



Roj: **STS 3095/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3095**

Id Cendoj: **28079120012018100402**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2018**

Nº de Recurso: **10576/2017**

Nº de Resolución: **332/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 2ª, 12-04-2017,**
STS 3095/2018,
ATS 8987/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: **10576/2017 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 332/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10.576/2017P, interpuesto por **D. Efrain** , representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección letrada de Dª Lucinia LLanos Méndez, **D. Ezequias** , representado por la procuradora Dª Laura Oliver Ferrer, bajo la dirección letrada de D. Andrés Zapata Carreras, **D. Florencio** , representado por la procuradora Dª Cristina Gramaje López, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Sampedro Ródenas, **D. Gervasio** , representado por la procuradora Dª Ana María Alonso de Benito, bajo la dirección letrada de D. Flavio Durán Martín, y **Dª Laura** , representada por la procuradora Dª María Begoña Cendoya Arguello, bajo la dirección letrada de Dª María Elena Durán Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 12 de abril de 2017 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Alicante, instruyó Procedimiento Abreviado nº 129/2014 contra D. Efrain , D. Ezequias , D. Florencio , D. Gervasio , y Dª Laura , por delitos contra la salud pública y tenencia



ilícita de armas, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante que en la causa nº 2/2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**ÚNICO.**- En el marco de las Diligencias Previas tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Alicante con el nº 3.607/12 en las que se investigaban la presunta introducción de droga en el centro penitenciario de Alicante I, se intervinieron, entre otros teléfonos, los nº NUM000 (Auto de 19-11-12) y 698.28.01.81 (Auto de 9-11-12) de Victor Manuel .

Teniéndose conocimiento que se planeaba la introducción en España de una cantidad indeterminada de cocaína, se incoaron nuevas Diligencias Previas encaminadas a investigar dicha criminal actividad, acordándose nuevas intervenciones telefónicas.

El día 17 de octubre de 2013 el carguero "**MSC Maureen**" descargó en el Puerto de Valencia dos contenedores (**MEDU 2486471 y MSCU 5581985**), conteniendo cada uno de ellos un alijo de cocaína.

Conocida por Victor Manuel los datos de los contenedores que contenían la droga, organizó el rescate de la misma, contactando con los acusados **Florencio y Gervasio** , conductores de camiones que trabajaban para empresas de transporte con libre acceso al puerto de Valencia, con objeto de que extraída la droga de los contenedores, la sacaran del recinto portuario en sus respectivos camiones.

Victor Manuel contactó, igualmente, con el acusado Ezequias , " Chato ", trabajador de la Terminal portuaria NOATUM, facilitándole los datos de los dos contenedores (MEDU 2486471 y MSCU 5581985) con objeto de que Ezequias localizase el punto exacto en el que se encontraban ubicados en la Terminal, con objeto de poder extraer de los mismos las mochilas con la cocaína.

Ezequias facilitó a Victor Manuel el punto exacto en el que estaban ubicados los dos contenedores, abortándose el rescate al advertir Ezequias a Victor Manuel que los contenedores habían sido trasladados de sitio para ser inspeccionados, comunicándose a Victor Manuel .

Que Victor Manuel salió de la zona restringida del Puerto de Valencia en el camión-GLP conducido por Florencio , dirigiéndose al Polígono Industrial donde les aguardaban Efrain , Armando y Avelino , siendo detenidos los cinco por funcionarios del CNP.

Efrain se desplazó en el AVE desde Madrid a Valencia en la mañana del día 17 de octubre de 2013 con el fin de participar en la distribución de la droga que contenían los dos contenedores.

El contenedor **MEDU 2486471** ocultaba una mochila con 32 paquetes de cocaína.

El contenedor **MSCU 5581985** ocultaba una mochila con 22 paquetes de cocaína, cocaína que debía sacar del recinto portuario el acusado Gervasio en el camión que conducía con matrícula-FKD .

La cantidad total de cocaína intervenida era de **54'079 kilogramos**, con los siguientes índices de pureza: 11.033 al 67%; 18.018 al 78%; 2.003 al 79%; 2.004 al 78%; 21.021 al 68%.

La droga intervenida estaba destinada a su distribución en el mercado ilícito, teniendo un valor de **1.963.917 €**.

Sobre las 20:35 horas del día 17 de octubre se detuvo a **Ezequias** ocupándosele un trozo de papel con anotaciones relativas a calles con objeto de indicar el punto exacto donde se encontraban depositados los contenedores con la droga en el puerto de Valencia, y otro trozo con los números de los contenedores que contenían la cocaína, dos móviles cuyos terminales acaban en NUM001 y NUM002 y un trozo de papel con el número de teléfono de Victor Manuel .

Sobre las 13:00 horas del día 18 de Octubre de 2013 se detuvo, en la zona portuaria de Valencia, a **Gervasio** , ocupándosele 2 móviles con nº de terminal acabado en NUM003 y NUM004 .

A Victor Manuel le fueron intervenidos 2 móviles cuyos terminales son los acabados en NUM005 IMEI, (PIN NUM006) e IMEI NUM007 (PIN NUM008) y una tarjeta SIM del número NUM009 , un papel con anotaciones sobre los contenedores y la cocaína, el turismo matrícula FLD , a nombre de Mercedes , (aparcado en el polígono industrial de la C/ Giner de los Ríos de Sedaví) y 6.975 E.

A Florencio se le intervino un terminal telefónico con número acabado en NUM010 . En el camión que conducía se encontró un cizalla, una bolsa conteniendo precintos de contenedor y dos cajas de plástico conteniendo precintos.

A Armando una hoja de papel con la anotación del nº de contenedor MEDU 2486471, anotaciones varias, dos móviles cuyos terminales acaban en NUM011 y NUM012 y 2.835€.

A Avelino 4 móviles, uno de cuyo nº de terminal IMEI acaba en NUM013 asociado al PIN NUM014 , NUM015 , NUM016 y NUM017 y 3.905€.



A Efrain un móvil con terminal acabado en NUM018 y 520€. Sobre las 19'30 horas del día 18 de octubre de 2013 se detuvo a Laura , encargada de proporcionar los móviles a Victor Manuel .

Practicada en virtud de Auto de 18-10-13 entrada y registro en la vivienda sita en la CALLE000 n° NUM019 , NUM020 de Villafames (Castellón), domicilio de Victor Manuel , Laura , Cristina y Mercedes , en el mismo se intervinieron 5 móviles (a Laura el móvil terminal acabado en NUM021 PIN NUM022), tarjetas de telefonía móvil, una de ellas correspondiente al teléfono n° NUM009 , y la pistola marca Glock calibre 9mm, que se encuentra en buen estado de funcionamiento y conservación, con número borrado, sin que se haya acreditado que perteneciera a Laura ni que tuviera conocimiento que la misma se encontraba en el domicilio.»

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

«**FALLAMOS:** Que debemos condenar y **CONDENAMOS** a:

-A) Ezequias , como autor de un **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia)** DEL CÓDIGO PENAL , sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **SIETE AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISIÓN**, al pago de una **MULTA** de 1.963.917 €, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la sexta parte de las costas.

-B) Gervasio , como autor de un **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia)** DEL CÓDIGO PENAL , sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN**, al pago de una **MULTA de 1.963.917€**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la sexta parte de las costas.

-C) Florencio , como autor de un **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia)** DEL CÓDIGO PENAL , sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN**, al pago de una **MULTA de 1.963.917€**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la sexta parte de las costas.

-D) Efrain , como autor de un **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia)** DEL CÓDIGO PENAL , sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN**, al pago de una **MULTA de 1.963.917€**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la sexta parte de las costas.

-E) Laura , como cómplice de un **DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia)** DEL CÓDIGO PENAL sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN**, al pago de una **MULTA de 900.000€**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la sexta parte de las costas.

-F) Se decreta el **COMISO Y DESTRUCCIÓN DE LA DROGA INTERVENIDA Y EL COMISO DEL DINERO INTERVENIDO A LOS ACUSADOS.**

-G) Que debemos absolver y **ABSOLVEMOS** a Laura del delito de **TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS** objeto de acusación, declarando de oficio una sexta parte de las costas.

Abonamos a los acusados condenados todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Requírase a los acusados condenados a multa el pago en el plazo de **QUINCE DÍAS.**»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los condenados por infracción de ley y precepto constitucional, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de D. Gervasio

1º.- Al amparo del art. 852 LECRIM en relación con el 5.4 LOPJ por existir vulneración del derecho al secreto de comunicaciones y de la presunción de inocencia con infracción de arts. 18.3 y 24 CE y 11.1 LOPJ .



2º.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por existir vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECRIM , al existir infracción de Ley por indebida aplicación del art. 368 y 28 del Código Penal , dado que en el relato de hechos probados no constan los presupuestos fácticos de los actos típicos y de ejecución necesarios para la perfección del delito contra la salud pública.

4º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECRIM , al existir infracción de Ley por indebida aplicación del art. 17 y 373 del Código Penal .

5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECRIM , al existir infracción de Ley por indebida aplicación del art. 16 y 62 del Código Penal .

6º.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al existir infracción de Ley por indebida aplicación del art. 29 y 63 del Código Penal , pues los hechos probados no permiten considerar al recurrente como autor sino mero cómplice.

