada la presencia de Balbino Dario en la valla de separación del Club Náutico, próximo al puerto, comprueba cómo estaba la situación, él y los otros acusados se habían situado en diversos puntos estratégicos de la zona portuaria y de sus inmediaciones para vigilar los movimientos de las patrulleras de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia Aduanera que en aquellas horas pudieran navegar por la zona, no apreciando peligro alguno ordena la descarga. Así, a las 21:23 horas llegan al barco y se introducen en la bodega los procesados Melchor Dario y Narciso Felix , y a las 21:28 horas los procesados Fulgencio Hernan y Eulogio Aurelio hacen idéntica maniobra, llegaron otras personas no identificadas para la ejecución, comenzando la descarga de los fardos sobre las 21:45, desde la bodega de la embarcación hasta el muelle, a los pies de un contenedor amarillo cercano al barco. Comenzando la intervención policial sobre las 22:00 horas, siendo detenidos durante la descarga por agentes del Grupo EDOA de la Guardia Civil, previa investigación del Juzgado de Instrucción nº 2 de Berja, los procesados Melchor Dario y Narciso Felix que trataron de escapar corriendo, mientras que Fulgencio Hernan y Eulogio Aurelio trataron de huir tirándose desde el barco al agua, siendo finalmente detenidos el primero en el muelle sur del Puerto Pesquero de Adra y el segundo en el muelle del Club Náutico de Adra, el resto de no identificados se dio a la fuga.

Los detenidos portaban en ese momento, Narciso Felix un teléfono móvil, Samsung IMEI NUM002 y número NUM003 ; Eulogio Aurelio las llaves del Volkswagen Golf, matrícula,-ZWJ , propiedad de su padre Marcial Jaime , el cual estaba aparcado en la calle Travesía Plomo y en cuyo interior se halló documentación personal de Eulogio Aurelio y de Fulgencio Hernan , así como tres teléfonos móviles marca Nokia, Sony y Samsung, uno de ellos el que era propiedad de Narciso Felix . En el momento de la detención y junto a un contenedor amarillo que había frente al amarre del " DIRECCION000 " , se habían descargado 25 bultos y en el interior de la mentada embarcación se hallaron 74 más, arrojando un total de 99 fardos.

Durante el desarrollo de la operación, el 6 de julio de 2011, se llevó a cabo la detención de los también procesados Conrado Leon , Domingo Ruperto , marineros de la embarcación. El mismo día 6 de julio de 2011, el procesado Constancio Teofilo , patrón del pesquero el día de los hechos, se presentó en sede policial, momento en el que fue detenido. Al día siguiente, el 7 de julio de 2011 él procesado Santiago Teofilo , marinero del pesquero " DIRECCION000 " se personó en dependencias policiales, siendo detenido. Finalmente ese mismo 19 de Julio



de 2011 fueron detenidos los procesados *Balbino Dario*, alias *Chipiron* " que en el momento de su detención llevaba un teléfono móvil, marca *Nokia*, con número de teléfono NUM004 (terminal cuyas conversaciones habían sido intervenidas en virtud de resolución judicial), un manual de cliente de *vodafone* correspondiente a la tarjeta recargable con número NUM005, una cartera que contenía 1.075 euros y unas llaves de un vehículo marca *Audi* modelo *Q7*. *Valeriano Lorenzo*, con un teléfono móvil *LG* con una tarjeta insertada de la operadora *Lebara* con número de *IMEI* NUM006 y otro teléfono *LG* con *IMEI* NUM007 y con tarjeta insertada de *LEBARA* con número NUM008. A raíz de la interceptación del alijo y de las detenciones antes relatadas, se practicaron diligencias de entrada y registro el 19 de Julio de 2011, en dos inmuebles domicilio del procesado, *Balbino Dario*, uno sito en la CALLE000 nº NUM009 de la localidad de *La Curva de Adra*, donde se incautaron, Caja de teléfono móvil *Nokia* con *IMEI* NUM010, un *Walkie*, Contrato teléfono móvil *Orange* a nombre de *Balbino Dario* con número de teléfono NUM011 y tarjeta *SIM* del mismo, caja con cámara de fotos *Olympus*. *Prismáticos Nikon "Sportstar EX"*, caja de móvil *Nokia N85*, con *IMEI* NUM012, *IPONE 4* CON *IMEI* NUM013, blister de tarjeta *sim* *Movistar* con número NUM014, Móvil *Samsung* con *IMEI* NUM015, 0'6 gramos de una sustancia que debidamente analizada resultó ser *cannabis sativa*. Móvil *Nokia* con *IMEI* NUM016, caja de *Nokia 6700* con *IMEI* NUM017, porta tarjeta *sim* de *movistar* con nº NUM018, caja de teléfono móvil *Samsung S8300* con *IMEI* NUM019, un aparato *GPS*, cuarenta billetes de 50 €, tarjeta *sim* del nº NUM020, teléfono móvil *Nokia* con *IMEI* NUM021, caja de teléfono móvil *Samsung S GH-F480*, tarjeta *SIM* con nº *PUK* NUM022; y otro, en la CALLE001 nº NUM023, NUM024 de la localidad de *Balanegra*, donde se incautaron: ordenador portátil "*Acer*" nº NUM025, móvil *Samsung* con *IMEI* NUM019 con *sim* de *Orange*, móvil *Nokia* con *IMEI* NUM026 con tarjeta *vodafone*, móvil *Samsung* sin tarjeta, *sim*; con *IMEI* NUM027, móvil *Nokia* con *IMEI* NUM028 SIN TARJETA, cámara "*OLYMPUS*" con tarjeta de memoria *Fujifilm*, llaves de un coche marca "*Mercedes*", llaves de una motocicleta marca "*Yamaha*", llaves de una motocicleta marca "*Honda*", seis billetes de 500€, teléfono Móvilphone con *IMEI* NUM029 de *movistar*, llaves de una caja fuerte, reloj *lotus* con nº de serie 1609-8068, cámara de fotos *Samsung* con tarjeta de memoria y nº de serie CU62C305425314-D y cargador, cargador de móvil *Samsung*, reloj de pulsera "*Guess*" con nOW22515GI, un vehículo marca *Audi*, modelo *Q-7*, matrícula-QCM. un vehículo marca *mercedes* modelo *C-250*, matrícula-BKL, una motocicleta *Honda CBR-1000*, matrícula-KJC. Algunos de los anteriores efectos procedían de esta ilícita actividad.

La sustancia intervenida en la embarcación " *DIRECCION000* ", distribuida en tres lotes, resultó ser *Resina de Cannabis Sativa*, presentado el lote 1, con un peso total de 1.980.158 gramos, con un *THC* del 7,97% y habría alcanzado en el mercado ilícito un valor de 2.758.360 €; el lote 2, un peso total de 679.592,20 gramos, con un *THC* 1,38% y habría alcanzado en el mercado ilícito un valor de 946.671,93 €; y el lote 3, con un peso total de 303.259 gramos y un *THC* de 14'41% y habría alcanzado en el mercado ilícito un valor de 422.439,78 €. Siendo su fin la distribución entre terceros>>.

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

<<Debemos condenar y condenamos a los acusados *Balbino Dario*, *Valeriano Lorenzo*, *Domingo Ruperto*, *Constancio Teofilo*, *Conrado Leon*, *Santiago Teofilo*, *Eulogio Aurelio*, *Melchor Dario*, *Narciso Felix* y *Fulgencio Hernan*, como autores de un delito contra la salud pública por transporte de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia y en circunstancias de extrema gravedad por empleo de embarcación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

a) *Balbino Dario* y *Valeriano Lorenzo*, a las penas, para cada uno, CINCO AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; MULTA de DOCE MILLONES de EUROS y otra MULTA de DOCE MILLONES DE EUROS.

b) *Eulogio Aurelio*, *Melchor Dario*, *Narciso Felix* Y *Fulgencio Hernan*, a las penas, para cada uno, TRES AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; MULTA de DOCE MILLONES DE EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de 30 DÍAS en caso de impago e insolvencia y otra MULTA de DOCE MILLONES de EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de 30 DÍAS en caso de impago e insolvencia.

c) *Domingo Ruperto*, *Constancio Teofilo*, *Conrado Leon* y *Santiago Teofilo*, a las penas, para cada uno, de TRES AÑOS y UN MES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; MULTA de DOCE MILLONES DE EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de 30 DÍAS en caso de impago e insolvencia y otra MULTA de DOCE MILLONES DE EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de 30 DÍAS en caso de impago e insolvencia.

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** por falta de acusación a *Teofilo Ernesto*, *Anibal Saturnino*, *Bienvenido Maximo* y *Landelino Santiago*, dejando sin efecto las medias cautelares que contra los mismos se hubieran acordado. Asimismo, procede **ABSOLVER** a *Balbino Dario*, *Valeriano Lorenzo*, *Eulogio Aurelio*,



Melchor Dario , Narciso Felix , Fulgencio Hernan , Domingo Ruperto , Constancio Teofilo , Conrado Leon y Santiago Teofilo del delito de pertenencia a grupo criminal por retirada de acusación.

En cuanto a las costas procesales, imponemos 1/28 parte a cada uno de los acusados Balbino Dario , Valeriano Lorenzo , Domingo Ruperto , Constancio Teofilo , Conrado Leon , Santiago Teofilo , Eulogio Aurelio , Melchor Dario , Narciso Felix y Fulgencio Hernan , y declaramos de oficio las 9/14 restante.

Se decreta el COMISO de la sustancia y de los teléfonos móviles intervenidos, debiendo ser adjudicados al Estado con destino al Fondo de Bienes Decomisados. Háganse entrega, si no se hubiera realizado de los vehículos intervenidos a sus legítimos propietarios.

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

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Balbino Dario .-

Primer motivo.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 18.3 de la CE y de lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26 de mayo de 2009. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 852 de la LECrim y art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 18.3 de la CE y violación del principio de contradicción. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 852 de la LECrim y art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 24 de la CE, derecho al Juez predeterminado por la ley. **Motivo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE. **Motivo quinto.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 de la LECrim por denegación de prueba . **Motivo sexto.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 3 del art. 850.3 de la LECrim. **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas . **Motivo octavo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim por aplicación indebida de los arts 66 al 68 del CP.

