



Roj: **STS 1996/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1996**

Id Cendoj: **28079120012017100388**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **10771/2016**

Nº de Resolución: **358/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 15361/2016,**
STS 1996/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10771/16, por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuestos por D. Victorio , D. Juan Ramón , D. Armando , D. Darío y D. Fructuoso , representados, respectivamente, por el Procurador D. José Carlos García Rodríguez, por el Procurador D. Alvaro de Luis Otero, por el Procurador D. Pablo José Trujillo Castellano, por la Procuradora D^a. Adela Gilsanz Madroño y por la Procuradora D^a. Elisa María Sainz de Baranda Riva, bajo la dirección letrada, respectivamente, de D. Carlos Nogales Romeo, D^a. Esther Arabaolaza Poncela, D^a. Natalia Crespo de Torres, D. Ladislao Bernaldo de Quirós y Lomas y D. Carlos Nogales Romeo, contra sentencia dictada por la Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 7 de noviembre de 2016, en causa seguida por delitos contra la salud pública e integración en grupo criminal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado con el número 1371/2015 y una vez concluso fue elevado a la Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 7 de noviembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " Victorio , mayor de edad, español, sin antecedentes penales, Cabo 1º de la Guardia Civil con destino en la Sala de Operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil y desde el mes de Mayo de 2015 con destino en la Sección Fiscal del Aeropuerto de Barajas, Juan Ramón , mayor de edad, español, sin antecedentes penales, Sargento 1º de la Guardia Civil con destino desde el año 2012 en la Sección Fiscal del Aeropuerto de Barajas, Armando , mayor de edad, español, sin antecedentes penales y Darío , mayor de edad, colombiano, con residencia legal en España, ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública en sentencia firme de fecha 20 de Julio de 2006 a pena de 10 años de prisión, estando en libertad condicional desde el 9 de Agosto de 2013, teniendo prevista la extinción de la condena el 19 de Abril de 2017, folinaban un conjunto de personas constituido de manera concertada y persistente para la introducción y venta en España de cocaína procedente de Sudamérica.

Con ocasión de ello mantuvieron constantes y frecuentes contactos entre ellos, al menos desde Marzo de 2015, tanto telefónicamente como de manera directa y presencial, reuniéndose en diversos lugares y establecimientos, con el fin de conseguir la traída a España de cantidades de cocaína procedentes del continente americano. Darío era quien daba instrucciones a Armando sobre posibles envíos y éste , a su vez, facilitaba a Victorio los nombres y apellidos de las personas que iban a ser enviadas con droga a España. Victorio en su condición de Guardia Civil, amigo y compañero de Juan Ramón , daba a éste último los nombres



y datos las posibles "mulas" o "maleteros" (correos de droga), siendo la función de Juan Ramón , en su condición de Guardia Civil de servicio en el Aeropuerto de Barajas, facilitar la entrada de dichos correos en el país, sin pasar los controles. Además tanto Juan Ramón como Victorio , aprovechando su condición de Guardias Civiles consultaban por sí mismos o a través de colaboradores que ignoraban la trama, las bases de datos de la Guardia Civil (SIGO), para comprobar los antecedentes policiales de los posibles "muleros" y valorar así su idoneidad.

De este modo entre los meses de Marzo de 2015 y Julio de 2015 y tras varios intentos, el día 10 de Julio de 2015 sobre las 10,05 horas llegó al Aeropuerto Adolfo Suarez de Madrid-Barajas en vuelo NUM000 procedente de Bogotá (Colombia) , Fructuoso , mayor de edad, sin antecedentes penales, colombiano, con residencia legal en España, habiendo comprobado previamente Victorio y Juan Ramón que carecía de antecedentes policiales en la base de datos SIGO. Seguidamente el acusado Juan Ramón , conocedor como el resto de los acusados de que el citado Fructuoso traía cocaína en su equipaje, fue a recogerle al pie del avión, ataviado Juan Ramón con su uniforme de Sargento 1º de la Guardia Civil, estando de servicio, y tras recoger al citado Fructuoso en la escalerilla del avión, le acompañó en coche oficial Nissan Pathfinder de la Guardia Civil, hasta la Sala Premium del aeropuerto, donde el acusado Juan Ramón simuló ante los funcionarios de Policía Nacional encargados del control de documentación y equipajes de dicha Sala Premium, que el citado Fructuoso era Coronel de la Policía Colombiana y que venía con mucha prisa a una reunión oficial en la Dirección General de la Guardia Civil, todo ello con la intención de salvar dicho control, lo que consiguió. A continuación Juan Ramón escoltó a Fructuoso hacia el exterior de la Sala Premium, donde Fructuoso montó en un taxi que le esperaba. Dicho taxi ocupado por Fructuoso fue interceptado en un control a la salida del aeropuerto, registrándose el equipaje de Fructuoso , quien portaba 116.500 pesos colombianos, 100 euros, dos dólares americanos, dos bolívares, 2.000 pesos y en una maleta trolley 15 paquetes envueltos en forma de plancha, de diversos tamaños que contenían una sustancia que convenientemente analizada resultó ser cocaína con un peso bruto de 13.449 gramos y un peso neto de 8.458,63 gramos. La pureza de la cocaína hallada oscilaba entre el 80,2 % y el 29,8 %, siendo consciente Fructuoso de lo que transportaba, siendo la finalidad de dicho transporte la distribución y venta de la sustancia en España. El valor de la sustancia incautada asciende a 457.423,53 ?".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLO:** Que debemos condenar y condenamos a Juan Ramón , como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud y en su modalidad de notoria importancia de los artículos 368, 369.1.1, 369.1.5 y 372.1 del C. Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas , a la pena de OCHO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, multa de 1.000.000 euros, inhabilitación absoluta durante 17 años y como autor responsable de un delito de pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter 1 b) del C. Penal a la pena de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas del juicio en 2/9 partes.

Que debemos condenar y condenamos a Victorio , como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud y en su modalidad de notoria importancia de los artículos 368, 369.1.1, 369.1.5 y 372.1 del C. Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de OCHO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, multa de 1.000.000 euros, inhabilitación absoluta durante 17 años y como autor responsable de un delito de pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter 1 b) del C. Penal a la pena de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas del juicio en 2/9 partes.

Que debemos condenar y condenamos a Armando , como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud y en su modalidad de notoria importancia de los artículos 368 y 369.1.5 del C. Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas , a la pena de OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, multa de 1.000.000 euros, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y como autor responsable de un delito de pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter 1 b) del C. Penal a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas del juicio en 2/9 partes".

TERCERO. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO. El recurso interpuesto por el acusado D. Victorio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**
Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 18 de la Constitución. **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso,



formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución y al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 368, 369.1.1, 369.1.5, 372.1, 570 ter 1 b) y 66.1.6ª, todos del Código Penal.

El recurso interpuesto por el acusado D. Juan Ramón se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**
Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18.3 de la Constitución. **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución. **Cuarto.-** En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. **Quinto.-** En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 368, 369.1.1, 369.1.5, 372.1 y 570 ter 1 b), todos del Código Penal. **Sexto.-** En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **Séptimo.-** En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de ley. **Octavo.-** En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por denegación de prueba. **Noveno.-** En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo de los números 1º y 2º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca quebrantamiento de forma por no expresarse clara y terminantemente los hechos que se declaran probados, por manifiesta contradicción y por contener conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo. **Décimo.-** En el décimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haberse dado respuesta a pretensión deducida en la calificación definitiva.

El recurso interpuesto por el acusado D. Armando se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**
Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a los artículos 11.1º y 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución. **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva en relación al artículo 24.1 de la Constitución. **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. **Cuarto.-** En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. **Quinto.-** En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías sin que se pueda producir indefensión, a la presunción de inocencia, reconocidos en el artículo 24.1 de la Constitución, en relación a los artículos 11.1, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **Sexto.-** En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 368 y 369.1.5 del Código Penal. **Séptimo.-** En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción del artículo 570 ter 1 b) del Código Penal. **Octavo.-** En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 66.6º, en relación a los artículos 368 y 369.1.5, todos del Código Penal.

El recurso interpuesto por el acusado D. Darío se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. **Segundo.-** El segundo motivo del recurso se formaliza al amparo del artículo



850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tercero.- En el tercer motivo del recurso se invoca infracción del artículo 368 del Código Penal.

El recurso interpuesto por el acusado D. Fructuoso se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**
Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a los artículos 238 y 240 de la misma Ley Orgánica, se dicen vulnerados los artículos 24 y 18.1 y 3 de la Constitución. **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 368, 369.1.5, 16 y 62, todos del Código Penal. **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 28, 29 y 63, todos del Código Penal. **Cuarto.-** En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 89 del Código Penal. **Quinto.-** En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haberse admitido prueba propuesta en tiempo y forma. **Sexto.-** En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º.3 del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por haberse negado el Presidente del Tribunal a que un testigo conteste a preguntas que eran pertinentes.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de mayo de 2017.

SEPTIMO.- Esta sentencia fue firmada, por el Ponente el día 16 de mayo de 2017 y en el mismo día se pasó a la firma de los demás integrantes de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Victorio

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 18 de la Constitución.

Varias son las alegaciones efectuadas para solicitar la nulidad de las intervenciones telefónicas. Se hace una propia valoración del testimonio depuesto por el agente de la Guardia Civil NUM001, con lo que se pretende defender que no estaba justificada la solicitud de intervención telefónica al no existir datos objetivos que la sustentasen; que se había denegado la intervención y que si se autorizó posteriormente fue porque lo solicitó el Ministerio Fiscal; que el secreto de las actuaciones se acuerda en base a un oficio que carece de firma; que no se identifican los agentes que realizaron los seguimientos, que se captaron las imágenes dentro de una urbanización privada, y, en definitiva, se afirma que la solicitud se sustenta en meras sospechas y no en datos objetivos.

El Tribunal de instancia ofrece oportuna y correcta respuesta a todas estas alegaciones y así declara, en el primero de los fundamentos jurídicos, que una primera batería de cuestiones previas de las diversas defensas se centra en el inicio de la investigación y en especial en las intervenciones telefónicas que se practican en el presente procedimiento y a su vez incidiendo en las siguientes cuestiones:

- a) Falta de indicios suficientes en la investigación previa que da origen a la petición de intervención telefónica, sin que tales indicios justificaran la intervención telefónica y por tanto estaríamos ante una intervención prospectiva.
- b) Insuficiencia formal del oficio inicial al no haber sido firmado en su momento por el Teniente que dirige las investigaciones (sic).
- c) Nulidad del auto de intervención telefónica al haber sido denegado inicialmente por la propia Ilma. Sra. Magistrada instructora durante el servicio de guardia.
- d) Falta de autenticidad del contenido de las grabaciones telefónicas.
- e) Vulneración de derechos constitucionales al recoger imágenes del interior de una urbanización en la investigación previa.

Añade que las defensas han puesto en tela de juicio la validez de la intervención telefónica que da origen al presente procedimiento, cuestionando el que la misma tuviera base inicial para ser acordada ("prospectiva"),



poniendo en entredicho la motivación y el propio auto de intervención telefónica acordado por el Juzgado de Instrucción y cuestionando la validez del sistema SITTEL. Partiendo, según las defensas de tal irregularidad procesal grave, procedería anular la intervención telefónica acordada y en la medida en que tal intervención es la base del resto de los elementos probatorios, que derivan directamente de ella, sería procedente, en virtud de lo señalado en el artículo 24 de la Constitución Española, considerar no desvirtuada la presunción de inocencia al haberse obtenido pruebas vulnerando derechos fundamentales (artículo 18 de la Constitución, por violación del secreto de las comunicaciones, del derecho a la intimidad,...). Tras exponer doctrina constitucional y jurisprudencia de esta Sala sobre las intervenciones telefónicas se señala que proyectada dicha doctrina general sobre el caso que nos ocupa, concluye este Tribunal que las intervenciones telefónicas acordadas cumplen con creces y sin ninguna duda, los requisitos exigidos a este tipo de pruebas y que no se han vulnerado derechos fundamentales, por lo que la prueba obtenida a través de dichas escuchas telefónicas perfectamente puede desvirtuar, y de hecho desvirtúa, la presunción de inocencia de los acusados que resultarán condenados en esta sentencia. Pasamos a explicarlo. Hacen hincapié las defensas en considerar que la investigación previa, que da pie a la petición de intervención telefónica, no es lo suficientemente amplia, precisa y contundente como para justificar dicha intromisión en la intimidad y que por ello estaríamos ante una intervención telefónica prospectiva y por tanto vulneradora de derechos constitucionales. Nada más lejos de la realidad, a juicio de este Tribunal. Para ello basta examinar el amplio, detallado, preciso, coherente y basado en datos objetivos, oficio de petición de intervención telefónica que obra a los folios 1 a 45 de las actuaciones. Obsérvese que se trata de un oficio de ... cuarenta y cinco folios. Es obvio que la contundencia de los indicios de criminalidad que justifiquen una intervención telefónica, no va a medirse en función de la extensión del oficio de petición, pero es que, lo significativo, en este caso no es la extensión del oficio en sí misma (dato superfluo aisladamente considerado), sino que tal extensión no se debe a la "literatura" que el autor del oficio pueda aportar en su escrito, sino a la multitud de datos que en el mismo se reflejan. Datos tales como identidad de las personas investigadas, vehículos utilizados, fotografías de los lugares de encuentro, explicación de cada una de las actuaciones de las personas investigadas, movimientos y encuentros, anteriores y posteriores, de los investigados, relaciones entre unos y otros, antecedentes policiales de quienes los tienen, determinación de los días y horas de los encuentros, descripción detallada de los seguimientos efectuados... En suma un sinfín de datos que trataremos de resumir para explicar el porqué está justificada plenamente la intervención telefónica. Debe destacarse que el cuerpo policial que inicia, lleva a cabo y culmina la operación es el SAI, es decir, el Servicio de Asuntos Internos de la Guardia Civil, siendo, por tanto como es lógico, el interés prioritario del servicio la localización y comprobación de la participación, en el caso que nos ocupa, de los dos miembros del cuerpo investigado (Juan Ramón , Sargento 1º destinado en el aeropuerto y Victorio , Cabo 1º, destinado en la Dirección General y que había solicitado y se le había concedido traslado de destino al aeropuerto). Los servicios de asuntos internos, como todo servicio policial de investigación, no así los servicios de prevención e intervención inmediata, funcionan sobre la base de lo que se denomina "inteligencia", que no es otra cosa que información. Como bien se dice en el propio oficio las fuentes de dicha información son diversas, y pueden arrancar de datos que ofrecen compañeros de los investigados o de otros datos tales como archivos oficiales, documentos que dejan rastro de sus actividades, poner en entredicho dichas fuentes de información resulta un ejercicio superfluo, pues como bien dijo el Teniente al frente de la investigación (carnet profesional NUM001), la información en sí no es nada, no implica absolutamente nada, si no va acompañada de una investigación posterior que acredite al menos indiciariamente, la realidad de algún tipo de actividad delictiva. En el presente caso la información inicial está ya muy centrada y es precisa. Se trata de investigar la relación de los citados Juan Ramón y Victorio , Sargento 1º y Cabo 1º respectivamente con el tráfico de drogas a través del aeropuerto facilitando la entrada de correos de droga a cuenta de organizaciones de narcotraficantes. En dicho contexto se inicia la investigación y el resultado objetivo es francamente revelador. Los seguimientos de los investigados arrancan en Enero de 2015 y arrojan como resultado los continuos contactos de dichas personas, en especial de Victorio , con personas dedicadas al narcotráfico. Se trata de reuniones en sitios públicos, continuas, sin motivación alguna por razones profesionales o siquiera de amistad o parentesco. A cada reunión de Victorio con personas relacionadas con el narcotráfico, en especial otro de los acusados Armando , seguía una reunión de Victorio con Juan Ramón . Juan Ramón no se reunía directamente con las misma personas con las que se reunía Victorio , pero, curiosamente, sin perjuicio de las reuniones inmediatamente posteriores de Victorio y Juan Ramón , el propio Juan Ramón estaba presente en dos de esas reuniones, pero a distancia, sin participar aparentemente en ellas, cuestión que obviamente no puede achacarse a la casualidad, sino al interés de Juan Ramón por "controlar", y "vigilar" tanto la reunión como el entorno, precisamente en labores que podemos denominar de "contravigilancia", propias de quien por su profesión conoce la operativa policial. Tales reuniones con personas directamente vinculadas al narcotráfico por parte de Victorio , no tienen sentido alguno, si no es por la realización de la actividad ilícita que finalmente quedó plenamente acreditada. Es evidente que no puede santificarse una intervención telefónica porque haya tenido éxito a posteriori, pero es que la conducta de los investigados, a tenor de los seguimientos, era claramente indicativa, como finalmente se demostró, de la actividad ilícita. No es normal que un agente