7º.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECRIM por vulneración del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías con infracción del art. 24 CE .

Recurso de D. Florencio

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM , por vulneración del Derecho Fundamental del artículo 18.3 y del 24.2 de la Constitución Española (Derecho a un proceso con todas las garantías

2º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECRIM , por vulneración del Derecho Fundamental del artículo 24.2 de la Constitución Española (Presunción de inocencia).

3º.- Renunciado

4º.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la LECRIM , por vulneración del artículo 16.1 del Código Penal .

5º.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 29 del Código Penal .

6º.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECRIM por no aplicación del Art. 21.6ª.

Recurso de D. Ezequias

1º.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECRIM , por inaplicación indebida del art. 14.2 del Código Penal al concurrir un error de tipo sobre hecho que cualifica la infracción, en este caso error sobre el tipo de sustancia intervenida.

2º.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECRIM , por inaplicación indebida de los artículos 16.1 y 62 del Código Penal , por entender que los hechos probados son constitutivos de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, pero en ningún caso consumado, dada la ausencia de disponibilidad de la droga aprehendida, por lo que se trataría de una tentativa inidónea.

3º.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del art. 21.2ª, o en su caso 21.7ª, en relación con lo dispuesto en artículo 20.2º.

4º.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del art. 21.6ª.

Recurso de D. Efrain

1º.- Al amparo del artículo 852 LECRIM por infracción de precepto constitucional, en relación con el artículo 24 de la Constitución en su manifestación de derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

2º.- Al amparo del art. 852 LECRIM y del art. 5.4 de la LOPJ , por considerar vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18.3 de las CE , en relación con el art. 11.1 de la LOPJ , que rechaza las pruebas obtenidas violentando los derechos o libertades fundamentales.

3º.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECRIM por no aplicación del Art. 21.6ª en relación con el Art. 66.1.2º del CP .

Recurso de Dª Laura



1º.- Al amparo del 852 de la LECRIM y del art. 5.4 de la LOPJ por haber mediado vulneración del art. 120.3 de la CE al hurtar a la recurrente a la motivación de la sentencia.

2º.- Al amparo del 849-1º de la LECRIM, por vulneración de los artículos 52 y 53 del CP, al ser desproporcionada la multa y el arresto sustituido en caso de impago de la multa.

3º.- Al amparo del 849-1º de la LECRIM por haber mediado inaplicación de los artículos 16 y 62, ambos del Código penal.

4º.- Al amparo del 849-1º de la LECRIM, por haber mediado aplicación indebida del artículo 369.5º del Código penal.

5º.- Al amparo del 852 de la LECRIM y art. 5.4 LOPJ, por haber mediado vulneración del art. 24, 2, de la CE, por vulneración de la presunción de inocencia.

6º y 7º.- Al amparo del 852 de la LECRIM y art. 5.4 LOPJ, por haber mediado vulneración del art. 24.2 de la CE, por vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y al amparo del 849-1º de la LECRIM por inaplicación del inciso 6º del art. 21 del Código Penal.

8º.- Al amparo del 852 de la LECRIM y art. 5.4 LOPJ, por haber mediado vulneración del artículo 18.3 de la CE que consagra la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas.

9º y 10º.- Al amparo del 852 de la LECRIM y art. 5.4 LOPJ, por haber mediado vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías ante por quiebra del principio *in dubio pro reo*, consagrado por el art. 24 de la Constitución Española y al amparo del 849-1º de la LECRIM por haber mediado inaplicación del *in dubio pro reo*.

11º.- Al amparo del 849-1º de la LECRIM por haber mediado inaplicación del artículo 454 del CP.

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

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 7 de junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Gervasio

PRIMERO.- 1.- En el primero de los motivos, invocando el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 18.3 y 24 de la Constitución, pretende la anulación de las intervenciones telefónicas acordadas por el Juzgado Instructor en relación con D. Gervasio y en la medida en que las mismas fueron la base probatoria para la condena, en cuanto base del resto de los elementos probatorios, que derivan directamente de ella.

Se alega que se parte de un oficio policial en las diligencias D.P. 3607/12 informando «sobre la existencia de una Organización criminal INCONEXA» que lleva al Juzgado de Instrucción nº 7 de Alicante a dictar Auto de 8-1-13 de incoación de D.P. 186/13, y auto de 15-1-13 de secreto de sumario y en base al oficio el Juzgado acuerda por Auto de 17-1-13 (f. 98 a 100) la intervención de comunicaciones. Pero la **primera intervención del teléfono de Gervasio (en aquel momento « NUM023 ») se efectúa por Auto 13-2-13**. La motivación *standard* de dicho auto se efectúa «por remisión» a otro oficio policial que apenas se limita a señalar en lo que al recurrente concierne que «*son continuas las reuniones, encuentros, con otras personas que formarían parte de la investigación*». Igual orfandad indiciaria denuncia en el oficio que determina la intervención de comunicaciones de este recurrente por Auto de 27 de febrero de 2013 ya que aquel oficio refiere que «*se han interceptado varias comunicaciones de Victor Manuel con NUM024 -antes NUM023 -*», pero nada más.

La tesis del recurrente parte de que la afirmación relativa a que «Gervasio forma parte de la organización» o la posterior «*sobre su relevante papel en dicha organización*», hasta el momento, no pasa de ser una mera afirmación policial sin ningún fundamento objetivo.

2.- El motivo apenas pone en cuestión en este procedimiento, del que dimana la sentencia recurrida ante nosotros, la legitimidad de la primera intervención de comunicaciones ordenada judicialmente en otra causa penal. En todo caso no cabe olvidar que, además de que fue ordenada por el mismo juez que dispuso el desglose testimoniado para formar la causa segunda, en la traslación de antecedentes de la primera a la segunda causa, constan los necesarios para valorar la legitimidad de la interferencia en comunicaciones originaria de la total investigación. En septiembre de 2012 se había iniciado una intervención judicial -por auto de once de septiembre de 2012- en relación con giros postales recibidos por un sospechoso de una organización cuya estructura se detalla en el oficio policial que lo solicita, a raíz de recibir una información al respecto. Así resulta de los folios 2.882 y siguientes que lo testimonian en la causa de que procede este rollo.



Fruto de esa inicial investigación se logra la información reportada en el oficio policial de 19 del mismo mes (folios 2.892 y ss) de la que deriva la recepción de los giros postales objeto de sospecha cuyos remitentes están dados de alta en el centro penitenciario del que partían las sospechas de que se destinaban a la adquisición de sustancias estupefacientes, con diversa entidad. Instándose la intervención de los teléfonos que usaban las personas bajo sospecha desde la inicial información de que se dispuso policialmente. De ahí que por auto de fecha del mismo día 19 de septiembre de 2012 en las diligencias nº 3607/2012, se ordenase la intervención de comunicaciones telefónicas. Ciertamente con reducida expresión de argumentos más allá de la remisión al citado oficio policial. Pero con suficiencia que legitima dicha intervención desde la valoración *ex ante* de la información disponible.

Por otra parte, como pone en evidencia el minucioso escrito de impugnación del Ministerio Fiscal, en el folio 3 de la causa de que dimana el presente rollo, obra el oficio policial fundamento de la decisión judicial en *las originarias DP 3.607/2102*. Allí se informa sobre la actividad de quien resulta imputado en esta causa (D. Victor Manuel). Se transcribe textos de conversaciones intervenidas con una tal Cachas (Celestino) y con D^a Antonia en las que el encriptado del lenguaje, unido a los precedentes y contexto de aquéllas, justifica la racionalidad de la inferencia sobre la probabilidad de participación de los interlocutores en el tráfico de drogas.

Fue ese resultado en las diligencias 3.607/2012 el que dio lugar a la decisión de seguir en diligencias separadas (186/2013) la investigación origen de la sentencia ahora recurrida. Y también obra el oficio policial remitido ya a esas diligencias previas 186/2013. Y también aportó, con la añadidura de vigilancias y controles, el fundamento de la decisión (auto de 8 de enero de 2013) judicial de intervención de comunicaciones en dicha nueva causa. Y, en fin, el traslado, a petición del Ministerio Fiscal, de los particulares se efectúa mediante testimonio de fedatario.

Lo anterior constituye el cúmulo de razones que legitiman la intervención de comunicaciones acordados en esta causa sin que los argumentos del recurrente los debiliten en modo alguno.

Tampoco cuando hace referencia a la concreción de aquella intervención en sus comunicaciones, que es lo único que expone en el motivo. Se queja de la insuficiencia de la referencia policial que lo involucra (oficio obrante, primero, a los folios 122 a 152 y, posterior, a los folios 169 a 186). Sin embargo, aquella referencia da cuenta de los **continuos encuentros del recurrente con otras personas sobre las que se seguía la investigación** . Nada nos dice el recurrente que refute la inferencia que de aquéllos se obtiene y que justificó la decisión judicial de 13 de febrero de 2012.

Respecto de las prórrogas ha de resaltarse que hasta el propio recurrente admite en su exposición lo que denomina «la relación» del recurrente con el coacusado D. Victor Manuel .

