



Roj: **STS 2305/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2305**

Id Cendoj: **28079120012019100398**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2019**

Nº de Recurso: **2513/2017**

Nº de Resolución: **333/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1683/2017,**  
**STS 2305/2019**

RECURSO CASACION núm.: 2513/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 333/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 27 de junio de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados **Pedro Miguel , Abelardo , Alberto y Alexander** , conta sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, que les condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por los Procuradores Sr. Arana Moro respecto de Pedro Miguel y Abelardo ; Sr. Ybancos Torres respecto de Alberto y Sr. Vázquez Guillén respecto de Alexander .

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Cambados incoó Diligencias Previas con el nº 920 de 2009 contra Pedro Miguel , Alberto , Abelardo , Alexander y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, que con fecha 18 de julio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:



"Los acusados Pedro Miguel , mayor de edad, provisto de DNI NUM000 , con antecedentes penales computables al haber sido condenado en el procedimiento 17/1993 de la Sección Primera de la Audiencia Nacional, por sentencia del 6/11/1996 firme el 21/09/1998 a la pena de 15 años de prisión como autor de un delito contra la salud pública y en procedimiento 47/2000 del Juzgado de lo Penal 1 de Madrid por sentencia del 5/03/2001 firme el 3/07/2001 a la pena de 4 años y 4 meses de prisión como autor de un delito contra la salud pública, Alexander alias " Corsario " y " Pulpo " con DNI NUM001 , nacido en Outes (La Coruña), sin antecedentes penales, Alberto con DNI NUM002 nacido en Melilla con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Abelardo con NIE NUM003 nacido en Marruecos, de nacionalidad marroquí y sin antecedentes penales, convinieron participar junto con otras personas, a las que no afecta este enjuiciamiento, para traer una cantidad de hachis desde Marruecos a España por vía marítima, introduciendo la droga por las costas gallegas, con la finalidad de su posterior distribución dentro de nuestro País. El acusado Pedro Miguel , estableció contactos con la parte marroquí suministradora de la sustancia estupefaciente llevando a cabo diversos desplazamientos al sur de España para mantener reuniones con ellos o reuniéndose en otras ocasiones en Galicia; organizó y diseñó la adquisición de una embarcación para llevar a cabo el transporte de la droga, poniéndola a nombre de Alexander , quien además de figurar como adquirente de la embarcación de nombre BUQUE000 con la que llevarían a cabo el transporte del hachis, sirviendo de testaferro con el fin de evitar el control judicial del verdadero o verdaderos titular/es, llegó a tripularla y sirvió de enlace con quien finalmente llevó a cabo la travesía en la que se cargó la droga para su introducción por las costas gallegas. El acusado Abelardo fue presentado a los gallegos por otra persona de la parte marroquí suministradora del hachis, a la que para no prejuzgar denominamos *enlace marroquí*, para que se embarcara en el BUQUE000 cuando éste se desplazó desde Bilbao al primer punto convenido para el trasvase de la droga. El acusado Alberto , también fue presentado a los gallegos por el *enlace marroquí*, para que se embarcara en el BUQUE000 cuando éste fuera a recoger el cargamento, haciendo de contacto entre gallegos y marroquíes en el momento de la entrega de la droga. Así a finales del mes de septiembre del año 2010, Pedro Miguel se encargó de adquirir un barco con la finalidad de utilizarlo para la introducción de una cantidad de hachis en España. Una vez que dicho acusado tenía localizado el buque y cerrado el acuerdo de compraventa con sus propietarios, concertó con ellos una reunión en la notaría de Bilbao de D. José Ignacio Uranga Otaegui, sita en Alameda Recalde nº 27, el día 30/09/2010 en que se elevó a público el contrato de compraventa en escritura número 2324 del protocolo del Sr. Notario de fecha 30/09/2010, actuando por la parte vendedora D. Genaro que en representación de la "Asociación Recreativa Cultural Garbi III" con CIF G-95-392841, titular del capital social de la mercantil "Atuntxori SL" con CIF B-95.404,422 vende todas las participaciones de la referida mercantil "Atuntxori SL" al acusado Alexander por valor declarado de tres mil euros, siendo uno de los bienes de la mercantil "Atuntxori SL" la embarcación BUQUE000 , nombre coincidente con el de la mercantil antigua propietaria "Asociación Recreativa Cultural Garbi III". Para la compraventa del BUQUE000 se desplazaron hasta Bilbao los acusados Pedro Miguel , Alexander a cuyo nombre se pondría el barco figurando como comprador en el contrato de compraventa y otro que no es aquí enjuiciado al que para no prejuzgar denominamos *colaborador gallego*. Una vez adquirido el BUQUE000 el acusado Pedro Miguel y el *colaborador gallego* se desplazaron de nuevo a Bilbao a finales del mes de octubre del NUM003 para controlar y supervisar la salida del barco que, desde allí, se dirigiría hasta unas coordenadas fijadas para la entrega de la droga. La travesía del BUQUE000 desde Bilbao hasta el punto fijado, con escala en el puerto coruñés de Cariño, fue realizada por el acusado Alexander y por Maximiliano quien había sido reclutado para realizar el transporte de la droga por el anterior, acompañándoles en representación de la parte marroquí suministradora del hachís, el acusado Abelardo quien, sin embargo, desembarcó antes de llegar al destino en la ciudad portuguesa de Olhao. Al no producirse finalmente, por circunstancias desconocidas, la entrega de la droga en el punto fijado, los acusados se dirigieron al puerto de la localidad gaditana de Barbate, en espera de instrucciones para salir nuevamente a por la carga de droga. A mediados de noviembre del 2010 se produjo un nuevo acuerdo entre la parte marroquí suministradora del hachis y la gallega receptora, lo que provocó que Maximiliano y el acusado Alberto zarparan a bordo del BUQUE000 desde el puerto de Barbate hasta las coordenadas fijadas en altamar para realizar la entrega, coordenadas N 35° 42 W 06° 00, contactando finalmente con los suministradores, quienes cargaron el BUQUE000 con el hachis. La noche del 14 al 15 de noviembre del 2010 cuando el BUQUE000 patroneado por Maximiliano navegaba hacia las costas gallegas donde debía alijar la droga, se vio envuelto en un gran temporal que lo hizo encallar frente a las costas portuguesas de Assenta-Torres Vedras, habiéndose podido recuperar por las autoridades portuguesas únicamente tres fardos rescatados del naufragio, con un peso cada uno de ellos de 31,998 kilogramos, 22,188 kilogramos y 36,576 kilogramos de resina de cannabis, que habrían alcanzado en el mercado ilícito el precio de 45.748, 31.730 y 52.300 euros respectivamente y que constituyen una pequeña parte de la carga total de hachis que portaba el BUQUE000 . Maximiliano fue condenado por la justicia portuguesa por su participación en estos hechos".

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



"Condenamos a los acusados Pedro Miguel , Alexander , Alberto y Abelardo , como autores responsables de un delito contra la salud pública ya definido, referido a sustancia estupefaciente que no causa grave daño a la salud, concurriendo notoria importancia y extrema gravedad por utilización de buque como medio específico para su transporte, la atenuante de dilaciones indebidas para todos los acusados y la agravante de reincidencia para Pedro Miguel , imponiéndoles las siguientes penas: A Pedro Miguel , CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de prisión con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 360.000 euros cada una, cuyo impago determinará su responsabilidad personal subsidiaria de seis meses, tres meses por cada una de las multas que resultare impagada. A Alexander , TRES AÑOS Y SIETE MESES de prisión con su accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos multas de 240.000 euros cada una, cuyo impago determinará su responsabilidad personal subsidiaria de cuatro meses, dos meses por cada una de las multas que resultare impagada. A Alberto , TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN con su accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 160.000 euros cada una, cuyo impago determinará su responsabilidad personal subsidiaria de dos meses y veinte días, un mes y diez días por cada una de las multas que resultare impagada. A Abelardo , TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN con su accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de 160.000 euros cada una, cuyo impago determinará su responsabilidad personal subsidiaria de dos meses y veinte días, un mes y diez días por cada una de las multas que resultare impagada. Imponemos a los acusados las costas del proceso por iguales partes. Decretamos el comiso del dinero y efectos intervenidos. Abónese a los condenados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa. La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E.Criminal ".

**TERCERO.**- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Pedro Miguel , Alberto , Abelardo y Alexander , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO. - I.**- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Pedro Miguel** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 L.E.Cr ., y art. 5.4 L.O.P.J ., por infracción de lo dispuesto en el art. 18.3 y 24.1 y 2 de la C .E., en relación con lo dispuesto en el art. 11 de la L.O.P.J ., por vulneración del Derecho al secreto de las comunicaciones, así como del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 L.E.Cr . y 849.1, por infracción de lo dispuesto en el art. 24.2 C.E ., en lo relativo a la presunción de inocencia, en relación con lo dispuesto en el art. 368 a 370 C.P . y, subsidiariamente, por infracción por inaplicación de lo dispuesto en el art. 376 C.P .

Tercero.- Con carácter subsidiario, de no admitirse los anteriores motivos de casación, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 370.3 C.P ., que tipifica la agravante de extrema gravedad por empleo de buque.

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 22.8 del C.P ., que tipifica la reincidencia.

Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 21.6 C.P ., que tipifica la atenuante de dilaciones indebidas, al no apreciarse la atenuante como muy cualificada.