Motivos aducidos en nombre de Melchor Dario .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 de la LECrim. y art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la CE (dilaciones indebidas).

Motivos aducidos en nombre de Eulogio Aurelio , Narciso Felix y Fulgencio Hernan .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ (presunción de inocencia). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley por inaplicación de los arts 16.1 y 62 del CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Motivos aducidos en nombre de Valeriano Lorenzo .

Motivo primero.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE. **Motivo segundo.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim y art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 18.3 de la LECrim. **Motivo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 24 de la CE. **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECrim por indebida aplicación del art. 368, 369.1, 5 y 370.3 del CP. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 LECrim por inaplicación del art. 21.6 del CP. **Motivo sexto.-** Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECrim en relación con el art. 66 del CP. **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECR por vulneración del art. 24.1 de la CE.

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, **desestimando todos los recursos**; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día diez de enero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- En lo que es casi una constante en los procesos en que han desempeñado un papel relevante unas intervenciones telefónicas, no faltan varios motivos destinados a deshabilitar tales escuchas deteniéndose en algunos de los presupuestos cuya ausencia arrastraría la inutilizabilidad de esta medida ingerente y, por ende, de las pruebas obtenidas en el curso de una investigación que estaría viciada en su origen.

Los ordinales primero a tercero del recurso de Balbino Dario comparten ese objetivo. A ellos se suma el motivo segundo del recurso de Valeriano Lorenzo .

Comenzaremos por el examen de esas cuestiones.

Un primer argumento toma como punto de partida el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 26 de mayo de 2009. Denuncia que no se aportaron testimonios de varias investigaciones previas que habían sido judicializadas y que se invocaban como elementos indiciarios para reclamar la intervención telefónica. En el curso de esas investigaciones se habrían realizado escuchas cuya plena corrección legal no fue fehacientemente demostrada mediante la incorporación de esos testimonios para testar su conformidad con los estándares jurisprudenciales. Además, consta que esas escuchas fueron cesadas. En un caso se denegó una de las solicitudes de intervención.

Como argumenta fundadamente el Fiscal el supuesto que se analiza aquí no se ve concernido por tal Acuerdo. Contempla éste los casos en que unas intervenciones telefónicas permiten descubrir hechos no conexos que, en consecuencia, darán origen a procesos judiciales separados. Pues bien, arrancando las diversas diligencias de una misma medida ingerente, en cada una de ellas deberá acreditarse su legitimidad. Eso obligará habitualmente a unir los testimonios de las actuaciones justificativas de la intervención a cada una de las causas para acreditar en todas esa legitimidad que no puede presumirse sin más.

La situación procesal a la que se quiere proyectar ese acuerdo es radicalmente diversa: aquí la policía reseña actuaciones policiales y judiciales previas seguidas contra el ahora recurrente (en algún caso), o contra otras personas relacionadas con él (en la mayoría de los casos), por delitos contra la salud pública. Las hace valer como indicio de su posible implicación en actividades de tráfico de drogas para dotar de consistencia a la petición de una medida invasiva de un derecho fundamental. A esos específicos efectos bastan esas referencias. No es necesario que el Instructor reclame testimonios de las diligencias judiciales aludidas. No es preciso dilucidar antes de acordar la medida la validez constitucional de aquellas diligencias. Son datos objetivos que tienen el valor que tienen y que vienen consignados por la policía (inicio de diligencias, ocupación de alijos, estancia en prisión preventiva...). No prueban culpabilidad alguna. Son referencias indiciarias. No es preciso en esa preliminar fase procesal exigir algo más, ni profundizar o indagar sobre cada una de esas actuaciones que se esgrimen como simple indicio que complementa a otros.

Para que sea constitucionalmente legítimo el levantamiento del derecho al secreto de las comunicaciones el Juez ha de verificar la presencia de indicios constatables por un tercero. No bastan afirmaciones apodícticas de sospecha rubricadas por la policía. El órgano judicial ha de valorar la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende investigar y la necesidad de la injerencia en un derecho fundamental. Es imprescindible que efectúe autónomamente un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas (SSTS 345/2014, de 24 de abril, ó 704/2016, de 14 de septiembre entre muchísimas otras). La suficiencia de los indicios para alcanzar la probabilidad que justifica las escuchas es valoración que corresponde al Juez de Instrucción: no puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. Es necesario que éstos aporten al instructor los **elementos objetivos** que apoyan su juicio de probabilidad. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el grado de probabilidad derivable de los indicios. Sólo cuando éste se mueva en cotas que superan la mera posibilidad o sospecha estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una suposición más o menos vaga; ni confidencias huérfanas de otros apoyos. Es necesario algo más como han repetido hasta la saciedad tanto el TC como esta Sala de casación. La STC 49/1999 es un punto de referencia básico. Consideraciones concordantes pueden encontrarse en las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, 136/2000, de 29 de mayo ó 253/2006 de 11 de septiembre.

En el reverso de estas consideraciones hay que situar otras no menos decisivas: no es precisa ni una investigación exhaustiva, ni la comprobación previa de cada uno de los datos informativos ofrecidos por la policía. No hay por qué dudar sistemáticamente de los datos "objetivables" presentados por la policía (el resultado de una vigilancia, la confidencia hecha por un informador, la realidad de una detención o actuación policial...). Eso es compatible con que tampoco haya que asumir acriticamente las deducciones policiales. Es el Juez, manejando esos datos objetivables, el llamado a realizar sus propias deducciones que podrán coincidir o no con las policiales. Pero determinados elementos proporcionados por la policía como detenciones previas, antecedentes penales, estancia en prisión preventiva por otros hechos o seguimiento de otras investigaciones no tienen por qué ser acreditados fehacientemente en este momento: basta con la referencia facilitada.



Pueden operar ya como indicios esas actuaciones policiales previas sin que haya que esperar a una sentencia condenatoria. En estos momentos y a estos efectos se requieren solo indicios no verdades proclamadas por sentencias condenatorias firmes.

La STS 567/2013, de 8 de mayo, razona en esa dirección: el escenario en esta fase preliminar es muy diferente al del momento del juicio oral en que sí se impone una "duda metódica" sobre los elementos de cargo, usando la expresión cartesiana acuñada en un marco reflexivo (metafísica) muy diferente, pero que es plástica. No es necesaria una comprobación a modo de "mini-instrucción" previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia (STS 913/2016, de 2 de diciembre).

Como precisa la STS 203/2015, de 23 de marzo con cita de la STS 339/2013, de 20 de marzo, la veracidad y solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. El indicio razonable no deja de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante y casi burocrática. No hay razones para desconfiar por sistema de esos datos policiales. Las vigilancias no han de tener plasmación escrita necesariamente: otro entendimiento burocratizaría la investigación. Ni tienen que ir acompañadas inexcusablemente de fotografías para que la información derivada de ellas se considere fidedigna. Por idéntica razón tampoco era preciso aquí que el Instructor reclamase testimonios procesales de las investigaciones de que daba cuenta la solicitud. Que el investigado no llegase a estar imputado en esos otros procesos no contradice lo que apuntaban los oficios es decir que existían operaciones policiales contra el tráfico de drogas en las que había sospechas, aunque no prueba, de una eventual y no demostrable implicación del ahora recurrente. En eso es muy clara la solicitud inicial: no atribuye al identificado como "Chipiron" intervención directa en algunas de las operaciones mencionadas. La realidad, luego mostrada por el recurrente mediante aportación de documentos, de que no fue acusado en ellas no contradice lo expuesto en esa solicitud.

El éxito posterior de la investigación, nunca convalida lo que en sus raíces nació podrido: hay que estar a un juicio *ex ante* (SSTC 165/2005, de 20 de junio ó 259/2005, de 24 de octubre). La insinuación que en ese sentido se desliza en la sentencia no puede aceptarse (... *es claro el fruto obtenido, la ... intervención no iba tan desencaminada cuando se interviene el haschis en poder de los investigados...*). Pero no desempeñaría en la sentencia esa mención ningún papel argumental prioritario: es solo un comentario marginal.

Si los indicios deben medirse en un juicio *ex ante*, por la misma razón que finalmente el indicio se desvirtúa o se comprueba que era equívoco y no apuntaba realmente en la dirección pretendida no convierte en ilegítima la intervención. V.gr., una escucha basada en una testifical que aparece como creíble será válida y legítima. También si finalmente se acaba acreditando que el testigo no decía la verdad. La comprobación *ex post* no invalida retroactivamente las escuchas (lo que valdría para no descalificar los indicios sobre capacidad económica y patrimonial por el hecho de que *a posteriori* se haya determinado que había otros titulares reales, ni los derivados de una previa investigación por el hecho de que no haya culminado con una condena). Son datos que pueden tomarse en consideración la implicación de una persona en una investigación policial, o la prisión preventiva padecida por otros hechos sin que la absolución que llega después goce de una especie de eficacia retroactiva que convertiría en ilegítima la escucha decretada con la base, entre otros, de esos elementos.

Ni el éxito de la investigación convalida las escuchas acordadas sobre una base insuficiente por frágil; ni la evaporación o disolución del valor incriminatorio de los indicios anula la intervención telefónica que *ex ante* debía considerarse fundada.

Si desde este discurso preliminar de aproximación, centramos ya el foco en el **Auto inicial** fechado el 23 de junio de 2011 (folios 14 a 18 del tomo I) constataremos su conformidad con los exigibles parámetros legales y constitucionales. No se limita la Instructora a una desidiosa e indolente remisión al oficio policial. Recoge y expone (aunque de forma sintética: el informe policial era muy extenso y rico en datos y matices) los elementos facilitados por la policía; incluye una motivación fáctica autónoma; contrasta la situación con los requisitos legales y constitucionales exigidos para legitimar una medida de esta naturaleza, que igualmente se preocupa de referir resumidamente; y acaba por entender justificada la medida que pone en conocimiento del Ministerio Público (folio 18 vuelto).

El examen de los antecedentes que preceden el auto habilitante revela un cuadro indiciario suficiente para la inicial intervención telefónica. La solicitud policial obra a los folios 1 a 13.