de la Guardia Civil que tiene un destino no operativo, es decir, que no es un agente encubierto o encargado de investigaciones directas en la calle, tenga reuniones constantes con personas dedicadas al narcotráfico, tampoco es normal que adopte medidas de seguridad tales como girar varias veces en las rotondas, detener el vehículo de forma repentina e injustificada, mirar a todos lados. Tampoco es normal que otro agente "cubra" al anterior, estando presente en algunas de tales reuniones, sin participar en ellas, a distancia suficiente para tener contacto visual, pero sin llegar siquiera a saludarse y máxime cuando dicha conducta no está justificada por razones familiares o profesionales o de ningún otro tipo. Son movimientos francamente extraños, reveladores de una conducta delictiva, perfectamente documentados tanto de manera escrita como gráfica (hay multitud de fotos que reflejan dichos encuentros y movimientos), se tiene perfectamente identificadas a la mayoría de las personas que en los mismos intervienen, se obtienen los datos de sus teléfonos móviles, de sus vehículos, de sus domicilios, de sus antecedentes, de sus relaciones y con todo ello y ante la imposibilidad de seguir la investigación si no es interviniendo sus comunicaciones, se opta. por solicitar la intervención telefónica, que está, insistimos, plenamente justificada a juicio de este Tribunal, que ha tenido ocasión de hallarse en situaciones parecidas en muchas ocasiones, incluso con algo menos de carga indiciaria que la hallada en el caso que nos ocupa y con pleno ajuste a la legalidad, por ejemplo Sentencia de este mismo Tribunal de fecha 15.2.2012 en Procedimiento Ordinario 46/10, confirmada íntegramente por nuestro Tribunal Supremo. Dentro del orden que hemos establecido en relación a las diferentes cuestiones previas planteadas, en segundo término, las defensas y en especial la representación de Victorio , hicieron hincapié en la nulidad del auto de intervención telefónica por no presentar el oficio de petición de intervención telefónica la firma del oficial que lo suscribe. Tal mera carencia formal fue advertida por el Juzgado de Instrucción, quien citó al agente que figuraba como peticionario de la intervención (providencia de fecha 10 de Marzo de 2015, obrante al folio 65), compareciendo el agente NUM001 , firmando el oficio (ver diligencia del folio 66). En el acto del juicio oral el citado agente NUM001 dio cumplida cuenta del motivo por el cual en su momento no firmó el oficio, lógicamente por un mero error al haber emitido tres copias del oficio, habiendo firmado las otras dos y no la aportada en el Juzgado. No va a entretenerse este Tribunal en dar respuesta a algo obvio y es que estamos ante un mero defecto formal, intranscendente, nimio, subsanable y además subsanado rápidamente, que en nada afecta a lo manifestado en dicho oficio, habida cuenta la ratificación del agente en su comparecencia ante el propio Juzgado de Instrucción. Esta segunda cuestión previa tampoco puede prosperar. Se esgrime en tercer lugar por las defensas la nulidad del auto de intervención telefónica porque inicialmente y así consta al folio 50 de las actuaciones, se denegó la autorización de intervención telefónica (auto de fecha 13 de Febrero de 2015), siendo, a juicio de las defensas, una suerte de contradicción que habiéndose denegado inicialmente la autorización, se conceda después sin haber existido variación alguna que lo justificaría, lo que acreditaría, a su juicio, la falta de motivación del auto decretando la intervención de las comunicaciones. Disiente este Tribunal de tal planteamiento que no se ajusta a la realidad. En efecto consta al folio 50 auto en el que se deniega la autorización de la intervención telefónica en ese momento, habida cuenta que conforme la Norma 5ª de reparto de los Juzgados de Instrucción, corresponde al Juzgado de Guardia autorizar o denegar tales medidas cuando tengan carácter de urgente. Lo que se indica en dicho auto no implica la ausencia de motivos para acordar la medida, sino que la medida, obviamente no es urgente y que por ello debe mandarse a reparto ordinario. Obsérvese que, pese a no acordar la medida por no ser la misma urgente (evidentemente no era urgente cuando la medida se extendió durante más de tres meses después de acordarla) y mandar la causa a reparto, se acordó, eso sí, el secreto de las actuaciones. Posteriormente la suerte quiso que el reparto del asunto por vía ordinaria, ya no por el Juzgado de Guardia, correspondiera al mismo Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, siendo así que la Ilma. Sra. Magistrada, sobre la base de los abundantes indicios (a los que hemos hecho referencia líneas atrás) de actividad delictiva, acordó, ahora sí, la medida. Por cierto lo hizo con un auto que no ha sido puesto en entredicho por las defensas, pues partiendo de dichos indicios, su tenor es impecable y no ofrece la menor duda sobre su motivación, acierto, mecanismos de control, fundamentación. En consecuencia no ha existido contradicción o incoherencia alguna entre ambas resoluciones, la que deniega adoptar la medida en el Juzgado de Guardia, y la que acuerda la misma posteriormente, pues en el primer caso se trataba de una decisión basada en una mera cuestión de reparto del trabajo entre Juzgados, siendo así que al Juzgado de Guardia ha de reservársele la adopción de medidas urgentes. En suma la negativa inicial no era por falta de indicios, sino por no existir urgencia en la medida. La cuestión previa debe correr la misma suerte desestimatoria que las anteriores. Alegan en cuarto lugar las defensas falta de autenticidad del contenido de las grabaciones telefónicas, poniendo en entredicho la eficacia y validez del sistema SITTEL, el contenido de las escuchas y la transcripción de las mismas. En cuanto a la validez del sistema SITTEL, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Diciembre de 2009 a la que han seguido muchas otras del mismo Tribunal, 12 de Marzo de 2012 por ejemplo, deja claro la validez y eficacia del sistema que cumple con los requisitos básicos de fiabilidad y control jurisdiccional, manifestado por la aportación de las grabaciones adveradas con firma digital. De nuevo no va a entretenerse este Tribunal en lo que ya ha resuelto el Tribunal Supremo. En orden a la transcripción escrita de las grabaciones y su coincidencia con lo escuchado, sin perjuicio de que el acto del plenario de manera directa y a petición del Ministerio Fiscal y de alguna de las defensas, se oyeron



dichas grabaciones en sus fragmentos más significativos, lo cierto es que obra al folio 4678 de las actuaciones, Tomo XV, diligencia del Sr. Letrado de la Administración de Justicia adscrito al Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, adverbando dichas transcripciones y su coincidencia con lo escuchado en las cintas. A dicha diligencia de comprobación se citó, con escrupuloso respeto por el principio de contradicción, a todas las partes en el proceso, siendo así que sorprendentemente ninguna de ellas acudió a dicho acto y no obstante ahora pretenden ponerlo en entredicho. Tajantemente ha de rechazarse de igual modo esta cuestión previa. En quinto lugar alegan las partes vulneración de derechos fundamentales y la consecuente falta de eficacia probatoria de la intervención telefónica acordada en el presente procedimiento y que por la llamada "teoría de la fruta del árbol prohibido" conduciría a la falta de eficacia del resto del material probatorio, porque uno de los fotogramas que se incorporan al oficio policial recoge un encuentro entre dos de los acusados, encuentro que al parecer tiene lugar en el interior de una urbanización, siendo así que dicho interior de la urbanización es visible desde fuera de la misma. Alega vulneración del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Al respecto cabe hacer referencia a la muy ilustrativa y muy reciente Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 20 de Abril de 2016, Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena. En la misma se anula una prueba, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, consistente en apreciación mediante prismáticos por parte de la Policía de lo que acaecía en el interior de una vivienda. Señala dicha Sentencia que "En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscribía el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado." Como vemos la situación de hecho que nos ocupa es radicalmente diferente a la descrita como ilícita en la citada Sentencia del Tribunal Supremo. En nuestro caso no se trata de un domicilio, sino de la zona común de una urbanización, visible y accesible desde la calle para cualquiera y además no se utilizó ningún medio de aproximación de la visión, sino que el agente se limitó a fotografiar con un móvil (que difícilmente supera la mera visión humana), lo que con sus ojos veía, sin necesidad de aplicar ningún artilugio mecánico. Y tras la cita de sentencias de esta Sala, en supuestos similares, en las que se ha rechazado la alegada vulneración al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio se añade que se han tomado fotografías de una zona común de un inmueble, accesible a la vista, no se han utilizado medios técnicos de aproximación visual y por tanto no se ha vulnerado derecho constitucional alguno. No obstante y aún en el hipotético supuesto de que dicha toma de fotogramas se pudiera considerar ilícita, ello afectaría únicamente a la estricta toma de imágenes que la misma refleja, puesto que ni fue el primer encuentro de los acusados, ni dio origen al resto de la investigación, ni tuvo especial influencia en la misma, por lo que la hipotética mancha de inconstitucionalidad, que, insistimos es a todas luces inviable salvo que queramos tergiversar lo que claramente ha establecido nuestro Tribunal Supremo, en nada afectaría a la validez y eficacia probatoria del resto de los elementos probatorios aportados. La cuestión previa ha de ser rechazada.

Los correctos y fundados razonamientos expresados en la Sentencia recurrida deben ser compartidos. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002; 167/2002; 184/2003; 165/2005; 136/2006; 197/2009; y 26/2010). También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica, constituye un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3; 165/2005, FJ 4; 219/2006; 220/2006; 239/2006; y 253/2006). Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, "**sospechas fundadas**" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser *accesibles a terceros*, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar *una base real* de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las *investigaciones meramente prospectivas*, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión



que se extiende igualmente a las *hipótesis subjetivas* y a las *meras suposiciones y conjeturas*, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999; 166/1999; 171/1999; 299/2000; 14/2001; 138/2001; 202/2001; 167/2002; 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009; 5/2010; y 26/2010). Matiza el Tribunal Constitucional que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000; 167/2002; y 197/2009). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 138/2001 y 167/2002). De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, esta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997; 166/1999; 171/1999; 126/2000; 299/2000; 138/2001; 202/2001; 184/2003; 261/2005; 136/2006; 197/2009; 5/2010 y 26/2010).

Por su parte, esta Sala, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTC 77/2007, de 7-2; 610/2007, de 28-5; 712/2008, de 4-11; 778/2008, de 18-11; 5/2009, de 8-1; 737/2009, de 6-7; 737/2010, de 19-7; 85/2011, de 7-2; 334/2012, de 25-4; y 85/2013, de 4-2) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación. La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi -5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998-. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECrim.

Aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala que se acaba de dejar expuesta a la licitud del auto de 11 de marzo de 2015, dictado en las diligencias previas 1046/2015 del Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid, se aprecia, en contra de lo que alega la parte recurrente, que sí cumplimenta los requisitos que exige la jurisprudencia. Así, y en lo que se refiere la constatación de sospechas fundadas o buenas razones para acordar las intervenciones telefónicas en la referida causa, en relación a las líneas de las que son usuarios los investigados *Victorio* y *Juan Ramón*, ya que puede observarse con la lectura de esa resolución, así como de las posteriores que se refieren asimismo a intervenciones telefónicas, que existen indicios suficientes para legitimar la adopción de la medida, como ha señalado con acierto el Tribunal de instancia. Los contactos de los dos investigados, Guardias Civiles, con personas implicadas en operaciones de tráfico de drogas cuando nada tiene que ver con sus funciones profesionales, las circunstancias en las que se han producido los encuentros, las medidas de seguridad y contra-vigilancia adoptadas, la relación significativa de los investigados con el Aeropuerto de Madrid y los demás datos objetivos a los que se ha referido el Tribunal de instancia, permiten afirmar, sin duda, que concurren sospechas fundadas, buenas razones o fuertes presunciones que legitimen la autorización de las intervenciones telefónicas, pues no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional tiene declarado que los indicios que se exigen para acordar esta clase de diligencias de investigación no es necesario que tengan la solidez y entidad que se requiere para los indicios racionales que se exigen para el auto de procesamiento. La medida era idónea para el fin que se pretendía. También era necesaria, dado que, tras apreciar los notables indicios de que los investigados estaban involucrados en operaciones de tráfico de drogas que se han introducido o se introducirían por el citado aeropuerto, se hacía necesario completar la investigación con las intervenciones telefónicas.

Así las cosas, estaba justificada la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, estando debidamente motivadas las resoluciones judiciales que las autorizaron y respecto a las demás



denuncias que se sostienen para cuestionar las intervenciones telefónicas alegadas en defensa del motivo son de dar por reproducidas las buenas razones que se expresan en la sentencia recurrida para rechazarlas.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución y al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 368, 369.1.1, 369.1.5, 372.1, 570 ter 1 b) y 66.1.6ª, todos del Código Penal.

En primer lugar se niega la existencia de prueba de cargo que sustente la condena del ahora recurrente, se hace una propia valoración de la prueba y se reitera la nulidad de las intervenciones telefónicas.

También se dice cometida infracción legal al haberse impuesto una pena que se considera desproporcionada y que, en todo caso, debería ser la que corresponde al mínimo legal.

El Tribunal de instancia, en su motivada y acertada sentencia, también se preocupa de destacar los elementos probatorios que le han permitido alcanzar la convicción que queda reflejada en el relato fáctico sobre la intervención del ahora recurrente en los hechos de los que se le acusa. Así, se señala en la sentencia recurrida que a la vista de la realidad documentada y acreditada por el contenido de las conversaciones telefónicas (unas transcritas y averdadas por el Sr. Letrado Judicial del Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid y otras, las más significativas, escuchadas directamente en juicio por este Tribunal), de los múltiples contactos entre el acusado Victorio , Cabo 1º de la Guardia Civil y el citado acusado Juan Ramón , a éste no le quedó más remedio que admitir la realidad de dichos contactos, dando una explicación inverosímil al motivo de los mismos. Como quiera que igualmente está acreditado tanto documentalmente por la auditoría interna que lleva a cabo la propia G. Civil (ratificada en juicio oral por el Tte. Coronel Sr. Ezequiel), como testificalmente por los muchos agentes de la Guardia Civil que así lo indicaron en el acto del juicio oral, que el Sargento 1º Juan Ramón , acusado, consultaba multitud de antecedentes policiales de personas, a instancia del acusado Victorio , el Cabo 1º, quien a su vez se lo solicitaba Armando , el citado acusado Juan Ramón admitió que, en varias ocasiones, el otro acusado G. Civil, Victorio , le había solicitado colaboración para que personas que provenían de países sudamericanos pasaran el control del aeropuerto de Barajas sin problemas. Es decir el acusado Juan Ramón reconoce que en varias ocasiones, a instancia de Victorio , dejó pasar de manera indebida los controles del aeropuerto a varias personas. A tenor de la investigación llevada a cabo, al menos tales hechos se produjeron en cuatro ocasiones, además de la que nos ocupa. Eso sí, de manera inverosímil y por las razones que expondremos, Juan Ramón afirma que dejaba pasar a dichas personas previa petición de Victorio , pero sólo en la creencia que dichas personas iban con un problema de documentación incompleta y que además lo hizo sin recibir nada a cambio. Es por ello, afirma Juan Ramón , que también consultaba con tal finalidad la base de datos SIGO (de antecedentes policiales de la G. Civil), por sí mismo o a través de sus subordinados en el Cuerpo. Tal versión de los hechos es inverosímil por varias razones. La primera por una razón de lógica aplastante y es que resulta absolutamente increíble que un Guardia Civil, siendo además uno de los máximos responsables del control del aeropuerto (no es un miembro más del servicio de inspección fiscal del aeropuerto, sino un mando, un suboficial), entienda que deja pasar a personas, por indicación de otro agente, y que lo hace sólo porque tienen un pequeño problema de documentación. El acusado lleva de servicio en el aeropuerto desde el año 2002 y por tanto no puede ignorar que el aeropuerto de Barajas es el punto de entrada de droga más importante de España y posiblemente de toda Europa Occidental. Por tanto si alguien le pide "hacer la vista gorda" con la entrada de alguien a través del control del aeropuerto, no hace falta ser especialmente perspicaz como para concluir que su colaboración necesaria para sobrepasar dicho control es precisamente porque lo que se transporta es droga, no porque se viaja con documentación escasa. Estaríamos y mucho más tratándose, ni más ni menos, que de uno de los mandos policiales de control del aeropuerto, con más de catorce años de servicio en el establecimiento y muchos más de pertenencia a la Guardia Civil, ante lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en relación a quienes precisamente transportan la droga en su cuerpo o en el equipaje, denomina "ignorancia deliberada". Es decir por los datos objetivos con los que se cuenta es evidente que conoce la ilicitud del acto que lleva a cabo y aún cuando puede no tener conciencia exacta de la cantidad de lo que se transporta y de la pureza, sí tiene conocimiento de lo que en verdad es transportado, asume su contenido y no indaga porque no lo interesa. Ahora bien no sólo por la vía del dolo eventual y de la tesis de la "ignorancia deliberada" (ver Sentencias del Tribunal Supremo de 10.1.99; 16.10.00 y 4.12.02, entre otras muchas), se desvirtuaría la presunción de inocencia del acusado, sino por la evidencia de su actitud en el momento del hecho, acreditada por sus propias manifestaciones en el acto del juicio oral y por la grabación del momento del hecho, que es demoledora para la presunción de inocencia del acusado. El acusado Juan Ramón admite, como no podía ser de otro modo por la evidencia, que recibió el encargo de Victorio de "pasar" al pasajero Fructuoso por la Sala Premium, según Juan Ramón sólo porque su documentación era escasa. Afirma Juan Ramón que para ello recibió en la escalerilla del avión al citado Fructuoso y le acompañó