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

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 L.E.Cr ., y art. 5.4 L.O.P.J ., por infracción de lo dispuesto en el art. 18.3 y 24.1 y 2 de la C .E., en relación con lo dispuesto en el art. 11 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, así como del Derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 L.E.Cr ., y 849.1, por infracción de lo dispuesto en el art. 24.2 C.E ., en lo relativo a la presunción de inocencia, por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 368 a 372 C.P . y, subsidiariamente, por infracción por inaplicación de lo dispuesto en los arts. 16.3 y 376 C.P .



Tercero.- Con carácter subsidiario, de no admitirse los anteriores motivos de casación, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 370.3 C.P ., que tipifica la agravante de extrema gravedad por empleo de buque.

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 21.6 C.P ., que tipifica la atenuante de dilaciones indebidas, al no apreciarse la atenuante como muy cualificada.

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

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O.P.J . por vulneración del art. 24 C.E . (derecho a la presunción de inocencia).

Segundo.- Por infracción de precepto legal, al amparo de lo dispuesto en los arts. 849 L.E.Cr . por infracción de precepto legal, por la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación de los arts. 369 y 370.3 del Código Penal (extrema gravedad).

Tercero.- Por infracción de precepto legal, al amparo de lo dispuesto en los arts. 849 L.E.Cr . por infracción de precepto legal, por la infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del art. 21.6 y 66 del Código Penal .

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

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4º LOPJ por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18 de la Constitución .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 L.E.Cr . y 5.4º LOPJ por vulneración del art. 24 CE (derecho a la presunción de inocencia y derecho a la tutela judicial efectiva).

Tercero.- Por infracción de precepto legal, al amparo de lo dispuesto en los arts. 849 de la LECR . por infracción de precepto legal, por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en aplicación de la ley penal, por indebida aplicación de los arts. 369 y 370.3º del Código Penal .

Cuarto.- Por infracción de precepto legal, al amparo de lo dispuesto en los arts. 849 de la LECR . por infracción de precepto legal, por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del art. 21.6º y 66 del Código Penal .

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 19 de junio de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación los interpuestos por la representación procesal de Pedro Miguel , Alexander , Abelardo y Alberto , contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra que les condenó por un delito contra la salud pública.

El objetivo en el que se centran los hechos probados relativos a una operación de narcotráfico se ubica en los hechos probados en cuanto a que los condenados "conviniere participar junto con otras personas, a las que no afecta este enjuiciamiento, para traer una cantidad de hachis desde Marruecos a España por vía marítima, introduciendo la droga por las costas gallegas, con la finalidad de su posterior distribución dentro de nuestro país".

La intervención de los recurrentes se ubica en las diversas acciones llevadas a cabo por los mismos que se relacionan en los **hechos probados** :

1.- Pedro Miguel

El acusado Pedro Miguel , estableció contactos con la parte marroquí suministradora de la sustancia estupefaciente llevando a cabo diversos desplazamientos al sur de España para mantener reuniones con ellos



o reuniéndose en otras ocasiones en Galicia; organizó y diseñó la adquisición de una embarcación para llevar a cabo el transporte de la droga, poniéndola a nombre de Alexander , quien además de figurar como adquirente de la embarcación de nombre BUQUE000 con la que llevarían a cabo el transporte del hachis, sirviendo de testaferro con el fin de evitar el control judicial del verdadero o verdaderos titular/es, llegó a tripularla y sirvió de enlace con quien finalmente llevó a cabo la travesía en la que se cargó la droga para su introducción por las costas gallegas.

## 2.- Abelardo

El acusado Abelardo fue presentado a los gallegos por otra persona de la parte marroquí suministradora del hachis, a la que para no prejuzgar denominamos enlace marroquí, para que se embarcara en el BUQUE000 cuando éste se desplazó desde Bilbao al primer punto convenido para el trasvase de la droga.

## 3.- Alberto

El acusado Alberto , también fue presentado a los gallegos por el enlace marroquí, para que se embarcara en el BUQUE000 cuando éste fuera a recoger el cargamento, haciendo de contacto entre gallegos y marroquíes en el momento de la entrega de la droga.

## 4.- Adquisición del barco con el que llevar a cabo el transporte de la sustancia.

### a.- Intervención de Pedro Miguel .

Así, a finales del mes de setiembre del año 2010, Pedro Miguel se encargó de adquirir un barco con la finalidad de utilizarlo para la introducción de una cantidad de hachis en España. Una vez que dicho acusado tenía localizado el buque y cerrado el acuerdo de compraventa con sus propietarios, concertó con ellos una reunión en la notaría de Bilbao de D. José Ignacio Uranga Otaegui, sita en Alameda Recalde nº 27, el día 30/09/2010 en que se elevó a público el contrato de compraventa en escritura número 2324 del protocolo del Sr. Notario de fecha 30/09/2010, actuando por la parte vendedora D. Genaro que en III" con CIF G-95-392841, titular del capital social de la participaciones de la referida mercantil "Atuntxori SL" al acusado Alexander por valor declarado de tres mil euros, siendo uno de los bienes de la mercantil "Atuntxori SL" la embarcación BUQUE000 , nombre coincidente con el de la mercantil antigua propietaria "Asociación recreativa cultural Garbi III".

### b.- Intervención de los recurrentes Pedro Miguel , Alexander en la compra del barco transportista de la droga.

Para la compraventa del BUQUE000 se desplazaron hasta Bilbao los acusados Pedro Miguel , Alexander a cuyo nombre se pondría el barco figurando como comprador en el contrato de compraventa y otro que no es aquí enjuiciado al que para no prejuzgar denominamos colaborador gallego. Una vez adquirido el BUQUE000 el acusado Pedro Miguel y el colaborador gallego se desplazaron de nuevo a Bilbao a finales del mes de octubre del 2010 para controlar y supervisar la salida del barco que, desde allí, se dirigiría hasta unas coordenadas fijadas para la entrega de la droga.

### c.- Operaciones para activar el transporte de la droga con intervención de Alexander , Maximiliano y Alberto .

La travesía del BUQUE000 desde Bilbao hasta el punto fijado, con escala en el puerto coruñés de Cariño, fue realizada por el acusado Alexander y por Maximiliano quien había sido reclutado para realizar el transporte de la droga por el anterior, acompañándoles en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, el acusado Abelardo quien, sin embargo, desembarcó antes de llegar al destino en la ciudad portuguesa de Olhao.

Al no producirse finalmente, por circunstancias desconocidas, la entrega de la droga en el punto fijado, los acusados se dirigieron al puerto de la localidad gaditana de Barbate, en espera de instrucciones para salir nuevamente a por la carga de droga.

A mediados de noviembre del 2010 se produjo un nuevo acuerdo entre la parte marroquí suministradora del hachis y la gallega receptora, lo que provocó que Maximiliano y el acusado Alberto zarparan a bordo del BUQUE000 desde el puerto de Barbate hasta las coordenadas fijadas en altamar para realizar la entrega, coordenadas N 35°42 W06°00, contactando finalmente con los suministradores, quienes cargaron el BUQUE000 con el hachis.

La noche del 14 al 15 de noviembre del 2010 cuando el BUQUE000 patroneado por Maximiliano navegaba hacia las costas gallegas donde debía alijar la droga, se vio envuelto en un gran temporal que lo hizo encallar frente a las costas portuguesas de Assenta-orres Vedras, habiéndose podido recuperar por las autoridades portuguesas únicamente tres fardos rescatados del naufragio, con un peso cada uno de ellos de 31,998 kilogramos, 22,188 kilogramos y 36,576 kilogramos de resina de cannabis, que habrían alcanzado en el mercado ilícito el precio de 45.748, 31.730 y 52.300 euros respectivamente y que constituyen una pequeña parte de la carga total de hachis que portaba el BUQUE000 .



## RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR Pedro Miguel

**SEGUNDO.-** 1.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim ., y art. 5.4 de la LOPJ , por infracción de lo dispuesto en el art. 18.3 y 24. 1 y 2 de la C . E., en relación con lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ ., por vulneración del Derecho al secreto de las comunicaciones, así como del Derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Se alega falta de Motivación de los Autos autorizantes de las intervenciones telefónicas. En concreto, nulidad del Auto de Intervención Telefónica de 17 de septiembre de 2009 (folios 38 y siguientes), nulidad del Auto de fecha 14-12-2009, que autoriza la intervención telefónica del usuario " Jesús Ángel " (folios 125 y siguientes), nulidad del Auto de fecha 7 de enero de 2010, que autoriza la intervención, entre otras, del abonado NUM004 , utilizado por " Botines " (folios 179 y siguientes).

Pues bien, como se refiere en la sentencia del Tribunal, consta la debida y adecuada motivación de los autos habilitantes de la injerencia, y así, se desglosa el examen de los autos, destacando el desarrollo explicativo de la sentencia en torno a la alegada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que se alega, pero que es descartado por los siguientes argumentos:

**1.- Primer auto de intervención telefónica del 17/09/2009 (f 38- 46 T.I)**

La intervención de dos abonados utilizados por el identificado en oficio policial ( Carlos Francisco ) y conocido con el alias de " Tiburon " fue interesada por el Ministerio Fiscal (f. 3 a 15) recogiendo la información aportada en el oficio policial 879990 del 9/09/2009 del grupo GRECO-GALICIA (f. 16 a 28) de que, según informaciones recibidas en la unidad policial a mediados de mayo del 2009, dicho sujeto lideraría un grupo en la comarca del Salnés y estaría efectuando los preparativos para introducir en territorio nacional, a través de la costa gallega, una cantidad notoria de cocaína oculta en un velero desde Sudamérica, identificándose en el oficio cinco de los posibles miembros además del investigado.