¿Qué datos objetivos avalaban las escuchas?:

Veamos:

i) Se parte de unas informaciones (confidenciales, presumiblemente) que apuntan a la planificación de operaciones para introducir a través de la costa almeriense más al poniente grandes cantidades de haschís. Se apunta como posible implicado al conocido como " Chipiron ". Se ha dicho muchas veces que unas



informaciones confidenciales, sin fuente identificada, por sí solas no son idóneas para justificar una medida investigadora afectante a un derecho fundamental si se mantiene el anonimato del informante frente al órgano judicial. La imposibilidad de contrastar o ponderar la solidez de la información o la credibilidad del confidente convertirían al Juez en un mero convalidador de la estimación policial. Carecería de capacidad para una valoración propia y autónoma edificada sobre datos objetivables. Ahora bien, esas informaciones no solo pueden desencadenar una investigación policial, sino que, además, pueden operar como apuntalamiento de una base indiciaria si aparecen corroboradas por otros datos que las dotan de verosimilitud y credibilidad. Ni es exigible ni sería lógico hacer abstracción de esas informaciones anónimas; como si no existiesen. Cuando lo que desvelan parece confirmado por otros elementos habrá que valorar aquéllas y éstos. Es decir, el elemento "objetivo" aportado por la policía de que unas informaciones señalan a determinadas personas como implicadas en actividades de importación de haschís es valorable, aunque marcadamente insuficiente. No puede orillarse ese suministro de información si concuerda con otros datos recabados por fuentes de investigación distintas (vid. SSTs 1497/2005, de 13 de diciembre, 55/2006, de 3 de febrero o 654/2013, de 26 de junio). La solicitud detalla la forma en que suponen que se desenvuelven esas operaciones atendiendo entre otras a la secuencia seguida en la operación *Mamola* a la que enseguida aludiremos.

ii) Se da cuenta en el oficio de que Balbino Dario (Chipiron ") había sido detenido por delitos contra la Salud pública el 7 de julio de 2002 y el 8 de agosto de 2006. En esta segunda operación (*Mamola*) se habían ocupado 9000 kgr de hachís en el interior de un barco pesquero cuando entraba en el puerto (se acompañan fotografías). Balbino Dario ingresó por esos hechos en prisión preventiva que pudo eludir abonando la fianza establecida. Se informa igualmente al tiempo de la solicitud el proceso estaba pendiente del juicio oral (muy probablemente será el que determinaría los antecedentes penales que se recogerán posteriormente en la sentencia ahora sometida a censura casacional). Es obvio que no basta con tener antecedentes penales -menos aún simples antecedentes policiales- para deducir que una persona se dedica a una actividad delictiva. Aquí no eran solo antecedentes policiales sino además la noticia de que se había decretado la prisión preventiva lo que demuestra un nivel indiciario de implicación en aquella operación mucho mayor en una valoración realizada ya por un órgano judicial. Aún así, no puede deducirse de ahí una persistencia en la actividad criminal. Muchas personas que incurrir en un delito contra la salud pública no vuelven nunca más en su vida a repetir esa o parecidas conductas. No es preciso demostrarlo. Es más, hay que presumirlo por vía de principio. Pero también es máxima de experiencia que en otros casos -no insólitos- esa actividad se convierte en el medio de vida de algunas personas que perciben las incidencias policiales o judiciales como *gajes* del oficio. Tras cumplir la pena o recobrar la libertad retornan a esa dedicación. Los antecedentes penales no ensombrecen o debilitan la presunción de inocencia. Evidentemente. Pero unas informaciones que apuntan a una persona que ha estado implicada en operaciones similares de forma contrastada, merecen en principio mayor atención. Cuentan ya con un elemento previo no totalmente neutro.

iii) El 28 de enero de 2010 unas vigilancias policiales activadas en torno a " Chipiron " detectan una comida en su casa con presencia de un elevado número de personas entre las que se encuentran dos guardias civiles (uno de ellos destinado en el puerto de Adra). Es de notar que en la operación *Mamola* fueron detenidos guardias civiles a los que se atribuía dar protección y cobertura a los organizadores del alijo. Los agentes oyen a una de las numerosas personas presentes en un momento dado gritar la palabra *moro* que se asocia a la presencia de una persona con rasgos árabes. El dato es minúsculo, desde luego, pero evoca el origen habitual de la droga que entra por la costa sur de España. En la reunión se identifica también un vehículo que meses antes había sido observado en el interior del puerto de Adra a una hora más que sospechosa. No puede olvidarse que en esas fechas " Chipiron " ya ha estado en prisión preventiva y está pendiente de un juicio por un alijo de haschís en el que aparecían implicados guardias civiles. Por eso suscita perplejidad la presencia de esos guardias civiles allí. Que no exista reportaje fotográfico -como indica el recurso- no es relevante: no significa que se trate de un "invento" de los investigadores.

iv) Una relación patrimonial sucinta refleja los bienes que se suponen titularidad de " Chipiron ", aunque algunos figuren a nombre de familiares cercanos. Es un patrimonio que sin ser deslumbrante sí refleja una amplia holgura económica que exige fuentes de ingresos especiales. Por lo que se ha dicho antes ninguna trascendencia hay que dar a que no se acompañe documentación de esas propiedades como denuncia el recurrente.

v) Se da cuenta de una entrevista mantenida en el cortijo de Chipiron con dos personas de origen marroquí que a su vez contactaban con Evelio Marcelino persona afincada en Ceuta que luego sería detenido a raíz de la intervención de 920 kgrs. de haschís. No se afirma que " Chipiron " estuviese implicado en ese alijo; sino que entabla contacto con personas que se puede suponer relacionadas con actividades de importación de haschís en virtud de esa operación policial de la que se da cuenta. Que en ella no resulta involucrado " Chipiron " guarda armonía con lo que describe la solicitud.



vi) Se da noticia igualmente de la aprehensión de 288 kgr de haschís en junio de 2010 en una playa cercana a Adra, operación en la que se usó una embarcación recreativa perteneciente a quien en su día habría estado investigada por sus vinculaciones con éste. En esa operación fue implicado un hermano de Chipiron (Justiniano Rodolfo del que la policía intuye que podría ser uno de sus colaboradores). Otra persona que fue detectada en presencia sospechosa en las proximidades de la playa en los momentos de la operación ha sido vista en muchas ocasiones en compañía de Chipiron ". Tal persona, además había embarcado hacia Marruecos junto con el hermano de Chipiron " y un marroquí que estaba en busca y captura por hechos relacionados con el narcotráfico en el año 2007. Son todos estos indicios *ex ante*. Que luego haya podido demostrarse que las relaciones entre los dos hermanos no son nada amistosas no revoca retroactivamente el indicio valorado en ese juicio *ex ante*; amén de que diste mucho de ser un dato decisivo en el conjunto del marco indiciario que se viene exponiendo.

vii) Se da cuenta de otras personas que se suponen relacionadas con Chipiron " y con diversas implicaciones con el tráfico de drogas.

viii) Por fin, las vigilancias mantenidas sobre Chipiron " detectan un desplazamiento el día 16 de junio de 2011 al Puerto de Adra en un vehículo. Hace maniobras que pudiera interpretarse como distractivas. Allí contacta con dos personas. Recorren el muelle y reconocen varios de los pesqueros amarrados. Tras ello Chipiron y una de esas personas se introducen en el vehículo donde conversan durante unos veinte minutos. La inferencia de que esa visita al puerto, ese aparente interés por los pesqueros y esa conversación con la persona no identificada pudieran ser indicativas de la contratación de un pesquero para una nueva operación de tráfico de drogas como las que se venían haciendo no resulta extravagante o descabellada en el contexto que ha quedado dibujado. Ninguna relación profesional oficial guarda Chipiron " con el mundo de la pesca y los pesqueros.

Hay base indiciaria suficiente para estimar fundada la decisión de proceder a la intervención. Todo apuntaba a que Chipiron " no había abandonado sus actividades y que se disponía a efectuar una nueva operación de importación de haschís a través del mar.

Evidencia esta descripción que las referencias a otras investigaciones policiales tienen un valor muy accesorio y secundario. En dos de ellas se habla efectivamente de la implicación de Chipiron ". En una, se decretó su prisión preventiva. No era necesario aportar el auto de prisión o comprobar que se ajustaba a la realidad esa indicación. Ni era necesario aportar los testimonios de esas diligencias. Ni tampoco había que esperar a una sentencia condenatoria para ponderar como indicio ese dato.

Las otras investigaciones reseñadas se blanden exclusivamente para evidenciar que Chipiron " mantiene relaciones con personas que han estado involucradas en operaciones de tráfico de haschís. No se afirma la implicación de Chipiron ": tan solo en algún caso se vierten sospechas pero con un carácter muy vago que no se disimula. No olvidemos que nos estamos moviendo en el plano de unos indicios que se van acumulando como por aluvión, tejiendo entre todos un cuadro indiciario que en conjunto resulta suficiente, aunque aisladamente ninguno de ellos tendría fuerza suficiente para servir de soporte una intervención telefónica.

Pretender que la falta de incorporación de los antecedentes de esas diligencias y en concreto de la base de las medidas ingerentes que allí podrían haberse acordado anula estas escuchas es un despropósito. Nada tiene que ver con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 26 de mayo de 2009 en el que tanto insiste el recurrente.

El motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO.- Protesta el segundo motivo del recurso de Balbino Dario por la **no reproducción de las escuchas** en el acto del juicio.

Hagamos notar en el pórtico de todo desarrollo argumental que el recurrente no solicitó como prueba la audición de las escuchas. La reclamó en exclusiva el Ministerio Fiscal (otrosí de su escrito de conclusiones y prueba documental propuesta). Conviene retener este dato.

Que para la valorabilidad de unas escuchas no es imprescindible su audición en el plenario es aseveración que encontramos, sin necesidad de rebuscar demasiado, en múltiples precedentes jurisprudenciales. El art. 726 LECrim obliga al examen de las grabaciones propuestas como prueba y admitidas. En esa previsión se amparó la Sala para, después de tomar nota de las escuchas cuya audición interesaban las partes (el Ministerio Público solicitó unas concretas y este recurrente otras muy específicas); y considerando, además, que los diálogos estaban transcritos y averados por la fe pública judicial, prescindir de la audición en el juicio oral por resultar innecesaria. Quizás no fue esa la decisión más correcta; pero es claro que no causa indefensión alguna y, por tanto, no desactiva ese medio probatorio. Una consideración muy simple lo pone de relieve: de acogerse este motivo lo procedente no sería la absolución sino la nulidad - no solicitada, por cierto, (art. 240.2 LOPJ)- para devolver las actuaciones y que se procediese a la audición (!).