En aquel oficio primero, examinado al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , leemos una de las conversaciones de D. Victor Manuel con quien se identifica como NUM023 -usuario de la línea NUM025 que es el recurrente- cuya relación con la operación de tráfico por la que se investiga a D. Victor Manuel es inequívoca. El recurrente le dice a D. Victor Manuel que *está la cosa complicada, estoy aquí mirando*, lo que preocupa a D. Victor Manuel que dice *joder. no me digas eso, madre mía* y más adelante *ya lo sabes, tú qué dices, ¿lo sacaremos por ahí o qué?*. Llega el recurrente a interesarse por un teléfono seguro para hablar con D. Victor Manuel «sobre esos temas». Y a las 17:42:52 conversan *tratando de cuadrar el transporte de una cantidad indeterminada de sustancias estupefaciente, si bien, dado lo complicado del asunto, deberá ser estudiado concienzudamente: «va lo sabes, tú qué dices; lo sacaremos por ahí o qué?» (...)* *sí. todo bien, vo de momento me meteré luego un rato a estudiar. además...ya te lo explicaré, /eh?*

Por todo ello resulta gratuita la alegación de ausencia de motivos y de motivación para ordenar la intervención cuya ilicitud se postula en el motivo que rechazamos.

SEGUNDO.- 1.- El segundo de los motivos se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , alegando que existe vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El énfasis se sitúa en el alegato de que D. Gervasio , según éste, no realizaría acto, actividad ni acción alguna en relación con el citado alijo de droga, salvo ser detenido al día siguiente 18 de octubre en la zona portuaria de Valencia. Pero, señala, nada se declara probado sobre la *participación* de D. Gervasio en la «trama organizada», ni se declara probada su *intervención* en la remisión de la droga, ni en su recepción. Tampoco facilita dato alguno sobre su llegada al puerto de Valencia, fecha, hora o lugar de ubicación de los contenedores.

De ello concluye que la sentencia *anticipa* una autoría respecto de una actividad que no tuvo lugar y que pudiera no haber tenido lugar. Sin embargo, afirma, una cosa es la consumación anticipada y otra la autoría anticipada y lo declarado probado como máximo, acredita que el coacusado D. Victor Manuel . *contactó* con D. Gervasio , es decir, su relación con dicha persona.



Por ello, concluye, aun admitiendo tales conversaciones y su encriptado lenguaje que, sólo la Policía parece saber descifrar; tales conversaciones sólo probarían la *relación* personal de D. Gervasio con D. Victor Manuel y que tales conversaciones «giran en torno al tráfico de droga». Nada prueban respecto a la intervención o participación concreta de D. Gervasio en el alijo del 17 de octubre.

2.1.- El recurso de casación no es el escenario para la actividad de reconstrucción del pasado en relación a los hechos imputados. En la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias de aquella garantía constitucional. En definitiva sí existen razones que legitimen lo imputado y la decisión.

La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

2.2.- La **justificación de la conclusión probatoria** establecerá los datos de procedencia **externa** aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa **credibilidad y verosimilitud** no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

Como dijimos en nuestra STS nº 833/2017 de 18 de diciembre, cuando estamos ante una **prueba directa** -aquella que suministra afirmaciones relativas al hecho imputado, sin necesidad de construcciones inferenciales- la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere es en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador.

Pero ello no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos.

Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas.

La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos.

Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia.

2.3.- La justificación **interna** de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión **coherente** que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una **certeza** que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de **objetiva**.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la



conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

3.- El motivo no puede ser acogido. La sentencia de instancia subraya la relación entre los contenidos de las conversaciones intervenidas y los hechos que, partiendo de ellas, pudieron constatar. Tal relación es una inferencia que avala el sentido dado a los textos encriptados al hablar los interlocutores.

El propio recurrente admite que aquéllas se refieren a tráfico de drogas, como afirma la sentencia para justificar la participación que le imputa. Y la sentencia subraya como de las mismas, sin que el motivo lo refute con éxito, se desprende el papel de este acusado y en particular su accesibilidad a las instalaciones del interior del recinto portuario. Así ha de entenderse, por ejemplo, la referencia de D. Víctor Manuel al recurrente acuciándole para que «busque un viaje...» y la respuesta de éste preguntando si D. Víctor Manuel «baja con cash para él». Y siguen haciendo referencia a que el «chico» empieza a trabajar mañana, o sea el día 17 de octubre, día de la intervención policial ocupando la droga y efectuando las detenciones. A resaltar como en aquéllas que este acusado admite haber estado en contacto con el acusado D. Ezequias, alias «Picon» también penado a raíz de la intervención policial de 17 de octubre. De todas esas conversaciones, que la sentencia transcribe, no da explicación alguna el recurrente que permita desvincularla de la actuación de tráfico objeto de esta causa.

El hecho probado describe, en fin, que el recurrente fue detenido cuando sobre las 13 horas del día 18 de octubre se encontraba en la zona portuaria.

Por todo ello la certeza sobre la conclusión inferida de manera excluyente sobre la veracidad de la imputación deriva de aplicación a tales datos, reportados externamente por la prueba que es acomodada internamente a cánones de lógica y experiencia, de suerte que es indudable la coherencia interna de la argumentación no refutada con éxito en el recurso, que ni siquiera propone hipótesis alternativas.

Lo que supone pleno respeto a las exigencias del canon constitucional de presunción de inocencia y correlativa desestimación del motivo.

TERCERO.- 1.- El tercero de los motivos lo formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que existe infracción de ley por indebida aplicación del artículo 368 y 28 del Código Penal. Argumenta que en el relato de hechos probados faltan todos y cada uno de los elementos de naturaleza objetiva y subjetiva fundamental para la tipificación de dicha figura delictiva, con infracción del artículo 28 en relación con los artículos 368 y 369 Código Penal, sin que añada nada relevante a lo que expuso en el anterior motivo

Pretende que no se atribuya al mismo «actividad ni acción alguna» en relación con el alijo objeto del proceso. Ni en cuanto a la «remisión» ni en cuanto a la «recepción» de la droga ubicada en los dos contenedores a que se refieren los hechos probados. Para ello acota, mejor dicho cercena, el relato de lo que la sentencia declara probado: un «contacto» de D. Víctor Manuel con el recurrente, y su «detención».

2.- El cauce casacional del artículo 849.1 obliga a limitar la queja a la subsunción del hecho probado en la norma penal que se dice vulnerada. No cabe, para sustentar el motivo, rectificar en modo alguno aquel hecho que la sentencia tiene por probado. Ni para ampliarlo ni para reducirlo ni, menos, para excluirlo.

Cuando la sentencia remite al contacto del recurrente con D. Víctor Manuel al tiempo en que éste conoció los datos de los contenedores que albergaban la droga, no está excluyendo un contacto anterior. No es eso lo que allí se declara. En el Fundamento Jurídico Sexto se justifica la exclusión de la tentativa por considerar que el remitente desencadena el envío a partir de convenirlo con el receptor. Esta inferencia del juzgador de la instancia se acomoda a criterios de lógica y experiencia. Éstos excluyen que se pueda desencadenar una operación de tales características como las de este caso sin tener plenamente asumidos el convenio de todos



cuantos van a participar. Ni el receptor conviene con el emisor si no dispone del previo acuerdo de quienes son imprescindibles para el alijo.

Por ello no cabe leer en la sentencia que el recurrente se limitó a mantener una conversación inocua con el receptor. Y, desde luego, no se compadece con tal ingenua construcción, el cúmulo de conversaciones grabadas ni la detención en el recinto portuario.

Ni siquiera parece necesario recordar que la acción del tráfico penalmente típico se satisface desde que con ella en cualquier modo se facilite el consumo ilegal, como ocurre cuando se participa en su tráfico, es decir ilícito comercio, como ocurre cuando la participación son acciones dirigidas al transporte.

Y eso es lo que proclama el hecho que la Sala de instancia declara acreditado. Por lo que no cabe estimar vulnerado ni el artículo 368 del Código Penal en cuyo texto cabe subsumir tal hecho, ni el artículo 28 del mismo ya que la intervención del recurrente se acomoda al tipo de autoría.

El motivo se rechaza.

CUARTO.- 1.- El cuarto motivo se formula también con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando infracción de Ley por indebida aplicación del art. 17 y 373 del Código Penal.

Se alega que no llegó a darse comienzo a la ejecución de ninguna actividad típica de tráfico de droga pudiendo subsumirse su conducta en la conspiración, con la consiguiente rebaja penológica. Anticipándose a posibles inconvenientes al respecto, se afirma que la aplicación del artículo 373 del Código Penal no supone vulneración del principio acusatorio por cuanto los hechos objeto de acusación y el que es base de la condena permanecen inalterables.

Subsidiariamente alega que debió estimarse ejecución en grado de tentativa en cuanto podría detectarse un concierto o *pactum scaeleris* y una resolución de ejecución, pero sin ir subseguida de un grado de perfección de aquél y, menos, de una tenencia o disponibilidad de la ilícita sustancia.

2.- Recordábamos en nuestra STS, nº 902/2014 de 22 de diciembre, con cita de la STS nº 248/2009 de 11 de marzo que cuando, como en el caso de la STS nº 248/2009, *la intervención del acusado solamente se explica desde el previo convenio con los coacusados* es indiferente cual de ellos tenga la posesión material directa de la droga que, de manera mediata todos poseen, en la acción conjuntamente diseñada con distribución de papeles no jerarquizados. Porque si eso ocurre antes de la intervención policial no puede decirse que desde el comienzo de la actividad delictiva estuviera ya garantizada la no disponibilidad de la droga por lo coautores.