Dos de ellos ya habían sido detenidos por tráfico de drogas y blanqueo de capitales por la misma unidad policial con la aprensión de 2.200 kg de cocaína en una lancha rápida varada en la playa de Corme.

Como *elementos corroboradores de la información confidencial* aportaban:

1) Al investigado le constaban antecedentes por delitos contra la salud pública.

2) Ni él ni su esposa desempeñan actividad laboral alguna, pese a lo cual mantienen un alto nivel de vida y están dados de alta en dos empresas, formando parte de su patrimonio un piso en Cambados, una vivienda unifamiliar en construcción en San Miguel de Deiro (Vilanova de Arousa) y un ostentoso chalet en la PLAYA000 en O Grove, y también se les había observado conduciendo vehículos de alta gama, un Audi3-Avant de color negro con placa .... NUM005 ; un BMW X-5, placa .... NUM006 , una moto Yamaha XP500 matrícula .... NUM007 .

3) Las empresas en las que el matrimonio figura dado de alta, pertenecen a una tercera persona identificada en el oficio policial y que asimismo formaría parte del grupo, con antecedentes por su implicación en la descarga de una tonelada de cocaína y todos los individuos con los que a lo largo de la investigación se le ha visto contactar tienen vinculación con el narcotráfico.

4) Fruto de las vigilancias policiales (en los días 21/05/2009; 26/05/2009; 3/09/2009 (f. 18, 19 y ss)) se pudo observar como adoptaba medidas de seguridad en sus desplazamientos y particularmente en sus muy frecuentes visitas a Talleres Salnés regentado por una cuarta persona, identificada en el oficio policial con antecedentes por narcotráfico, pero nunca dejaba el vehículo para arreglar, por lo que todo hacía sospechar a los agentes que utilizaban dicho taller como lugar de reunión para sus ilícitas actividades, dada su ubicación en el polígono de "El Salnes", lugar que hace muy complicado su sometimiento a vigilancia policial sin ser detectada. El 22/07/2009 " Tiburon " se alojó en un hotel en Santander con dos de aquellas referidas personas que, según la confidencia formarían parte del grupo y el 21/12/2008 se alojaron en el mismo establecimiento, uno de los de la reunión anterior y una quinta persona que identificada en el oficio policial, había sido imputada, con la otra de la reunión anterior en delito de receptación por efectos procedentes del tráfico de drogas.

En vigilancia del 12/08/2009 en el chalet del investigado sito en PLAYA000 (f. 24) los agentes observaron que acudían al mismo varias personas, entre ellas alguna de las referidas, llamando la atención de los investigadores que todas mostraban actitudes vigilantes, como corroboró y explicó en juicio el funcionario del cuerpo nacional de policía Greco Galicia carnet NUM008 y que cuando alguna de ellas salía del domicilio, siempre estaba otra en la puerta mirando al entorno en actitud vigilante.

5) Dos de los presuntos miembros referidos son socios en una empresa y otro que ya había sido detenido por tráfico de drogas en 2006 y por blanqueo de capitales con su mujer en el 2007, constaba como empleado



de una empresa perteneciente a uno de aquellos, de manera que todos los investigados que compondrían la organización o grupo delictivo objeto de la confidencia, estaban de alguna forma relacionados, se conocían perfectamente y conformarían un grupo homogéneo y hermético donde la amistad de los años les aseguraría la confianza necesaria para operaciones de narcotráfico de gran envergadura.

El auto del 17/09/2009 (f 38-46) que autoriza la intervención de dos números de teléfono utilizados por el investigado " Tiburon " ( Carlos Francisco ) recoge todos los anteriores datos referidos en el oficio policial, añadiendo que fue ampliado verbalmente mediante comparecencia realizada el día de la fecha y que, en virtud de las investigaciones realizadas, contando con información de inteligencia internacional, se ha llegado al conocimiento de que en Galicia existiría un grupo organizado que estaría tratando de introducir y alijar en territorio nacional una cantidad importante de sustancias estupefacientes, habiéndose identificado al investigado alias " Tiburon " como la persona supuestamente encargada de dirigir esta organización que estaría plantificando el transporte de cocaína en un velero procedente de sudamérica y con destino a Galicia y respecto de quien se ha detectado que mantiene asiduo contacto con personas que en su día fueron objeto de imputación judicial por el mismo juzgado autorizante, concretamente en las DPA 81/06 por un alijo de más de 2000kg de cocaína en la playa de A Barda y en las DPA 615/2006 incoadas por blanqueo de capitales derivado del tráfico de drogas, tratándose dichos imputados de tres de las personas referidas en el oficio policial como presuntos miembros del grupo. Incide el instructor en el alto nivel de vida y propiedades del investigado, pese a no desempeñar actividad laboral conocida ni él ni su esposa, estando dados de alta en la empresa de uno de los presuntos miembros del grupo con antecedentes por narcotráfico, así como en la adopción de medidas de seguridad en sus desplazamientos, lo que hace muy difícil su seguimiento y control por los medios ordinarios de investigación, habiéndose detectado reuniones de todos ellos tanto en Talleres Salnés S.L, como en el hotel Chiqui de Santander.

a.- *Validación por el Tribunal de la suficiencia del auto.*

Señala el Tribunal que:

"Contiene la resolución judicial (especialmente Fto Jco cuarto) el análisis de suficiencia de los datos aportados para sustentar la fundada sospecha de la actividad delictiva que se pretendía investigar, el juicio de proporcionalidad de la medida en base a la gravedad de los hechos, el juicio utilidad y necesidad de la medida para poder comprobar y descubrir el delito, dadas las medidas de seguridad empleadas por los presuntos autores.

Consideramos que los datos anteriores avalan en su multiplicidad y conjunción la verosimilitud de las noticias policiales, corroborando de forma objetiva la confidencia, pues las personas que según ella podrían formar parte del grupo, se estaban reuniendo, todas ellas eran conocidas y se habían visto implicadas o condenadas en delitos de tráfico de drogas incluso algunas en la misma causa y se había comprobado por las vigilancias policiales cómo extremaban medidas de seguridad en sus reuniones, ostentando el investigado un alto nivel de vida y patrimonio pese a no comprobársele actividad laboral alguna.

## **2.- Segundo auto de intervención telefónica del 14/12/2009 (f 125-133).**

Apunta el Tribunal que:

"Mediante el oficio policial 119.140/09 (f. 114-133) dando cuenta del resultado de vigilancias e intervenciones telefónicas, se informa de la vigilancia policial practicada sobre el investigado " Tiburon " el 1/12/2009 iniciada sobre las 10,15 horas y en la que los agentes observaron cómo realizaba medidas de seguridad, consistentes en dar dos vueltas a una rotonda (en la localidad de Cambados), pararse un tiempo no superior a cinco minutos y continuar su marcha hacia la autovía en dirección a la localidad de Sanxenxo, medidas que junto a su anómala circulación por la vía, les hicieron sospechar de que se iba a reunir con otras personas para concretar aspectos de la actividad ilícita investigada.

Tras seguirle y verle entrar en la localidad de Sanxenxo, le perdieron unos instantes de vista, localizando seguidamente el vehículo que conducía, estacionado junto al Mercedes E270 matrícula NUM009 YYN en una calle de la localidad de Sanxenxo. Los agentes al pasar junto a dichos vehículos vieron claramente como " Tiburon " estaba hablando con dos varones, apreciando los agentes como a las 10.45 solo restan en el lugar, los ocupantes del Mercedes, que permanecieron en su interior al menos otros diez minutos, prestando especial atención a todo vehículo y persona que transitara por la calle.

Los agentes siguieron a este vehículo, que hizo un itinerario sugestivo de medida de seguridad por carecer de toda lógica (itinerario que refieren en dicho oficio al f. 119) e identificaron a los que se reunieron con el investigado ( Jesús Ángel ) y ( Juan Pedro , alias " Topo "), habiendo estado este último procesado dentro de la "operación nécora", involucrado en operaciones de tráfico de drogas por vía marítima en operaciones del 16/06/1990 y 19/02/2001.



En el mismo oficio daban cuenta de las vigilancias posteriormente practicadas sobre estas dos personas ( Jesús Ángel y Topo ), cuyo resultado les confirmó la relación y asociación entre ambos, descartando que tal asociación fuera por motivos laborales, pues los objetos sociales de sus empresas no tienen relación alguna, viajaban juntos y adoptaban medidas de seguridad en sus desplazamientos, lo que junto con la reunión que mantuvieron con " Tiburon " en las circunstancias referidas (lugar intransitado dentro de una callejuela de Sanxenxo viviendo todos ellos en localidades de la provincia y próximas, uno en Cambados, los otros dos en Villagarcía y siendo lugar idóneo para mantenerla sin posibilidad de ser vigilados) fundaba la sospecha de su implicación en los hechos investigados.

La anterior relación de " Topo " con operaciones de narcotráfico por vía marítima, corroboraba la información inicial de que el investigado y su entorno estarían planificando una importante transacción de cocaína desde Sudamérica, introduciéndola por vía marítima.

El auto que autoriza la intervención de abonados de Jesús Ángel contiene el juicio de suficiencia de las sospechas de implicación en la actividad ilícita que se investigaba, de los usuarios cuyos abonados eran intervenidos, así como el juicio de excepcionalidad, utilidad, adecuación y necesidad de la medida para el descubrimiento del delito. Consideramos que los datos anteriores, avalaban en su multiplicidad y conjunción la verosimilitud de las noticias aportadas a la policía y que por lo tanto corroboraban de forma objetiva la confianza inicial haciéndola apta para fundar la injerencia en el secreto de las comunicaciones de los nuevos presuntos partícipes en la actividad delictiva, además de necesaria y útil para avanzar en el descubrimiento del delito, sin que con otras medidas menos gravosas se pudiera obtener ese resultado, por lo que concluimos que no infringe el derecho al secreto de las comunicaciones.