o escoltó a la Sala Premium, trasladándose Fructuoso en el transporte exclusivo que a tal efecto tiene Iberia y escoltando Juan Ramón en el coche oficial Nissan Pathfinder de la Guardia Civil al citado Fructuoso. Siguió diciendo Juan Ramón que le recogió de dicho transporte a Fructuoso, lo introdujo en la Sala Premium y que le dijo a los agentes de Policía Nacional y a la vigilante, de servicio en dicho lugar, que el pasajero Fructuoso era un Coronel de los cuerpos de seguridad colombianos, que iba a una reunión urgente con la Guardia Civil en la Dirección General y que tenía prisa. Pues bien es obvio que tanto Fructuoso como Juan Ramón sabían lo que en verdad transportaba Fructuoso, porque, desde el primer momento Juan Ramón simula que Fructuoso es oficial de la Policía o el Ejército colombiano, saludándolo militarmente (como puede verse en la grabación altamente ilustrativa) y contestando Fructuoso también con el saludo militar, pese a que no es en la actualidad militar, ni perteneciente a cuerpos de seguridad colombianos y lo que es más importante, la prueba evidente de que la colaboración de Juan Ramón no consistía en evitar el control de documentación de Fructuoso, sino en evitar el control de la droga que el mismo traía, es que, como puede verse en la grabación, la Policía Nacional controla efectivamente la documentación de Fructuoso y justamente lo que no controlan y no lo hacen por indicación expresa de Juan Ramón, es su equipaje que, como puede verse en la grabación, no pasa por el scanner. En el equipaje, ni que decir tiene, iban los trece kilos de cocaína. Es decir la conducta de Juan Ramón lo que evita no es el control de pasaporte y documentación, que se lleva a cabo, sino el control del equipaje, lo que acredita que conocía perfectamente que lo debía evitarse era el control de equipaje y no el control de pasaporte o documentación. Por otra parte resulta absurdo pensar que Juan Ramón tenía como cometido evitar el control de documentación, cuando Fructuoso es persona residente en España, sin antecedentes policiales, lo que por cierto se encargó de comprobar el propio Juan Ramón, con su documentación en regla, permiso de residencia y de trabajo, todo en plazo de vigencia. Es evidente y de nuevo remitimos a la claridad de la grabación del momento en que Juan Ramón evita el control del equipaje del pasajero y acusado Fructuoso, la conducta de Juan Ramón era la de evitar dicho control del equipaje y además lo consigue, por lo que está acreditado que sabía perfectamente lo que Fructuoso transportaba, pues caso contrario habría tratado de evitar también el control de documentación o al menos no habría evitado el control del equipaje. Al acusado Fructuoso se le ocupa en el interior del equipaje que portaba y concretamente en una maleta tipo trolley y en la funda de un ordenador los quince paquetes conteniendo la droga incautada. La ocupación de dicha droga en su poder se produce cuando el acusado Fructuoso viajaba en un taxi que acababa de coger (puede verse en la grabación), justo a la salida de la Sala Premium, escoltándole Juan Ramón hasta la puerta del mismo taxi. El taxi es interceptado a la salida del parking del establecimiento aeroportuario por la Guardia Civil, se registra el equipaje del único pasajero del taxi, Fructuoso, y se le encuentra la droga. Fructuoso reconoció en el acto del juicio oral que efectivamente transportaba la droga en el maletín tipo trolley y en la funda del ordenador, ahora bien, señala que no conocía lo que transportaba. Ofrece, como suele ser habitual en tantos y tantos casos similares, una versión absurda e inverosímil del transporte. Señaló que fue a Colombia a arreglar su pasaporte, pese a residir de forma legal en España desde hace varios años y que se le acercó de repente una persona a la que no conocía y que le ofreció 2.000 o 2.500 euros por llevar a España unos documentos que iban destinados a la Guardia Civil. Afirma que abrió la maleta que le facilitaron y que sólo vio folios, unos trece. Es evidente que el acusado sabía lo que transportaba, pues, en primer término, nadie ofrece 2.500 euros por llevar unos documentos a España que se pueden escanear o que se pueden enviar por correo con un coste ridículamente inferior. Por otra parte y a tenor de lo que señaló en el acto del juicio oral el agente de la Guardia Civil con carnet profesional NUM002 que practicó la detención de Fructuoso y registró su equipaje, la maleta estaba casi vacía, sin ropa y pesaba mucho (no es de extrañar pues llevaba más de trece kilos de cocaína). Es obvio que si la maleta está vacía y pesa mucho es porque algo tiene en su doble fondo y si el acusado, como afirma, la abrió y vio que tenía unos pocos folios, no podía ignorar que algo más iba en la maleta. Por otra parte Fructuoso admitió que la persona que le hizo el encargo le hizo una foto, foto que aparece por cierto en el Nissan Pathfinder de la Guardia Civil en el que se desplazó el acusado Juan Ramón a la escalerilla del avión a recoger a Fructuoso. A ello cabe añadir otro hecho significativo que puede apreciarse en la grabación de las secuencias del paso de Fructuoso por el aeropuerto y es que Juan Ramón le saluda militarmente (para ir preparando la simulación de que se trataba de un oficial de los cuerpos de seguridad colombianos) y Fructuoso contesta igualmente con el saludo militar. Es obvio que si Fructuoso no estuviera en el conocimiento exacto de lo que se estaba tramando, ante un saludo militar de un Guardia Civil de uniforme que además se dirige a él como "mi coronel", no le habría contestado militarmente y además le habría hecho ver que se trataba de un error, pues ni era coronel, ni nada por estilo. Fructuoso, por el contrario, participa activamente en la farsa, adopta actitud militar, se deja saludar militarmente y que se dirijan al mismo en términos castrenses y lo hace porque obviamente sabe exactamente lo que se está llevando a cabo. No obstante no se formuló contra Fructuoso acusación alguna por pertenencia a grupo criminal. Sentado lo anterior, es decir, que Juan Ramón tenía como cometido dentro del grupo de una parte la elección de personas idóneas y además el control de paso de las mismas por paso fronterizo (según él porque venían con escasa documentación) y siendo claro y evidente, por las razones antes expuestas que sabía perfectamente que el sentido de que dichas personas pasaran la frontera era traer droga (de hecho fueron sorprendidos en flagrante delito), la presunción de inocencia de



Victorio y Armando igualmente queda desvirtuada de manera clara, evidente y palmaria. Si Juan Ramón reconoce que quien le pide el favor de pasar a dichas personas es Victorio, el Cabo 1°, y así aconteció por cierto con el acusado Fructuoso y ha quedado plenamente acreditado que Juan Ramón sabía que dichas personas transportaban droga, es obvio que Victorio con más razón conocía tal extremo. Pero es que, a mayor abundamiento, Victorio es la pieza clave del entramado pues de las conversaciones telefónicas, tanto de las escuchadas en el acto del juicio oral, como de las transcritas y adveradas por el Letrado de la Administración de Justicia, se infiere y basta para ello simplemente escuchar, que era el encargado de tratar con Armando, siendo así que Armando le facilitaba los datos de las personas que iban a pasar el paso fronterizo y a su vez Victorio pasaba estos datos al "jefe" (así le denomina a Juan Ramón en varias conversaciones), quien comprobaba los antecedentes y además hacía coincidir dichos "transportes" con su turno de servicio en el aeropuerto. Los contactos entre Armando y Victorio eran personales y por teléfono y además constantes en las fechas inmediatamente anteriores a los hechos. Así se acredita por los seguimientos, ratificados en el acto del juicio oral por los agentes del SAI y por la incorporación al plenario de las fotografías, en las que se ve a ambos juntos. El contenido de las conversaciones entre Victorio y Juan Ramón y entre Armando y Juan Ramón, son tan claros y explícitos que no merecen mayor comentario que su mera escucha. Incluso se llegó a detectar físicamente y a través del teléfono como Armando y Victorio, junto con una tercera persona, el día 6 de Abril de 2015, llegaron a comprar un traje en un centro comercial a uno de los posibles correos para que su aspecto fuera lo menos sospechoso posible, dando cuenta del resultado posteriormente Victorio a Juan Ramón. Tras muchas de las reuniones entre Armando y Victorio, éste acudía al encuentro de Juan Ramón, sin duda para darle cuenta directa de la gestión. En dos ocasiones los agentes del SAI, llegaron a detectar a Juan Ramón presente a cierta distancia en tales reuniones, pero sin participar en las mismas, es decir, llevando a cabo funciones de contravigilancia o control. A título de ejemplo cabe destacar, entre las conversaciones la de fecha 14 de Marzo de 2015 sobre las 1,06 entre Armando y Victorio, en la que hablan de una de las fechas de posible envío de un correo de droga para el día "23". Comentan la necesidad de obtener un billete de avión ya, que es urgente, que hay mucho "mosqueo". A las pocas horas del mismo día 14 de Marzo Victorio le dice a Armando que el Jueves hay que aprovecharlo como sea, ya que ese día estaba Juan Ramón de servicio. En muchas conversaciones la mecánica es muy parecida, Armando da unos datos a Victorio de una persona que pueda hacer de correo y Victorio se lo comunica a Juan Ramón que consulta por sí mismo en SIGO o a través de sus subordinados la idoneidad del correo (por no tener antecedentes claro). En otra conversación, del día 1 de Abril de 2015, Juan Ramón comenta a Victorio la necesidad de hacer pasar a dichos correos por personas que simulen ser empresarios o que simulen ser funcionarios de la administración colombiana para dar mejor imagen y poder levantar menos sospechas. Conversación de 6 de Abril de 2015 Juan Ramón y Victorio comentan la incidencia de la compra del traje, afirmando Victorio que lo ha comprado él y que dicha persona va a ir muy bien, bien arreglado, con el pelo correcto, algo bajito pero que cuando le "veas verás que bien". Conversación del 15 de Abril de 2015 Juan Ramón y Victorio hablan de una persona que "se me ha escapado" "me han dicho que venía sin nada". Victorio comunica con Armando el día 14 de Mayo y le comenta que la segunda operación que le va a hacer era el 22, que no tiene porqué ser la primera operación, en la segunda es más complicada y termina diciendo que "prefiere operarla el primer día". Obviamente no dedicándose Victorio a ningún tipo de profesión sanitaria es evidente a que se refería. En la conversación siguiente del día 14 de Mayo, Armando y Victorio negocian las condiciones y las fechas de un posible envío. Comentan ¿cuánto tardarán? y contesta: "doce minutos en pasar". Expresión que no tiene sentido, si no fuera porque en todas las conversaciones el término minutos hace referencia a los kilos de droga. En conversación de Victorio con Juan Ramón de 21 de Mayo, Victorio le pide a Juan Ramón que mire los datos de una persona, de un tal Gaspar y Juan Ramón comprueba en Sigo tales datos, lo que, como más adelante veremos tiene mucha importancia. El mismo día de la detención de Fructuoso, el 10 de Julio, Armando y Victorio hablan y se comunican en relación a si Fructuoso ha salido o no, comentan posteriormente cuando ha llegado y además le dice Armando a Victorio que le manda una foto. Seguidamente Victorio contacta con Juan Ramón y le dice que ya está hecho y comenta Juan Ramón "ya allí lo veo venga". Como decimos lo anterior queda reseñado a mero título de ejemplo, pues se trata de muchos minutos de conversación entre Armando y Victorio, principalmente, contactando muy a menudo para concertar citas, que posteriormente se comprueban en los seguimientos, para comentar detalles sobre los envíos, condiciones económicas, comunicación de nombres y datos de personas para luego transmitirlos Victorio a Juan Ramón y éste comprobarlos en Sigo y a su vez Victorio comunicando tales datos o los problemas que pudieran surgir a Armando. Tales conversaciones, contactos y comunicaciones entre Armando y Victorio, además de su contenido en sí mismo que relacionado con el contexto es muy clara, no tienen otra explicación que la actividad delictiva a la que ambos se dedicaban y que culmina con la detención en flagrante delito del último correo que consigue pasar el puesto fronterizo, Fructuoso. Y ello porque tanto Victorio como Armando se negaron a contestar en el acto del juicio oral y en el acto del plenario a ninguna de las preguntas que se les pudieran haber hecho, no pudiendo ofrecer a este Tribunal otra explicación a dichas conversaciones y encuentros, por lo demás, como decimos, suficientemente explícitos en sí mismos. A lo largo de tales conversaciones perfectamente puede verse cual era la mecánica.



Armando tenía a personas por encima (Darío) que eran quienes tomaban las decisiones sobre los envíos y las condiciones económicas que a modo de compensación debían recibir los agentes. A Armando se le iban facilitando nombres y datos de personas para posibles envíos. Victorio recibía de Armando tales datos, los ponía en conocimiento de Juan Ramón , éste consultaba en SIGO e iban diseñando la operación para que coincidiera con la fecha en que Juan Ramón estaba de servicio, dando instrucciones Juan Ramón sobre la conducta que debían adoptar los correos, como debían ir vestidos, qué profesión era conveniente que simularan. Tales datos se reportaban de nuevo a Armando e iban centrando los envíos, siendo así que el último de ellos, sin que haya podido acreditarse que los anteriores finalmente se llevaran o no a cabo, fueron sorprendidos de manera flagrante, Fructuoso con la droga, Juan Ramón facilitando que Fructuoso pasara los controles sin que el equipaje fuera examinado en el scanner, Armando pasando la foto de Fructuoso a Victorio , Victorio le pasa la foto de Fructuoso a Juan Ramón y éste se deja precisamente la foto de Fructuoso en el Nissan Pathfinder. Victorio es detectado y detenido además ese día en el aeropuerto teniendo visión directa de la Sala Premium. Armando es detenido a la salida de su domicilio cuando está esperando noticias de lo que posteriormente resultó ser la operación frustrada por el SAI.

Lo que se acaba de dejar expuesto, es bien expresivo de la correcta convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que han existido pruebas de cargo, constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y razonablemente valoradas que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado por el ahora recurrente Victorio .

En relación a la individualización de la pena, también cuestionada en el presente motivo, el Tribunal de instancia, en el sexto de sus fundamentos jurídicos, analiza esa individualización y así se declara que en relación a Juan Ramón y a Victorio se impondrá pena de prisión de ocho años y nueve meses por el delito contra la salud pública y pena de un año y nueve meses por delito de pertenencia a grupo criminal, así como multa de 1.000. 000 de euros. No concurren en ninguno de ellos circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal y la pena que puede recorrerse, conforme el artículo 66.1.6 del C. Penal va de los 6 años y un día a los 9 años de prisión. Se opta por la pena de 8 años y 9 meses prisión, que no es la máxima legal (solicitada por el Ministerio Fiscal) pero que se le aproxima por las siguientes razones. En primer lugar la cantidad de droga aprehendida es muy importante, supera los ocho kilos de cocaína en términos de pureza. El razonamiento es sencillo, si a tantas y tantas personas que en situación de penuria económica aceptan ser correos de la droga sin pertenecer a grupo u organización criminal alguna y se les suele imponer la pena mínima de 6 años y 1 día y transportan 750, 800 o 900 gramos de cocaína, no parece razonable que a quien se encarga de organizar un envío de más de ocho kilos se le impusiera la misma pena. En segundo lugar en ambos acusados concurre, además de la agravante específica de notoria importancia del artículo 369.1.5 del C. Penal, la agravante específica de cometer el hecho aprovechando su condición de funcionarios del artículo 369.1.1 del C. Penal y además especialmente garantes del control de droga en el aeropuerto. No especifica el C. Penal que concurriendo dos agravantes específicas la pena deba quedarse por encima de determinado umbral, pero convendremos que no es lo mismo que concorra un solo supuestos de agravación específica a que concurren dos o más. En tercer lugar el hecho se comete por las personas especialmente encargadas del control en el aeropuerto (Juan Ramón ya destinado en el mismo hacía tiempo y Victorio con destino ya concedido en el aeropuerto donde por cierto fueron ambos detenidos) y además se comete y se nos va a permitir la expresión, de manera ignominiosa vestido Juan Ramón con el propio uniforme del cuerpo de la Guardia Civil, utilizando un vehículo del cuerpo, uniforme que representa a una institución respetada y querida por los ciudadanos de este país y que tantos y tan sacrificados servicios ha prestado a la convivencia democrática. Entiende este Tribunal, en definitiva, que la condición de agentes de la Guardia Civil, el aprovechamiento de su concreto puesto de trabajo para el delito cometido, su destino como garantes de la entrada de la droga en España, justifica, a todas luces y sin mayores disquisiciones, la imposición de una pena próxima a la máxima legal. El mismo criterio ha de seguirse para la extensión de la multa, para la extensión de la pena de inhabilitación absoluta (artículo 372.1 del C. Penal) y para la extensión de la pena de pertenencia a grupo criminal.

Nada más hay que añadir a los correctos y convincentes razonamientos expresados en la sentencia recurrida.

Este extremo del motivo tampoco puede prosperar.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Juan Ramón

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se alega que en el juicio oral no se ha practicado prueba suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, máxime, se dice, si tenemos en cuenta la nulidad de las escuchas telefónicas y que las pruebas indiciarias utilizadas en la sentencia no reúnen los requisitos legalmente establecidos para considerarse



pruebas de cargo. Se añade que existen dudas más que razonables sobre la culpabilidad del ahora recurrente y se hace mención del principio *in dubio pro reo*.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado al rechazar igual invocación realizada por el anterior recurrente ya que se ha hecho expresa referencia a las pruebas de cargo que han permitido construir el relato fáctico de la sentencia recurrida en relación al ahora recurrente Juan Ramón . Tampoco puede cuestionarse esa abundante prueba en la nulidad de las intervenciones telefónicas ya que esa nulidad no se ha producido por las razones que se han dejado antes expresadas.

Se alega, asimismo, que no se ha tenido en cuenta el principio *in dubio pro reo* y tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 649/2003, de 9 de mayo, ese principio únicamente puede estimarse infringido cuando reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo, opta por la solución más perjudicial para el acusado pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna. El principio *in dubio pro reo* nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación.

Como bien se expresa en la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia no alberga la menor duda, por el cúmulo de pruebas practicadas, de la participación en los hechos de los acusados, tanto en el tráfico de drogas, como su integración (la de aquellos que han sido acusados) en el grupo criminal, pruebas diversas, contundentes, inequívocas y practicadas con todas las garantías del juicio oral, que desvirtúan la presunción de inocencia de los acusados más allá de toda duda razonable.

Por todo lo que se deja expresado, el presente motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18.3 de la Constitución.

Se dice, en defensa del motivo, que procede declarar la nulidad de las intervenciones telefónicas así como sus prórrogas que deriva del contenido del Auto de fecha 11 de marzo de 2015 puesto que el oficio policial que le precede está carente de hechos objetivos que justifiquen la medida y que se trata de una investigación puramente prospectiva.

Es de dar por reproducido, para evitar inútiles repeticiones, lo que se ha dejado expuesto para rechazar similar invocación realizada por el anterior recurrente.

Este motivo tampoco puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución.

Se alega que la sentencia recurrida carece de la debida motivación por entender que el existente es arbitrario e irrazonable.

Nada más contrario a la realidad. La sentencia es modélica en su correcta motivación, ofreciendo una razonable valoración de las pruebas practicadas que le han permitido alcanzar una convicción que queda reflejada en el relato fáctico de la sentencia recurrida como igualmente ofrece una explicación razonada de la calificación jurídica de las conductas de los acusados descrita en los hechos que se declaran probados.

El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al derecho de defensa y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se dice que en el escrito de conclusiones provisionales se interesaron las siguientes pruebas: Documental consistente en que se oficiara a la Dirección General de la Guardia Civil, Servicio de Asuntos internos, al objeto de que se aportara toda la documentación acreditativa del correcto cumplimiento de la condena de custodia de la sustancia aprehendida al acusado D. Fructuoso ; más documental y pericial referida al funcionamiento del sistema SÍTEL por si pudiera haber sido manipulado y en concreto si las grabaciones obrantes en la causa eran las mismas que fueron grabadas por el sistema SÍTEL.



El Tribunal de instancia ofrece, en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, las razones por las que no se ha producido la invocada vulneración del derecho a la prueba.

Así, se señala en la sentencia recurrida que una segunda batería de cuestiones previas o supuestos defectos formales haría referencia la denegación de determinados medios de prueba, distinguiendo al respecto varias cuestiones:

- a) Denegación de pruebas destinadas a traer a la causa la documentación completa que hubiera en el SAI (Servicio de Asuntos Internos de la Guardia Civil que es el órgano policial encargado de las investigaciones en este procedimiento), sobre la cadena de custodia de la droga intervenida.
- b) Denegación de pruebas en relación al sistema SITEL y la autenticidad de las grabaciones y su transcripción.
- c) Denegación de pruebas en orden a traer a esta causa testimonio de otras actuaciones penales.
- d) Denegación de pruebas en relación a declaraciones testificales de personas implicadas en otros procedimientos penales.
- e) No aportación a la causa de documentos propios de la Fiscalía (sistema Fortuny).