En nuestra STS nº 394/2013 recordábamos lo dicho en la nº 672/2010 de 5 de julio, en la que decíamos que: cuando se trata de coautoría material por varios sujetos, bastará que la acción de alguno de ellos alcance la consumación de la conducta típica, para que todos, cualquiera que sea la forma en que exteriorizaron su coautoría, respondan del delito consumado.

Ciertamente en dicha sentencia también examinamos el supuesto en el que alguno de los responsables criminalmente lo sea por título diverso del de autoría. Ya que en tales casos cabe distinguir diversas hipótesis, que van desde la denominada tentativa de participación, o la participación en un delito intentado, hasta el supuesto en que la ejecución del hecho principal ni siquiera se ha llegado a comenzar. En tales hipótesis ha de examinarse el grado de ejecución no solamente del delito principal sino de la conducta participativa. O, como dice aquí el recurrente, sería discutible la eventual toma en consideración de una resolución manifestada de voluntad tipificada en el artículo 373 del Código Penal.

Ahora bien, advertíamos entonces y recordamos ahora que *la responsabilidad no dejará de atribuirse a título de autoría por la circunstancia de la diversidad de funciones que los plurales sujetos asumen en el programa delictivo. Ni siquiera cabe exigir, como hizo una abandonada jurisprudencia, un acuerdo que sea necesariamente previo. Pero sí un plan conjunto. Aunque sea tácitamente asumido. Si todos conocen la plural contribución y la aceptan. En tales supuestos operará el principio de imputación recíproca. Y de esa manera, si se alcanza la consumación, se alcanzará para todos. Hayan tenido o no una detentación física de la droga.*

También advertíamos que esa consumación no se desvanece porque, en un momento del trayecto que el transporte sigue, el logro de la llegada al destinatario final haya sido abortado. Iniciado el transporte, la consumación se habrá producido. Por ello ha podido establecerse: que la policía tuviese conocimiento de la operación y estuviera vigilando a los otros acusados no sitúa el delito en la fase de la tentativa ya que -como precisa la STS. 933/2008 de 18.12 - durante un tiempo se realizó íntegramente el tipo penal y la intervención de la policía pudo fracasar, por lo que no se puede escudar en un hecho ajeno a la conducta del autor para introducir un factor externo como interruptivo de la comisión.



Y aún que: ha de matizarse la consideración de que se considere bastante para la exclusión de la consumación el dato de que el sujeto no llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas (sentencia del día 12 de Abril del 2010 resolviendo el recurso: 11276/2009) si tal exclusión no se hace acompañar con la exclusión también de integración en el plan conjunto que fue lo que hizo que en tal caso no se admitiera la mera tentativa.

Aquí, como allí, la sentencia de la instancia proclama de manera inequívoca que existe una fluida comunicación, más allá de casi final «contacto» entre D. Victor Manuel y el recurrente y que el proyecto compartido incluía el compromiso de extraer del puerto el contenedor en que se depositara por el remitente la droga, mediante la aportación del imprescindible medio constituido por el camión pilotado por este acusado recurrente.

El motivo se rechaza.

QUINTO.- El quinto motivo poco añade a la línea de impugnación que acabamos de dejar estudiada. Se alega, como alternativa, también al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que existe infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 16 y 62 del Código Penal. Según el recurrente su intervención tuvo lugar después de que la droga se encontrara ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida, no habiéndose consumado el tipo delictivo.

2.- Damos por reproducido lo antes expuesto que no solamente refuta la tesis de la conspiración sino también ésta de la supuesta mera tentativa.

El motivo se rechaza.

SEXTO.- 1.- Como sexto se formula nuevamente como infracción de ley, bajo la habilitación del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la indebida aplicación del art. 29 y 63 del Código Penal.

Estima que los hechos probados no permiten considerar al recurrente como autor sino mero cómplice.

2.- Basta recordar la **esencialidad** de la aportación del recurrente para el transporte del contenedor **imprescindible** para el tráfico de la sustancia que se había proyectado para rechazar esta nueva pretensión del recurso.

Esta Sala, de forma reiterada (así, sentencias de 18 de febrero de 2010, 7 de mayo de 2010 y 24 de septiembre de 2013), ha subrayado la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del «favorecimiento del favorecedor» (STS núm. de 17 de abril de 2002), con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 del Código Penal.

Entre los excepcionales casos en que hemos admitido esa forma de participación se enumeran en la STS nº 783/2015 de 9 de diciembre: actos de acompañamiento (STS 30-5-1991), esposa que acompaña a su marido en viaje en que se transporta droga (STS 7-3-1991), acompañar a los acusados principales en algunas entrevistas previas a la concertación de la operación (STS 5-7-1993), conducir el coche donde se traslada la droga, con limitado conocimiento de la cantidad transportada (STS 14-6-1995), e indicación de cuál era el domicilio de los vendedores (STS 9-7-1997). Así como los citados por la Sentencia de esta Sala 312/2007 de 20 de abril (y la STS 767/2009 de 16 de julio), que enumera «ad exemplum» diversos casos calificados de complicidad: **a)** El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores; **b)** la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; **c)** la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15.10.98), y en el mismo sentido la (STS. 28.1.2000); **d)** la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10.7.2001); **e)** facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003); **f)** realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003); **g)** acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7.3.2003); y **h)** la colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS. 30.3.2004), eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005, de 21.2).

Abrumadora parece la diferencia con el caso aquí juzgado.



En aquella STS 783/2015 añadíamos que: *Respecto al momento en que esa contribución se presta, lo relevante es más aquél en que esa contribución es comprometida que el de la prestación misma. Precisamente porque ese compromiso puede conferir a la intervención, cuando no la condición de coautoría, al menos la esencialidad y trascendencia de la cooperación necesaria. En ese sentido cobra relevancia la doctrina jurisprudencial que remite a la coautoría los casos de promesa convenida de participar en la recepción en territorio español de la droga remitida desde el extranjero (véase la amplia cita de precedentes hecha por la Sentencia de este Tribunal del día 12 de Abril del 2010 resolviendo el recurso: 11276/2009: SS. 27.9.93, 23.2.94, 5.5.94, 9.6.94, 23.12.94, 20.4.96, 23.4.96, 21.6.99, 19.9.2000, 15.11.2000, 28.1.2001, 3.12.2001, 29.9.2002, 20.5.2003, 28.10.2006, 5.12.2007, 29.9.2009, la nº 1594/99 de 11 de noviembre).*

El motivo se rechaza.

Recurso de D. Florencio

SÉPTIMO.- 1.- Formula el primero de los motivos al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del Derecho Fundamental del artículo 18.3 y del 24.2 de la Constitución Española.

Insta la declaración de nulidad de las investigaciones telefónicas acordadas en el seno de los procedimientos de Diligencias Previas nº 3.607/12 y 186/13 ambas del Juzgado de Instrucción nº 7 de Alicante. Las segundas, dice, son consecuencia de las primeras en las que se acordó deducir testimonio de particulares a fin de iniciar una nueva investigación relativa a una supuesta importación de sustancia estupefaciente desde Sudamérica.

Subraya que es en las primeras donde se produce la vulneración de derechos fundamentales, especialmente el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones garantizado en el artículo 18 de la Constitución Española y también del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24. Por ello concluye que deben declararse nulas todas las actuaciones y medios de prueba derivados de tales intervenciones telefónicas.

2.- Nada añade a esa descalificación que justifique el reproche.

Nos remitimos por ello a lo que expusimos en el Primero de los Fundamentos Jurídicos para tener por injustificado lo que el recurrente alega.

La existencia de una previa investigación sobre giros postales que lleva al contenido del oficio policial de 19 de septiembre de 2012 (folios 2.892 y ss) de la que deriva la sospecha de que los remitentes dados de alta en el centro penitenciario abonaban entregas de sustancias tóxicas y aquella justificó que se autorizase por auto de fecha del mismo día 19 de septiembre de 2012 en las diligencias nº 3.607/2012 la intervención de comunicaciones telefónicas. Ciertamente con reducida expresión de argumentos más allá de la remisión al citado oficio policial. Pero con suficiencia que legitima dicha intervención desde la valoración *ex ante* de la información disponible.

En aquel oficio inicial se informa sobre la actividad de quien resulta imputado en esta causa (D. Victor Manuel). Se transcribe textos de conversaciones intervenidas con una tal Cachas (Celestino) y con Antonia en las que el encriptado del lenguaje unido a los precedentes y contexto de aquéllas justifica la racionalidad de la inferencia sobre la probabilidad de participación de los interlocutores en el tráfico de drogas.

El motivo pues, por las razones indicadas en dicho nuestro primer fundamento jurídico, se rechaza.

OCTAVO.- 1.- El segundo de los motivos discurre por el cauce habilitado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando vulneración del Derecho Fundamental del artículo 24.2 de la Constitución Española que garantiza el derecho a la presunción de inocencia

Estima el recurrente que la deducción de que D. Florencio había convenio con D. Victor Manuel el acceso a los contenedores y la extracción de la droga del puerto no está amparada en prueba alguna y choca además frontalmente con aquello que efectivamente podía hacer D. Florencio, ya que éste carecía de posibilidad real alguna para acceder, advirtiendo que una cosa es acceder a la zona pública restringida del puerto y otra muy distinta acceder a cada una de las terminales en las que se hayan los contenedores

Los agentes vieron al recurrente conduciendo su camión en la zona pública restringida del puerto de Valencia, acompañado de D. Victor Manuel, pero nadie le vio ni en el interior ni en las inmediaciones de la terminal «NOATUM» donde se encontraba la droga.