### **3.-TercerAuto del 28/12/2009.**

Apunta el Tribunal que:

"A raíz de la intervención del abonado del referido " Jesús Ángel " y vigilancias policiales los agentes dieron cuenta al Juzgado de que detectaron viajes suyos a Madrid los días 22 y 26 de diciembre del 2009, con vehículo de " Jesús Ángel " y sorpresivos para los agentes, pues evitaron hablar de ellos en sus conversaciones por teléfono, fueron de ida y vuelta dentro de las 24 horas y mantendrían sus móviles apagados tras la llegada a destino, fundadamente para evitar cualquier control policial.

Asimismo, en una reunión de ambos al día siguiente 27 de diciembre con otra/s personas en Galicia, adoptaron fuertes medidas de seguridad, por lo que solicitaron (f 155) la prórroga de las intervenciones y la observación e intervención del abonado utilizado por " Topo ", todo lo cual fue autorizado por el auto del 28/12/2009 en el que, al igual que en los anteriores, analiza el instructor tal resultado, así como la necesidad, proporcionalidad, excepcionalidad y utilidad de la medida para lograr avances en el descubrimiento del delito, justificándose a criterio de este Tribunal y conforme en dicha resolución se concluye, la restricción del derecho fundamental.

### **4.- Cuarto Auto del 7/01/2010.**

Autoriza la intervención, entre otros, del abonado NUM004 utilizado por " Botines " más tarde identificado como el ahora acusado, Pedro Miguel alias " Millonario ".

La intervención telefónica es autorizada en base al oficio policial 0741/10 del 7/01/2010 (f 179 y ss) en el que se informaba de los viajes a Madrid de " Jesús Ángel " y " Topo ", viajes que se daban, al menos, dos veces por semana, sin dar ninguna pista de los mismos por teléfono (omisión de datos del viaje, de su existencia, del día, hora, medio de transporte etc), con inmediatez en el tiempo y de escasa permanencia en el destino, lo que unido a las extremas medidas de seguridad adoptadas en sus desplazamientos y en destino desconectando los teléfonos, fundaba la sospecha policial de que su objetivo era entrevistarse con terceras personas para hablar de temas relacionados con el delito objeto de investigación.

Los viajes detectados por la policía tuvieron lugar el 21/12/2009 en que no pudieron pasar de Orense debido a una avería en el vehículo en que viajaban; el 22/12/2009 tras reparar de urgencia el vehículo fueron a Madrid y regresaron a Galicia en la madrugada del 23/12; el 26/12/2009 regresando en la misma tarde a Galicia; el 28/12/2009 entrevistándose en la mañana de ese día con un varón primero y luego con otro, entre fuertes cautelas de seguridad (f. 183) y regresando tras esas reuniones, por la tarde a Galicia; el 2/01/2010 regresando en la noche del mismo día y el 4/01/2010.

En el mismo oficio se exponía que los días 2 y 4 de enero durante el viaje Madrid, " Topo " recibió varias llamadas de teléfonos con prefijo portugués; llamadas utilizando un lenguaje encriptado que evitaba designar lugares o personas pese a referirse a ellos, del mismo modo que en los anteriores regresaron de Madrid en el mismo día, nunca pernoctando en hoteles, fundadamente para que no figuraran sus nombres en los mismos y que, justamente en el día siguiente de sus referidos viajes a Madrid del 2 y 4 de enero del 2010; esto es los





días 3 y 5 de enero, " Topo " se citó en los alrededores de Cambados con un tal " Botines " en llamadas cortas, asépticas para decirse el lugar de cita y nada más, exponiendo los investigadores que por su lenguaje encriptado y por el momento en que conciertan sus citas su razón de ser fundamenta respondería a una dación de cuenta del resultado de las reuniones en Madrid por parte de " Topo " a Botines " .

Tales conversaciones se transcriben en el oficio policial, teniendo lugar las dos del día 3/01/2010 respectivamente, a las 15:02:13 horas y a las 17:27:58 horas (f. 187). En la primera recibida en el teléfono intervenido de utilizado por " Botines ", si bien aquel inicialmente no se daba cuenta de quien le llamaba, lo hizo de forma inmediata cuando se identificó como Jesús María , Botines y quedaron para verse a la tarde en un bar de Ribadumia, con términos escuetos, herméticos, omitiendo referencias explícitas a su objeto o mayores precisiones; la del día 5/01/2010 tuvo lugar entre ambos en los mismos términos escuetos y herméticos, evitando designar el objeto de y el Botines le responde que ya está aquí, " Topo " le dice que hoy es imposible que a ver si puede pasarse mañana" (f. 187).

En base a dicho oficio policial, el auto del 7/01/2010 autoriza la intervención de las conversaciones telefónicas del abonado NUM004 utilizado por " Botines " y otros finalmente no imputados. En el mismo se realiza el juicio de suficiencia de las sospechas de criminalidad respecto a " Botines ", de proporcionalidad, excepcionalidad, utilidad y necesidad de la medida restrictiva, subsistiendo por otra parte, los fundamentos que justificaron los anteriores autos de intervención y prórroga.

Los datos objetivos de su presunta implicación en la actividad ilícita investigada derivaban del preciso momento en que contactó con uno de los investigados Topo , para reunirse con él, precisamente en el día siguiente a dos de los viajes que realizó a Madrid con Jesús Ángel para entrevistarse allí con otras personas muy sugestivos de la ilicitud de su objeto y su relación con la operación investigada pues adoptaban medidas de seguridad, eran viajes rápidos, que no mencionaban en sus comunicaciones telefónicas y desarrollándose las conversaciones con " Botines " en términos escuetos, herméticos con la finalidad de reunirse pero evitando mencionar, el objeto, lugar y hora. Por todo ello coincidimos con el instructor en que los contactos referidos constituían elementos indiciarios bastantes para justificar la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del Sr. Pedro Miguel .

Y en relación con la falta de acusación de otras personas que también fueron investigadas y sujetos de las intervenciones telefónicas y que las defensas esgrimen para sostener el carácter prospectivo de la medida, nos remitimos a los indicios expuestos para rechazar el argumento, además de que la falta de acusación de otros no excluye la legitimidad de la medida".

Así, como señala la Fiscalía, el auto que afecta al ahora recurrente de 7 de enero de 2010, lo es en base al oficio policial de la misma fecha (folio 179), después de haberse detectado innumerables viajes de los inicialmente investigados desde Galicia a Madrid, regresando en muchos de ellos el mismo día, para seguidamente entrevistarse con el conocido como " Botines ", que no es otro que el ahora recurrente. Tales citas eran programadas mediante lenguaje críptico, omitiendo cualquier dato que pudiera identificar no sólo a los interlocutores, sino las horas y los lugares donde se citaban. Teniendo en cuenta que los viajes realizados por Topo y Jesús Ángel a Madrid, también eran programados crípticamente para entrevistarse con diversas personas que dadas las medidas de seguridad adoptadas no pudieron ser identificadas, no es extravagante deducir, como lo hizo el Juez Instructor que la actividad que los investigados se traían entre manos no era otra que la de organizar partidas de drogas en grandes cantidades y que tal medida se hacía necesaria en la medida de que las cautelas por ellos adoptadas impedían un seguimiento más exhaustivo por los motivos ya apuntados.

#### *Dación de cuenta judicial con distintos oficios policiales*

1.- Pocos días después, en **oficio policial del 18/01/2010** (f. 241- 247) se da cuenta al instructor del resultado de la intervención del abonado de " Botines " con la transcripción de diversas comunicaciones mantenidas por éste, sugestivas por sus términos de la preparación de una operación de tráfico de drogas a través del estrecho, en colaboración con un tal Francisco que estaría en Marruecos y la corroboración con un viaje de Botines al sur de España. Después de las llamadas que motivaron la intervención telefónica, el 12/01/2010 Topo llama a Botines para concertar una reunión (f. 2231), este día no se detectó la reunión entre ambos, barajando los investigadores la posibilidad de que fuera Jesús Ángel quien se citara finalmente. El 13/01/2010 Topo se reuniría de nuevo con Botines , según llamada registrada este día en el tf intervenido de este último NUM004 (f. 2233).

Posteriormente Botines recibe llamada el 14/01/2010 desde un tf fijo con prefijo de Alicante de un interlocutor con acento magrebí, (conversación transcrita al f. 2234), sujeto éste que será identificado más tarde revelándose como el representante de la parte marroquí suministradora de la sustancia estupefaciente y contacto directo o enlace de Botines con dicha parte (enlace marroquí) y en la tarde de ese mismo día



recibe llamada de un desconocido, preguntándole Botines por un tal Francisco , individuo con acento árabe que le llamaría a la media hora, desde un móvil con prefijo de Marruecos, manteniendo una conversación en términos encriptados (transcripta en f 2235), que por sus términos y contactos posteriores eran sugestivas de la inminente preparación de una operación de tráfico de hachis. El 17/01/2010 es ubicado Botines en Tarifa y zona de San Fernando, después de que el día anterior, como medida de seguridad no respondiera a ninguno de los intentos de llamada que recibía en su móvil, citándose allí con diversos sujetos y regresando a Galicia el 18 en que mantiene varias conversaciones con Francisco en términos sugestivos de la actividad ilícita de introducción de hachis en España como "este amigo va a tener agentes solicitaban intervenciones de nuevos abonados relacionados con Botines , que fueron autorizadas por un auto del 19/01/2010, en el que se hace la debida ponderación como en los anteriores de todos los indicios altamente sugestivos de la ilícita actividad que se investigaba.