El principio de práctica de la prueba en el juicio oral es desde luego esencial. Pero tal postulado no implica que se tengan que leer los documentos, o exhibir las actuaciones a presencia de todas las partes antes de concluir las sesiones del juicio. La omisión de la lectura o de la audición de las grabaciones en el acto del juicio oral puede no tener relevancia. Fueron propuestas como prueba documental exclusivamente por la acusación.

Es claro -y lo es especialmente a partir de la STEDH de 6 de diciembre de 1988 (*Caso Barberáy otros contra España*)- que la fórmula, ritual y clásica en nuestro foro -"por reproducida"- no convierte en prueba documental todas las actuaciones sumariales; ni transmuta en "documento" lo que no son más que pruebas personales documentadas. Pero la feliz recuperación de la centralidad del acto del plenario como escenario idóneo para desplegar la actividad probatoria (con algunas modulaciones y excepciones) no puede conducir a instalarse en tesis radicales que, amén de violentar el sentido común, no suponen objetivamente robustecimiento alguno de garantías. La fórmula de "dar por reproducida" la prueba documental durante muchos años constituyó la coartada para obviar la esencialidad de la realización de la prueba en el acto del juicio oral, con la consiguiente merma de los principios de publicidad, inmediación y contradicción. Ahora bien, la justa proscripción de esa praxis viciosa -auténtica corruptela- y contraria a los pilares básicos de la arquitectura del proceso penal que levantó el legislador del siglo diecinueve, no implica descalificar absolutamente mecanismos abreviados de práctica de la prueba documental que el sentido común impone. Que la actividad probatoria haya de desplegarse en el acto del juicio oral, no significa que todos, absolutamente todos los documentos aportados o unidos a las actuaciones deban ser leídos en ese momento, so pena de quedar inhabilitados como posible medio de convicción. Eso no solo es absurdo, sino que llevaría a la inmanejabilidad de determinados procesos penales en que la prueba es básicamente documental y, además, de volumen ingente (STS 457/2013, de 17 de abril).

La clave está en la necesidad de preservar los principios de inmediación, contradicción y publicidad. No padecen si el Tribunal examina al amparo del art. 726 LECrim la hoja de antecedentes penales -por descender a ejemplos- propuesta como documental por el Fiscal, y que obra en las actuaciones de la que se dio vista -o en su caso copia- a la defensa, aunque en el acto del juicio oral no se haya procedido a la premiosa y tediosa lectura de ese certificado introducido en el juicio por el sencillo expediente de "dar por reproducido" lo que todos conocen. Si se trata de auténtica prueba documental y ha sido expresamente propuesta, al darse por reproducida y conocida por todas las partes no se causa indefensión si el Tribunal en cumplimiento de la obligación -que no facultad- que le impone el art. 726 LECrim examina directamente ese documento, o esa prueba "monumental".

El tipo de grabaciones de sonido a que nos estamos refiriendo constituyen prueba documental. Desde antiguo lo viene afirmando el Tribunal Constitucional (STC 128/1988 de 27 de junio), en tesis relativamente pacífica en la doctrina (aparte de posturas singulares que prefieren hablar de prueba *monumental* en lo que es una variación más terminológica que conceptual). Puede proyectarse sobre ellas tanto lo dispuesto en el tan citado art. 726 LECrim como la posibilidad de omitir su reproducción material y completa en el juicio oral, cuando está suficientemente identificada y contrastada .

La prueba documental ya aportada se caracteriza por su "invariabilidad": está ahí; nada distinto determinará en ella su lectura (o audición). Ahí seguirá inalterada en condiciones idóneas para ser examinada directamente y con la pausa y detenimiento que sean precisos por el Tribunal.

La reproducción en el acto de juicio oral de las grabaciones no es, por tanto, inexcusable, sino sustituible por la fórmula del art. 726 LECrim. Otra cosa es que seguramente pudiera haber sido más correcto atender a la petición de algunas partes en ese sentido; petición que además no era exagerada ni en absoluto abusiva o innecesariamente engorrosa. Se ceñía a unas concretas e identificadas conversaciones (siete solicitó el Ministerio Fiscal identificándolos perfectamente por la hora y día y localización en el procedimiento -DVds-). Un número menor encerraba la petición de esta defensa. Podría ser engorrosa su localización, pero siempre es preferible atender esas peticiones si son razonables.

El discurso que acaba de desarrollarse goza de respaldo jurisprudencial: SSTC 76/2000, de 27 de marzo ó 26/2010 de 27 de abril (citada ésta, por cierto, en el escrito del recurso). " *Por lo que respecta a la alegación referida a la indebida incorporación al juicio del resultado de las intervenciones telefónicas -que en puridad plantea la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)-, hemos afirmado 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 testimoniales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas, bien a través de su transcripción mecanográfica -como documentación de un acto sumarial previo- (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4 ; 122/2000, de 16 de mayo, FJ 4 ; 138/2001, de 18 de junio , FJ 8). Y también hemos concluido que para dicha incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado*



con las debidas 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 196/1992, de 1 de julio ; o en la STC 128/1988, de 27 de junio . 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 sentenciador. 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 puede 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 por las partes -bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones- no significa, como pretende la hoy recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiera la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral" (FJ 1).* Y ya en la citada STC 128/1988 , FJ 3, llegamos a idéntica conclusión bajo el argumento de que "**no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas 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 quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de 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.**" Sentado lo anterior, de la lectura de las Sentencias impugnadas, y del acta del juicio oral, puede constatarse, de una parte, que -como destaca el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico primero de la Sentencia de casación- las cintas originales y las transcripciones, debidamente cotejadas por el Secretario judicial (según afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial, remitiéndose al folio 285 de las actuaciones), se encontraban a disposición de las partes, habiendo podido contrastar el cotejo, solicitar la audición o cuantas diligencias hubiera tenido por conveniente. *De otra parte, que la defensa de la recurrente no sólo renunció a la audición de las cintas, sino que -como pone de relieve el Ministerio Fiscal- expresamente se opuso a la misma. Por ello, habiendo tenido oportunidad de someter a contradicción el contenido de tales transcripciones, y no oponiendo reproche alguno a la correspondencia de las mismas con las cintas originales, podemos concluir que no ha existido indefensión ni se ha producido vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).*

Esta defensa no reclamó copia como sí hizo otra defensa de las transcripciones y grabaciones. Por otra parte tampoco había propuesto esa prueba, como se ha resaltado antes. Lo hizo en el juicio oral y limitada en exclusiva a algunas concretas escuchas que no son las inculpatorias, sino otras a las que quiere atribuir potencialidad exculpatoria.

No hay ningún motivo para dudar de que el Tribunal examinó las transcripciones y estuvo en condiciones de contrastarlas con las grabaciones. Nadie denunció en concreto manipulación o tergiversación en la transcripción. Es más, esta defensa estuvo en condiciones de contrastarlas y se limitó a reclamar la audición de unos pocos diálogos en los que quería ver indicios de descargo atendiendo a su cronología: (conversaciones reseñadas a los folios 87 y 88; teléfono NUM004 ; día 1 de julio de 2011, horas, 16.48, 17.09, 17.29, 20.34, y 21.01). Según el hecho probado un momento cercano a alguno de esas horas estaría vigilando junto al puerto (20.45). Esas conversaciones, sin embargo, no desmienten lo que se da como probado. Son compatibles con ello. Por lo demás, ahí están las transcripciones y nada hace pensar que no hayan sido tenidas en cuenta.

Desde luego la petición anudada a la queja por falta de audición de esos concretos diálogos que se utilizan como prueba de descargo no podría ser la absolución sino la repetición del juicio para que se practicara esa prueba.

Solo ya en el escrito final previsto en el art. 882 LECrim se aduce que no era su voz (lo que fue replicado antes por la Sala) y que no eran literales las transcripciones. Nada de eso insinuó en el momento en que reclamaba la audición de solo unas pocas conversaciones en el juicio.

El motivo decae.

TERCERO.- En su tercer motivo el primero de los recurrentes (Balbino Dario) denuncia vulneración del **derecho al juez ordinario predeterminado de la ley** basándose en que la policía con anterioridad había reclamado idéntica intervención telefónica al juzgado que rechazó la solicitud por estimar insuficientes los indicios aportados. Evoca un precedente de esta Sala para apoyar su pretensión: STS 100/2014, de 18 de febrero.



Hay un dato diferencial esencial entre la situación que contemplaba ese precedente y la que aquí examinamos. Lo que llevó a esta Sala a anular las escuchas en aquél supuesto es que se había ocultado al segundo Juez (un juzgado distinto) la previa incidencia que además era inmediatamente anterior.

No sucede así en este caso. La petición se dirige **al mismo juzgado** (el Juzgado de Instrucción nº 2 de Béjar). No hay ni puede haber por definición cambio de competencia jurisdiccional. La competencia está anudada al órgano y no al titular. Que éste haya cambiado no altera la competencia.

Se solicita la nueva autorización cuando se cree que se cuenta con indicios suficientes. Ante el rechazo por el órgano judicial, prosiguen las investigaciones. Así resulta del oficio aportado por la defensa unido a su escrito de conclusiones. Una vez que se ha hecho acopio de nuevos indicios, pasados varios meses, (la denegación se produjo el 1 de octubre de 2010 y la nueva solicitud es de finales de junio de 2011) se interesa otra vez la medida al mismo Juzgado (sería en todo caso irrelevante que el reparto lo hubiese direccionado a otro). El Instructor decide con conocimiento de causa. Autoriza en esta ocasión la intervención. Se trataba de comprobar si el cuadro indiciario era suficiente; no de compararlo con el existente ocho meses antes. Desconocemos cuáles eran los indicios presentados en aquél momento anterior. Sí sabemos que habían surgido otros nuevos entre los que se sitúa esa visita al puerto que se relata. Nada ilegítimo se aprecia en esa secuencia.