En fin, ninguna prueba se practicó en el acto del juicio de la que deducir. « *Victor Manuel accedió al interior del recinto portuario a bordo del camión con matrícula ...-GLP conducido por Florencio* ».

Las conversaciones telefónicas de los días 16 y 17 de octubre, mantenidas con D. Victor Manuel tienen, según el penado, un contenido inconcreto, difuso, y ninguna de ellas contiene ninguna expresión de la que se deduzca claramente y sin ningún género de dudas que D. Florencio fuera a participar en la extracción de los alijos.



2.- La sentencia da cuenta del testimonio de agentes policiales que vieron a este recurrente a las 20:15 horas del día 17 de octubre ocupando el camión-GLP , con D. Victor Manuel , saliendo de la zona restringida del puerto de Valencia. También como, después se dirigió a Sedavi donde se reunió con varios coimputados.

Y también como el contenido de las conversaciones intervenidas constituyen base para inferir el acuerdo con aquellos para sacar la droga oculta en el contenedor «MEDU 2486471». Entre ellas una celebrada a las 16:54:54 de ese día 17 de octubre que recoge como este penado le dice a D. Victor Manuel que espere que entre 19:15 y 19:30 pasar a «a recoger al sitio». Pocas horas antes (entorno a las 13, 30 de ese día), D. Victor Manuel le había preguntado si «ya tienes para cargar allí» a lo que el recurrente promete que «Si». Y también conversaron sobre las dificultades para entrar al coacusado D. Ezequias que usa el alias « Picon » y es el que tiene localizados los contenedores.

Pues bien, conforme al contenido de la garantía que expusimos más arriba, es claro que la convicción sobre el compromiso y la efectiva participación de este acusado con la operación de alijo es inferida desde la objetiva certeza que reporta la valoración acomodada a lógica y experiencia.

El motivo se rechaza.

NOVENO.- 1.- En el cuarto motivo -por renuncia del tercero- se denuncia infracción de Ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 16.1 del Código Penal .

Alega que el propio relato de hechos ciñe la actuación de D. Florencio al auxilio al coacusado D. Victor Manuel de la extracción de droga del puerto, excluyéndole *por tanto* de cualquier tipo de participación en la organización de los envíos y excluyendo además la existencia de un grupo y organización criminal según el sentido que el Código Penal da a estos conceptos.

La intervención de D. Florencio se produce en un *momento* posterior a la llegada a puerto del buque y su sometimiento a control policial, sin que hubiera tenido participación alguna en el envío previo.

2.- Como dejamos expuesto en relación con idéntica estrategia procesal del anterior recurrente, la indicación del tiempo en que se llevan a cabo concretas actuaciones conlleva la necesidad de excluir las mismas en otros momentos. Recordamos aquí, como lo hicimos antes, que la sentencia afirma en el Fundamento Jurídico Sexto que existe un pacto para llevar a cabo la total operación. Y también en el Fundamento Jurídico Quinto da cuenta la sentencia como elemento de convicción sobre ese pacto desde el inicio de la operación de remisión embarcada de la droga, el significativo dato de que fueron múltiples en el tiempo las conversaciones y cómo las mismas permitían constatar los actos que eran ejecución del proyecto de transporte.

Por otra parte, reiteramos lo dicho sobre lo relativo de la referencia al momento del pacto. Anterior Fundamento Jurídico Sexto de esta sentencia.

DÉCIMO.- 1.- El quinto motivo reitera la denuncia de infracción de ley, al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ahora por vulneración del artículo 29 del Código Penal , recordando que en el trámite de conclusiones definitivas ya solicitó la consideración de su participación como un supuesto de complicidad, y ello por cuanto el relato de hechos probados circunscribe la participación de D. Florencio a labores secundarias relativas al apoyo de quien tenía que recibir la droga.

2.- Damos aquí por reproducido cuanto dijimos en el Fundamento Jurídico Sexto para rechazar esta pretensión ya que concurren las mismas razones para que este motivo sea como en aquél rechazado.

UNDÉCIMO.- 1.- El séptimo motivo -el sexto lo examinaremos conjuntamente para todos los que invocaron igual pretensión- insta la declaración de que la sentencia de instancia incurrió en error al valorar la prueba y que ello resulta de documentos que invoca al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Como tales documentos enuncia: certificados de la Autoridad Portuaria de Valencia obrantes a los folios 2.792 y 2.806 de la causa, según los cuales el camión matrícula-GLP conducido por el recurrente no tenía autorización para acceder el día 17 de octubre de 2013 a la terminal donde se encontraban los contenedores con la sustancia ilegal y que tenía órdenes de entrega de un contenedor en la terminal de «MSC» terminal Valencia (se trata de otra terminal distinta y alejada de «NOATUM»).

2.- Basta decir que la sentencia afirma la presencia del camión en la zona restringida atendiendo a prueba testifical. El artículo 849.2 excluye la viabilidad de la queja fundada en documentos si el juzgador atiende a medios probatorios diferentes de sentido diverso al de la conclusión que se pretende apoyar en el documento invocado.

Por ello el motivo era inadmisibles y en este trance debe ser rechazado.

Recurso de D. Ezequias



DUODÉCIMO.- 1.- En el primero de sus motivos se alega infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 14.2 del Código Penal al concurrir un **error de tipo** sobre hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante.

Partiendo de la exclusión de organización criminal (no objeto de condena) entiende que se deba de concretar y establecer una suerte de compartimentos estancos entre las diferentes conductas de los acusados, una **individualización** en definitiva de responsabilidad por los hechos imputados.

Afirma que, en lo subjetivo, falta el conocimiento sobre la naturaleza y cuantía de la sustancia de cuyo tráfico se imputa a los encausados. En concreto no cabe declarar que supiera que ésta era droga tóxica o que, de serlo, fuera cocaína y no marihuana, que no causa grave daño a la salud. Convicción ésta que admite y que funda en que era sabedor de que el D. Víctor Manuel se dedicaba a traficar con tal sustancia.

2.- Tal alegato no se corresponde con ningún dato que conste acreditado. Ni, desde luego, se compadece con la relación mantenida por el recurrente con D. Víctor Manuel de la que no se comprende que la misma, cristalizada en el pacto de llevar a cabo el acto de tráfico, no incluyera, según experiencia común, la recíproca información, y correlativa recíproca imputación por tal título, acerca de la naturaleza de la sustancia objeto de aquél.

El cauce casacional elegido no permite introducir modificaciones en el relato de lo que la sentencia da por hecho probado, y ese componente objetivo, del que discrepa el motivo, constituye una premisa de tal naturaleza fáctica, sin que haya documento alguno que evidencie que su proclamación sea fruto de una errónea valoración.

El motivo se rechaza.

DECIMOTERCERO.-1.- El segundo motivo denuncia también infracción de precepto penal por indebida inaplicación de los artículos 16.1 y 62 del Código Penal al entender el recurrente que los hechos probados son constitutivos, en su caso de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, habida cuenta de que se trató de una operación de recogida absolutamente controlada, vigilada y sin ninguna disponibilidad sobre la droga intervenida en tanto que el dispositivo policial detuvo a todos los investigados antes de que pudieran obtener disponibilidad sobre la sustancia.

Adelantándose a la objeción que diremos a tal tesis, alega que su participación se redujo a dar a un miembro de la supuesta organización criminal (D. Víctor Manuel) la localización de los contenedores «MEDU 2486471» y «MSCU 5581985» procedentes del carguero «MSC Maureen» en la terminal portuaria «NOATU».

También protesta de que la sentencia de instancia no diferenciara en el tratamiento penal la diversa entidad de contribución de los plurales imputados intervinientes en la operación, pese a que éstos no constituían ninguna organización.

2.- Por el contrario es el motivo el que no detecta la diferencia entre el caso juzgado y aquellos resueltos en las sentencias cuya publicación cita.

Nos remitimos a lo dicho en los Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto de esta sentencia en particular a la inferencia de que mal puede imaginarse el comienzo del complejo procedimiento de remisión/recepción de la droga sin el previo concierto de todos los intervinientes. Y en particular de quien desempeñaba la esencial misión de la manipulación de los contenedores dentro del recinto portuario.

El motivo se rechaza.

DECIMOCUARTO.- 1.- El tercero vuelve a denunciar otra vulneración de precepto penal. En efecto estima que ha sido indebida la no aplicación de las previsiones sobre modificación de la responsabilidad penal que establecen los artículos 21.2ª, o en su caso 21.7ª en relación con el artículo 21,1a, a su vez en relación con lo dispuesto en el artículo 20.2ª todos ellos del Código Penal .

Afirma haber actuado bajo los efectos del consumo de alcohol, drogas estupefacientes, tóxicas o sustancias psicotrópicas.