2.- En el **oficio policial 5150/10** (f. 267- 272) se da cuenta de las comunicaciones de Botines con el tal Francisco y un tal Rafael transcribiendo tales conversaciones, altamente sugestivas por el lenguaje en clave utilizado de la oferta por parte de Francisco a Botines , de una cantidad de hachis, autorizándose la intervención de los abonados utilizados por Rafael y por Francisco por un auto del 22/01/2010, informando los investigadores acerca de la frecuencia de realización de este tipo de operaciones como paso previo a otra operación de calado de cocaína, con el fin de poder financiar ésta.

3.- En el **oficio policial 10.497 del 20/01/2010** (f. 290 y ss) se da cuenta de la identidad de Botines , tratándose de Pedro Miguel alias " Millonario ", persona con antecedentes por tráfico de estupefacientes, relacionado en el 2007 con un contenedor interceptado en Sudamérica cargado de 392kg cocaína y de la constatación de que viajó a Marruecos (pasó a través del puesto fronterizo de Tarifa) el 18/01/2010, todo lo cual venía a confirmar el objeto de sus conversaciones con Francisco , contactar con los supuestos suministradores del hachis, habiéndose reunido ese mismo día con otro gallego en el centro comercial Las Dunas de San Lucas de Barrameda. De nuevo Pedro Miguel viaja al sur de España el 26/01/2010, para reunirse con el enlace marroquí, alojándose en el hotel La Codorniz de Tarifa (conversación transcrita en el f. 2059), pero previamente se habría visto con los investigados Topo o con Jesús Ángel , tal como resulta de la conversación entre Pedro Miguel y Jesús Ángel del 16/01/2010, llamándole éste desde una cabina pública y utilizando un lenguaje encriptado en términos de "hasta las 8.30 o así, no va a estar con el aparejador" refiriéndose el aparejador, con toda probabilidad, según los agentes, a " Topo " (llamada transcrita f. 2236).

4.- En **Oficio policial 14.007 del 10-02-2010** (f. 304) se da cuenta de la comprobación del viaje de Pedro Miguel a Marruecos el 8/02/2010, pues a las 12:52 horas llama desde un teléfono público de Algeciras ( NUM010 ) a Rafael citándose para quedar, estando Rafael en Marbella, Pedro Miguel le dice que ha bajado sin teléfono, en lo que fundamentalmente se entiende en el contexto referido, como una medida de seguridad, razón por la cual no respondía a las llamadas que recibía en su número intervenido y se citan en centro comercial La Cañada de Marbella.

5.- De los resultados de las intervenciones importantes para el descubrimiento de los hechos que ahora se enjuician, se hace un cumplido resumen en el **oficio policial 20480/12/GGI de fecha 3/03/2012** (TOMO V f. 2225 a 2336) y en lo que aquí respecta, de las mantenidas por Pedro Miguel junto con las vigilancias policiales practicadas y que en el mismo se detallan, resulta que efectuó múltiples viajes al sur de España y a Marruecos para entrevistarse con individuos árabes, viajes en los que adoptaba medidas de seguridad (utilizar distintos números de tf, llevarlo apagado, cortar la llamada llamando después desde una cabina pública), manteniendo muchas conversaciones con individuos de acento árabe, en un lenguaje claramente encriptado para referirse al objeto de sus contactos y reuniones, reuniéndose a su regreso a Galicia, con otros presuntos colaboradores. Sus frecuentes viajes al sur de España y a Marruecos no se justificaban en el desarrollo de cualquier actividad lícita ni en relaciones familiares o personales, siendo todo ello altamente sugestivo de su implicación en la introducción mediante una embarcación, de una gran partida de hachis desde Marruecos. Así, se comprobaron viajes de Pedro Miguel al sur de España y en alguna de las ocasiones a Marruecos, además de los referidos, 17 y 26 de enero y 8/02/2010, en la madrugada del 15 al 16 de marzo, viajando en su Fiat Punto NUM011 (f. 2262) tomando el 16 de marzo el ferry desde Tarifa en dirección a Tánger donde les esperaba ( a él y su acompañante) Rafael , (f. 2262).

Conexiones del recurrente Sr. Pedro Miguel .

El 24 de marzo en que Pedro Miguel viaja de forma inesperada hasta Torrelamata cercanías de Torreveja (Alicante) donde dispone de una vivienda el enlace marroquí (f. 2264) tras haberse reunido el día anterior (23 de marzo) con Jesús Ángel . El 6 de abril Pedro Miguel recibe llamada de un desconocido con acento extranjero que le confirma que "el dinero ya viene esta semana y que todo está preparado" (f. 2265), el 28 abril, viaja de nuevo, junto con otro a Torreveja Alicante para verse con el enlace marroquí y otros que referiremos más adelante.



El enlace marroquí fue observado por los investigadores en Vigo, porque detectaron una serie de conversaciones de Pedro Miguel con un sujeto árabe el cual se hallaba en Galicia, utilizando éste para sus comunicaciones con Pedro Miguel un locutorio llamado Locutorio AZIZ BATHI sito en Cánovas del Castillo 22 de Vigo. El 14 abril concierta una cita con Pedro Miguel desde el tf fijo NUM012 (llamada registrada en el teléfono de Pedro Miguel NUM004 ese 14 de abril a las 13:16:3), y montado servicio de vigilancia en el locutorio de la calle Cánovas del Castillo 22 los agentes vieron salir del mismo en torno a las 13:16 horas a quien resultó ser el enlace marroquí. Las comunicaciones y reuniones entre ambos se mantendrán durante la investigación, adoptando en sus citas fuertes medidas de seguridad, como refleja el resultado de la vigilancia policial la tarde del 14 de abril 2010 en que se reunieron en Vigo. En definitiva, el resultado de vigilancias policiales e intervenciones telefónicas sobre Pedro Miguel y el enlace marroquí era fundadamente sugestivo de una activa colaboración, para introducir por vía marítima una importante partida de hachis en Galicia procedente de Marruecos, continuando sus comunicaciones y reuniones en Galicia, Bilbao, en el sur de España y Marruecos, lo cual fue cumplidamente ponderado por el Sr. Juez de Instrucción mediante los correspondientes autos motivados de intervenciones y prórrogas.

#### *Conexiones en las intervenciones telefónicas.*

Esgrimieron también algunas defensas falta de conexión entre los inicialmente investigados, " Tiburon ", " Topo " y ya referido, ratificando esa conexión en juicio el funcionario NUM008 y como ejemplo de ella, cuando el 8 de mayo Pedro Miguel llama desde una cabina pública a " Jesús Ángel " (f. 2273) y el 10 de mayo tras citarse mediante la llamada anterior, se monta una vigilancia policial observando los agentes que a las 12:50 " Jesús Ángel " y " Topo " llegaron en el vehículo Mercedes del primero a la finca de Pedro Miguel , dieron varias vueltas y como salía Pedro Miguel sobre las 13:10 en su Fiat Punto, bajaron de los respectivos vehículos, se reunieron y hablaron, marchándose después cada uno por su lado, sin que esos contactos se justifiquen en una compra de piedra como alegó Pedro Miguel .

#### *Validez del auto de intervención telefónica de 30-11-2010.*

Por el acusado **Alexander** se incidió en la nulidad por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, del auto del 30/11/2010 que acuerda la intervención de su abonado NUM013 (f. 1411-1428 Tomo III). Tampoco apreciamos la vulneración alegada. La intervención fue acordada tras la noticia del encallamiento del BUQUE000 con un cargamento de hachis, noticia que, según ratificó el funcionario NUM008 daba significado a todo el resultado de intervenciones telefónicas y vigilancias policiales hasta entonces practicadas en esta causa en la que constaba que Alexander había adquirido el BUQUE000 poco más de un mes antes. Asimismo, de las actuaciones practicadas en Portugal por el encallamiento del BUQUE000 resultaba que Alexander fue el receptor de las primeras llamadas efectuadas tras el siniestro por su único tripulante.

Aparecía así su **relación con personas investigadas y presuntamente implicadas**, entre ellas dos sujetos gallegos que a raíz del encallamiento del BUQUE000 con la pérdida de la mercancía, desaparecieron de sus domicilios de manera presuntamente forzada, habiendo denunciado los familiares su desaparición.

Por todo ello, la injerencia se funda en datos objetivos muy sugestivos de su implicación y se justificaba para el total esclarecimiento de los hechos, fundamentalmente de todos los presuntos partícipes y además, sin perjuicio de ello, la base probatoria para su condena se asienta en los datos obtenidos con anterioridad a esa intervención.

Finalmente decir que carece de fundamento la afirmación efectuada por la defensa de Pedro Miguel de que en el oficio policial que precede al auto del 7/01/2010 no se interesa la intervención de su abonado, pues como se puede constatar si se hace, interesando "la intervención, observación, grabación y escucha del abonado NUM004 que está siendo utilizado por Botines " (f. 188)".

Pues bien, de la explicación del Tribunal acerca de la validez de los autos habilitantes de intervención telefónica hay que destacar que:

- 1.- Se ha explicado con detalle que no se trata de investigaciones prospectivas, sino que existen suficientes indicios para acudir a la petición del auto de injerencia.
- 2.- Las confidencias iniciales a los agentes policiales están habilitadas para que éstos complementen esta inicial información con una investigación que dé lugar a una petición de intervención telefónica.
- 3.- Los oficios policiales son suficientes para el auto habilitante. Se citan seguimientos y personas para fundar la injerencia en las comunicaciones.
- 4.- Existe dación de cuenta explicativa en los oficios remitidos.