Tras hacerse mención a doctrina jurisprudencial en la que se expresa que el derecho a la prueba no supone un derecho indiscriminado e ilimitado ni una obligación correlativa del Juzgador a practicar toda aquella diligencia probatoria que le sea propuesta, toda vez que, para pronunciarse sobre su admisión, la ley procesal le exige efectuar un juicio de ponderación en ordena determinar la necesidad y pertinencia de la misma para lograr el pleno esclarecimiento de los hechos, se señala que por la defensa del acusado Juan Ramón , ahora recurrente, a lo que se adhirieron el resto de las defensas, se solicitó se trajera a la causa documentación completa que pudiera obrar en el SAI (Servicio de Asuntos Internos de la Guardia Civil), sobre la custodia de la droga intervenida. No alcanza a entender este Tribunal que sentido tiene que la defensa solicite que se traiga a la causa tal documentación, puesto que si, hipotéticamente la misma no estuviera en la causa, ello beneficiaría naturalmente a la defensa. No obstante y al hilo de la explicación que este Tribunal ofrecerá sobre el material probatorio con que se cuenta y el juicio de inferencia a través del cual se concluyen que determinados hechos han sido probados (fundamento jurídico tercero de esta sentencia), se explicará la razón por la que se considera garantizada la cadena de custodia y la razón, por tanto, por la que es innecesaria y superflua la prueba solicitada. Se añade en ese tercer fundamento jurídico que en orden a la cadena de custodia, la misma aparece perfectamente salvaguardada. Compareció al acto del juicio oral el agente que hizo la interceptación de la droga en el equipaje de Fructuoso y que la entregó en dependencias de la Guardia Civil, agente NUM003 . Compareció igualmente al acto del juicio oral el agente de la Guardia Civil, agente NUM004 , quien reconoció en dicho acto del juicio oral y público su firma en el oficio que obra al folio 4612 , Tomo XV de las actuaciones, que es el oficio de remisión-recepción de la droga en la Inspección de Farmacia donde la misma se analiza. Consta a los folios 4608 a 4611 el análisis de dicha sustancia, ratificado en el acto del juicio oral por los peritos que emitieron el informe. Las partes defensoras, pese a impugnar el citado informe en su escrito de conclusiones, no efectuaron pregunta alguna a los peritos. Si vemos el acta de incautación (folios 3992 a 3994 del Tomo XIII), el acta de recepción y remisión de la droga del folio 4612 y el informe de los folios 4608 a 4611, en los tres casos puede apreciarse la coincidencia de los datos de la incautación en cuanto a número de paquetes, envoltorios, peso aproximado y textura. Por la defensa de Juan Ramón se insistió, no sólo en la supuesta quiebra de la cadena de custodia, que como vemos no es tal, sino que puso en duda que la sustancia incautada fuera la misma que posteriormente se analiza por el hecho de que en la diligencia inicial la Guardia Civil hable de sustancia "compacta" y el análisis diga que es sustancia en polvo piedra. Es evidente que no existe contradicción entre describir una sustancia como "compacta" en la diligencia inicial de la Guardia Civil cuando incauta la droga y que en el informe de análisis se describa como polvo-piedra. Antes al contrario en el informe de análisis se describe como polvo-piedra, precisamente porque ni es purulenta, ni es dura, es decir, ni es sólo polvo, ni es solo roca, escompacta, como la describe la Guardia Civil en su informe inicial de incautación. Por cierto como todos sabemos por experiencia profesional, normalmente la cocaína pasa por Barajas con dicha textura compacta, que se consigue a base de prensar con mucha fuerza el polvo que es la cocaína. Por la misma defensa se solicitaron pruebas relativas a oficiar al Ministerio del Interior en relación a determinados aspectos del sistema SITEL, pruebas que obviamente fueron denegadas por superfluas. En este punto también se señala en la sentencia recurrida que, en cuanto a la validez del sistema SITEL, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo deja claro la validez y eficacia del sistema que cumple con los requisitos básicos de fiabilidad y control jurisdiccional, manifestado por la aportación de las grabaciones verdaderas con firma digital. Se añade que en orden a la transcripción escrita de las grabaciones y su coincidencia con lo escuchado, sin perjuicio de que el acto del plenario de manera directa y a petición del Ministerio Fiscal y de alguna de las defensas, se oyeron dichas grabaciones en sus fragmentos más significativos, lo cierto es que obra al folio 4678 de las actuaciones, Tomo XV, diligencia del Sr. Letrado de la Administración de Justicia



adscrito al Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, adverbando dichas transcripciones y su coincidencia con lo escuchado en las cintas. A dicha diligencia de comprobación se citó, con escrupuloso respeto por el principio de contradicción, a todas las partes en el proceso, siendo así que sorprendentemente ninguna de ellas acudió a dicho acto y no obstante ahora pretenden ponerlo en entredicho. Tajantemente ha de rechazarse de igual modo esta cuestión previa. Por la defensa de Fructuoso se solicitaron pruebas relativa a traer al presente procedimiento testimonio de otras actuaciones penales que se siguen en otros Juzgados o Tribunales. Si tenemos en cuenta que a Fructuoso se le acusó únicamente por el delito contra la salud pública, y no por el delito de pertenencia a grupo criminal y que la conducta en que el mismo pudiera haber incurrido consistía únicamente en el transporte de la droga ("mulero"), no alcanzamos a entender que sentido tiene traer a la causa testimonio de otros procedimientos penales que no tienen absolutamente ninguna relación con el que nos ocupa. El hecho de que, según la citada defensa, en dichos procedimientos penales pudiera estar implicada alguna de las personas que tangencialmente pudieran salir a colación en las conversaciones telefónicas aportadas como prueba, no implica que dichos procedimientos penales tengan relación con el que nos ocupa y aún en el supuesto caso de que se pudiera hallar relación entre dichas personas imputadas, condenadas o acusadas en dichos procedimientos y las persona acusadas en el presente procedimiento, tampoco tendría sentido su aportación a esta causa. La causa que nos ocupa es muy concreta y se ciñe a unas determinadas conductas en que presuntamente pudieran haber incurrido las personas ahora acusadas. Que estas personas acusadas pudieran tener relación con otras a su vez investigadas, si es que esto es cierto, no implica la necesidad de aportar a estas diligencias todo aquello que han investigado otros Juzgados en relación a esas otras personas. Lo contrario nos llevaría a traer a este procedimiento multitud de causas penales de otros Juzgados y Tribunales, por el mero hecho de verse investigados en aquellos personas que aparecen o puedan aparecer citadas en las muchas horas de conversación telefónica interceptado con los acusados, que, recordemos, son cinco. Por idéntico motivo resulta superfluo, inútil y por tanto no pertinente traer a la causa en calidad de testigos a personas que pudieran haber sido investigadas, acusadas o eventualmente condenadas en dichos otros procedimientos penales, por mucho que alguna de estas personas (un tal Jesús por ejemplo), pudiera aparecer quizás en alguna de las conversaciones interceptadas. Para empezar no está muy claro que en todas las referencias de las conversaciones interceptadas a un tal Simón o Juan Ignacio, se trate del citado Jesús. Podría ser otro Juan Ignacio, al parecer familiar de alguno de los acusados. En segundo término la cita al mismo en las conversaciones es absolutamente tangencial, irrelevante, anecdótica o sencillamente sin sentido para la investigación del hecho cometido. Por último la defensa de Fructuoso en una especie de "ceremonia de la confusión", argumenta que dicho testigo, al parecer ex guardia civil suspendido o apartado del cuerpo, pudiera ser un agente encubierto que ha provocado el delito. No tiene apoyo alguno en la larga instrucción una afirmación de dicho calibre y, desde luego, ni se ha utilizado agente encubierto alguno en el presente procedimiento, ni se han aportado a la causa elementos probatorios de ningún tipo que tengan su origen en ningún tipo de actividad o información procedente del citado Jesús, más allá de que se le cite en alguna conversación o haya sido visto en compañía de alguno de los acusados. Es por ello que su aportación se considera superflua y así se hizo ver en el auto de fecha 30 de Junio de 2016 en el que se admitían y denegaban determinadas pruebas, sin perjuicio de que la defensa entendiera o no que se había denegado tal prueba y sin perjuicio de que por ello formulara o no la oportuna protesta al hilo de las cuestiones previas. Prescindiendo de dichas meras cuestiones formales que este Tribunal pasa por alto en beneficio del derecho a la defensa, lo cierto es que la testifical de Jesús es superflua y de ahí que se denegara. Finalmente la defensa de Fructuoso hace protesta formal por la no aportación a la causa de determinada información procedente de la base de datos "Fortuny". La protesta carece del más mínimo fundamento. Dicha base de datos es una mera herramienta de trabajo de la Fiscalía y si la Ilma. Sra. Fiscal ha aportado algún documento procedente de dicha base de datos lo ha sido, precisamente, para facilitar y poner a disposición de las partes dichos datos en aquello que las partes defensoras requirieron. La información no aportada a este Tribunal a través del plenario, como es evidente, ni se ha tenido en cuenta, ni puede tenerse en cuenta, ni se ha aportado. Es decir, en la causa no hay más que lo que en el juicio oral y público se ventiló. Por tanto si hay información en la base de datos Fortuny relativa a este procedimiento, es indiferente, pues dicha información, por lo demás estrictamente legal y posiblemente pública y transparente para las partes, no se ha aportado a este procedimiento, ni tiene sentido que se aporte porque no tiene trascendencia alguna y desde luego no se tendrá en cuenta en modo alguno. En consecuencia y resumiendo, a juicio de este Tribunal no se ha producido quebranto alguno de garantías constitucionales, ni quebranto alguno de las garantías procesales que hubieran podido producir indefensión a ninguna de las partes, por lo que se está en condiciones de explicar los motivos por los cuales, de manera clara y apabullante, se ha desvirtuado la presunción de inocencia de los acusados y las consecuencias penales que dichas conductas acreditadas tienen.

Por lo que se acaba de dejar expuesto, el Tribunal de instancia explica correctamente las razones por las que se rechazaron, por inútiles, determinadas pruebas solicitadas por las defensas.



Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 498/2016, de 9 de junio, que el derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba pertinentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim, aunque la invocación del primero no permite orillar las exigencias contenidas en el segundo precepto. Es, pues, un derecho fundamental, aunque no sea un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino solo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC 70/2002, de 3 de abril). La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 de la LECrim en su redacción actualmente vigente, (anteriores artículos 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado, y haciendo constar su oposición a la denegación a efectos de ulterior recurso en la forma prevista en el artículo 37.d) de la LOTJ, cuando se trate de procedimientos ante ese Tribunal. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características. Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS no 1591/2001, de 10 de diciembre y STS no 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS no 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa. Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, las pruebas rechazadas a las que se refiere el recurrente, por las fundadas razones que se explican en la sentencia recurrida, en modo alguno eran necesarias y su rechazo no ha afectado al derecho de defensa de los acusados.

En relación al sistema SITEL, son asimismo correctos los razonamientos expresados en la Sentencia recurrida que se remite a Sentencia de esta Sala. Ciertamente, es oportuno recordar sobre el sistema SITEL que las acreditaciones individualizadas a los miembros de las unidades de investigación para acceder al sistema, autorizaciones que únicamente permiten visualizar el contenido pero nunca modificarlo, son pues usuarios pasivos de la información. Y cumpliendo lo ordenado por la autoridad judicial proceden a volcar a un soporte, CD/DVD, el contenido de la intervención correspondiente, volcado que implica nueva certificación digital de cada soporte empleado con las siguientes precisiones: a) Ese volcado se realiza desde los centros remotos y utilizando los terminales del SITEL b) Se verifica de fecha a fecha, es decir, que comienza con el primer día de la intervención e incorpora la totalidad de las conversaciones y datos asociados producidos hasta la fecha que se indique al sistema, que será la señalada por el juzgado para que se le de cuenta (semanal o quincenalmente)



o la necesaria para solicitar la prórroga de la intervención. C) La realización de sucesivos volcados de la intervención a los soportes CD/DVD se lleva a cabo sin solución de continuidad, enlazando los periodos temporales hasta que finaliza la intervención, de forma que los CD/DVD aportados de esta manera al Juzgado contienen íntegramente la intervención correspondiente por lo que son los soportes que han de emplear para la solicitud de la prueba, en el caso de que sea necesario, para el acto del juicio oral. Desde un equipo remoto no es posible modificar ni borrar absolutamente nada del servidor central del SITEL. El soporte DVD en el que se vuelca la intervención telefónica se trata de un soporte de solo lectura, porque así lo han acordado llevar a cabo, es decir, se trata de un soporte en el que no se puede grabar sobre el mismo. D) Las transcripciones de parte de las conversaciones no implican más que una herramienta de facilitación del trabajo al Juez. El contenido de las conversaciones y datos asociados queda íntegramente grabado en el Servidor Central del SITEL, y no es posible su borrado sin autorización judicial específica, sin que sea posible su alteración porque queda registrado en el sistema cualquier intento de manipulación y ello de forma indeleble. La aportación de los soportes CD/DVD en los que se ha volcado la información, se efectúa por los responsables de las unidades de investigación y amparadas por la intervención que realiza el funcionario policial que actúa como secretario de las mismas. E) El cualquier momento del proceso es posible la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante su contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial. Este contraste puede realizarse por el juzgado en los terminales correspondientes para acreditar su identidad con la "matriz" del servidor central. Y esta verificación no fue solicitada en momento alguno por el recurrente. Ello, con independencia, de que en modo alguno aparece en las actuaciones indicio de manipulación de los soportes, como señala la sentencia recurrida. Los CDs fueron cotejados, por Diligencia del Sr. Letrado de la Administración de Justicia, como se ha dejado antes expresado, y reproducidos, en aquellos extremos de más interés, en el juicio oral.

Por todo lo que se ha dejado expuesto, no se ha producido vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías, tampoco al derecho de defensa y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 368, 369.1.1, 369.1.5, 372.1 y 570 ter 1 b), todos del Código Penal.

Se alega que no se ha tenido en consideración la versión alternativa ofrecida por el ahora recurrente, que no ha quedado acreditado que la sustancia intervenida al acusado Fructuoso sea la misma que fue analizada en los laboratorios al no haber quedado acreditado la cadena de custodia y que no procede aplicarle la pertenencia a grupo criminal

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expuesto para rechazar anteriores motivos, y en relación a la cadena de custodia, como bien se señala en la sentencia recurrida, ha quedado perfectamente salvaguardada.

El cauce procesal esgrimido exige el más riguroso respeto a los hechos que se declaran probados que se subsumen, sin duda, en primer lugar, en un delito contra la salud de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y cometido por agente de la autoridad en el ejercicio de su cargo, relato fáctico que se ha construido valorándose unas pruebas lícitamente obtenidas que dejan sin contenido las alegaciones realizadas por las defensas para ofrecer una versión exculpatoria de las conductas de los acusados.

Por lo que respecta al delito de integración en grupo criminal, los hechos que se declaran probados describen cuantos elementos son precisos para afirmar dicha conducta delictiva como correctamente se declara por el Tribunal de instancia.

Se expresa en la sentencia recurrida que igualmente los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de integración en grupo criminal del artículo 570 ter 1 b) del C. Penal. Castiga dicho precepto con penas de 6 meses a 2 años de prisión a quien constituyere, financiare o integrare un grupo criminal, considerando dicho precepto grupo criminal la "unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos". En el presente caso nos hallamos ante la unión de cinco personas que de manera organizada, jerarquizada, estable (al menos se tiene constancia de su existencia desde Noviembre de 2014 hasta Julio de 2015), distribución de papeles o roles, coordinación, empleo de comunicaciones entre ellos y cierta idea de continuación en la actividad delictiva, si no hubieran sido sorprendidos in fraganti, se dedican al tráfico de drogas. Podríamos plantearnos la duda sobre si nos hallamos ante una organización criminal o ante un grupo criminal, ahora bien el Ministerio Fiscal opta por acusar únicamente por calificar los hechos como de grupo criminal, lo cual evita a este Tribunal tratar de discernir si, en este caso, nos hallamos ante una



u otra figura. Ahora bien de lo que no cabe la menor duda, por lo ya expuesto, es que nos hallamos ante un grupo criminal y no ante un supuesto de mera codelinquencia y para ello traemos a colación por su claridad una recentísima Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 2016 que define perfectamente los contornos de lo que es organización criminal, grupo criminal y mera codelinquencia.

Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como son exponentes la Sentencia mencionada por el Tribunal de instancia y la Sentencia 636/2016, de 14 de julio, que la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal. El art. 570 bis define a la organización criminal como: "*La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*". Se excluyen, pues, los casos de transitoriedad, antes incluidos en el concepto que aparecía en el artículo 369 del Código Penal. Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos". Por lo tanto, la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra uno solo. De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión. Por lo que se refiere a la diferenciación del grupo criminal y de la organización criminal con los supuestos de codelinquencia, la jurisprudencia de la Sala es constante. La mera pluralidad de personas aún con una cierta –y obvia– planificación para la comisión de un ilícito penal, no constituye una organización criminal ni menos un grupo. La codelinquencia viene a ser un simple consorcio ocasional para la comisión de un delito en tanto que la organización criminal y el grupo criminal constituyen un *aliud* en relación a la codelinquencia, en los que no concurre una mera ocasionalidad sino la finalidad de realización concertada de una pluralidad de delitos.

Por su parte la Sentencia de esta Sala 309/2013 de 1 de abril, incide en la necesidad de distinguir, entonces, el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país. En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinquencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el supuesto que examinamos, como bien se señala por el Tribunal de instancia, los hechos que se declaran probados contienen los presupuestos fácticos que permiten la concurrencia del grupo criminal ya que se describe la unión de, por lo menos, cinco personas que tiene por finalidad la perpetración concertada de delitos de tráfico de drogas.

El motivo se desestima.

SEXTO.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.



Se designa como documento certificado acreditativo de que la URBANIZACIÓN000 " figura inscrita en el Registro de la Propiedad como una urbanización privada y se dice que si las fotografías que se dicen tomadas desde el exterior -folio 30- no se vería el vehículo de Victorio desde su parte trasera sino que se vería desde su parte delantera y frontal y por ello se dice que quien realizó las fotografías lo hizo desde el interior de la urbanización sin estar autorizado por lo que se entiende vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y a la propia imagen.