Una denegación de escuchas no causa fuerza de cosa juzgada. Es obvio. Y no impide replantear la cuestión a la vista de nuevas investigaciones y ante la aparición de nuevos indicios. Sin duda hubiera sido más cristalino e incluso deseable y aconsejable que la policía hubiese hecho constar en ese oficio inicial la denegación de las escuchas producida casi nueve meses antes. Pero eso no afecta de forma alguna al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

El motivo decae.

CUARTO.- La presunción de inocencia es el tema del motivo cuarto de Balbino Dario .

Desde la óptica de la presunción de inocencia se puede verificar en casación:

- a) la existencia de prueba incriminatoria,
- b) su suficiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio, en el sentido de que de ella pueda deducirse de forma racional y concluyente (con exclusión de hipótesis alternativas igualmente probables) la participación del acusado en hechos delictivos.
- c) su validez en la doble perspectiva de que haya sido practicada con todas las garantías y de que se haya obtenido sin violación de derechos fundamentales, y
- d) su motivación, lo que sirve para testar su suficiencia (es decir la racionalidad del proceso deductivo seguido por el Juzgador y la refutabilidad de otras hipótesis incriminatorias aducidas o imaginables que fuesen igualmente plausibles).

No puede correr este motivo mejor suerte que los anteriores. La Sala contó con prueba de cargo suficiente que sostiene su convicción: el contacto establecido en Ceuta el 24 de junio de 2011 (desplazamiento acreditado documentalmente) y los mensajes y conversaciones telefónicas así como la presencia de este recurrente en el puerto momentos antes de la descarga avalan esa certeza que es argumentada por la sentencia (pág. 17).

La hipótesis que maneja el recurrente y que ya expuso en el acto del juicio oral (donde desdobló su calificación mediante unas conclusiones alternativas) es ingeniosa y está muy elaborada buscando apoyo en algunos datos que son hábilmente manejados. Pero carece de consistencia. Está contradicha por circunstancias muy elocuentes.

En su estimación, se habría producido un hallazgo casual erróneamente vinculado con el recurrente. Éste ciertamente estaría preparando un transporte de haschís desde Marruecos pero habría sido pospuesto para unos días después (el 4 de julio) como consecuencia de una visita del Rey de Marruecos que hizo modificar los planes iniciales. Casualmente otra organización habría activado el alijo finalmente frustrado el día 1 de julio. Descubierta por el servicio de vigilancia aduanera se habría endosado al recurrente pese a no tratarse de aquél que él estaba planificando y que todavía no se había puesto en marcha.

La presencia del acusado en el puerto de Adra momentos antes de iniciar la descarga de la sustancia es el dato más concluyente -aunque no el único- para refutar esa versión defensiva: por eso el recurrente se esfuerza inútilmente en desacreditar el testimonio del miembro de la guardia civil que así lo aseguró y reiteró, sin dar cabida a la más mínima duda en su declaración.

Que en el atestado inicial levantado con motivo de la incautación de la sustancia no se diese cuenta de ello es fácilmente explicable como razonó con toda lógica la Fiscal en el informe desarrollado en el juicio



oral: la operación seguía abierta y se mantenían teléfonos intervenidos (e intervenciones ampliadas) para intentar recabar pruebas de la vinculación con ese alijo de otras personas. Y efectivamente se obtuvieron nuevas pruebas corroboradoras como algunos mensajes remitidos al interlocutor de Marruecos que no pueden ser calificados de mero *cotilleo*, cuando se hacen a través del teléfono de seguridad. El atestado final, confeccionado a raíz de la detención de este acusado, explica cómo desde que informaron los servicios de vigilancia aduanera se relacionó a esa embarcación, detectada en una zona sospechosa por no ser apta para faenar, con la operación de este acusado que se creía en ciernes en virtud de las conversaciones telefónicas interceptadas que hacían pensar en una inmediata ejecución de la misma (*todos están comiendo menos yo*). La presencia del recurrente en el puerto prueba esa conexión. Los puntos en que se apoya el recurrente (divergencias de los datos de localización -explicables por muchas razones, como la también alegada por la representante del Ministerio Fiscal-, postergación inicial de la operación sin haberse concretado día, etc...) no son incompatibles con lo que la Audiencia ha considerado probado con una base holgada; más que suficiente.

El motivo fracasa.

QUINTO.- El motivo quinto (art. 850.1 LECrim) se relaciona con el primero. Protesta por el rechazo de la prueba propuesta en su escrito de conclusiones provisionales consistente en la aportación de una serie de testimonios de diversos procedimientos judiciales aludidos en el primero de los motivos y de los que ya presentó algunas actuaciones (oficios iniciales de petición de intervenciones telefónicas, así como escritos de acusación o auto de procesamiento). La Audiencia provincial denegó esas pruebas por considerarlas innecesarias (Auto de 27 de julio de 2015).

Por entresacar de entre la prolija jurisprudencia sobre esta materia algún pronunciamiento significativo, podemos acudir a la STS 948/2013, de 10 de diciembre, que aborda *in extenso* el marco que sirve de fondo para resolver el presente motivo.

La cuestión está estrechamente ligada al derecho de defensa: dentro de la panoplia de derechos que enlazan con ese genérico y poliédrico derecho ocupa un papel destacado la facultad de proponer y aportar pruebas.

"En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) -se expresa en la citada resolución- la doctrina del Tribunal Constitucional puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):

a) *Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio .].*

b) *Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.*

c) *El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.*

d) *No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, y 70/2002, de 3 de abril, por todas); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).*

e) *Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse*



también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ; 359/2006, de 18 de diciembre ; y 77/2007, de 16 de abril).

Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero ; 19/2001, de 29 de enero ; 73/2001, de 26 de marzo ; 4/2005, de 17 de enero ; 308/2005, de 12 de diciembre ; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).

Asimismo, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012 , la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

A los efectos de esta revisión **es determinante, como señalan la STC 308/2005, de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012 , que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo** (SSTC 73/2001, de 26 de marzo , 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril , entre otras)".

La prosperabilidad de un motivo de casación basado en el art. 850.1 LECrim está condicionada al cumplimiento de unos requisitos externos (vocablo éste preferible a "formales": el calificativo "formal" parece subordinar la efectividad de un derecho fundamental procesal a requisitos "burocráticos") y otros materiales o de fondo. Según la tradicional jurisprudencia, esta Sala exige en ese ámbito epidérmico, como presupuestos sin los que no puede alcanzar éxito: **i)** Que la prueba se haya planteado tempestivamente, es decir en el momento procesal adecuado; y **ii)** que frente a la denegación se haya formulado la oportuna protesta razonando en su caso la pertinencia de la prueba y su objeto. Moviéndonos en el ámbito del procedimiento ordinario no es exigible una reiteración de la petición al inicio del juicio oral como sí sucede en el procedimiento abreviado donde se abre un turno previo de intervenciones que permite, entre otros contenidos posibles, insistir en las pruebas denegadas. Con independencia de que no se detecte obstáculo para potestativamente incrustar esa eventual audiencia preliminar en el juicio que se celebra a través del procedimiento ordinario cuando así se estime pertinente, no es trasladable el requisito de la reiteración de la petición desde el procedimiento abreviado al ordinario.

En este caso esos presupuestos no están cumplidos:

- a) La prueba fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa: correcto.
- b) Pese a lo que exige el art. 659.4 LECrim el rechazo de la prueba no dio lugar a la oportuna protesta. Estamos ante un procedimiento ordinario donde se hace imprescindible esa protesta sin la cual no podrá atenderse a la queja tardíamente formulada a través de la casación. El recurso se hace eco expresamente de esa exigencia.

Esto bastaría para desoír la petición. No obstante también si abordamos el fondo del motivo, es decir, los requisitos materiales (necesidad, utilidad y pertinencia de la prueba así como su posibilidad) llegaremos a igual respuesta.

No hay duda de que era una prueba **posible**. Y quizás incluso podríamos decir que era pertinente: alguna relación -aunque lejana y nada decisiva- mantenía con los hechos.

El siguiente paso es comprobar si la prueba era **necesaria**. En casación no se trata tanto de ventilar si la denegación de la prueba era la decisión más ajustada a derecho o más procedente; sino si ahora, en el momento en que se ventila este recurso, en un juicio *ex post* esa prueba se revela como indispensable para el



debido enjuiciamiento de los hechos y si encerraba virtualidad potencial para modificar el fallo en algún punto relevante. La respuesta ha de ser rotundamente negativa como se deduce de lo argumentado en el primero de los fundamentos de derecho. Que el recurrente no fuese acusado en aquellos procesos inicialmente aludidos para nada afecta al enjuiciamiento de éstos. Es más, es algo que se da por supuesto.

SEXTO.- El art. 850.3º LECrim funda el siguiente de los motivos: **denegación de preguntas**. Es difícil de contestar y no lo ha hecho el Ministerio Fiscal porque no se consignan las preguntas indebidamente rechazadas. Hay que buscarlas bien en el escrito de contestación a la impugnación del Fiscal que presenta el recurrente al amparo del art. 882 LECrim o, fragmentariamente, en el visionado del acto del juicio oral.

Es cierto que el Presidente interrumpe en varias testificales una línea de interrogatorio que la defensa intenta realizar tendente a indagar a través de los miembros de la guardia civil que iban compareciendo lo relativo a esas otras causas que viene reseñando y de las que aportó algunos testimonios en su escrito de conclusiones provisionales. Las contestaciones que iba recibiendo eran no ya evasivas, sino de natural y lógico olvido y alguna perplejidad. No recordaban esas investigaciones previas más que de una forma genérica. No sus detalles. Ya avanzado el juicio oral y en sesión que se lleva a cabo día distinto al de inicio de la vista, la defensa insiste en esas preguntas a uno de los testigos que reiteradamente va indicando que no sabe, que no recuerda, que no puede dar datos, de lo que se le inquiera... Es entonces cuando el Presidente invita a abandonar esa secuencia de preguntas encadenadas. La defensa ofrece entonces la transcripción escrita de un listado de preguntas que traía preparado para incorporarlo al acta. La sugerencia de proceder a su lectura es retirada inmediatamente pues la Presidencia estima que era innecesaria.

Si el testigo decía no recordar no es que se estuviesen denegando las preguntas. Sencillamente se constataba la incapacidad del testigo para contestar, lo que hacía inútil seguir con unas cuestiones condenadas a convertirse en preguntas sin respuesta.