- 5.- Los autos dictados reúnen los elementos suficientes para la validez de la inferencia.
- 6.- Las conexiones entre los intervinientes están perfectamente individualizadas en cuanto a la intervención de cada uno de ellos en los hechos.
- 7.- Existen múltiples investigaciones detalladas con respecto a los viajes de los investigados y sus relaciones.
- 8.- El recurrente era denominado " Botines ".

*Posibilidad de admitir la confidencia como dato para dar lugar a la investigación policial que concluya en la petición de intervención telefónica.*

Nótese que en la primera actuación se parte de la existencia de una fuente referida a que "según informaciones recibidas en la unidad policial", lo que da lugar a la validez de la confidencia.

Así, la cuestión de relevancia es considerar si la información de un confidente a la policía puede servir de base para fundar una petición de los agentes al juez de instrucción interesando una medida de intervención telefónica, ya que es sabido que ésta no puede interesarse si no es con elementos previos que demuestren unos "indicios fundados" que permitan acudir al juez a la adopción de esta medida limitativa de derechos fundamentales.

Así las cosas, en la STS 1100/2015, de 18 de marzo , se otorga plena validez a la información del confidente para fundar una petición y posterior concesión de la medida de intervención telefónica, ya que señala la sala que las "informaciones" o "confidencias" tienen la única virtualidad de iniciar una investigación policial sobre tales hechos de apariencia delictiva y será en el curso de ella cuando se consigan los datos objetivos - verificables por el Juez y por terceros- acerca de la probabilidad de la existencia, tanto del delito investigado como de la implicación en dicho delito de la persona cuyo teléfono se solicita sea intervenido - SSTS 1497/2005 ; 55/2006 ; 1354/2009 ; 318/2013 ó 181/2014 -.

El propio TEDH ha admitido la validez de la utilización de estas fuentes anónimas de conocimiento siempre que se utilicen exclusivamente como medio de investigación sin que tengan el carácter de medio de prueba - STEDH caso Kostovski, 20 de noviembre 1989 , entre otras-.

Por otra parte, hay que recordar que, cuando se pide una intervención telefónica, se estará en los umbrales de una investigación policial, que tiene por finalidad verificar la realidad de los hechos de apariencia delictiva denunciados y la identidad de las personas concernidas. Por ello, los datos objetivos -que no sospechas, intuiciones o meras impresiones subjetivas- no tienen ni deben tener tal consistencia objetiva próxima a la certeza que haría innecesaria la petición de intervención.

En tal sentido y entre otras muchas se cita la STS 74/2014, de 5 de enero , que se pronuncia en el sentido de:

"Que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios....".

En el mismo sentido, SSTS 1060/2003 ; 248/2012 ; 492/2012 ó 301/2013 .

Los indicios se piden para justificar el sacrificio del derecho fundamental a la privacidad de las conversaciones, pero no constituyen ni se equiparan al concepto de indicios que se utiliza en el art. 384 LECrim .

El "indicio racional de criminalidad" al que se refiere el art. 384 de la LECrim para el procesamiento constituye un "juicio de probabilidad" sobre el delito ya investigado, y sobre la implicación de la persona procesada en él. Es en definitiva un juicio provisional de inculpación que descansa sobre la totalidad de la encuesta judicial ya efectuada.

En el caso de la petición de intervención telefónica se está en una fase muy anterior, pues la investigación judicial prácticamente no ha empezado; por tanto, los "indicios" justificadores de la petición de intención se sitúan, como con reiteración ha dicho tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional en una zona intermedia: "...son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento....".

Esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en Sentencia 203/2015, de 23 de marzo apunta que es suficiente una confidencia y la comprobación subsiguiente de alguno de sus extremos para proceder a acordar una intervención telefónica. También la STS de 23 de marzo de 2010 al señalar que: "Hay que partir de que la autorización que se solicita es para investigar; más exactamente para seguir investigando, por lo que si se estuviera en el conocimiento de todos los detalles, obviamente no procedería por superfluo, tal medio de investigación".



También, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en Sentencia 339/2013, de 20 de marzo, Rec. 975/2012, cuando señala que: "Cuando las informaciones vienen avaladas por datos corroboradores, o ellas mismas son las que funcionan como elemento confirmador de otros, sin necesidad de desvelar la identidad del informador ( STS 834/2009, de 29 de julio ) pueden conformar la base indiciaria necesaria para una intervención de las comunicaciones ( SSTS 27/2004, de 13 de enero, o 77/2007, de 7 de febrero ).

*La suficiencia de la investigación previa que consta en el auto habilitante de la injerencia*

Por ello, el Tribunal admite la validez del auto habilitante, y ello, por cuanto debemos recordar que en estos casos se exige el control de:

### **1.- Suficiencia de la descripción de las actividades operativas.**

Se incide en que el oficio incorpora una extensa actividad de investigación. Y de manera pormenorizada se describen las distintas actividades operativas. Por ello, no puede pues sostenerse que los agentes fundamentaran su solicitud en base a meros intentos de prospección, o informaciones no concretadas ni especificadas, sino que a partir de esa investigación se obtienen determinados datos de carácter objetivo. No se trata de vagas informaciones, ni aseveraciones especulativas, pues revelan una presunta actividad ilícita de tráfico de sustancia estupefacientes.

Frente a la crítica del recurrente en cuanto a la carencia de datos con respecto al mismo, es cierto que en estos casos resulta complicado que los investigados por los agentes de la autoridad evidencien su conducta y actividad, además de incidirse en que en estos casos se utiliza un lenguaje encriptado en las intervenciones, lo que dificultaba las operaciones de seguimiento y vigilancia, pero la descripción de los indicios del oficio policial deben considerarse suficientes y habilitantes para el dictado del auto. Lo que debe analizarse es, pues, la "suficiencia" de la investigación, lo que se entiende concurre en la explicación del Tribunal que se ha expuesto.

### **2.- No puede exigirse que el oficio reúna "auténtica prueba de cargo".**

Es evidente que si, por un lado, no se admiten investigaciones prospectivas con el auto habilitante, tampoco en estos casos se pueda exigir una "seguridad" de la actividad y destino del tráfico de drogas, ya que ello haría innecesaria la medida de intervención telefónica. Y así lo reconoce con acierto el propio Tribunal.

### **3.- No pueden exigirse "actos de fe" en la investigación que da lugar al oficio policial.**

Debe entenderse que los datos básicos que se exigen para el oficio policial son los que se han adoptado para la viabilidad del auto habilitante.

El recurrente cuestiona que no existe ningún dato concreto y verificable de naturaleza incriminatoria que relacione al sospechoso con el delito que se investigó y que sostenga la petición de intervención telefónica, así como la necesidad de contar con este medio excepcional de investigación, pero se ha relacionado este extremo en la sentencia.

En el oficio policial se describen datos relevantes, pero hay que recordar que no se exige una prueba consistente del destino al tráfico de drogas, pero sí datos indiciarios de que en la investigación policial se van poniendo de manifiesto estos.

Lo que se exige es una explicación razonable de los agentes que llevaron a cabo la investigación para explicar la "suficiencia" de la investigación, lejos de pretender una mera prospección con datos insuficientes y vagos. Pero el Tribunal describe con detalle en la sentencia ahora recurrida los pasos dados por los agentes en cuanto a la operación desplegada por estos, y las sucesivas vigilancias realizadas, sobre todo, al recurrente.

Ya expusimos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 216/2018 de 8 May. 2018, Rec. 941/2017 que:

"La clave está, pues, en la exigencia de motivación en la solicitud policial de intervención telefónica.

Una de las cuestiones de las que arranca toda medida de intervención telefónica o de entrada y registro es la de la motivación del oficio policial que es remitido al juez de guardia cuando se interesa la urgente adopción de la medida. En la jurisprudencia de esta Sala se hacen constar las circunstancias más importantes que deben concurrir en la redacción del oficio que es el soporte determinante de la concesión por el juez de guardia de la medida.

Nótese que el juez de guardia no es soberano a la hora de adoptar la medida, y que si la adopta sin la motivación suficiente, o si el oficio remitido no está rodeado de indicios mínimos reflejados en el mismo, aunque se adopte la medida y se ocupe droga, por ejemplo, se podrá alegar la nulidad de la obtención de la prueba por falta de indicios suficientes para acordar esta medida limitativa de derechos.

Como presupuestos básicos hay que destacar que:

El oficio tiene que explicar las razones OBJETIVAS, no SUBJETIVAS, de la solicitud que se le expone al juez de guardia, basada no en meras sospechas, sino en algún indicio de cierta relevancia.

No es válido, por ejemplo, instar la medida para realizar un muestreo de la zona en diversas viviendas o intervenir varios teléfonos "a ver si se caza algo".

*Los datos del oficio que forman la base del auto habilitante.*

La autorización judicial ha de ser "específica", es decir, debe "atender a las circunstancias concretas", y tiene que ser también "razonada".

También esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 272/2009 de 17 Mar. 2009, Rec. 11245/2007 señala que:

"La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquél al titular de la línea. El Tribunal Constitucional ha señalado que la autorización judicial ha de ser "específica", es decir, debe "atender a las circunstancias concretas", y tiene que ser también "razonada" ( STC 181/1995 )."