Ya se ha dado respuesta a esta misma invocación al examinar otro motivo por lo que es de dar por reproducido lo que allí se ha dejado expresado.

En todo caso es de recordar que es reiterada doctrina de esta Sala la que señala que este motivo de casación exige, como requisitos, los siguientes: en primer lugar ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; en segundo lugar, que el documento sea literosuficiente, es decir, que evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; en tercer lugar, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, en cuarto lugar, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

En definitiva, se requiere que el documento por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas y eso de ningún modo puede sostenerse con el examen de las fotografías que se señalan en defensa del motivo que de ningún modo acreditan, con autonomía probatoria, que el Tribunal de instancia hubiese incurrido en error en la valoración de la prueba.

El motivo se desestima.

SEPTIMO.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de ley.

Se reitera que la sentencia recurrida carece de motivación porque el existente es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente y en concreto que no se explica que conversaciones o pasajes de esas conversaciones han determinado la convicción del tribunal de instancia. Y se da por reproducido lo expresado en defensa del tercer motivo.

Las mismas razones expuestas para rechazar ese tercer motivo, que se dan por reproducidas, determinan la desestimación de este motivo.

OCTAVO.- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por denegación de prueba.

Se reitera la denuncia por la negativa a que se practiquen las pruebas solicitadas sobre la cadena de custodia y sobre la autenticidad de las grabaciones procedentes de las conversaciones telefónicas intervenidas.

Las mismas razones expresadas para rechazar un anterior motivo en el que se hace la misma invocación, que se dan por reproducidas, determinan la desestimación de este motivo.

NOVENO.- En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo de los números 1º y 2º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca quebrantamiento de forma por no expresarse clara y terminantemente los hechos que se declaran probados, por manifiesta contradicción y por contener conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo.

En concreto se dice producido tal quebrantamiento de forma al decirse en el relato fáctico que "...formaban un conjunto" y se afirma que tales términos coinciden con la definición del artículo 570 bis del Código Penal.

La narración que se hace en la sentencia sobre los hechos acaecidos que se declaran probados es perfectamente clara, no existe contradicción alguno y tampoco puede aceptarse que la frase que se señala pueda predeterminar el fallo ya que tal quebrantamiento de forma presupone el que se consignen como hechos probados conceptos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del tipo, cuyo alcance y significación sólo puede ser conocido por quien tenga conocimientos jurídicos y que han sustituido a los hechos de tal medida que de suprimirse mentalmente el relato fáctico quedaría desposeído de la base necesaria para efectuar la correspondiente calificación jurídica antecedente del fallo y ello con la finalidad de impedir que las sentencias penales sustituyan los relatos de los hechos, tal y como acontecieron en la realidad, por expresiones jurídicas que suponen, ya de antemano, la valoración penal del comportamiento,



porque de esta manera se impide saber en que consistió el hecho y se vulnera el derecho de defensa. Y nada de eso puede observarse en los extremos del relato fáctico que se señalan en defensa del motivo, ya que ni la frase marcada ni el resto de los hechos que se declaran probados contienen conceptos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del tipo, su lectura permite comprobar que se utilizan palabras o locuciones perfectamente entendibles por cualquier persona, sin que estén presentes expresiones técnicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado y se contraen a una descripción de hechos en lenguaje asequible, que no están incluidos en el tipo delictivo y que no se necesita de especiales conocimientos jurídicos para su comprensión.

No se ha producido el quebrantamiento de forma denunciado y el motivo debe ser desestimado.

DECIMO.- En el décimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 3º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haberse dado respuesta a pretensión deducida en la calificación definitiva.

Se desiste de este motivo.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Armando

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a los artículos 11.1º y 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución.

Se denuncia, en defensa del motivo, la parquedad e inconcreción del oficio del Servicio de Asuntos internos de la Guardia Civil, obrante al folio 1 y siguientes (Tomo II) de las actuaciones, de fecha 11 de febrero de 2015, que se dice falto de elementos indiciarios indicativos de la comisión de un delito contra la salud pública y ello evidencia una investigación prospectiva y por ello se dice que de la lectura de la solicitud inicial del SAI y de la resolución judicial evidencia la falta de elementos imprescindibles para aceptar la legitimidad constitucional de la intervención acordada por el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid y de sus prórrogas.

Es de dar por reproducido lo que ya se ha dejado expresado al examinar otros recursos, sobre la lícita y fundada injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, lo que se da por reproducido.

Como antes se ha declarado, del examen del oficio policial que precede a las resoluciones judiciales que ordenan las intervenciones telefónicas y de las propias resoluciones ha quedado constatada la existencia de indicios fundados o buenas razones para acordar las intervenciones telefónicas de quienes están siendo investigados ya que puede observarse con la lectura de la resolución inicial, así como de las posteriores, que existen indicios suficientes para legitimar la adopción de la medida, como ha señalado con acierto el Tribunal de instancia. Los contactos de los dos investigados, Guardias Civiles, con personas implicadas en operaciones de tráfico de drogas cuando nada tiene que ver con sus funciones profesionales, las circunstancias en las que se han producido los encuentros, las medidas de seguridad y contra-vigilancia adoptadas, la relación significativa de los investigados con el Aeropuerto de Madrid y los demás datos objetivos a los que se ha referido el Tribunal de instancia, permiten afirmar, sin duda, que concurren sospechas fundadas, buenas razones o fuertes presunciones que legitimen la autorización de las intervenciones telefónicas, pues no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional tiene declarado que los indicios que se exigen para acordar esta clase de diligencias de investigación no es necesario que tengan la solidez y entidad que se requiere para los indicios racionales que se exigen para el auto de procesamiento. La medida era idónea para el fin que se pretendía. También era necesaria, dado que, tras apreciar los notables indicios de que los investigados estaban involucrados en operaciones de tráfico de drogas que se han introducido o se introducirían por el citado aeropuerto, se hacía necesario completar la investigación con las intervenciones telefónicas.

Por lo expuesto, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva en relación al artículo 24.1 de la Constitución.

Se alega la existencia de dos resoluciones contradictorias dictadas por el Juzgado de Instrucción nº 37 de Madrid sobre una misma solicitud de escuchas telefónicas sin haberse alterado las circunstancias fácticas que motivaron el dictado de ambas resoluciones, esto es el Auto de fecha 13 de febrero de 2015 (folio 55) denegando la autorización y el auto de fecha 11 de marzo de 2015 (folio 69) que acordó la autorización.

Como se dejó expresado al examinar igual alegación en anterior recurso, el Tribunal de instancia ha dejado perfectamente esclarecido que no ha existido tal contradicción ya que no se ajusta a la realidad lo manifestado en defensa del motivo. En efecto consta al folio 50 el auto en el que se deniega la autorización de la



intervención telefónica en ese momento, habida cuenta que conforme la Norma 5ª de reparto de los Juzgados de Instrucción, corresponde al Juzgado de Guardia autorizar o denegar tales medidas cuando tengan carácter de urgente. Lo que se indica en dicho auto no implica la ausencia de motivos para acordar la medida, sino que la medida, obviamente no es urgente y que por ello debe mandarse a reparto ordinario. Posteriormente la suerte quiso que el reparto del asunto por vía ordinaria, ya no por el Juzgado de Guardia, correspondiera al mismo Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, siendo así que la Ilma. Sra. Magistrada, sobre la base de los abundantes indicios (a los que hemos hecho referencia líneas atrás) de actividad delictiva, acordó, ahora sí, la medida. Por cierto lo hizo con un auto que no ha sido puesto en entredicho por las defensas, pues partiendo de dichos indicios, su tenor es impecable y no ofrece la menor duda sobre su motivación, acierto, mecanismos de control, fundamentación. En consecuencia no ha existido contradicción o incoherencia alguna entre ambas resoluciones, la que deniega adoptar la medida en el Juzgado de Guardia, y la que acuerda la misma posteriormente, pues en el primer caso se trataba de una decisión basada en una mera cuestión de reparto del trabajo entre Juzgados, siendo así que al Juzgado de Guardia ha de reservársele la adopción de medidas urgentes. En suma la negativa inicial no era por falta de indicios, sino por no existir urgencia en la medida.

Por todo ello, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de prueba de cargo que sustente su condena por delitos contra la salud pública y pertenencia a una organización. Se alega que no existe ninguna conversación telefónica que vincule al ahora recurrente con el delito contra la salud pública y que su condena aparece fundada en pruebas ilegítimamente obtenidas.

El Tribunal de instancia, en su motivada y acertada sentencia, también se preocupa de destacar los elementos probatorios que le han permitido alcanzar la convicción que queda reflejada en el relato fáctico sobre la intervención del ahora recurrente en los hechos de los que se le acusa. Así, se señala en la sentencia recurrida que a la vista de la realidad documentada y acreditada por el contenido de las conversaciones telefónicas (unas transcritas y averdadas por el Sr. Letrado Judicial del Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid y otras, las más significativas, escuchadas directamente en juicio por este Tribunal), de los múltiples contactos entre el acusado Victorio , Cabo 1º de la Guardia Civil y el citado acusado Juan Ramón , a éste no le quedó más remedio que admitir la realidad de dichos contactos, dando una explicación inverosímil al motivo de los mismos. Como quiera que igualmente está acreditado tanto documentalmente por la auditoría interna que lleva a cabo la propia G. Civil (ratificada en juicio oral por el Tte. Coronel Sr. Ezequiel), como testificalmente por los muchos agentes de la Guardia Civil que así lo indicaron en el acto del juicio oral, que el Sargento 1º Juan Ramón , acusado, consultaba multitud de antecedentes policiales de personas, a instancia del acusado Victorio , el Cabo 1º, a quien a su vez se lo solicitaba Armando , el citado acusado Juan Ramón admitió que, en varias ocasiones, el otro acusado G. Civil, Victorio , le había solicitado colaboración para que personas que provenían de países sudamericanos pasaran el control del aeropuerto de Barajas sin problemas. Es decir el acusado Juan Ramón reconoce que en varias ocasiones, a instancia de Victorio , dejó pasar de manera indebida los controles del aeropuerto a varias personas. A tenor de la investigación llevada a cabo, al menos tales hechos se produjeron en cuatro ocasiones, además de la que nos ocupa. Eso sí, de manera inverosímil y por las razones que expondremos, Juan Ramón afirma que dejaba pasar a dichas personas previa petición de Victorio , pero sólo en la creencia que dichas personas iban con un problema de documentación incompleta y que además lo hizo sin recibir nada a cambio. Es por ello, afirma Juan Ramón , que también consultaba con tal finalidad la base de datos SIGO (de antecedentes policiales de la G. Civil), por sí mismo o a través de sus subordinados en el Cuerpo. Tal versión de los hechos es inverosímil por varias razones. La primera por una razón de lógica aplastante y es que resulta absolutamente increíble que un Guardia Civil, siendo además uno de los máximos responsables del control del aeropuerto (no es un miembro más del servicio de inspección fiscal del aeropuerto, sino un mando, un suboficial), entienda que deja pasar a personas, por indicación de otro agente, y que lo hace sólo porque tienen un pequeño problema de documentación. El acusado lleva de servicio en el aeropuerto desde el año 2002 y por tanto no puede ignorar que el aeropuerto de Barajas es el punto de entrada de droga más importante de España y posiblemente de toda Europa Occidental. Por tanto si alguien le pide "hacer la vista gorda" con la entrada de alguien a través del control del aeropuerto, no hace falta ser especialmente perspicaz como para concluir que su colaboración necesaria para sobrepasar dicho control es precisamente porque lo que se transporta es droga, no porque se viaja con documentación escasa. Estaríamos y mucho más tratándose, ni más ni menos, que de uno de los mandos policiales de control del aeropuerto, con más de catorce años de servicio en el establecimiento y muchos más de pertenencia a la Guardia Civil. Añade el Tribunal de instancia que por los datos objetivos con los que se cuenta es evidente que conoce la ilicitud del



acto que lleva a cabo y aún cuando puede no tener conciencia exacta de la cantidad de lo que se transporta y de la pureza, sí tiene conocimiento de lo que en verdad es transportado, asume su contenido y no indaga porque no lo interesa. El acusado Juan Ramón admite, como no podía ser de otro modo por la evidencia, que recibió el encargo de Victorio de "pasar" al pasajero Fructuoso por la Sala Premium, según Juan Ramón sólo porque su documentación era escasa. Afirma Juan Ramón que para ello recibió en la escalerilla del avión al citado Fructuoso y le acompañó o escoltó a la Sala Premium, trasladándose Fructuoso en el transporte exclusivo que a tal efecto tiene Iberia y escoltando Juan Ramón en el coche oficial Nissan Pathfinder de la Guardia Civil al citado Fructuoso. Siguió diciendo Juan Ramón que le recogió de dicho transporte a Fructuoso, lo introdujo en la Sala Premium y que le dijo a los agentes de Policía Nacional y a la vigilante, de servicio en dicho lugar, que el pasajero Fructuoso era un Coronel de los cuerpos de seguridad colombianos, que iba a una reunión urgente con la Guardia Civil en la Dirección General y que tenía prisa. Pues bien es obvio que tanto Fructuoso como Juan Ramón sabían lo que en verdad transportaba Fructuoso, porque, desde el primer momento Juan Ramón simula que Fructuoso es oficial de la Policía o el Ejército colombiano, saludándolo militarmente (como puede verse en la grabación altamente ilustrativa) y contestando Fructuoso también con el saludo militar, pese a que no es en la actualidad militar, ni perteneciente a cuerpos de seguridad colombianos y lo que es más importante, la prueba evidente de que la colaboración de Juan Ramón no consistía en evitar el control de documentación de Fructuoso, sino en evitar el control de la droga que el mismo traía, es que, como puede verse en la grabación, la Policía Nacional controla efectivamente la documentación de Fructuoso y justamente lo que no controlan y no lo hacen por indicación expresa de Juan Ramón, es su equipaje que, como puede verse en la grabación, no pasa por el scanner. En el equipaje, ni que decir tiene, iban los trece kilos de cocaína. Es decir la conducta de Juan Ramón lo que evita no es el control de pasaporte y documentación, que se lleva a cabo, sino el control del equipaje, lo que acredita que conocía perfectamente que lo debía evitarse era el control de equipaje y no el control de pasaporte o documentación. Por otra parte resulta absurdo pensar que Juan Ramón tenía como cometido evitar el control de documentación, cuando Fructuoso es persona residente en España, sin antecedentes policiales, lo que por cierto se encargó de comprobar el propio Juan Ramón, con su documentación en regla, permiso de residencia y de trabajo, todo en plazo de vigencia. Es evidente y de nuevo remitimos a la claridad de la grabación del momento en que Juan Ramón evita el control del equipaje del pasajero y acusado Fructuoso, la conducta de Juan Ramón era la de evitar dicho control del equipaje y además lo consigue, por lo que está acreditado que sabía perfectamente lo que Fructuoso transportaba, pues caso contrario habría tratado de evitar también el control de documentación o al menos no habría evitado el control del equipaje. Al acusado Fructuoso se le ocupa en el interior del equipaje que portaba y concretamente en una maleta tipo trolley y en la funda de un ordenador los quince paquetes conteniendo la droga incautada. La ocupación de dicha droga en su poder se produce cuando el acusado Fructuoso viajaba en un taxi que acababa de coger (puede verse en la grabación), justo a la salida de la Sala Premium, escoltándole Juan Ramón hasta la puerta del mismo taxi. Sigue diciendo el Tribunal de instancia que la presunción de inocencia de Victorio y Armando igualmente queda desvirtuada de manera clara, evidente y palmaria. Si Juan Ramón reconoce que quien le pide el favor de pasar a dichas personas es Victorio, el Cabo 1º, y así aconteció por cierto con el acusado Fructuoso y ha quedado plenamente acreditado que Juan Ramón sabía que dichas personas transportaban droga, es obvio que Victorio con más razón conocía tal extremo. Pero es que, a mayor abundamiento, Victorio es la pieza clave del entramado pues de las conversaciones telefónicas, tanto de las escuchadas en el acto del juicio oral, como de las transcritas y averdadas por el Letrado de la Administración de Justicia, se infiere y basta para ello simplemente escuchar, que era el encargado de tratar con Armando, siendo así que Armando le facilitaba los datos de las personas que iban a pasar el paso fronterizo y a su vez Victorio pasaba estos datos al "jefe" (así le denomina a Juan Ramón en varias conversaciones), quien comprobaba los antecedentes y además hacía coincidir dichos "transportes" con su turno de servicio en el aeropuerto. Los contactos entre Armando y Victorio eran personales y por teléfono y además constantes en las fechas inmediatamente anteriores a los hechos. Así se acredita por los seguimientos, ratificados en el acto del juicio oral por los agentes del SAI y por la incorporación al plenario de las fotografías, en las que se ve a ambos juntos. El contenido de las conversaciones entre Victorio y Juan Ramón y entre Armando y Juan Ramón, son tan claros y explícitos que no merecen mayor comentario que su mera escucha. Incluso se llegó a detectar físicamente y a través del teléfono como Armando y Victorio, junto con una tercera persona, el día 6 de Abril de 2015, llegaron a comprar un traje en un centro comercial a uno de los posibles correos para que su aspecto fuera lo menos sospechoso posible, dando cuenta del resultado posteriormente Victorio a Juan Ramón. Tras muchas de las reuniones entre Armando y Victorio, éste acudía al encuentro de Juan Ramón, sin duda para darle cuenta directa de la gestión. En dos ocasiones los agentes del SAI, llegaron a detectar a Juan Ramón presente a cierta distancia en tales reuniones, pero sin participar en las mismas, es decir, llevando a cabo funciones de contravigilancia o control. A título de ejemplo cabe destacar, entre las conversaciones la de fecha 14 de Marzo de 2015 sobre las 1,06 entre Armando y Victorio, en la que hablan de una de las fechas de posible envío de un correo de droga para el día "23". Comentan la necesidad de obtener un billete de avión ya, que es urgente, que hay mucho "mosqueo". A las pocas horas del mismo día 14 de Marzo Victorio le dice a