También aquí posiblemente lo más correcto hubiese sido permitir al letrado dejar constancia de su escrito (que seguramente viene a coincidir con las preguntas que ahora hace figurar en el escrito presentado en el trámite del art. 882 LECrim). Pero es patente y en esto hay que conectar con lo argumentado en el motivo anterior que las preguntas no aportaban ni podían aportar nada decisivo en los términos exigidos por el art. 850.3 LECrim. No solo porque el testigo había exteriorizado ya su incapacidad de contestar a esas cuestiones, sino también porque venían encaminadas a demostrar cosas que ya tenían que darse no solo por acreditadas, sino también por irrelevantes: que el acusado no había sido imputado ni procesado en algunas de esas otras diligencias; que en una ocasión la intervención de su teléfono unos ocho meses antes había sido denegada, que se habían seguido otras investigaciones en las que no se habían hallado motivos para inculparle... Nada de eso afecta de forma decisiva a los hechos ahora enjuiciados.

No tiene sentido, en esa línea, preguntar si la petición de intervención se hizo el 22 de junio (consta en el oficio la fecha y ya se sabe); ni si se dio cuenta a la Fiscalía Antridroga (también consta); si se usaron los mismos motivos que en otros oficios (pueden compararse los diversos oficios); o si habían intervenido en otras diligencias las conversaciones de Balbino Dario (también es claro que sí). La relación de preguntas que sigue, amén de referirse a temas que el testigo decía no recordar, pueden contestarse en su mayoría leyendo las actuaciones y en particular los documentos aportados por el recurrente junto a su escrito de conclusiones. Eran preguntas innecesarias en ese sentido pues lo indagado estaba ya documentalmente acreditado.

El motivo fracasa igualmente .

SÉPTIMO.- Es también motivo común a varios de los recursos la reivindicación de la atenuante de **dilaciones indebidas**, (motivos séptimo de Balbino Dario ; segundo de Melchor Dario ; y quinto de Valeriano Lorenzo).

La STS 236/2015, de 20 de abril es uno de los abundantes referentes jurisprudenciales sobre esta atenuante que durante muchos años tuvo que ampararse en la analogía del art. 21.6º CP. A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación legal expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, contempla como tal la *dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 justificaba la conveniencia de otorgar carta de naturaleza legal a la nueva atenuante en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial extendida. Como es bien sabido, la atenuante es de creación jurisprudencial. Sus perfiles fueron ajustándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. Desde 2010 existen unos requisitos legales que se corresponden con lo establecido por esa jurisprudencia que la exposición de motivos de la reforma proclamaba querer respetar.

Según la literalidad del art. 21.6 CP la atenuante exige la concurrencia de una serie de elementos constitutivos: **a)** que tenga lugar una **dilación indebida** en el sentido de **no justificada**; **b)** que sea **extraordinaria**, en el sentido



de relevante, de fuste; **c)** que ocurra durante la **tramitación** del procedimiento; **d)** que esa demora o retraso **no sea atribuible al imputado**; y **e)** que la dilación no guarde proporción con la **complejidad** del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean *indebidas*.

Junto a ello, siendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la pena, se ha dicho con razón que es requisito inmanente que aquel que postula su aplicación no haya sido beneficiario de las dilaciones, más allá de que no le sean imputables. El perjuicio en principio ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación *apud acta...*) acarrear molestias y padecimientos que se acrecientan a medida que el proceso se prolonga. Dicho de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto que, paradójicamente no obtendrá contrapartida alguna por lo general). Ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (al margen de otras posibles a través de instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 CP).

El tiempo de duración de este proceso ha sido quizás excesivo. Pero en gran medida esa larga duración venía impuesta por las previsiones legales que en el procedimiento ordinario comportan una tramitación más premiosa. Solo las dilaciones *extraordinarias e indebidas* abren paso a la atenuante. *Extraordinarias* son las que están "fuera de toda normalidad" lo que no es predicable de las aquí observadas. Además, han de ser "*indebidas*". No son tales las demoras ocasionadas por el respeto a los ritmos legales.

Los recurrentes se esfuerzan por explicitar, ajustándose así a una exigencia presente en la jurisprudencia, los momentos procesales en que se descubren paralizaciones o retrasos infundados. Se fijan singularmente en el período transcurrido durante la fase intermedia de la que denuncian poca actividad procesal, lo que no es cierto.

La Audiencia rechazó la atenuación (fundamento de derecho sexto) por considerar que la complejidad de la causa con gran número de imputados, no permite hablar de duración extraordinaria en este concreto contexto. Es correcta la apreciación.

En efecto: eran muchos los procesados, hasta quince, lo que hace inevitable cierta ralentización de la tramitación. Los tiempos invertidos en el escrito de calificación del Fiscal, auto de apertura del juicio oral, notificaciones y evacuación de las conclusiones por todas las defensas entran dentro de lo legalmente razonable. La ley impone traslados sucesivos y dobles a todos las partes (arts. 627 y 650 y ss.). Multiplicando por el número de partes (aquí varias compartían dirección letrada es justo reconocerlo) por los plazos previstos para esos trámites sumamos varios meses. A ello hay que unir las incidencias surgidas derivadas del fallecimiento de uno de los procesados que dió lugar a la necesidad de declarar extinguida por él la responsabilidad criminal; así como la sabia decisión (providencia de 1 de junio de 2015) de invitar a las partes a poner de manifiesto su disponibilidad de fechas con las agendas de los letrados para evitar suspensiones.

Puede hablarse de premiosidad en algunas fases y algún breve periodo de *impasse*. Pero, atendido el conjunto de circunstancias, no podemos estimar que se trate ni de dilaciones extraordinarias y fuera de toda normalidad; ni de dilaciones contrarias a la legalidad, presupuestos ambos inexcusables de la atenuante reclamada.

Los motivos son desestimables.

OCTAVO.- El recurso de Melchor Dario (motivo primero) también invoca la presunción de inocencia y el principio *in dubio*.

Nos quedaremos con el primer alegato; el segundo *-in dubio-* no es viable en casación. Solo cabría hacerlo valer en su sentido normativo, es decir en cuanto obliga a absolver en caso de duda. Tal principio no obliga a dudar en ciertas situaciones; sino a optar por un pronunciamiento absolutorio si el Tribunal alberga dudas. En el presente asunto el Tribunal no exterioriza duda alguna: condena porque ha llegado a la certeza de la intervención del recurrente en los hechos.

La sentencia le atribuye una participación en la descarga de la sustancia del barco.

El recurrente niega que exista base probatoria suficiente para volcar tal afirmación:

a) Las fotografías que obran en el atestado dicen identificarle, pero tal identificación no ha sido ratificada en el acto del juicio oral por los autores del atestado. Además una de las prendas (la camiseta) que se aprecia en las fotocopias no coincide con la que se visualiza en la fotografía efectuada tras su detención (folio 166).

b) Ninguno de los agentes intervinientes ha dicho que le viese realizar labores de descarga. Tan solo uno habla de vigilancia a cierta distancia.



En consecuencia nada desmentiría su propia versión de los hechos: que se encontraba por allí haciendo deporte y que al oír los disparos fruto del operativo se asustó y se refugió en un barco donde fue detenido.

Frente a ello:

a) El dato de la prenda superior no es en absoluto definitivo. Son admisibles las explicaciones ofrecidas no ya sobre un posible cambio (ropa inicial mojada) sino sobre todo la eventualidad nada extraña de que la camiseta solo presente un estampado por la zona frontal, lo que armoniza ambas fotografías y es hipótesis muy plausible y natural según expuso en el informe oral la representante del Ministerio Fiscal. Cuando observamos comparativamente ambas instantáneas se comprueba la simplicidad y a la vez coherencia de esa explicación.

b) La forma en que fue detenido y las manifestaciones de los agentes desmienten su versión y conforman un cuadro probatorio suficiente para fundar la condena. No tienen duda, los agentes de que detuvieron a quien había visto antes introducirse en la embarcación para iniciar la descarga. El despliegue policial montado hace descartable la enrevesada hipótesis de alguien que llega corriendo en el momento exacto y provoca la confusión de quienes llevaban un buen rato vigilando dispuestos a actuar.

c) La explicación aducida -escuchó disparos y se escondió- es poco verosímil; ni un ápice mas que la ofrecida por otro de los acusados (se arrojó al agua al oír disparos cuando paseaba por allí) que se había dirigido al lugar en compañía de otros dos acusados en el mismo vehículo.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO.- Eulogio Aurelio , Narciso Felix y Fulgencio Hernan en su recurso conjunto comienzan igualmente con un alegato basado en el derecho fundamental a la **presunción de inocencia**. Solicitan que se suprima la referencia a su integración en un grupo organizado en el hecho probado. No hay inconveniente en acceder a ello, aunque la relevancia práctica de tal corrección será nula. Tal circunstancia no funda ningún efecto agravatorio de la condena. Combatiéndola los recurrentes ven "gigantes" donde solo hay "molinos".

Entienden que de esa forma se impediría la hiperagravación del art. 370 CP y además se abrirían las puertas a responder tan solo por un delito en grado de tentativa. Ni una ni otra estimación son correctas. La Sala no funda el art. 370 en la existencia de una organización. Y la tentativa ha de descartarse estemos o no ante un grupo organizado (aunque alguna expresión de la sentencia podría llevar a ese error).

Hay distribución de funciones entre una pluralidad de personas coordinadas. Pero no está acreditada una cierta vocación de permanencia mínima para hablar de grupo organizado. De hecho el Fiscal retiró la acusación por el delito de organización criminal por el que también acusaba inicialmente aunque olvidó rectificar de forma congruente la primera conclusión lo que posiblemente haya arrastrado a la Sala a esa redacción del *factum*. De cualquier forma el debate resulta estéril desde el momento en que ya solo por la cantidad ocupada se llega a las penas del art. 370, sin necesidad de que los hechos encajasen también, en el art. 369.1.2. derogado. Y no solo por el volumen de la droga; también por la utilización de embarcaciones.

Las quejas decaen frente a estas consideraciones.