La concurrencia de los presupuestos fácticos los deriva de las mismas intervenciones telefónicas en las que alguno de los interlocutores dice del recurrente que *«lleva una chufa el hijo de puta... va todo enchufado... no ha dormido nada en toda la noche, una castaña de escándalo, Laura , pero de escándalo (...). «Lleva una chufa.. digo madre mía, ¿pero qué chufa llevas cabrón?, dice hay un speed que está..., digo nada, se te nota en la cara, como se podría meter... dice que trabajó hasta las tres y media de la mañana, ¿pues qué quieres? Lleva una enchufada... ¿sabes? (...).» «(...) con la chufa que lleva el melón, madre mía ¿sabes?»..... «(...) viene con la castaña de no haber dormido en toda la noche y va to enchufado el hijo de puta, que se ha hecho speed que está buenísimo, el hijo de la gran puta, no durmió anoche y va doblado, menudo doblado».*



Afirma que el reconocimiento médico forense realizado por el Dr. Don Jose Francisco , del Instituto de Medicina Legal de Valencia refiere un consumo de canaboides, anfetaminas y cocaína de larga duración, así como abuso de alcohol e ideas autolíticas y en el que recomienda supervisión médica en el caso de que ingrese en prisión (provisional).

Y los peritos -psicóloga y trabajadora social- afirman que presenta *trastorno por dependencia de cocaína, trastorno por dependencia de Cannabis, trastorno por abuso de alcohol. trastorno por abuso de anfetaminas, y muestra la mayor parte de los criterios del Trastorno Límite de la Personalidad.*

2.- El motivo se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, pese a ser doctrina harto conocida, hemos de decir una vez más que no autoriza a formular un debate sobre subsunción del hecho imputado y declarado probado en la norma distinto, en absolutamente nada, de lo que la sentencia recurrida proclama como tal hecho.

La sentencia no declara probado que el acusado, por razón de ese consumo abusivo de sustancias tóxicas tenga mermadas, en medida alguna penalmente relevante, las facultades de autodeterminación con libre voluntad y capacidad cognitiva.

No lo dice el informe médico forense. Y desde luego al respecto ni los interlocutores de las conversaciones tienen reconocida capacidad de evaluación al respecto, ni siquiera ésta cabe reconocerla en el equipo psicosocial que se invoca.

Por otra parte, la entidad misma del tráfico imputado exigiría que las circunstancias invocadas fueran tales que las facultades cognitivas y de control de voluntad no alcanzaran a comprender la gravedad del daño para la salud de los demás, tanto más cuanto que ese habitual consumo que reconoce le reportaría información sobre la malignidad de los efectos que habrían de derivarse del consumo por otros de aquello en lo que el penado contribuye a difundir. Por lo que solamente ante graves alteraciones de tales parámetros de personalidad se comprendería que no se abstuviera del hecho que se le imputa. Y aquella entidad y sus efectos no constan probados.

El motivo se rechaza.

Recurso de D. Efrain

DECIMOQUINTO.- 1.- El primero de los motivos de este recurrente se formula al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 24 de la Constitución en su manifestación de derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

El alegato se centra en el reproche de ausencia de prueba de cargo, siquiera mínima tildando a la conclusión de la instancia de juicio de inferencia arbitrario, asentado en hipótesis de cosecha propia del Tribunal

Y remite el error a la proclamación de la identidad del Sr. Efrain como la de un sujeto usuario de un *nickname*: « DIRECCION001 », que, por el contrario, el recurso estima como racionalmente verosímil su atribución a un tercero. Se trataría de un individuo identificado como Eloy , al que se refiere una transcrita conversación entre D. Victor Manuel y D^a Laura , y respecto del cual nada se ha investigado.

La sentencia partiría, como dato incriminatorio, de los mensajes telefónicos entre dos terminales telefónicas «Blackberry» atribuidas una a D. Victor Manuel (« Botines »), que le fue intervenida al momento de su detención y otra, como queda dicho, al desconocido usuario del *nickname* (« DIRECCION001 »). Pero en relación con esta segunda atribución advierte de que el teléfono «Blackberr», cuya utilización se atribuye a dicho condenado con el *nickname* « DIRECCION001 », es procesalmente, formalmente, inexistente. Al momento de su detención el ahora recurrente sólo portaba un teléfono «Samsung» y no consta dato objetivable alguno que permita inferir que el Sr. Efrain se deshizo de su teléfono (el supuesto «Blackberry») antes de llegar a Valencia. Lo que rompería la vinculación entre la identidad del usuario de un teléfono de tal marca y el acusado. O, por ello, entre el conocido como « DIRECCION001 » y el recurrente.

Lo que, aun admitiendo los datos relativos a la cita con D. Victor Manuel para comer el día y hora que dice la sentencia y su viaje desde Madrid a Valencia en AVE, al no poder fundar la imputación en conversaciones telefónicas de las que no cabe predicar su auténtica participación en ellas, se carecería base para poder inferir con certeza la participación en el tráfico por el que viene condenado. Y al desconocer esto la recurrida vulnera, según el recurrente, el derecho a la tutela judicial efectiva: y a la presunción de inocencia

2.- Los indicios de que parte la sentencia de instancia vienen constituidos, principalmente, por las relaciones con D. Victor Manuel . El recurrente varía su versión al respecto. Va de un contacto casual el día de la detención en que se había trasladado a Valencia para comer arroz, a la de que iba para adquirir un vehículo y no para disfrutar de aquel producto gastronómico. Lo cierto es que es hecho incontestable que se reúne con D. Victor



Manuel cuando éste abandona el puerto de Valencia en un camión con el coacusado D. Florencio y se llega a Sedaví donde le esperaba este recurrente con otros dos imputados no juzgados ahora. Entre ellos D. Armando al que se le ocupó un papel con la anotación «MSC Mauren Medu 2486471..». Y ha de recordarse que «MSC MAUREEN» es el nombre del carguero que portaba los contenedores, y «MEDU 2486471» la identificación de uno de esos contenedores. Además ese era el día en que los contenedores llegaron al puerto portando en su interior la droga que se intervino policialmente. Y el día en que el recurrente hizo el viaje desde Madrid a Valencia.

De lo anterior deriva una relación con las personas intervinientes en el tráfico que no se justifica por ninguna otra razón diversa de la de participar en éste.

Las conversaciones de D. Victor Manuel con un individuo identificado como « DIRECCION001 » están no solo inequívocamente relacionadas con la operación de tráfico aquí juzgada, sino que ni siquiera esto es discutido.

Así pues, predicar que ese individuo es el recurrente constituye un indicio más, no el único, de su relación codelinuencial con el tráfico gestionado por D. Victor Manuel . Esa identidad se robustece por la coincidencia de datos cronológicos entre el viaje del recurrente (estacionamiento de su vehículo en Madrid y horario del AVE con llegada a Valencia a las 12:40, según hoja obrante al folio 2.347) y los que constan en la conversación D. Victor Manuel el día 16 de octubre con quien se hace reconocer como « DIRECCION001 » (en la que éste fija como hora de la cita las «2 y 20» y el día 17 en el terminal de D. Victor Manuel se recoge la fijación para cinco minutos después de las 14:08) y en la que mantiene D. Victor Manuel con D^a Laura ya el día 17 confirmando que se dirige a un encuentro en Sorolla (la estación de Valencia) con alguien, que es de inferir con absoluta lógica es la persona citada con el identificativo « DIRECCION001 ».

Todas esas inferencias y relaciones son ajenas a la premisa que tanta atención merecen al recurrente: que éste utilizara una «Blackberry» y que la misma no fuera habida. Lo que la sentencia dice respecto del móvil del recurrente es que se le ocupó un «Samsung». Así pues la refutación se establece en el motivo sobre una hipótesis ajena a la tesis de la imputación. Es una refutación inútil.

Por el contrario los datos que la sentencia expone como reportados por los medios probatorios (viaje, horarios, encuentro, personas intervinientes en éstos y conversaciones intervenidas) llevan desde la lógica a concluir de manera excluyente e inequívoca que el acusado era una de las personas intervinientes en el acuerdo recíproco con los demás en el tráfico que se le imputa. Y, frente a tal inferencia, la tesis alternativa resulta, no solamente apenas rica en fantasía, sino totalmente carente en apoyo probatorio.

Por lo que de la certeza del Tribunal de instancia predicamos, más allá de los subjetivo de su convicción, la objetividad que tal acomodo a lógica y experiencia le confiere. Por lo que no cabe, ni decir que no ha sido legítimamente enervada la garantía constitucional de presunción de inocencia, ni que la exposición de la sentencia no ponga de manifiesto suficientes motivos para justificar esa conclusión.

El motivo se rechaza.

DECIMOSEXTO.- 1.- El segundo de los motivos invoca lo que ya hicieron en similares aspecto los demás recurrentes, es decir que se habría vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el artículo 18.3 de la Constitución , en relación con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que rechaza las pruebas obtenidas violentando los derechos o libertades fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, consagrados ambos por el artículo 24.2 de la Constitución .