Armando que el Jueves hay que aprovecharlo como sea, ya que ese día estaba Juan Ramón de servicio. En muchas conversaciones la mecánica es muy parecida, Armando da unos datos a Victorio de una persona que pueda hacer de correo y Victorio se lo comunica a Juan Ramón que consulta por sí mismo en SIGO o a través de sus subordinados la idoneidad del correo (por no tener antecedentes claro). En otra conversación, del día 1 de Abril de 2015, Juan Ramón comenta a Victorio la necesidad de hacer pasar a dichos correos por personas que simulen ser empresarios o que simulen ser funcionarios de la administración colombiana para dar mejor imagen y poder levantar menos sospechas. Conversación de 6 de Abril de 2015 Juan Ramón y Victorio comentan la incidencia de la compra del traje, afirmando Victorio que lo ha comprado él y que dicha persona va a ir muy bien, bien arreglado, con el pelo correcto, algo bajito pero que cuando le "veas verás que bien". Conversación del 15 de Abril de 2015 Juan Ramón y Victorio hablan de una persona que "se me ha escapado" "me han dicho que venía sin nada". Victorio comunica con Armando el día 14 de Mayo y le comenta que la segunda operación que le va a hacer era el 22, que no tiene porqué ser la primera operación, en la segunda es más complicada y termina diciendo que "prefiere operarla el primer día". Obviamente no dedicándose Victorio a ningún tipo de profesión sanitaria es evidente a que se refería. En la conversación siguiente del día 14 de Mayo, Armando y Victorio negocian las condiciones y las fechas de un posible envío. Comentan ¿cuánto tardarán? y contesta: "doce minutos en pasar". Expresión que no tiene sentido, si no fuera porque en todas las conversaciones el término minutos hace referencia a los kilos de droga. En conversación de Victorio con Juan Ramón de 21 de Mayo, Victorio le pide a Juan Ramón que mire los datos de una persona, de un tal Gaspar y Juan Ramón comprueba en Sigo tales datos, lo que, como más adelante veremos tiene mucha importancia. El mismo día de la detención de Fructuoso, el 10 de Julio, Armando y Victorio hablan y se comunican en relación a si Fructuoso ha salido o no, comentan posteriormente cuando ha llegado y además le dice Armando a Victorio que le manda una foto. Seguidamente Victorio contacta con Juan Ramón y le dice que ya está hecho y comenta Juan Ramón "ya allí lo veo venga". Como decimos lo anterior queda reseñado a mero título de ejemplo, pues se trata de muchos minutos de conversación entre Armando y Victorio, principalmente, contactando muy a menudo para concertar citas, que posteriormente se comprueban en los seguimientos, para comentar detalles sobre los envíos, condiciones económicas, comunicación de nombres y datos de personas para luego transmitirlos Victorio a Juan Ramón y éste comprobarlos en Sigo y a su vez Victorio comunicando tales datos o los problemas que pudieran surgir a Armando. Tales conversaciones, contactos y comunicaciones entre Armando y Victorio, además de su contenido en sí mismo que relacionado con el contexto es muy clara, no tienen otra explicación que la actividad delictiva a la que ambos se dedicaban y que culmina con la detención en flagrante delito del último correo que consigue pasar el puesto fronterizo, Fructuoso. Y ello porque tanto Victorio como Armando se negaron a contestar en el acto del juicio oral y en el acto del plenario a ninguna de las preguntas que se les pudieran haber hecho, no pudiendo ofrecer a este Tribunal otra explicación a dichas conversaciones y encuentros, por lo demás, como decimos, suficientemente explícitos en sí mismos. A lo largo de tales conversaciones perfectamente puede verse cual era la mecánica. Armando tenía a personas por encima (Darío) que eran quienes tomaban las decisiones sobre los envíos y las condiciones económicas que a modo de compensación debían recibir los agentes. A Armando se le iban facilitando nombres y datos de personas para posibles envíos. Victorio recibía de Armando tales datos, los ponía en conocimiento de Juan Ramón, éste consultaba en SIGO e iban diseñando la operación para que coincidiera con la fecha en que Juan Ramón estaba de servicio, dando instrucciones Juan Ramón sobre la conducta que debían adoptar los correos, como debían ir vestidos, qué profesión era conveniente que simularan. Tales datos se reportaban de nuevo a Armando e iban centrando los envíos, siendo así que el último de ellos, sin que haya podido acreditarse que los anteriores finalmente se llevaran o no a cabo, fueron sorprendidos de manera flagrante, Fructuoso con la droga, Juan Ramón facilitando que Fructuoso pasara los controles sin que el equipaje fuera examinado en el scanner, Armando pasando la foto de Fructuoso a Victorio, Victorio le pasa la foto de Fructuoso a Juan Ramón y éste se deja precisamente la foto de Fructuoso en el Nissan Pathfinder. Victorio es detectado y detenido además ese día en el aeropuerto teniendo visión directa de la Sala Premium. Armando es detenido a la salida de su domicilio cuando está esperando noticias de lo que posteriormente resultó ser la operación frustrada por el SAI.

Lo que se acaba de dejar expuesto es bien expresivo de la correcta convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que han existido pruebas de cargo, constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y razonablemente valoradas que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado por el ahora recurrente Armando.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se renuncia a este motivo.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías sin que se pueda producir indefensión, a la presunción de inocencia, reconocidos en el artículo 24.1 de la Constitución, en relación a los artículos 11.1, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se renuncia a este motivo.

SEXTO.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 368 y 369.1.5 del Código Penal.

Se alega la ausencia del elemento subjetivo del delito contra la salud pública ya que debe concurrir el animus o propósito de poseer la droga para destinarla al consumo de terceros. Y se dice que el recurrente ni ha tenido ni la posesión inmediata y mediata de la droga ni existe prueba de dicha tenencia.

El motivo se formaliza por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Y los hechos que se declaran probados se subsumen, sin duda, en el delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia.

Carece de todo fundamento cuestionar el propósito de destinar la cocaína intervenida al consumo de terceras cuando y el conocimiento de ese destino cuando se declara probado que se había integrado en un grupo de personas constituido de manera concertada y persistente para la introducción y venta en España de cocaína procedente de Sudamérica y se describe una operación en la que se había puesto de acuerdo con los otros acusados para introducir más de 13 kilos de cocaína con una pureza superior a los 8 kilos, por lo que asimismo procedía apreciar la agravante de cantidad de notoria importancia.

No se han producido las infracciones legales denunciadas y el motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción del artículo 570 ter 1 b) del Código Penal.

Se niega la concurrencia de los elementos que caracterizan el delito de pertenencia a grupo criminal.

Por lo que respecta al delito de integración en grupo criminal, los hechos que se declaran probados, que deben ser rigurosamente respetados, describen cuantos elementos son precisos para afirmar dicha conducta delictiva como correctamente se declara por el Tribunal de instancia.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar igual infracción legal invocada en un anterior recurso. Como se señala por el Tribunal de instancia nos hallamos ante la unión de cinco personas que de manera organizada, jerarquizada, estable (al menos se tiene constancia de su existencia desde Noviembre de 2014 hasta Julio de 2015), distribución de papeles o roles, coordinación, empleo de comunicaciones entre ellos y cierta idea de continuación en la actividad delictiva, si no hubieran sido sorprendidos in fraganti, se dedican al tráfico de drogas, conductas que se subsumen en el delito de integración en grupo criminal apreciado en la sentencia recurrida.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 66.6º, en relación a los artículos 368 y 369.1.5, todos del Código Penal.

Se dice vulnerado el principio de proporcionalidad en la individualización de la pena impuesta, ausencia de la debida motivación en esa individualización y que la pena impuesta es superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

En relación a la motivación de la pena impuesta al ahora recurrente el Tribunal de instancia explica su individualización señalando que debe imponerse 8 años y 6 meses de prisión por delito contra la salud pública y 1 año y 6 meses de prisión por delito de pertenencia a grupo criminal, aún no concurriendo circunstancias modificativas (artículo 66.16 del C. Penal). Se añade que en Armando no concurre la agravación específica



del artículo 369.1.1 del C. Penal, pero sí la del artículo 369.1.5 del mismo texto legal. En su caso (y aún cuando no concurren circunstancias modificativas) la pena se justifica por la extrema gravedad del delito cometido, dentro del tráfico de drogas de notoria importancia, por la persistencia de su conducta y el hecho de no limitarse a un solo envío (pues se detectaron al menos otros cuatro intentos) y por la gran cantidad de droga que se introdujo en territorio nacional, más de ocho kilos de cocaína. Por otra parte Armando, como hemos señalado, es pieza clave en el entramado, pues es la persona que transmite las órdenes que recibe de sus superiores a los agentes implicados, es decir, no es un mero eslabón más o un simple transportista de droga o una simple persona encargada de dar seguridad, sino mucho más. Lo mismo cabe indicar en cuanto a la extensión de la pena de multa y la pena que se ha fijado por la pertenencia a grupo criminal.

Existe, pues, una suficiente explicación de las razones que se han tenido en cuenta para concretar las penas impuestas a este acusado.

Se denuncia asimismo, en este mismo motivo, vulneración del principio acusatorio, afirmándose que se ha impuesto una pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

Examinado el escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal puede comprobarse que, en relación al delito contra la salud pública, se solicita respecto a este acusado una pena privativa de libertad de ocho años de prisión. En el acto del juicio oral se elevó a definitivo el escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal y en relación a ese delito contra la salud pública la sentencia recurrida ha impuesto al ahora recurrente una pena de ocho años y seis meses de prisión. Respecto a las demás penas impuestas, no se superan en la sentencia recurrida las penas solicitadas para este acusado por el Ministerio Fiscal.

Así las cosas, la pena de prisión impuesta a Armando por el delito contra la salud pública supera en seis meses la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, que es la única parte acusadora.

Esta Sala ha examinado en tres Plenos no jurisdiccionales los efectos del principio acusatorio sobre la individualización de las penas. El primero, celebrado el día 14 de julio de 1993, admite excepciones al límite que representa la pena solicitada por las acusaciones, un segundo, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, excluye toda excepción, y un tercero, celebrado el día 27 de noviembre de 2007, examina los supuestos de error u omisión en relación al principio acusatorio.

Así, en el Pleno no jurisdiccional celebrado el día 14 de julio de 1993 se examinó el texto del artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 789.3 en el texto ahora vigente) y en concreto el extremo en el que se decía que "la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones..." y su relación con el principio acusatorio. En dicho Pleno se tomó el siguiente Acuerdo: **"Posibilidad de que se imponga una pena privativa de libertad de duración real superior a la pedida por las acusaciones, pero dentro de la señalada por la Ley al delito y siempre que se motive esa discrepancia"**.

Por el contrario, en el Pleno no jurisdiccional, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se vuelve a examinar la misma cuestión del sometimiento al límite que representa la pena más grave de las solicitadas por las acusaciones y tras el debate correspondiente, en el que se analizó el alcance del artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se tomó el siguiente Acuerdo:

"El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

Y en el Pleno no jurisdiccional, celebrado el día 27 de noviembre de 2007, se vuelve a examinar el alcance del principio acusatorio respecto a aquellos supuestos en los que se omite por la acusación la pena mínima prevista por la Ley y se tomó el siguiente Acuerdo:

"El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena."

En el supuesto que examinamos en el presente motivo, como se ha dejado antes expresado, la pena de prisión impuesta al acusado Armando por el delito contra la salud pública excede en seis meses de la solicitada por el Ministerio Fiscal, sin que ese exceso viniera obligado por así exigirlo la pena mínima establecida para ese delito.

En consecuencia y en cumplimiento de lo acordado en los dos últimos Plenos mencionados, debe reducirse la pena de prisión de ocho años y seis meses impuesta en la sentencia recurrida al ahora recurrente a ocho años de prisión, que fue lo solicitado por el Ministerio Fiscal.



Con este alcance, el motivo debe ser parcialmente estimado.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Darío

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se alega la ausencia de pruebas de cargo y se rechaza como prueba la presencia de un DNI cuyo titular desmintió las acusaciones que recaen sobre el ahora recurrente.

Se declara probado, entre otros extremos y en los que se refiere al ahora recurrente, que Victorio , Cabo 1º de la Guardia Civil con destino en la Sala de Operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil y desde el mes de Mayo de 2015 con destino en la Sección Fiscal del Aeropuerto de Barajas, Juan Ramón , Sargento 1º de la Guardia Civil con destino desde el año 2012 en la Sección Fiscal del Aeropuerto de Barajas, Armando y Darío , ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública en sentencia firme de fecha 20 de Julio de 2006 a pena de 10 años de prisión, formaban un conjunto de personas constituido de manera concertada y persistente para la introducción y venta en España de cocaína procedente de Sudamérica. Con ocasión de ello mantuvieron constantes y frecuentes contactos entre ellos, al menos desde Marzo de 2015, tanto telefónicamente como de manera directa y presencial, reuniéndose en diversos lugares y establecimientos, con el fin de conseguir la traída a España de cantidades de cocaína procedentes del continente americano. Darío era quien daba instrucciones a Armando sobre posibles envíos y éste, a su vez, facilitaba a Victorio los nombres y apellidos de las personas que iban a ser enviadas con droga a España. Victorio en su condición de Guardia Civil, amigo y compañero de Juan Ramón , daba a éste último los nombres y datos de las posibles "mulas" o "maleteros" (correos de droga), siendo la función de Juan Ramón , en su condición de Guardia Civil de servicio en el Aeropuerto de Barajas, facilitar la entrada de dichos correos en el país, sin pasar los controles. Además tanto Juan Ramón como Victorio , aprovechando su condición de Guardias Civiles consultaban por sí mismos o a través de colaboradores que ignoraban la trama, las bases de datos de la Guardia Civil (SIGO), para comprobar los antecedentes policiales de los posibles "muleros" y valorar así su idoneidad. De este modo entre los meses de Marzo de 2015 y Julio de 2015 y tras varios intentos, el día 10 de Julio de 2015 sobre las 10,05 horas llegó al Aeropuerto Adolfo Suárez de Madrid-Barajas en vuelo NUM000 procedente de Bogotá (Colombia), Fructuoso quien portaba en una maleta 15 paquetes que contenían una sustancia que convenientemente analizada resultó ser cocaína con un peso bruto de 13.449 gramos y un peso neto de 8.458,63 gramos con una pureza entre el 80,2% y el 29,8%.

Para alcanzar la convicción que queda reflejada en el relato fáctico que acaba de ser expuesto, el Tribunal de instancia explica con suficiente detalle las pruebas de cargo que ha podido valorar para describir la relevante participación del ahora recurrente en los hechos que han sido enjuiciados.

Así, se señala en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, entre otras razones, que los hechos declarados probados se infieren de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y público, consistentes éstas en la propia declaración de aquellos acusados que optaron por declarar, en las manifestaciones testificales no sólo de los agentes actuantes de asuntos internos que llevaron a cabo la investigación, sino en la persona de otros funcionarios policiales (miembros del Cuerpo Nacional de Policía), en la persona de vigilantes de seguridad del aeropuerto y otro tipo de testigos, en la abundante, completa y extensa prueba documental obrante en las actuaciones e incorporada al plenario por su reproducción directa en el juicio oral (grabaciones audiovisuales del delito flagrantemente cometido, reportajes fotográficos, escuchas telefónicas que directamente fueron oídas por este Tribunal) y prueba pericial, en especial análisis de la droga intervenida determinando su naturaleza, peso y porcentaje de pureza y tasación pericial del valor de la droga incautada. Partimos de una realidad innegable, que no ha sido como tal puesta en entredicha por ninguna de las defensas y es que, como culminación de la larga investigación llevada a cabo, se detuvo en el aeropuerto de Barajas a Fructuoso portando droga en un taxi que acababa de tomar en la puerta de la Sala Premium de la T-4, siendo así que en el equipaje de Fructuoso iba una importante cantidad de droga, en concreto quince paquetes de cocaína, con un peso bruto de unos 13 kilos de droga y un peso neto de 8 kilos de dicha sustancia. El propio Fructuoso , acusado, reconoce que portaba dicho equipaje y que en el equipaje iba esa cantidad de droga, pero negó, como suele ser habitual en estos casos, que supiera que portaba exactamente cocaína. Dicha realidad evidente, además de reconocida por el citado Fructuoso y por los agentes que le detuvieron, aparece documentada mediante la grabación de la secuencia en la que se ve al citado Fructuoso bajando del microbús que le traía directamente y en exclusiva de la escalerilla del avión, siendo saludado militarmente por el también acusado Juan Ramón , Sargento 1º de la Guardia Civil y vestido de uniforme, se ve como entran juntos en la Sala Premium, como el Sargento consigue que el citado Fructuoso no pase el control de equipaje a través del escáner y como le acompaña hasta coger el taxi, justo a la salida de la Sala Premium. Francamente la grabación que fue visionada directamente por este Tribunal en el acto del juicio oral y a presencia de las partes,



deja pocas dudas sobre dicha realidad inicial de la que hemos de partir y que representa en suma la culminación de la actividad delictiva coordinada, deliberada, elaborada y organizada que llevaban a cabo todos los acusados como a continuación explicaremos. Como decimos junto a dicha realidad cuya evidencia es insoslayable, como en pocas ocasiones, contamos con la declaración del acusado Juan Ramón , Sargento 1° de la Guardia Civil, que , a decir verdad, no puede calificarse sino de autoinculpatoria, sin perjuicio del abrumador bagaje probatorio que se ventiló en el acto del juicio oral y que destruye la presunción de inocencia de los acusados más allá de toda duda razonable. A la vista de la realidad documentada y acreditada por el contenido de las conversaciones telefónicas (unas transcritas y averdadas por el Sr. Letrado Judicial del Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid y otras, las más significativas, escuchadas directamente en juicio por este Tribunal), de los múltiples contactos entre el acusado Victorio , Cabo 1° de la Guardia Civil y el citado acusado Juan Ramón , a éste no le quedó más remedio que admitir la realidad de dichos contactos, dando una explicación inverosímil al motivo de los mismos. Como quiera que igualmente está acreditado tanto documentalmente por la auditoría interna que lleva a cabo la propia G. Civil (ratificada en juicio oral por el Tte. Coronel Sr. Ezequiel), como testificalmente por los muchos agentes de la Guardia Civil que así lo indicaron en el acto del juicio oral, que el Sargento 1° Juan Ramón , acusado, consultaba multitud de antecedentes policiales de personas , a instancia del acusado Victorio , el Cabo 1°, quien a su vez se lo solicitaba Armando , el citado acusado Juan Ramón admitió que en varias ocasiones , el otro acusado G. Civil, Victorio , le había solicitado colaboración para que personas que provenían de países sudamericanos pasaran el control del aeropuerto de Barajas sin problemas. Es decir el acusado Juan Ramón reconoce que en varias ocasiones, a instancia de Victorio , dejó pasar de manera indebida los controles del aeropuerto a varias personas. A tenor de la investigación llevada a cabo, al menos tales hechos se produjeron en cuatro ocasiones, además de la que nos ocupa. El acusado Juan Ramón admite, como no podía ser de otro modo por la evidencia, que recibió el encargo de Victorio de "pasar" al pasajero Fructuoso por la Sala Premium. Fructuoso reconoció en el acto del juicio oral que efectivamente transportaba la droga. Victorio es la pieza clave del entramado pues de las conversaciones telefónicas, tanto de las escuchadas en el acto del juicio oral, como de las transcritas y averdadas por el Letrado de la Administración de Justicia, se infiere y basta para ello simplemente escuchar, que era el encargado de tratar con Armando , siendo así que Armando le facilitaba los datos de las personas que iban a pasar el paso fronterizo y a su vez Victorio pasaba estos datos al "jefe" (así le denomina a Juan Ramón en varias conversaciones), quien comprobaba los antecedentes y además hacía coincidir dichos "transportes" con su turno de servicio en el aeropuerto. Los contactos entre Armando y Victorio eran personales y por teléfono y además constantes en las fechas inmediatamente anteriores a los hechos. Así se acredita por los seguimientos, ratificados en el acto del juicio oral por los agentes del SAI y por la incorporación al plenario de las fotografías, en las que se ve a ambos juntos. El contenido de las conversaciones entre Victorio y Juan Ramón y entre Armando y Juan Ramón , son tan claros y explícitos que no merecen mayor comentario que su mera escucha. El mismo día de la detención de Fructuoso , el 10 de Julio, Armando y Victorio hablan y se comunican en relación a si Fructuoso ha salido o no , comentan posteriormente cuando ha llegado y además le dice Armando a Victorio que le manda una foto. Seguidamente Victorio contacta con Juan Ramón y le dice que ya está hecho y comenta Juan Ramón "ya allí lo veo venga".