En efecto:

a) El art. 370 es aplicable a cuantos prestan su colaboración consciente con una actividad incurso en tal precepto y no solo a los organizadores principales. Los recurrentes han participado deliberadamente en un delito contra la salud pública con empleo de embarcaciones y accediendo a la descarga de una cantidad de droga desmesurada. Por tanto son partícipes del delito del art. 370 CP. Cosa diferente en que no siendo los organizadores la pena pueda modularse frente a la de los autores principales efectuándose las correspondientes ponderaciones según el papel de cada interviniente. Como además solo se les ha elevado un grado la pena la cuestión es totalmente baladí; por la vía del art. 369.1.5 sería imponible la pena que se les asigna (obligación de subir un grado la pena).

b) En cuanto a la tentativa es tema que se debate en un motivo ulterior. Adelantemos aquí que para nada influye esa condición de colaboradores puntuales de la organización (y no integrantes de ella) en la consideración de los hechos como consumados, también para ellos.

DÉCIMO.- Con ese presupuesto -exclusión de cualificación por integración en organización- estos tres recurrentes reclaman la condición de **cómplices** de un delito en grado de **tentativa**, denunciando así inaplicación de los arts. 29, 61, 16.1 y 62 CP.El art. 849.1º LECrim les sirve de soporte.

Ninguna de las dos peticiones puede ser atendida.

No es planteable hablar de complicidad. Los recurrentes aparecen como claros coautores aunque sea mediante una colaboración subalterna o de último rango (descarga). En un delito que reserva espacios muy



reducidos a esa forma secundaria de participación (SSTS 1073/2012, de 29 de noviembre o 184/2013, de 7 de febrero, entre muchas), esas tareas encajan en la autoría según una doctrina jurisprudencial rotunda y reiterada hasta la machaconería. La STS 990/2016, de 12 de enero de 2017 constituye una reciente muestra de ello.

Tal sentencia, aunque por exigencias de la prohibición de la *reformatio in peius* mantiene la complicidad expresa claramente que deben ser considerados autores y que responderán por el art. 370, aunque su labor sea subalterna:

"Ahora bien, también de manera reiterada ha señalado esta Sala, entre otras en las resoluciones que acabamos de citar, que desde la aplicación de esa modalidad agravada, es posible modular la pena en relación a la distinta intervención en el desarrollo de los hechos de cada uno de aquellos que se hayan considerado autores. Y así, aun cuando quien realiza labores de descarga, consciente de que lo es de una muy importante cantidad de droga y para cuyo transporte se ha utilizado un medio que facilita el desplazamiento y contribuye así a potenciar los efectos del tráfico, deba responder como autor de un delito en la modalidad agravada del artículo 370.3 CP, no por ello es merecedor del mismo reproche que quien tiene un papel más relevante en la operación.

En este caso la Sala sentenciadora determinó la pena en atención a las dos circunstancias, la cantidad de droga y el empleo de una embarcación, y lo hizo fijando la misma a todos los condenados como autores, concretada dentro de la horquilla penológica resultante de optar por la agravación en un doble grado de la pena prevista para el tipo básico.

Y más adelante:

"Sostiene el recurrente que su intervención como mero descargador de la droga ha de dejarle al margen del subtipo agravado, y, alternativamente, que no debería determinar una elevación penológica superior a un grado respecto al tipo básico, y cita en apoyo de su pretensión dos de las resoluciones de esta Sala a las que hemos aludido con anterioridad (SSTS 859/2015 de 28 de diciembre o la 77/2016 de 10 de febrero).

Lo que hemos señalado al resolver los correlativos motivos en los recursos anteriores, es de plena aplicación a este caso. De ahí que la primera de las cuestiones suscitadas deba rechazarse. La intervención que se atribuye en el relato de hechos de la resolución impugnada a D.M es la de haberse trasladado, de acuerdo con los otros acusados que fueron condenados, hasta el punto de la costa donde había de recibirse la embarcación con el hachís y participar en labores de descarga. Comportamiento que, ya hemos dicho, encaja de plano en la autoría, que lo es respecto a la modalidad agravada, toda vez que resulta incuestionable el conocimiento por su parte de las circunstancias que cualifican los hechos, especialmente el uso de la embarcación con el consiguiente efecto facilitador del tráfico, y la cantidad de sustancia trasladada.

El delito del art. 368 CP al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor. Por ello la doctrina de esta Sala STS 1069/2006 de 2 de noviembre), ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas secundarias de participación por la propia Ley. Como dice la STS 544/2011, de 7 de junio, en un supuesto de tripulación de barco, como mero peón en tal transporte de droga, su conducta no puede excluirse de las constitutivas de favorecimiento y, por lo tanto, de las típicas de autor.

UNDÉCIMO.- En cuanto a la **tentativa**, ciertamente en abstracto es posible en estos delitos en casos excepcionales. Repasemos la doctrina de esta Sala de la mano de la reciente STS 975/2016, de 23 de diciembre:

*"Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la **tentativa en los delitos de tráfico de drogas**, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia (SSTS 335/2008, de 10-6 ; 598/2008, de 3-10 ; 895/2008, de 16-12 ; 5/2009, de 8-1 ; 954/2009, de 30-9 ; 960/2009, de 16-10 ; 1047/2009, de 4-11 ; 1155/2009, de 19-11 ; 191/2010, de 23-2 ; 565/2011, de 6-6 ; 303/2014, de 4-4 ; y 554/2014, de 16 de junio , entre otras) en los siguientes apartados:*

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.



b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si este no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El delito existe desde que uno de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni haber intervenido en la fase de concierto inicial previa al traslado de la droga. Este segundo requisito no se cumplimenta en la conducta de estos recurrentes, lo que impide incardinar la conducta en la fase de tentativa.

La jurisprudencia afirma que en los delitos cometidos mediante el transporte a distancia de la droga las personas que entran a colaborar o realizar su acción delictiva ya cuando la droga ha sido transportada, y que por lo tanto no intervienen en acuerdo previo alguno a su transporte, no pueden considerarse como autores de un delito consumado si no llegan ni a contribuir en los actos de transporte ni a tener después disposición de la sustancia estupefaciente.

En la **sentencia 362/2011**, de 6 de mayo, se argumenta que si bien la jurisprudencia ha rechazado fundándose en la estructura del tipo del art. 368 del CP la aplicación del art. 16.1 en los casos en los que el autor no ha logrado los fines perseguidos por la tenencia de estupefacientes, ha admitido, por el contrario, que el intento de lograrla, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor (SSTS. 12.12.2001, 5.12.2002, 7.7.2003, 17.9.2004 y 5.10.2004). Por lo cual, apreció la tentativa en un supuesto en que el recurrente, sin haber participado en los actos previos del transporte de la cocaína de Madrid a Las Palmas, e incluso sin constancia de que los conociera, y sin ser el destinatario de la misma, intervino con posterioridad cuando, estando ya la droga en su destino, es llamado por el organizador de la operación para que la recupere del lugar donde la tuvo que ocultar un coacusado, ante la presencia policial, arrojándola a la terraza de la habitación contigua del Hotel. El intento de recuperación no fue posible por tener la Guardia Civil controlada la operación y ello determinó la aplicación del art. 16.1 del C. Penal .

Citados extensamente en la **sentencia 66/2012**, de 9 de febrero, que se cita en el recurso se afirma que cuando la plural actuación lo sea con diversidad de grado de participación, cabe diferenciar los casos que algún sector doctrinal denomina tentativa de participación, de aquellos otros en que se trata de una participación en delito intentado. Puede hablarse de tentativa de participación en los supuestos en los que el comportamiento del partícipe no llegue a traducirse en consecuencias que incidan en la realización del comportamiento tipificado como principal. En tales casos no aumenta el grado de ejecución imputable al partícipe por el dato de que la conducta del autor principal alcance la consumación. Deben considerarse participación en delito intentado los supuestos en los que, no obstante culminar el partícipe su contribución, el delito principal no llega a consumarse. Y como en el supuesto que examina los recurrentes no habían intervenido en ningún pacto previo para la importación de la droga ni eran tampoco sus destinatarios finales, se estimó el recurso y fueron condenados por una tentativa de delito al ser detenidos cuando estaban descargando los fardos de droga.

En la **sentencia 689/2014**, de 21 de octubre, se establece que si ya hubiera comenzado la ejecución por medio de actos dirigidos a la adquisición de la sustancia, a través de una actividad unívoca y próxima que habría de conducir a la tenencia de la droga de continuar hasta su final sin interrupción, nos hallaríamos ante una tentativa inacabada; por ejemplo, cuando ya se ha iniciado el traslado de los adquirentes al lugar donde la droga habría de entregarse y ello no se consume porque la policía detiene antes a los vendedores de la mercancía



que así queda ocupada. Y esto fue lo que sucedió en el caso que contempla esa sentencia, pues comenzó a ejecutarse el ilícito transporte de droga que se había planificado, con una embarcación semirrígida de 12 metros de eslora que llevaba tres motores de 250 caballos cada uno, tripulada por dos acusados. Sin embargo, no pudieron culminar sus propósitos, ya que dicho medio de transporte se averió, siendo localizada a la deriva por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil y trasladada al puerto, donde quedó depositada hasta que días después fue recuperada por su titular registral. Aquellos tripulantes no fueron detenidos, pues ninguna droga se les intervino, al haberse desprendido de ella ante la imposibilidad de su transporte. Fue estimado el recurso y condenados por una tentativa de delito.

La **sentencia 569/2016**, de 29 de junio, condena por tentativa al conductor de un auto que concierta con otros dos acusados para actuar con él como lanzadera, es decir, precediendo al que transportaría la droga, para advertir al conductor de éste de la existencia de eventuales controles policiales, sin haber tenido intervención alguna en la elaboración de la droga incautada y sin que exista base alguna para afirmar que fuera a implicarse luego en su distribución o comercialización. La única actividad que se había comprometido a prestar no pudo realizarla debido a la intervención de la policía. Se considera que concurre tentativa por ese intento de contribuir al transporte de la sustancia estupefaciente, al ser éste el único segmento de actividad en que estaba implicado".

Pues bien, en el presente caso podríamos hablar de tentativa (art. 16.1 CP) solo si estos acusados hubiesen sido llamados a colaborar cuando ya el pesquero estaba en el puerto bajo control policial. Pero tanto el hecho probado como la lógica permiten deducir que la colaboración que llevaron a cabo estaba pactada desde antes. No es imaginable otra cosa. Aunque sus tareas sean subalternas, de peones, si esa colaboración está ya comprometida, no podemos hablar de tentativa pues ya existe una promesa de contribución que en los delitos contra la salud pública excluye la tentativa. Se participa en un delito ya consumado. Tenían que saber de la operación desde antes y estaban a disposición para actuar en el momento en que se les indicase.