De la sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 2009 se deduce como aspecto más importante en este punto, que:

Los indicios a los que se alude para solicitar la autorización son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

Y en esta sentencia se incide en el "Grado de objetivación del oficio policial" al señalar que:

"El oficio policial fechado el 21 de junio de 2004 ofrece al Instructor datos objetivos e individualizados para presumir de modo razonable que la persona investigada pudiera estar realizando una actividad delictiva. Suministra detalles de muy distinto alcance -algunos también de naturaleza subjetiva- que apuntan todos en la misma dirección. Atribuir a tal informe el defecto de la insuficiencia supone alterar la naturaleza, el significado y hasta la funcionalidad de cualquier investigación policial. Los agentes cumplen con poner a disposición del Juez los elementos incriminatorios que hacen presumir vehementemente la existencia de una actuación delictiva y el Juez de Instrucción ejerce su función jurisdiccional ponderando la validez e idoneidad de tales elementos, y decidiendo después si esa información es suficiente para legitimar un acto de injerencia de los poderes públicos en el círculo de derechos del ciudadano sospechoso".

"Conviene tener presente, además, como recuerda la STC 253/2006, de 11 de septiembre que, a tales efectos, los indicios a los que se alude son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo ( SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8 ; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4 ; 14/2001, de 29 de enero, F. 5 ; 138/2001, de 18 de junio, F. 3 ; y 202/2001, de 15 de octubre, F. 4)".

*Criterios en la redacción del oficio policial y contenido*

La explicación que ha dado el Tribunal a las investigaciones previas son suficientes, y, por ello, frente a la queja del recurrente en torno a la inexistencia de indicios concretos para la injerencia el Tribunal, como antes se ha descrito, ha detallado de una forma "suficiente" el contenido de los oficios ante los distintos autos de intervención telefónica que se han dictado.

Por ello, esta Sala del Tribunal Supremo describe cómo debe ser el oficio policial, o los datos que debe recoger como basamento para que el juez pueda acordar la medida ( STS 24 de febrero de 2009 ), que en concreto se resumen en los siguientes:

1. El oficio policial debe contener los datos precisos que permitan comprobar la corrección de la injerencia telefónica, datos que han de poner de manifiesto la necesidad de la injerencia.
2. Que los hechos investigados tienen la apariencia de delito grave proporcionando información suficiente sobre la conducta y la participación en el hecho de las personas a las que se lesiona el derecho al secreto de las comunicaciones.
3. Han de expresarse los indicios de realización de una conducta típica y grave, con relación de las investigaciones realizadas y justificación de la necesidad de la injerencia.
4. No se trata de expresar el resultado de una actividad probatoria sobre los hechos y la participación de los implicados cuya intervención se solicita, pues en el momento de la petición se trata de investigar un hecho



delictivo, pero sí de expresar las razones fundadas sobre la participación en el delito que aconsejan la lesión del derecho al secreto para procurar la investigación del hecho grave que se investiga.

5. En ese examen el juzgado que la recibe deberá acordar lo procedente atendiendo a la entidad de los hechos denunciados, su tipificación como delito grave y, como toda resolución judicial, observar la debida proporcionalidad entre el derecho fundamental que se lesiona y la necesidad del medio para la investigación.

6. En ese examen de la proporcionalidad cobra especial importancia la expresión de los indicios de comisión y participación en el hecho de los implicados.

Pero no es posible confundir el nivel de exigibilidad de la información que se le pide a los agentes para que puedan instar por oficio la petición, ya que, por ejemplo, en la sentencia de esta Sala de fecha 17 de febrero de 2009 se concreta que no se piden convicciones al rango o nivel de pruebas, ya que se convalidó en este caso una petición policial apuntando que:

"Cumplió la Policía aportando las buenas razones o fuertes presunciones en términos del TEDH, aunque no constituyeran verdaderas pruebas de cargo suficientes por sí mismas para enervar el derecho a la presunción de inocencia, porque, en pura lógica, de haberlo sido hubiera sobrado medida interesada (cfr. ATS 2262/2007, de 19 de diciembre). Y ello, porque los indicios proporcionados han de ser entendidos como datos objetivos, que por su naturaleza son susceptibles de verificación posterior, y que por su contenido puedan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretenda investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (cfr. STS 1056/2007, de 10 de diciembre)".

La sentencia de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2009 es sumamente interesante, habida cuenta que examina con detalle una declaración de nulidad de la medida limitativa de derechos fundamentales adoptada por un Tribunal por entender que el oficio policial no fue exigente en la concreción de los elementos básicos para conseguir que se adoptara la medida. Sin embargo, no es éste el criterio del Tribunal Supremo y viene en esta sentencia a tener por válida la medida y por "suficiente" el contenido del oficio policial".

Vemos, con ello, que esta Sala del Tribunal Supremo gradúa la exigibilidad del contenido del alcance de la motivación policial en cuanto a las razones que llevan a los agentes a pedir que se acuerde la medida de intervención telefónica, o entrada y registro, exigiéndose una mínima investigación previa que debe constar en el oficio, como ocurrió en este caso, con lo que rechaza la nulidad acordada por la Audiencia, y tuvo esta Sala por bueno el contenido de la medida limitativa de derechos fundamentales.

También esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 738/2017 de 16 Nov. 2017, Rec. 10372/2017 recuerda sobre el grado de motivación del oficio policial que "Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ).

Han de ser objetivos en un doble sentido:

- 1.- En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control.
- 2.- En segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona" ( STC 184/2003, de 23 de octubre ).

Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse" ( Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass , y de 15 de junio de 1992, caso Ludí ) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim , en "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa" ( art. 579.1 LECrim ) o "indicios de responsabilidad criminal" ( art. 579.3 LECrim ) ( STC 167/2002, de 18 de septiembre ).

En definitiva, el control posterior sobre la decisión que acordó la medida debe revelar que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso así como acerca de la utilidad de la intervención telefónica, de forma que quede de manifiesto que aquella era necesaria y que estaba justificada ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ).



Ahora bien, la constatación de que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso, no debe ir más allá, y no implica sustituir el criterio, la racionalidad y las normas de experiencia aplicados por el Instructor por el criterio de los recurrentes, y tampoco por el de esta Sala, que debe ser muy respetuosa con una facultad que el Constituyente (art 18.2) otorgó al Magistrado competente, es decir al Instructor en casos como el presente de investigaciones criminales ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ).

Una competencia que éste debe ejercer aplicando sus normas de experiencia en la valoración de los indicios concurrentes para ponderar razonablemente las garantías de los derechos fundamentales con las exigencias de seguridad y libertad de la sociedad y de los ciudadanos, frente a los hechos delictivos graves y la criminalidad organizada transnacional, que en un Estado social y democrático de Derecho imponen la utilización garantista, pero también eficiente, de determinadas técnicas de investigación y prueba como es la intervención de comunicaciones.

En este sentido es necesario hacer referencia a la STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 . En ella se expresa que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o sus prórrogas forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE , y que dichas exigencias deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

*El auto habilitante de la injerencia en las comunicaciones.*

Se han explicado de forma suficiente y detallada el contenido de los autos dictados, conforme se ha explicado.

Así, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención:

1º) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y

2º) los indicios de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

"La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" ( STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 ).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención de una línea telefónica se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito, o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

Sobre esa base, el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

También ha destacado el Tribunal que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa".





Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, la jurisprudencia constitucional admite, como ya hemos expresado anteriormente, la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

Por otro lado, es frecuente que los autos que autorizan la práctica o, en su caso, las sucesivas prórrogas de una intervención telefónica, contengan una remisión al oficio policial en que se solicita la medida. Esta práctica es admisible, y por tanto no determina por sí misma la nulidad de lo actuado, siempre que dicho oficio sea lo suficientemente expresivo de la concurrencia de los presupuestos que habilitan la restricción del derecho fundamental: "aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva" ( sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre ).

En palabras de esta Sala del Tribunal Supremo, "esto no origina indefensión para el investigado, que en todo caso puede conocer las razones tenidas en cuenta por el Juez de instrucción para acordar la intervención telefónica, que es lo verdaderamente relevante para su posible impugnación" ( sentencia del Tribunal Supremo 1029/2003, de 7 de julio ). No obstante, lo que no sería admisible es una falta de fundamentación jurídica del auto, con la mera transcripción fáctica de los extremos contenidos en el oficio policial.

*Redacción actualizada del contenido que debe reunir el oficio policial tras la Ley 13/2015 ( art. 588 bis a ) LECRIM ).*

Por todo ello, frente a la indefinición de la Ley procesal penal ante el modo y forma en la que los agentes policiales debían presentar la solicitud de autorización judicial para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica modificó de forma sustancial los preceptos de la LECRIM que regulaban esta materia para crear un verdadero cuerpo procesal que ha habilitado y secuenciado el modo y forma en la que en cada medida limitativa de derecho fundamental deben proceder las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y aunque la reforma fuera posterior a los hechos, es aplicable perfectamente a cualquier hecho anterior, ya que no se trata de aplicar una retroactividad procesal, sino de principios procesales que siempre han estado vigentes en estos casos y que con la reforma por la citada LO 13/2015 se plasman en la Ley procesal penal, y lo que se lleva a cabo con la reforma es verificar lo que la propia doctrina jurisprudencial había venido exigiendo para clarificar los principios rectores para la adopción de una medida limitativa, en este caso de intervención telefónica, y para ello se recogió en el art. 588 bis a ) que:

"1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.



5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho".

Así las cosas, vistos los anteriores principios rectores deben entenderse que el Tribunal ha fundamentado debidamente:

1.- Principio de especialidad. La investigación policial en torno a un grupo que estaba siendo investigado por la posible dedicación al tráfico de drogas, sin poder todavía, y pese a los seguimientos, llevar a cabo la detención, porque no existían datos concluyentes que permitieran la detención y aportación de pruebas al juez de instrucción para la apertura de diligencias.