Se añade que a lo largo de tales conversaciones perfectamente puede verse cual era la mecánica. Armando tenía a personas por encima (Darío) que eran quienes tomaban las decisiones sobre los envíos y las condiciones económicas que a modo de compensación debían recibir los agentes. A Armando se le iban facilitando nombres y datos de personas para posibles envíos. Victorio recibía de Armando tales datos, los ponía en conocimiento de Juan Ramón , éste consultaba en SIGO e iban diseñando la operación para que coincidiera con la fecha en que Juan Ramón estaba de servicio, dando instrucciones Juan Ramón sobre la conducta que debían adoptar los correos, como debían ir vestidos, qué profesión era conveniente que simularan. Tales datos se reportaban de nuevo a Armando e iban centrando los envíos, siendo así que el último de ellos, sin que haya podido acreditarse que los anteriores finalmente se llevaran o no a cabo, fueron sorprendidos de manera flagrante, Fructuoso con la droga, Juan Ramón facilitando que Fructuoso pasara los controles sin que el equipaje fuera examinado en el escanner, Armando pasando la foto de Fructuoso a Victorio , Victorio le pasa la foto de Fructuoso a Juan Ramón y éste se deja precisamente la foto de Fructuoso en el Nissan Pathfinder. Victorio es detectado y detenido además ese día en el aeropuerto teniendo visión directa de la Sala Premium. Armando es detenido a la salida de su domicilio cuando está esperando noticias de lo que posteriormente resultó ser la operación frustrada por el SAI.

Se señala en ese fundamento jurídico que en relación a **Darío** el material probatorio es igualmente claro y evidente, si bien, lógicamente por su posición superior en el escalón jerárquico, su participación en los hechos no es tan directa como Armando o Victorio . Darío es citado en varias conversaciones entre Armando y Victorio , por ejemplo la de 14 de Marzo de 2015 y además es visto en seguimientos del SAI, teniendo no menos de dos reuniones con Armando y Victorio . Darío reconoce dichos contactos, reconoce dichos encuentros



y reuniones (no puede negarlo dada la evidencia documental de los mismos), pero lo atribuye a su interés por vender coches, sin que haya quedado acreditado de ningún modo que se dedique a la venta de vehículos.

Darío es detenido cuando se dirigía al domicilio de Armando , sin duda a recoger la droga. Al ver a los agentes en la zona trata de escabullirse, así lo manifiestan los agentes que le detuvieron (agente NUM005 , agente NUM006) en el acto del juicio oral. Se esconde en los baños de un bar y finalmente es detenido, arrojando a una papelería uno de los varios móviles que portaba. Se registra su vehículo y el resultado (ver acta de inspección del mismo al folio 4095 , Tomo XIII, ratificada por el agente NUM006) es demoledora para su presunción de inocencia. En dicho registro del vehículo se encuentra una fotocopia del DNI de Gaspar . Se da la circunstancia que dicha persona, Gaspar , aparece en las conversaciones como una de las que Victorio solicita a Juan Ramón que compruebe en la base de datos SIGO, con la finalidad de que se examinara si el mismo tenía antecedentes o no y por tanto si podía despertar sospechas ante un posible envío (conversación del 21 de Mayo), es decir era un "candidato a correo de droga". A mayor abundamiento compareció al acto del juicio oral el citado Gaspar y manifestó que efectivamente conocía a Darío , pero que le conocía de haberle encargado la compra de un coche, compra que resultó fallida perdiendo 300 euros el citado Gaspar , pese a lo cual y así le preguntó el M. Fiscal, no formuló reclamación ni denuncia alguna. Esa es la explicación, sin mayor fundamento, que ofrecen Gaspar y Darío para justificar que Darío tuviera la documentación de Gaspar . Ahora bien, sin perjuicio de que precisamente Victorio , a instancias de Armando , solicitara a Juan Ramón que comprobara, meses antes los antecedentes penales de Gaspar , resulta que Gaspar admitió que ha hecho dos viajes a Colombia en los últimos meses, pese a no tener trabajo (argumentando que tiene dinero ahorrado de la "herencia" de sus padres) y que en uno de tales viajes fue precisamente el Sargento 1º Juan Ramón , quien le controló a su entrada en el aeropuerto de Barajas, afirmando (como no), que no le encontró el Sargento nada de droga en la maleta, lo cual es absolutamente lógico pues dicho Sargento 1º ya sabía perfectamente por los datos que le habían facilitado, que Gaspar iba a pasar el control procedente de Colombia. Es evidente que nunca vamos a poder saber si efectivamente Gaspar traía en ese viaje, controlado por Juan Ramón , droga en la maleta por razones obvias, pero es significativo que Juan Ramón consultara en Sigo los datos de Gaspar , que se lo pidiera Victorio a instancia de Armando y que para cerrar el círculo aparezca fotocopia del DNI de Gaspar en el coche de Darío cuando éste es detenido, dos meses después. Por otra parte Darío no da explicación razonable de qué hacía en el portal de Armando , limitándose a afirmar "que había quedado con un gitano", del que no aporta más datos y es también relevante, sin perjuicio de que se pueda utilizar o no como elemento incriminatorio, lo que el agente NUM007 , que detuvo a Darío , señaló en juicio y es que el citado agente manifestó que Darío al ser detenido le dijo: "ahora tengo una deuda y la deuda se paga con la vida".

La convicción alcanzada por el Tribunal de instancia, tras la valoración de las pruebas a las que se acaba de hacer mención, en modo alguno puede ser calificada de arbitraria, muy al contrario aparece acorde con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Han existido, por consiguiente, pruebas de cargo, constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y razonablemente valoradas que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso se formaliza al amparo del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se discrepa de las intervenciones de uno de los magistrados que solicitó a varios policías si habían existido declaraciones espontáneas del detenido cuando dichos extremos no fueron incluidos en el debate probatorio por la parte acusadora.

El que el Tribunal solicitara aclaración a las declaraciones de algunos de los testigos en modo alguno puede invocarse como quebrantamiento de forma ni puede cuestionarse por ello la imparcialidad del Tribunal, sin que se añada nada más en defensa del motivo ni se sugiera que ello ha afectado al derecho de defensa.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso se invoca infracción del artículo 368 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que el ahora recurrente no era portador de cantidad de droga alguna.

El motivo aparece enfrentado a un relato fáctico que debe ser rigurosamente respetado, al que se ha hecho mención al examinar el primer motivo, y en el que se describe la relevante participación del ahora recurrente en importantes operaciones de introducción de cocaína en España, sin que el delito contra la salud pública por el que ha sido condenado exija, como requisito, el contacto material con la droga.

La conducta del recurrente, que evidencia el dominio funcional sobre la operación de entrada en España de tan importante cantidad de cocaína. se subsume, sin duda, en el delito de tráfico de sustancias estupefacientes,



de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, correctamente apreciado en la sentencia recurrida, no produciéndose la infracción legal denunciada.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Fructuoso

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a los artículos 238 y 240 de la misma Ley Orgánica, se dicen vulnerados los artículos 24 y 18.1 y 3 de la Constitución.

Se alega que la defensa del ahora recurrente se interesó el acceso a las diferentes bases de datos de la Policía Nacional y de la Guardia Civil y que la falta de esos datos le han producido indefensión.

Y también se dice que el Ministerio Fiscal, en el curso de la celebración del juicio, reconoció que poseía información en su base de datos, Fortuny, sobre los procesos conexos a éste y que ello supone una vulneración del principio de igualdad de armas. Y en concreto se hace mención de otras diligencias en las que también aparece D. Jesús que es funcionario de policía de Asuntos Internos de la Guardia Civil y se entiende que ese funcionario actuó como agente encubierto y provocó estos hechos.

Ya se han rechazado, al examinar otro recurso, similares invocaciones realizadas por otro de los acusados.

Como allí se dejó expuesto, es de reiterar que el Tribunal de instancia ofrece, en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, las razones por las que no se ha producido la invocada vulneración del derecho a la prueba ni se ha producido indefensión.

Así, se señala en la sentencia recurrida que una segunda batería de cuestiones previas o supuestos defectos formales haría referencia la denegación de determinados medios de prueba, distinguiendo al respecto varias cuestiones:

- a) Denegación de pruebas destinadas a traer a la causa la documentación completa que hubiera en el SAI (Servicio de Asuntos Internos de la Guardia Civil que es el órgano policial encargado de las investigaciones en este procedimiento), sobre la cadena de custodia de la droga intervenida.
- b) Denegación de pruebas en relación al sistema SITEL y la autenticidad de las grabaciones y su transcripción.
- c) Denegación de pruebas en orden a traer a esta causa testimonio de otras actuaciones penales.
- d) Denegación de pruebas en relación a declaraciones testimoniales de personas implicadas en otros procedimientos penales.
- e) No aportación a la causa de documentos propios de la Fiscalía (sistema Fortuny).

Tras hacerse mención a doctrina jurisprudencial en la que se expresa que el derecho a la prueba no supone un derecho indiscriminado e ilimitado ni una obligación correlativa del Juzgador a practicar toda aquella diligencia probatoria que le sea propuesta, toda vez que, para pronunciarse sobre su admisión, la ley procesal le exige efectuar un juicio de ponderación en orden a determinar la necesidad y pertinencia de la misma para lograr el pleno esclarecimiento de los hechos, se señala que por la defensa del acusado Juan Ramón , ahora recurrente, a lo que se adhirió el resto de las defensas, se solicitó se trajera a la causa documentación completa que pudiera obrar en el SAI (Servicio de Asuntos Internos de la Guardia Civil), sobre la custodia de la droga intervenida. No alcanza a entender este Tribunal que sentido tiene que la defensa solicite que se traiga a la causa tal documentación, puesto que si, hipotéticamente la misma no estuviera en la causa, ello beneficiaría naturalmente a la defensa. No obstante y al hilo de la explicación que este Tribunal ofrecerá sobre el material probatorio con que se cuenta y el juicio de inferencia a través del cual se concluyen que determinados hechos han sido probados (fundamento jurídico tercero de esta sentencia), se explicará la razón por la que se considera garantizada la cadena de custodia y la razón, por tanto, por la que es innecesaria y superflua la prueba solicitada. Se añade en ese tercer fundamento jurídico que en orden a la cadena de custodia, la misma aparece perfectamente salvaguardada. Compareció al acto del juicio oral el agente que hizo la interceptación de la droga en el equipaje de Fructuoso y que la entregó en dependencias de la Guardia Civil, agente NUM003 . Compareció igualmente al acto del juicio oral el agente de la Guardia Civil, agente NUM004 , quien reconoció en dicho acto del juicio oral y público su firma en el oficio que obra al folio 4612 , Tomo XV de las actuaciones, que es el oficio de remisión-recepción de la droga en la Inspección de Farmacia donde la misma se analiza. Consta a los folios 4608 a 4611 el análisis de dicha sustancia, ratificado en el acto del juicio oral por los peritos que emitieron el informe. Las partes defensoras, pese a impugnar el citado informe en su escrito de conclusiones, no efectuaron pregunta alguna a los peritos. Si vemos el acta de incautación (folios 3992 a 3994 del Tomo XIII), el acta de recepción y remisión de la droga del folio 4612 y el informe de los folios 4608 a 4611, en los tres casos puede apreciarse la coincidencia de los datos de la incautación en cuanto a



número de paquetes, envoltorios, peso aproximado y textura. Por la defensa de Juan Ramón se insistió, no sólo en la supuesta quiebra de la cadena de custodia, que como vemos no es tal, sino que puso en duda que la sustancia incautada fuera la misma que posteriormente se analiza por el hecho de que en la diligencia inicial la Guardia Civil hable de sustancia "compacta" y el análisis diga que es sustancia en polvo piedra. Es evidente que no existe contradicción entre describir una sustancia como "compacta" en la diligencia inicial de la Guardia Civil cuando incauta la droga y que en el informe de análisis se describa como polvo-piedra. Antes al contrario en el informe de análisis se describe como polvo-piedra, precisamente porque ni es purulenta, ni es dura, es decir, ni es sólo polvo, ni es solo roca, escompacta, como la describe la Guardia Civil en su informe inicial de incautación. Por cierto como todos sabemos por experiencia profesional, normalmente la cocaína pasa por Barajas con dicha textura compacta, que se consigue a base de prensar con mucha fuerza el polvo que es la cocaína. Por la misma defensa se solicitaron pruebas relativas a oficiar al Ministerio del Interior en relación a determinados aspectos del sistema SITEL, pruebas que obviamente fueron denegadas por superfluas. En este punto también se señala en la sentencia recurrida que, en cuanto a la validez del sistema SITEL, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo deja claro la validez y eficacia del sistema que cumple con los requisitos básicos de fiabilidad y control jurisdiccional, manifestado por la aportación de las grabaciones adveradas con firma digital. Se añade que en orden a la transcripción escrita de las grabaciones y su coincidencia con lo escuchado, sin perjuicio de que el acto del plenario de manera directa y a petición del Ministerio Fiscal y de alguna de las defensas, se oyeron dichas grabaciones en sus fragmentos más significativos, lo cierto es que obra al folio 4678 de las actuaciones, Tomo XV, diligencia del Sr. Letrado de la Administración de Justicia adscrito al Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, adverando dichas transcripciones y su coincidencia con lo escuchado en las cintas. A dicha diligencia de comprobación se citó, con escrupuloso respeto por el principio de contradicción, a todas las partes en el proceso, siendo así que sorprendentemente ninguna de ellas acudió a dicho acto y no obstante ahora pretenden ponerlo en entredicho. Tajantemente ha de rechazarse de igual modo esta cuestión previa. Por la defensa de Fructuoso se solicitaron pruebas relativa a traer al presente procedimiento testimonio de otras actuaciones penales que se siguen en otros Juzgados o Tribunales. Si tenemos en cuenta que a Fructuoso se le acusó únicamente por el delito contra la salud pública, y no por el delito de pertenencia a grupo criminal y que la conducta en que el mismo pudiera haber incurrido consistía únicamente en el transporte de la droga ("mulero"), no alcanzamos a entender que sentido tiene traer a la causa testimonio de otros procedimientos penales que no tienen absolutamente ninguna relación con el que nos ocupa. El hecho de que, según la citada defensa, en dichos procedimientos penales pudiera estar implicada alguna de las personas que tangencialmente pudieran salir a colación en las conversaciones telefónicas aportadas como prueba, no implica que dichos procedimientos penales tengan relación con el que nos ocupa y aún en el supuesto caso de que se pudiera hallar relación entre dichas personas imputadas, condenadas o acusadas en dichos procedimientos y las persona acusadas en el presente procedimiento, tampoco tendría sentido su aportación a esta causa. La causa que nos ocupa es muy concreta y se ciñe a unas determinadas conductas en que presuntamente pudieran haber incurrido las personas ahora acusadas. Que estas personas acusadas pudieran tener relación con otras a su vez investigadas, si es que esto es cierto, no implica la necesidad de aportar a estas diligencias todo aquello que han investigado otros Juzgados en relación a esas otras personas. Lo contrario nos llevaría a traer a este procedimiento multitud de causas penales de otros Juzgados y Tribunales, por el mero hecho de verse investigados en aquellos personas que aparecen o puedan aparecer citadas en las muchas horas de conversación telefónica interceptado con los acusados, que, recordemos, son cinco. Por idéntico motivo resulta superfluo, inútil y por tanto no pertinente traer a la causa en calidad de testigos a personas que pudieran haber sido investigadas, acusadas o eventualmente condenadas en dichos otros procedimientos penales, por mucho que alguna de estas personas (un tal Jesús por ejemplo), pudiera aparecer quizás en alguna de las conversaciones interceptadas. Para empezar no está muy claro que en todas las referencias de las conversaciones interceptadas a una tal Simón o Juan Ignacio, se trate del citado Jesús. Podría ser otro Juan Ignacio, al parecer familiar de alguno de los acusados. En segundo término la cita al mismo en las conversaciones es absolutamente tangencial, irrelevante, anecdótica o sencillamente sin sentido para la investigación del hecho cometido. Por último la defensa de Fructuoso en una especie de, (dicho sea con el máximo respeto por el Sr. Letrado y a los meros efectos de ilustrar), "ceremonia de la confusión", argumenta que dicho testigo, al parecer ex guardia civil suspendido o apartado del cuerpo, pudiera ser un agente encubierto que ha provocado el delito. No tiene apoyo alguno en la larga instrucción una afirmación de dicho calibre y, desde luego, ni se ha utilizado agente encubierto alguno en el presente procedimiento, ni se han aportado a la causa elementos probatorios de ningún tipo que tengan su origen en ningún tipo de actividad o información procedente del citado Jesús, más allá de que se le cite en alguna conversación o haya sido visto en compañía de alguno de los acusados. Es por ello que su aportación se considera superflua y así se hizo ver en el auto de fecha 30 de Junio de 2016 en el que se admitían y denegaban determinadas pruebas, sin perjuicio de que la defensa entendiera o no que se había denegado tal prueba y sin perjuicio de que por ello formulara o no la oportuna protesta al hilo de las cuestiones previas. Prescindiendo de dichas meras cuestiones formales que este Tribunal pasa por alto en beneficio del derecho a



la defensa, lo cierto es que la testifical de Jesús es superflua y de ahí que se denegara. Finalmente la defensa de Fructuoso hace protesta formal por la no aportación a la causa de determinada información procedente de la base de datos "Fortuny". La protesta carece del más mínimo fundamento. Dicha base de datos es una mera herramienta de trabajo de la Fiscalía y si la Ilma. Sra. Fiscal ha aportado algún documento procedente de dicha base de datos lo ha sido, precisamente, para facilitar y poner a disposición de las partes dichos datos en aquello que las partes defensoras requirieron. La información no aportada a este Tribunal a través del plenario, como es evidente, ni se ha tenido en cuenta, ni puede tenerse en cuenta, ni se ha aportado. Es decir, en la causa no hay más que lo que en el juicio oral y público se ventiló. Por tanto si hay información en la base de datos Fortuny relativa a este procedimiento, es indiferente, pues dicha información, por lo demás estrictamente legal y posiblemente pública y transparente para las partes, no se ha aportado a este procedimiento, ni tiene sentido que se aporte porque no tiene trascendencia alguna y desde luego no se tendrá en cuenta en modo alguno. En consecuencia y resumiendo, a juicio de este Tribunal no se ha producido quebranto alguno de garantías constitucionales, ni quebranto alguno de las garantías procesales que hubieran podido producir indefensión a ninguna de las partes, por lo que se está en condiciones de explicar los motivos por los cuales, de manera clara y apabullante, se ha desvirtuado la presunción de inocencia de los acusados y las consecuencias penales que dichas conductas acreditadas tienen.