Queda de esta forma también contestado el motivo cuarto del recurso de Valeriano Lorenzo.

DUODÉCIMO.- El recurso de estos tres condenados finaliza con una retorcida argumentación que pretendería equiparar la intervención policial con un acto de entrega vigilada necesitado de autorización judicial confundiendo así lo que es la incautación efectiva de droga por la policía de la sustancia prohibida que luego se deja circular, en lo que constituiría una actuación delictiva de no mediar esa previsión legal; con una indagación policial todavía no culminada que exige tomar decisiones sobre el momento adecuado para intervenir que no descansan en la autoridad judicial sino en las fuerzas y cuerpos de seguridad. Nada permite asimilar uno y otro supuesto. En un caso la policía ha abortado ya el delito y mediante una técnica específica con respaldo legal (entrega vigilada) trata de descubrir la identidad de algunos de los partícipes. En el otro la policía está en vías de abortar la actividad que, sin embargo, sigue desarrollándose aunque esté relativamente controlada y haya visos de que la operación policial puede culminar exitosamente.

La STS 184/2013, de 7 de febrero descalificaba ya una argumentación semejante: "*Subraya singularmente que los recurrentes que no habían participado en actos previos a la llegada de la embarcación; que su tarea quedaba ceñida a las labores de descarga de la droga para subirla al camión; y que se había establecido un dispositivo policial para abortar la operación detectada en investigaciones y vigilancias previas...*

Desde esa plataforma los recurrentes reivindican dos modificaciones en el juicio jurídico que resultarían muy favorables a sus intereses pues determinarían una calificación y penalidad más benignas:

a) Transformar su condición de co-autores (art. 28) en la de cómplices (art. 29 CP).

b) Mutar el grado de ejecución del delito (consumación) considerándolo una tentativa (arts. 16 y 62 CP)...

*En lo atinente al **grado de ejecución** los recurrentes se apoyan en la doctrina jurisprudencial que admite la figura del delito imposible (tentativa inidónea punible) en las infracciones de tráfico de drogas, cuando la intervención se produce en un momento en que la policía ha abortado la operación.*

En efecto, excepcionalmente la jurisprudencia admite la tentativa en los delitos contra la Salud Pública (Sentencias de 4 de febrero de 1985, 27 de febrero de 1990, 27 de junio de 1991 ó 16 de octubre de 1991), siempre que no haya llegado a existir posesión -ni inmediata ni mediata- de la sustancia estupefaciente y concurren otros requisitos. No es éste uno de esos casos, marcadamente excepcionales (vid. SSTs 36/2005 de 14 de enero). Desde el momento en que se constata un previo acuerdo y se comienza la tarea de descargar la droga, hay que desechar la tentativa. Incluso en la hipótesis -que la sentencia no admite- de que alguno en concreto de los acusados no hubiese llegado a tomar contacto material con la droga. La colaboración de los recurrentes se produce en un momento previo a la intervención policial. No importaría que ellos en concreto no hubiesen llegado a descargar algún fardo de droga o que su concurso haya devenido finalmente inútil como consecuencia de la actuación policial. Desde el instante en que la droga ha entrado en el circuito de transporte puede considerarse "a disposición" del destinatario final (entre otras, Sentencias de 30 de mayo, 9 de junio de 1994 ó 1279/1997



, de 22 de octubre). Todos los que tienen comprometida su colaboración en esa circulación o transporte de la droga se convierten en autores de un delito consumado. El delito estará consumado para todos, aunque alguno o algunos de los concertados no hayan accedido a la sustancia por virtud de la intervención policial. El art. 368 CP no contempla como único verbo típico la posesión de drogas para promover su consumo ilegal por terceros. Son también actividades que colman las exigencias típicas las de "promover", "favorecer" o "facilitar" de cualquier modo ese consumo ilegal. Quien se concierta con terceros para recibir o transportar droga o se compromete a brindar su colaboración, desde el momento en que esos otros "compañeros" de operación acceden a la sustancia con tales fines se puede afirmar que está participando en una actividad de promoción del consumo ilegal de drogas tóxicas. Lo mismo que las promesas de ayuda posterior a la consumación son catalogadas por la jurisprudencia como participación en el delito (Sentencias de 21 de marzo de 1993 , 17 de mayo de 1993 ó 824/1998 , de 17 de octubre:"los actos posteriores que han sido concertados o convenidos previamente o al tiempo de la ejecución del delito, aunque materialmente se produzcan ex post son reprochables ex ante"), también la promesa de participación mediante actos consumativos en el delito, convertirá en responsable de toda la actividad al partícipe, aunque su colaboración no haya podido llevarse a cabo con plenitud.

Corroboran estas consideraciones en supuestos parangonables al aquí examinado las SSTS 960/2009, de 16 de octubre , 315/2009, de 25 de marzo , 53/2008, de 30 de enero ó 683/2010, de 20 de julio .

Concorre no obstante un factor diferencial que es esgrimido por el recurso. Se viene a decir que en el momento en que se produce la intervención de los recurrentes (colaboración para la descarga del alijo), la operación ya estaba controlada por la policía y, por tanto, sería aplicable la tesis elaborada alrededor de las entregas vigiladas. En el momento en que se activa la colaboración que iban a prestar los recurrentes sería ya inidónea para atentar contra el bien jurídico "salud pública" a través de la difusión de la droga, pues ya podía pronosticarse, sin temor a error, el fracaso de la operación; no habría posibilidades reales de que esa droga llegase al mercado aunque siguiese en posesión de los autores, pues estaba ya de hecho bajo control policial (STS 2104/02, de 9 de diciembre).

Siendo correcta la jurisprudencia que se evoca, y siendo sugerente la tesis planteada, encierra un sofisma la equiparación de un supuesto como éste a los de entrega vigilada o los de delito provocado. Hay diferencias esenciales. No puede hablarse de control policial absoluto hasta que la droga llega a ser efectivamente incautada. El supuesto es muy diferente al que se produce en las entregas vigiladas en que la sustancia sigue circulando pero por decisión de los agentes policiales. Aquí todavía no ha culminado la operación policial. La droga no está a disposición de la fuerza policial. No puede asegurarse que ante un oportuno aviso se pudiese sustraer a la acción policial, ni puede descartarse que el operativo fracasase por imaginables eventualidades. La consideración de los hechos como tentativa inidónea exige como presupuesto que en el momento en que se concierta la colaboración la sustancia esté ya de facto bajo control policial y no meramente iniciadas unas investigaciones con visos, mayores o menores, de culminar exitosamente".

La asimilación que se pretende es inviable. Ni en la literalidad ni en el espíritu de la ley es equiparable una entrega vigilada con una operación policial que teniendo sospechas de una operación de tráfico de drogas establece dispositivos de vigilancia y consigue de esa forma frustrarla.

DÉCIMO TERCERO.- En el recurso de Valeriano Lorenzo , además de los temas ya contestados (motivos segundo y tercero) encontramos otros autónomos y específicos.

También busca abrigo (motivo primero) en el derecho a la **presunción de inocencia** con un alegato que ha de tener igual destino que el de anteriores recurrentes. Las conversaciones detectadas así como los mensajes remitidos e interceptados ponen a las claras de manifiesto su participación en los hechos tal y como argumenta el Tribunal que, al no albergar duda alguna, no podía aplicar el principio *in dubio*. La prueba indiciaria puede ser fuente de certezas del mismo o mayor nivel que la prueba directa. El mensaje recibido por Valeriano Lorenzo ("objetivo 3") desde el teléfono de seguridad que Balbino Darío usaba solo para temas relacionadas con la operación y la contestación que da 2 días antes de la operación así como la conversación posterior con el padre de uno de los detenidos solo se entienden desde la hipótesis inculpatoria, aún orillando otros elementos más vaporosos (como los contactos con Teofilo Ernesto finalmente absuelto, que acompañó a Chipiron " a Ceuta).

Esto hace decaer este motivo (primero) lo que arrastra también al cuarto que es vicario suyo en cuanto toma como presupuesto su previa estimación.

DÉCIMO CUARTO.- Los motivos sexto y séptimo de este recurrente dan vueltas a la **penalidad** concretamente impuesta entendiendo que la duración de cinco años y seis meses ni está suficientemente justificada ni es proporcionada. El motivo octavo del recurrente Balbino Darío , que quedó sin contestar, es esencialmente igual.

La sentencia dedica su fundamento de derecho sexto a justificar la duración elegida. Ocupan ambos recurrentes un nivel alto en la operación, un papel directivo. Además concurren varias de las circunstancias que atraerían la agravación de extrema gravedad del art. 370 CP (cantidad, uso de embarcaciones). La Sala



opta por subir la pena dos grados. Es correcta esa forma de operar. Estamos ante una cantidad de extrema importancia, con empleo de embarcaciones y la introducción en España de sustancia procedente de un país extranjero (lo que es otro tipo delictivo -contrabando- que se considera embebido pero que supone un plus de desvalor). Si solo atendiendo a la cuantía será obligatoria la imposición del grado superior (art. 369.1.5) no es ilógico elevar dos cuando no solo se multiplica por varias cifras el volumen de droga sino que, además, concurren otros factores cualificativos (operación internacional y uso de embarcaciones).

Dentro del marco posible -cuatro años y seis meses a seis años y nueve meses- se opta por una duración intermedia que es razonable y no sobrepasa la mitad inferior. No es el máximo posible como se sostiene de forma incorrecta en el recurso de Balbino Dario . La pena podía haber alcanzado una duración de seis años y nueve meses.

Los motivos no pueden prosperar.

DÉCIMO QUINTO.- La desestimación de los recursos debe llevar a la condena a cada recurrente al pago de sus respectivas costas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Balbino Dario , Melchor Dario , Eulogio Aurelio , Narciso Felix , Fulgencio Hernan y Valeriano Lorenzo , contra la sentencia de fecha veintisiete de noviembre de 2015 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en causa seguida contra los recurrentes por un delitos contra la salud pública por transporte de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, condenándoles al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.