Afirma que no obra incorporado a las actuaciones el Auto Judicial que pudiera autorizar la intromisión en el secreto de las comunicaciones y que se acarrea igual vicio de nulidad en todas las diligencias que traigan causa de las escuchas telefónicas ilícitamente practicadas. Añade que el Auto de fecha 8 de enero de 2013 acuerda la apertura de pieza separada para la investigación de lo que se supone son nuevos hechos denunciados dando lugar a las Diligencias previas 186/2013 decretándose el secreto de las actuaciones por Auto de 15 de enero de 2013. El oficio policial del folio 50 es dirigido al Juzgado de Instrucción nº 7 de Alicante ya en el marco de las Diligencias Previas 186/2013 y en el mismo se reporta información derivada de intervenciones autorizadas en las diligencias iniciales las Previas 3.607/12 que fueron sobreseídas.

Obra en las actuaciones, dice el recurrente, el **Auto de fecha 17 de enero de 2013** dictado en la presente causa, pero solo con posterioridad al mismo se incorporaron a ésta los oficios o resoluciones anteriores a aquél dictado en la causa de procedencia que lo justifiquen. Luego el dictado en ésta no contaba con criterio para estimar que la información policial recibida era legítima, lo que acarrearía su ilicitud.

Incluso se queja de la ausencia de testimonio que acredite la autenticidad de tales antecedentes.

2.- Ya dejamos expuesto en el Primero de los Fundamentos Jurídicos de esta nuestra sentencia que en efecto en el folio 3 de la causa de que dimana este recurso obra el oficio policial fundamento de la decisión judicial en



las originarias DP 3607/2102. Y también advertíamos que en esta causa se llevó a cabo el traslado, a petición del Ministerio Fiscal, de los particulares se efectúa mediante testimonio de fedatario.

Que, así, consta fehacientemente que en septiembre de 2012 se había iniciado una intervención judicial -por auto de once de septiembre de 2012- en relación con giros postales recibidos por un sospechoso de una organización cuya estructura se detalla en el oficio policial que lo solicita, a raíz de recibir una información al respecto. Así resulta de los folios 2.882 y siguientes que lo testimonian en la causa de que procede este rollo. Fruto de esa inicial investigación se logra la información reportada en el oficio policial de 19 del mismo mes (folios 2.892 y ss) de la que deriva la recepción de los giros postales objeto de sospecha cuyos remitentes están dados de alta en el centro penitenciario del que partían las sospechas de que se destinaban a la adquisición de sustancias estupefacientes, con diversa entidad. Instándose la intervención de los teléfonos que usaban las personas bajo sospecha desde la inicial información de que se dispuso policialmente. De ahí que por auto de fecha del mismo día 19 de septiembre de 2012 en las diligencias nº 3.607/2012 se ordenase la intervención de comunicaciones telefónicas. Ciertamente con reducida expresión de argumentos más allá de la remisión al citado oficio policial. Pero con suficiencia que legitima dicha intervención desde la valoración *ex ante* de la información disponible.

Por lo anterior, cuando se dicta el auto de fecha 17 de enero de 2013 se contaba con información respecto de cuya existencia no concurrían razones para dudar y que los testimonios aportados corroboraron. También se contaba con el oficio remitido en estas diligencias 186/2013 con la añadida información obtenida en vigilancias y seguimientos. Todo ello suponía información suficiente, -desde luego no es eso lo que se impugna en este motivo- que legitimaba las decisiones de intervención de comunicaciones ordenadas ya en esta causa 186/2013 (8 de enero y sucesivas de 2013). La decisión de sobreseimiento de las diligencias precedentes tampoco implica como consecuencia necesaria que las intervenciones allí ordenadas, tributarias de una valoración de probabilidad *ex ante*, carecieran de justificación, ya que a tales efectos es irrelevante que *ex post* decayera ese juicio de probabilidad.

El motivo se rechaza.

Motivo común a los anteriores recurrentes.

DECIMOSÉPTIMO.- Los penados, cuyos recursos examinamos en los precedentes Fundamentos Jurídicos, alegan que en la tramitación de la causa se ha incurrido en dilaciones indebidas por lo que solicitan la estimación de la correspondiente atenuante.

D. Gervasio señala como hitos relevantes para estimar la atenuante solicitada que: **1.-** Desde la *incoación de pieza separada (D.P. 186/13)* por Auto de 15-1-13 (F. 48) *hasta la sentencia 157/17* de 12-4, objeto de recurso, han transcurrido 4 años. **2.-** Desde la *Providencia de 1-12-14 (F.3535)* dictada por el Juzgado de Instrucción 7 de Alicante, la posterior D.O. de 11-2-15 dictada por la Sección 2ª A.P. Alicante formando el Rollo de Sala 5/15 (F.41 Rollo de Sala) y *hasta la Providencia de 18-11-15* requiriendo aclaración de prueba a las defensas (F.44 Rollo de Sala), se produjo un lapso temporal de 9 meses. **3.-** Desde el *Auto de admisión de prueba y señalamiento de juicio 27-1-16* (F. 51 Rollo de Sala) *hasta el Auto de rebeldía de 17-10-16* de Pascale Assisi (F. 252 Rollo de Sala) transcurren 9 meses, sin más avance procesal, entre ellas, que las D.O. de cambio de fecha de juicio por coincidencia de fechas en algunos Defensores; por tanto sin motivo imputable a D. Gervasio .

D. Florencio alega que el procedimiento tuvo entrada en la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento el día 8/01/2015 (f. 1 del Rollo de Sala), la cual dictó el Auto de admisión de pruebas habiendo transcurrido más de un año, concretamente el día 27/01/2016 (f. 51 del Rollo de Sala), es decir, casi 13 meses para el trámite de admisión de pruebas y que las suspensiones a que alude la sentencia de instancia son achacables a un tercer acusado, que fue quien las interesó.

D. Ezequias indica que desde que se dicta el auto de apertura de juicio oral de 9 de junio de 2014 hasta el acto de juicio (21 de marzo de 2017) transcurrieron casi 3 años y desde que llegó la causa a la Audiencia transcurrieron 13 meses hasta que se dicta auto de admisión de pruebas (27 de enero de 2016).

El Sr. Efrain alega que la causa se retrasó «indebida e injustificadamente por espacio de años desde 2013» y que esta espera ha tenido consecuencias nocivas para los procesados y para el esclarecimiento de los hechos, pero ni concreta cuales son los periodos de paralización y las razones de la falta de justificación de ésta, ni cuales han sido las consecuencias obstruccionistas para la investigación más allá de una supuesta necesaria trascendencia en abstracto al respecto.

2.- Recordábamos en nuestra reciente STS 255/2018 de 29 de mayo que, como dijimos en la STS 642/2017 de 2 de octubre :



En nuestra STS 690/2015 de 27 de octubre, entre otras, hemos dicho que antes de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en SSTs 598 y 586 de 2014, que no cabía confundir el régimen jurídico de la atenuación de responsabilidad penal con el estatuto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Aquél se mantiene en el ámbito de la legalidad ordinaria, con finalidad reparadora, diversa de la perseguida por el amparo constitucional.

Y es que, como dijimos en nuestra STS 849/2014 del 2 de diciembre dado el fundamento de la atenuante ésta se justificaba solamente si del retraso **se han derivado consecuencias gravosas** ya que aquel **retraso no tiene por qué implicar éstas de manera inexorable**. Y sin daño no cabe reparación. (STS 654/2007 de 3 de julio). En la Sentencia 622/2001 de 26 de noviembre se invocaba la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 15 de julio de 1982 (TEDH 1982\4), dictada en el caso Eckle que ha admitido la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental mediante una atenuación proporcional de la pena, y ha considerado que era una forma adecuada de reparar la vulneración del derecho del acusado a ser juzgado en un plazo razonable. Y en la sentencia 2096/2002 de 17 de diciembre se reprochaba a la defensa que «...no ha manifestado las consecuencias negativas concretas del lapso de tiempo transcurrido...».

Después de promulgarse la actual redacción del artículo 21.6 del Código Penal en el año 2010, la Jurisprudencia ha tratado de definir el alcance de los presupuestos típicos de dilación extraordinaria de la tramitación del procedimiento y del carácter indebido de la misma, así como ausencia de atribuibilidad al inculpado y relación con la complejidad de la causa.

En lo que interesa al motivo que ahora estudiamos, también tenemos precisado que la apreciación como «muy cualificada» de esta atenuante procederá siempre que la dilación supere objetivamente el concepto de «extraordinaria», es decir, manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. También, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales (STS 25-09-12).

La mera indicación de hitos del procedimiento sin indicación de las razones que permiten calificar esos espacios como injustificados ni el carácter desmedidamente excepcional de aquella duración, así como la ausencia de cualquier referencia a las consecuencias gravosas para el penado, nos llevan por aplicación de aquella doctrina al rechazo de este motivo.

3.- Dice la sentencia recurrida que no aprecia dilación indebida, ni en su modalidad básica ni mucho menos, en su variedad cualificada. En efecto, examinada la causa, no se aprecian demoras significativas en las que el procedimiento haya estado «parado», Todo lo contrario, muchas han sido las incidencias surgidas a lo largo de su trámite y que han sido resueltas con prontitud. Por otra parte, la representación procesal de los acusados ha interesado en reiteradas ocasiones la suspensión del plenario señalado por coincidencia con otros señalamientos. En definitiva, la causa ha sido tramitada en un plazo perfectamente razonable en relación con su complejidad procesal, no apreciándose demoras injustificadas.

4.- Los recurrentes no acreditan perjuicios atribuibles a la duración del procedimiento. Al respecto, si bien la excesiva prolongación puede incidir en el acceso a fuentes probatorias de descargo, lo cierto es que, en este caso, no se ha acreditado la efectiva dificultad al respecto.