Por lo que se acaba de dejar expuesto, el Tribunal de instancia explica correctamente las razones por las que se rechazaron, por inútiles, determinadas pruebas solicitadas por las defensas.

Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 498/2016, de 9 de junio, que el derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba pertinentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim, aunque la invocación del primero no permite orillar las exigencias contenidas en el segundo precepto. Es, pues, un derecho fundamental, aunque no sea un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino solo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC 70/2002, de 3 de abril). La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 de la LECrim en su redacción actualmente vigente, (anteriores artículos 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado, y haciendo constar su oposición a la denegación a efectos de ulterior recurso en la forma prevista en el artículo 37.d) de la LOTJ, cuando se trate de procedimientos ante ese Tribunal. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características. Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS no 1591/2001, de 10 de diciembre y STS no 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS no 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa. Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas



en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, las pruebas rechazadas a las que se refiere el recurrente, por las fundadas razones que se explican en la sentencia recurrida, en modo alguno eran necesarias y su rechazo no ha afectado al derecho de defensa de los acusados.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 368, 369.1.5, 16 y 62, todos del Código Penal.

Se alega que la interpretación de las normas que se dicen infringidas debe conducir a apreciar una tentativa inidónea de delito contra la salud pública ya que la intervención del ahora recurrente se produce cuando las investigaciones están casi concluidas y que no tuvo la disposición material de la droga ya que desde el principio estuvo bajo control policial.

El Tribunal de instancia rechaza la misma alegación, y se expresa que nuestro Tribunal Supremo ha venido distinguiendo lo que entiende por delito imposible y por tentativa inidónea absoluta, que son aquellos en los que el hecho no puede producirse por imposibilidad, al no existir objeto (delito imposible) o por la utilización de medios con los que es imposible que se produjera el resultado (tentativa inidónea absoluta), que no son punibles, de lo que denomina el propio Tribunal Supremo tentativa inidónea relativa, en la que objetivamente el plan diseñado por el autor podría haber prosperado, pero que por una circunstancia concreta, no prevista por el autor, se hace imposible en ese momento concreto, siendo así, que en este último caso la tentativa sí es punible al amparo de lo señalado en el artículo 16 del C. Penal. A su vez constante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (véanse Sentencias de 13.3.00; 5.12.02; 12.12.01; 11.4.02; 5.3.01; 9.6.16...) ha venido diseñando la doctrina sobre el grado de ejecución en el delito contra la salud pública. En general el tipo penal, configurado como un delito de riesgo en abstracto, excluye la posibilidad de grados de ejecución en tentativa, si bien se vienen admitiendo formas imperfectas de ejecución en situaciones muy concretas, en las que no ha llegado a materializarse el objetivo de la tenencia o posesión para tráfico por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo y en concreto en supuestos de entrega controlada de droga. Y tras hacer referencia a la doctrina establecida en sentencias de esta Sala se añade que en el caso que nos ocupa no estamos ante un supuesto de entrega controlada de droga, sencillamente porque el SAI no tenía seguridad de que finalmente Fructuoso transportara droga en su maleta y aún cuando tuviera tal seguridad y conocimiento, la sentencia recién citada de nuestro Tribunal Supremo no deja lugar a dudas sobre la existencia de un delito consumado. Por otra parte hubiera sido perfectamente posible que la droga hubiera entrado en territorio español y que se hubiera distribuido a terceros, si Fructuoso en vez de montar en el taxi, opta por otro medio de transporte, o si coge el taxi y cambia de transporte antes de ser interceptado dicho taxi a la salida del aeropuerto de Barajas o si Juan Ramón decide sacar a Fructuoso del aeropuerto por una de las muchas salidas que el propio Juan Ramón reconoció tener a su disposición en calidad de Sargento 1º del cuerpo con destino en el aeropuerto. Por tanto el grado de ejecución es el de consumación, también para Fructuoso en la medida en que llega a tener contacto con la droga, en la medida en que participó en el envío previamente (facilitando su foto, haciéndose pasar por Coronel del ejército colombiano) y en la medida en que no hubiera sido difícil que finalmente hubiera accedido con la droga a un lugar desde el que distribuirla libremente.

Ciertamente, en cuanto al grado de ejecución, tiene declarado esta Sala (SSTS 975/2016, de 23 de diciembre, 899/2012, de 2 de noviembre, 183/2013, de 13 de marzo, 335/2008, de 10 de junio; 598/2008, de 3 de octubre; 895/2008, de 16 de diciembre; 5/2009, de 8 de enero; 954/2009, de 30 de septiembre; 960/2009, de 16 de octubre; 1047/2009, de 4 de noviembre; 1155/2009, de 19 de noviembre; y 191/2010, de 9 de febrero), las siguientes consideraciones generales: 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 éste 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 consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación 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 tráfico existe desde que una 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. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

Así pues, la tentativa exige no haber intervenido en la fase de concierto inicial previa al traslado de la droga. Este requisito en modo alguno se cumplimenta en la conducta de este recurrente, que concertado con los otros acusados, se desplazó a Colombia para recoger tan importante cantidad de cocaína que trajo a España, y ello impide desplazar su acción a la fase de tentativa.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción de los artículos 28, 29 y 63, todos del Código Penal.

Se alega que la participación del ahora recurrente se debería calificar de cómplice y no de autor ya que no era el destinatario de la droga y solo se encarga de transportar una maleta cuyo contenido no conocía.

El Tribunal de instancia explica, con correctos razonamientos, el conocimiento que tenía el ahora recurrente de la sustancia que transportaba.

Así se declara que Fructuoso reconoció en el acto del juicio oral que efectivamente transportaba la droga en el maletín tipo trolley y en la funda del ordenador, ahora bien, señala que no conocía lo que transportaba. Ofrece, como suele ser habitual en tantos y tantos casos similares, una versión absurda e inverosímil del transporte. Señaló que fue a Colombia a arreglar su pasaporte, pese a residir de forma legal en España desde hace varios años y que se le acercó de repente una persona a la que no conocía y que le ofreció 2.000 o 2.500 euros por llevar a España unos documentos que iban destinados a la Guardia Civil. Afirma que abrió la maleta que le facilitaron y que sólo vio folios, unos trece. Es evidente que el acusado sabía lo que transportaba, pues, en primer término, nadie ofrece 2.500 euros por llevar unos documentos a España que se pueden escanear o que se pueden enviar por correo con un coste ridículamente inferior. Por otra parte y a tenor de lo que señaló en el acto del juicio oral el agente de la Guardia Civil con carnet profesional NUM002 que practicó la detención de Fructuoso y registró su equipaje, la maleta estaba casi vacía, sin ropa y pesaba mucho (no es de extrañar pues llevaba más de trece kilos de cocaína). Es obvio que si la maleta está vacía y pesa mucho es porque algo tiene en su doble fondo y si el acusado, como afirma, la abrió y vio que tenía unos pocos folios, no podía ignorar que algo más iba en la maleta. Por otra parte Fructuoso admitió que la persona que le hizo el encargo le hizo una foto, foto que aparece por cierto en el Nissan Pathfinder de la Guardia Civil en el que se desplazó el acusado Juan Ramón a la escalerilla del avión a recoger a Fructuoso. A ello cabe añadir otro hecho significativo que puede apreciarse en la grabación de las secuencias del paso de Fructuoso por el aeropuerto y es que Juan Ramón le saluda militarmente (para ir preparando la simulación de que se trataba de un oficial de los cuerpos de seguridad colombianos) y Fructuoso contesta igualmente con el saludo militar. Es obvio que si Fructuoso no estuviera en el conocimiento exacto de lo que se estaba tramando, ante un saludo militar de un Guardia Civil de uniforme que además se dirige a él como "mi coronel", no le habría contestado militarmente y además le habría hecho ver que se trataba de un error, pues ni era coronel, ni nada por estilo. Fructuoso, por el contrario, participa activamente en la farsa, adopta actitud militar, se deja saludar militarmente y que se dirijan al mismo en términos castrenses y lo hace porque obviamente sabe exactamente lo que se está llevando a cabo.

Y respecto a que su participación lo fuese en concepto de cómplice, ello no puede sostenerse de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala. El recurrente es un claro coautor. 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), el papel protagonista del acusado que se deriva del hecho probado impide degradar su forma de participación. El art. 368 CP penaliza dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto; contiene un concepto extensivo de autor. Como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP 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. En el caso del recurrente además es que ni siquiera se puede considerar que su papel fuese secundario o subalterno. Su voluntad, su decisión y su cometido de trasladarse a Colombia para traer tan importante cantidad de cocaína no puede calificarse de colaboración mínima en cuanto gozaba del dominio funcional en tan importante operación de tráfico de cocaína y asume su posición de coautor en todo aquello a lo que se extiende dicho dominio, que por la división del trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho dentro de esa planificada ejecución conjunta.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción del artículo 89 del Código Penal.

Se dice producida esa infracción legal al acordarse la expulsión del territorio nacional cuando tenía residencia legal en España en vigor y un hijo de nacionalidad española.

El Tribunal de instancia explica el acuerdo de expulsión del ahora recurrente, sustituyendo parte de la pena de prisión con los siguientes razonamientos: De conformidad a lo señalado en el artículo 89.2 del Código Penal, en su actual redacción, y habida cuenta que nos hallamos ante un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud en su modalidad de notoria importancia, procede que el penado cumpla al menos las 3/4 partes de la pena y una vez cumpla dichas 3/4 partes de la pena y acceda al tercer grado o la libertad condicional, se le expulse del territorio nacional con prohibición de entrada en nuestro país por tiempo de 10 años y ello atendiendo a que el delito contra la salud pública es en abstracto un tipo delictivo que produce un fuerte impacto en la sociedad en que vivimos. Dicho impacto es por una parte directo, en la medida en que el tráfico de drogas genera un notable daño en la salud de los consumidores de dichas sustancias y otro impacto indirecto y es la influencia que la adicción a las drogas por parte de consumidores compulsivos, tiene en la comisión de otros delitos contra el patrimonio como puedan ser los robos con intimidación, los robos con violencia, los robos con fuerza, el favorecimiento de la prostitución forzada, etc... Al igual que en relación a Darío no se ha acreditado arraigo familiar en España, **sin perjuicio de tratarse de un residente legal en nuestro país.**

El artículo 89 del Código Penal, en la redacción que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos, disponía en su apartado quinto que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad

Y ese mismo artículo en la redacción vigente, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, dispone en su apartado cuarto, entre otros extremos, lo siguiente: No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.....

También se dispone en ese apartado cuarto que si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.....

El recurrente se opone a la expulsión alegando que tenía residencia legal en España en vigor y un hijo de nacionalidad española.

El Tribunal de instancia al decidir la expulsión sustituyendo a parte de la pena privativa de libertad, se limita a decir, en relación a sus circunstancias personales, que no se ha acreditado arraigo familiar en España, sin perjuicio de tratarse de un residente legal en nuestro país.

Además de lo escueta motivación en la que se decide sobre la expulsión, se declara probado que es residente legal en España sin precisarse el tiempo que dura esa residencia y por consiguiente no se sabe si ha durado lo diez años a que se refiere el apartado cuarto del vigente artículo 89 para excluir la expulsión, ya que no se trata de ninguno de los delitos que la hubieran permitido a pesar de haber residido diez años ya que no ha sido condenado, como sucede con los otros acusados, por delito de integración en grupo criminal. La redacción del artículo 89 que estaba vigente cuando se produjeron los hechos excluye expresamente la expulsión de los residentes legales en España.



Así las cosas, procede estimar el motivo dejándose sin efecto la expulsión del ahora recurrente que se había acordado por el Tribunal de instancia.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por no haberse admitido prueba propuesta en tiempo y forma.

Se alega, en defensa del motivo, que en el escrito de defensa se propusieron las siguientes pruebas testificales: Funcionarios de policía con carnets profesionales nº NUM008 , NUM009 , NUM010 ; el del vigilante de seguridad con TIP nº NUM011 (folio 4723); funcionarios de la Guardia Civil con T.I.P nº NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 , NUM016 , NUM017 , NUM018 , NUM019 , NUM020 , NUM021 , NUM022 ; agentes de la Guardia Civil de Asuntos Internos con carnet nº NUM001 , NUM004 , NUM007 , NUM023 , NUM024 , NUM025 , NUM026 , NUM003 , NUM027 , NUM028 , NUM029 , NUM002 , NUM030 , NUM031 , NUM032 , NUM033 , NUM034 , NUM035 , NUM036 , NUM037 , NUM038 , NUM039 , NUM040 y NUM006 ; a los imputados en otras diligencias, las D.P. 2619/20215, del Juzgado de Instrucción nº 28, que dicen ser D. Jesús y D. Manuel ; y al imputado en las D.P. 2827/2015 del Juzgado de Instrucción nº 44 de Madrid, pruebas que fueron rechazadas las dos últimas testificales por lo que la declaración como testigo de D. Jesús estaba admitida y no fue citado.

Es de dar por reproducido, una vez más, lo que se ha dejado expresado para rechazar similares motivos formalizados por otros recurrentes.

Como antes se dejó expresado, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino solo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC 70/2002, de 3 de abril). La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785.1 y 786.2 de la LECrim en su redacción actualmente vigente, (anteriores artículos 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado, y haciendo constar su oposición a la denegación a efectos de ulterior recurso en la forma prevista en el artículo 37.d) de la LOTJ, cuando se trate de procedimientos ante ese Tribunal. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características. Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS no 1591/2001, de 10 de diciembre y STS no 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS no 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa. Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Ya se ha rechazado por improcedente e innecesaria la declaración de D. Jesús y D. Manuel al examinar anteriores recursos, atendidas las razones expresadas por el Tribunal de instancia. Lo mismo cabe decir de los agentes policiales y vigilantes de seguridad cuando el Tribunal de instancia ha podido valorar las declaraciones de otros Guardias Civiles, de otros testigos y la de los propios acusados que acreditan los hechos que se imputan al ahora recurrente, quien asimismo ha reconocido que transportaba la cocaína que fue intervenida.



No se ha producido el quebrantamiento de forma denunciado y el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º.3 del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca quebrantamiento de forma por haberse negado el Presidente del Tribunal a que un testigo conteste a preguntas que eran pertinentes.

Se renuncia a este motivo.

FALLO

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

DESESTIMAR los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuestos por los acusados D. Victorio , D. Juan Ramón y D. Darío , contra sentencia dictada por la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 7 de noviembre de 2016, en causa seguida por delitos contra la salud pública e integración en grupo criminal. Condenamos a dicho recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos. Y esta Sala ha decidido **ESTIMAR PARCIALMENTE** los recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuestos por los acusados D. Armando y D. Fructuoso , contra mencionada sentencia de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, que casamos y anulamos en relación a estos dos recurrentes, declarando de oficio las costas. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Sección de la Audiencia Provincial de Madrid a los efectos procesales oportunos.

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

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 18 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid con el número 1317/2015 y seguido ante la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid por delitos contra la salud pública e integración en grupo criminal y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 7 de noviembre de 2016, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo**, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción de aquellos extremos que se refieren a la pena de prisión impuesta al acusado D. Armando y a la medida de expulsión acordada respecto al acusado D. Fructuoso que se sustituye por los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación que examinan esos extremos de los recursos.

Por las razones que se dejan expresadas en la sentencia de casación, se sustituye la pena de prisión impuesta al acusado D. Armando por el delito contra la salud pública, de ocho años y seis meses, por la pena de OCHO AÑOS DE PRISION.

Y se deja sin efecto la medida de expulsión acordada en la sentencia recurrida en relación al acusado D. Fructuoso .

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

FALLO

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



SUSTITUIR la pena de prisión impuesta al acusado D. Armando por el delito contra la salud pública, de ocho años y seis meses, por la pena de OCHO AÑOS DE PRISION.

YDEJAR SIN EFECTO la medida de expulsión acordada en la sentencia recurrida en relación al acusado D. Fructuoso , manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados
Perez Joaquin Gimenez Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