En caso de pluralidad de acusados basta la justificación del retraso derivada del comportamiento de uno de ellos. Porque, con independencia de la responsabilidad subjetiva, el comportamiento de uno es causa de demora ineludible para el Tribunal y por ello de objetiva justificación, excluyente de la atenuante.

La mera indicación de la **duración** de tramos entre trámites del procedimiento no implica **falta de justificación**. Y es ésta la que debe alegarse y, además, acreditarse. No lo hace ninguno de los recurrentes que se detienen en la invocación del dato meramente cronológico sin valoraciones añadidas que no sea la de calificarlo por su entidad que no por su razón de ser.

Por ello, como estima la sentencia recurrida, estimamos no acreditados los presupuestos de la atenuante invocada y el motivo se rechaza.

Recurso de D^a Laura

DECIMONOVENO.- 1.- Examinaremos prioritariamente el motivo quinto de los que formula esta penada ya que su eventual estimación deja sin objeto el resto del recurso. En el mismo se denuncia «vulneración del artículo



24.2, de la ley mayor del ordenamiento vigente, al negársele a la recurrente la presunción de inocencia que en su favor militaba produciendo vulneración a la tutela efectiva».

Alega que el único episodio que la concierne es el que se dice por la sentencia que: «Sobre las 19.30 horas del 18 de octubre de 2013 se detuvo a D^a Laura , encargada de proporcionar los móviles a D. Victor Manuel ». A ello apenas se añade como cargo que la recurrente era conocedora de la actividad delictiva de su marido.

Así pues advierte de que la narración de hechos, señala a la recurrente como la *proveedora de los móviles: ¡nada más!*. Estima que por este hecho en concreto, «no se descubría la forma de conjugar los verbos del 368 del Código Penal, para llegar al reproche».

Recuerda que el Ministerio Público, a lo largo de todo el desarrollo del juicio oral y en su informe posterior, quiso hacer valer a través del contenido de las intervenciones telefónicas otros actos, pero que ni en su escrito originario provisional ni al momento de elevar sus conclusiones a definitivas modificó tal relato. La Sala, argumenta el motivo, se remitió íntegramente a la petición escrita y consecuente mantenimiento de lo que se solicitaba.

Reconoce que la recurrente es la mujer del principal investigado, y que es innegable que móviles y tarjetas aparecen en el registro domiciliario, pero: **a)** Ni se puede demostrar que fuere ella la adquirente; **b)** ni que su finalidad fuere para la comisión del ilícito penal. Aunque del registro donde moraban D^a Laura , D. Victor Manuel , D^a Cristina , se intervienen 5 móviles, no se hace mención de si alguno de ellos pertenecían a D^a Mercedes y D^a Cristina . A D^a Laura se le encuentra el acabado NUM021 con PIN NUM022 , así como la tarjeta perteneciente al NUM009 . De los otros tres no se hace mención alguna, y, también se halla una pistola en buen estado de funcionamiento y conservación, causa por la que se siguió frente a la recurrente un delito de tenencia ilícita de armas, del que resultó absuelta.

2.- El motivo no se dirige tanto a cuestionar los resultados de la prueba directa, que reporta información sobre esos datos que la recurrente no cuestiona, cuanto a combatir que, internamente, sea coherente la inferencia a partir de aquellos que lleven a afirmar la premisa fáctica de la imputación: que la recurrente participaba en las actividades de tráfico gestionadas por su esposo no juzgado D. Victor Manuel , y en la que todos los demás penados actuaban con sendas funciones para una estrategia colectiva de tal comercialización y transporte de la droga cuyo alijo es el objeto de esta causa.

Así pues la cuestión que aquí se nos plantea exige una respuesta a una pregunta: dado que la única referencia de la declaración de hechos probados a esta recurrente consiste en atribuirle, literalmente, si otra añadidura, que era «encargada de proporcionar los móviles a D. Victor Manuel », ¿se justifica desde la lógica y la experiencia concluir que lo hiciera consciente de su funcionalidad para los actos de tráfico imputados a su esposo y con la voluntad de contribuir al mismo?.

Cuando menos cabría tildar de poco concluyente tal inferencia. Es decir, a lo sumo, puede decirse que es compatible tal actuación con esa finalidad. Pero tal compatibilidad no equivale ni siquiera a probabilidad. Menos aún a certeza que pueda ser tenida por objetiva, en el sentido que dejamos expuesto al principio de esta sentencia al definir el contenido de la garantía de presunción de inocencia aquí invocada.

Desde luego el conocimiento, del que ni siquiera consta en qué medida, de la actividad de D. Victor Manuel , no implica de manera ni necesaria ni siquiera probable, de decidida contribución a su éxito delictivo.

Relevante es la advertencia de la recurrente sobre pluralidad de terminales intervenidas pero de las que solamente una se le atribuye, excluyendo la vinculación de la misma con otros efectos, no solamente terminales y tarjetas, sino incluso un arma. Porque esa disociación entre acusada y efectos como el arma suponen una aceptación de que la vinculación penalmente relevante como contribución a la comisión del delito de otros exige un plus añadido a ese hecho base de partida.

De los textos de conversaciones telefónicas intervenidas en que participa esta acusada hemos de atender a las que justifican el hecho base que se declara probado y que es solamente la contribución adquiriendo teléfonos móviles para su esposo. No a otros hechos, como la vigilancia de localizadores en un vehículo, ausentes, en el relato de hechos probados. Pues bien, respecto a aquel dato del hecho probado, la sentencia recoge en el Fundamento Jurídico Quinto que D. Victor Manuel le encarga «que se vaya al locutorio y que mire a ver si tienen tarjetas. Que él ha cogido dos pero que le hacen falta a él y que compre dos «Vodafone» y una «Llama Ya» y «un par de teléfonos». Aunque dice que la recurrente asiente, no se añade que efectivamente lo hiciera. Menos aún dice la sentencia que aquella necesidad del esposo requirente lo fuera para el concreto alijo objeto de esta causa.

Por ello, sin cuestionar que la recurrente fuera consciente de que su esposo realizara actividades delictivas, incluso la que dio lugar a esta causa, en modo alguno se alcanza certeza sobre: que se aceptara el encargo



conociendo que con ello contribuía a posibilitar la ejecución del delito que aquí se juzga; menos que su asentimiento representa la voluntad de que tal delito se cometiera o, en fin, que llegase a desplegar la actividad colaboradora pues no se proclama probado que ejecutara aquello a lo que asiente.

Por ello, como derivado resultado de la estimación de esta queja sobre la premisa fáctica, hemos de concluir que falta el presupuesto que exige la condena como cómplice ya que, ni objetivamente se proclama como ejecutado el hecho colaborador, ni subjetivamente concurre el doble dolo de querer conscientemente ese no declarado probado acto colaborador - adquirir lo encargado- ni de que el delito del autor principal se ejecute.

Lo que a su vez nos lleva a estimar este motivo y dejar de examinar los demás con los efectos que se proclaman en la segunda sentencia

VIGÉSIMO.- Las costas deben ser impuestas a los recurrentes cuyos recursos han sido desestimados, declarando de oficio las del recurso interpuesto por D^a Laura todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

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 formulados por **D. Efrain , D. Ezequias , D. Florencio , D. Gervasio** , contra la sentencia dictada por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Alicante con fecha 12 de abril de 2017 .

Estimar el recurso interpuesto contra la misma sentencia por **D^a Laura** , que se casa con respecto a dicha recurrente, declarando de oficio las costas derivadas de este recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: **10576/2017 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 4 de julio de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 2/2015, seguida por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 129/2014, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Alicante, por delitos contra la salud pública y tenencia ilícita de armas, contra D. Efrain , con D.N.I NUM026 , nacido el NUM027 /1981 en Madrid, hijo de Julián y de Celsa , c, D. Ezequias , con D.N.I NUM028 , nacido el NUM029 /1968 en El Ferrol, hijo de Ovidio y de Felicisima , , D. Florencio , , con D.N.I NUM030 , nacido el NUM031 /1971 en Cuenca, hijo de Teodulfo y de Marina , D. Gervasio , con D.N.I NUM032 , nacido el NUM033 /1983 en Valencia, hijo de Jesús Luis y de Rita , y D^a Laura , con D.N.I NUM034 , nacida el NUM035 /1989 en Colombia, hija de Amadeo y de Zaida , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 12 de abril de 2017 , que ha sido recurrida en casación por los procesados y ha sido **casada y anulada**



parcialmente, por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la recurrida añadiendo que no consta que D^a Laura , llevase a cabo actos de adquisición de tarjetas y terminales telefónicos conociendo su destino por el esposo D. Victor Manuel a los hechos objeto de este proceso ni con voluntad de contribuir a la ejecución mediante éstos del delito que se imputa a los acusados penados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las citadas razones que determinaron la rectificación del hecho probado ya expuestas en la sentencia de casación no cabe imputar a la recurrente D^a Laura , la responsabilidad ni a título de cómplice que justificó su condena en la instancia.

Por ello

FALLO

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

Absolver a D^a Laura , del delito por el que venía acusada, con declaración de oficio de las costas de la instancia y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por razón de tal acusación.

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

Así se acuerda y firma.