2.- Principio de idoneidad. Se define en la explicación del Tribunal en atención al oficio policial el ámbito de actuación del grupo, la pertenencia subjetiva de algunos de sus interventores (pese a que algunos de ellos no pudo probarse su intervención directa, lo que es lógico en estos casos al no ser integrantes todos los que con ellos se relacionan). Ámbito subjetivo y objetivo.

3.- Principio de excepcionalidad. Llegó un momento en la investigación en el que los agentes no podían seguir la investigación con medidas menos gravosas que la intervención telefónica.

4.- Principio de necesidad. Dado que la investigación se había quedado en un punto muerto que exigía la adopción de la medida de intervención telefónica para continuar.

5.- Principio de proporcionalidad. Es adecuada la medida adoptada de intervención ajustada a la investigación de un delito contra la salud pública de gravedad y, además, con la constitución de un grupo organizado, por lo que la dificultad de su operativa ponía en duda la eficacia de los seguimientos simples si no seguían acompañados de otras medidas como la que aquí se adoptó.

Por ello, y en base a ello, en el artículo 588 bis b LECRIM se disciplina la mecánica para la "Solicitud de autorización judicial" estableciéndose que:

"1. El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial.

2. Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener:

1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos (delito contra la salud pública).

2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia (se justifican en el oficio).

3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida (se identifica a quienes consideraban participan en las operaciones).

4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido.

5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

6.º La forma de ejecución de la medida.

7.º La duración de la medida que se solicita.

8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

Vemos, con ello, que como indica el Tribunal, los datos reflejados en la investigación policial son bastantes y suficientes, sin ser preciso pruebas de cargo, o un acto de fe, que parece exigir el recurrente, en cuanto en su recurso plantea declarar la insuficiencia de los datos del oficio, pese a lo cual deben entenderse mínimos y suficientes por las sospechas fundadas tras las investigaciones llevadas a cabo, y que exigían un "paso más" en la investigación, para lo que era preciso el mecanismo habilitante de la resolución judicial que se dictó y que evidenció la veracidad de las sospechas tras los seguimientos realizados por los agentes en el entorno del grupo, pero sin que los agentes pudieran avanzar en la investigación si no se incidía en medidas como



las acordadas de intervención telefónica para poder identificar con más detalle la "identidad" de los autores y todos los que actuaban y se detectó en los seguimientos.

El recurrente discrepa de la validez de los oficios y la autorización dictada y sus prórrogas, pero el Tribunal ha explicitado, conforme hemos detallado, las investigaciones llevadas a cabo, las conexiones entre los intervinientes, las daciones de cuenta de resultados, y sus posteriores habilitaciones a su resultado. Así, frente a la falta de suficiencia que expone el recurrente en cada uno de los autos que se han detallado se debe entender que la explicación dada es válida ante la investigación policial llevada a cabo, la suficiencia de los oficios, y la validez de los autos de injerencia antes citados, y explicando el Tribunal con detalle las razones de la validez.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim ., y 849.1, por infracción de lo dispuesto en el art. 24.2 C. E ., en lo relativo a la presunción de inocencia, en relación con lo dispuesto en el art. 368 a 370 C. P y, subsidiariamente, por infracción por inaplicación de lo dispuesto en el art. 376 Código Penal .

Sostiene el recurrente que no existe prueba bastante para la condena.

Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada ( STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , STS 45/2011 de 11 Feb. 2011 ) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5 ).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediatez, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediatez de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo



a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

**" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .**

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de



experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediatez de que dispuso, inmediatez que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediatez de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada** , todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediatez veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa ( STS 28-12-2005 ).

Expone el recurrente que:

- 1.- Está huérfana de prueba su presencia en la localidad vizcaína de Guetxo el 28 de octubre de 2010 para supervisar la salida de la embarcación " BUQUE000 " de tal localidad con destino a Galicia.
- 2.- En segundo lugar, que no está acreditada su participación en el transporte de la droga -primera singladura- ya que "por las razones que fuesen se había desvinculado de las operaciones para su transporte".
- 3.- Que tampoco hay prueba de que participase en la segunda singladura que concluyó con la embarcación " BUQUE000 " encallando en las costas portuguesas.

Consta probado y así se evidencia en el relato de hechos probados y en la prueba practicada que:



- 1.- Pedro Miguel , junto con los otros tres recurrentes, convinieron participar en la adquisición y transporte de una cantidad de haschis desde Marruecos a España vía marítima, para su posterior distribución.
- 2.- Para llevar a cabo tal transporte, el recurrente mantuvo contactos con individuos marroquíes para lo que se desplazó en diversas ocasiones al sur de España.
- 3.- Organizó la adquisición de la embarcación " BUQUE000 " para llevar a cabo el transporte de la droga, poniéndola a nombre de Alexander .
- 4.- La noche del 14 a 15 de noviembre de 2010 cuando la embarcación " Genaro III" patroneada por Maximiliano navegaba hacia las costas gallegas, se vio envuelta en un gran temporal que lo hizo encallar frente a las costas portuguesas de Asenta-orres Vedras, recuperándose por las autoridades portuguesas únicamente tres fardos con un peso cada uno de 31,998, 22,188 y 36,576 kilos de resina de cannabis que habrían alcanzado en el mercado ilícito el precio de 45.748, 31.730 y 52.300 euros, respectivamente, y que constituían una pequeña parte de la carga total que transportaba el " BUQUE000

Sin embargo, con respecto a la existencia de la prueba suficiente y de cargo por la que se ha condenado al recurrente debe entenderse que la explicación del Tribunal es válida, ya que refleja que:

- 1.- Adquisición de la embarcación BUQUE000 para destinarla al transporte del hachis, interviniendo en dicha adquisición Pedro Miguel y Alexander .

El 30/09/2010 se otorga la escritura pública por la que se adquiere el BUQUE000 obrante al protocolo 2324 de la notaría de D. José Ignacio Uranga Otaegui. En ella comparecen de una parte, Genaro en representación de Asociación Recreativa Cultural Garbi III, la cual es titular del capital social de la empresa Atuntxori S.L con Cif B95404422 que vende con fecha 4/10/2010 todas las participaciones de la mercantil Atuntxori S.L, y de otra comparece, Alexander que las compra por la suma de 3000 euros. Uno de los bienes que ostenta la mercantil vendida es precisamente la embarcación BUQUE000 (escritura que obra a los f. 2475 a 2480).

*a.- Intervención de Pedro Miguel en su adquisición.-*

El acusado solamente admitió haber intervenido para buscar la embarcación por internet, por encargo de otra persona, a cambio de lo cual habría cobrado una comisión. No solo buscó la embarcación, sino que acudió a Bilbao donde se encontraba en al menos tres ocasiones, una en la notaría cuando se otorgó la escritura pública, otra para inspeccionarla junto con los acusados Abelardo y Alberto , y otra para supervisar su salida una vez adquirida.

Consta en los hechos probados que "organizó y diseñó la adquisición de una embarcación para llevar a cabo el transporte de la droga, poniéndola a nombre de Alexander , quien además de figurar como adquirente de la embarcación de nombre BUQUE000 con la que llevarían a cabo el transporte del hachis, sirviendo de testaferro con el fin de evitar el control judicial del verdadero o verdaderos titular/es, llegó a tripularla y sirvió de enlace con quien finalmente llevó a cabo la travesía en la que se cargó la droga para su introducción por las costas gallegas".

*1.- Declaración del agente policial funcionario NUM008 que fue el encargado de dirigir la investigación como Jefe de grupo, supervisó a su vez conversaciones importantes, coordinó las operaciones policiales y redactó los atestados.*

Señala el Tribunal que este testigo apuntó en el plenario que:

a.- "La notaría tenía como contacto en la operación, su número de teléfono NUM014 (objeto de intervención telefónica) así como el correo electrónico de la bodega que regentaba su mujer, DIRECCION000 , correo que el acusado Pedro Miguel admitió correspondía al de dicha bodega.

b.- El día 20/09/2010 se da una conversación entre Pedro Miguel NUM014 y Remigio 944102755 a 12:54:51 horas cotejada con la original grabada (transcrita al folio 2305) que versa sobre un borrador de contrato de compraventa, hablan en ella de revisarlo el día que fijen y solo firmarlo. Remigio resultó ser Santiago , gestor que hablaba del contrato de compraventa de la sociedad propietaria del BUQUE000 quien al testificar en plenario confirmó los números de sus teléfonos móvil y fijo desde donde mantuvo la conversación referida, además de haber facilitado a la policía el número de su abonado móvil 667154739 cuando fue citado y desde el cual **mantuvo conversaciones con Pedro Miguel** , grabadas en el teléfono intervenido de éste NUM014 .

El testigo admitió en juicio que él intervino para poner el anuncio de la venta de la embarcación en internet y que también enseñó el barco a dos personas que cree que eran las que habían hablado con él por teléfono.

c.- La **comparecencia de Pedro Miguel en la notaría el 30/10/2010**, se constata por el contenido de sus conversaciones telefónicas con el usuario del NUM015 (quien aunque no llegó a ser identificado entonces,



según consta en el oficio policial resumen y mantuvo en juicio el funcionario NUM008 , se trataría del que denominamos aquí colaborador gallego, avalándolo así las manifestaciones de Alexander ), queda con Pedro Miguel en la dirección donde se ubica dicha notaría, Alameda Recalde 27 de Bilbao para la mañana del 30 setiembre en que es otorgada la escritura.

**d.- Mensajes en relación con la presencia en la notaría para la adquisición de la embarcación.**

En concreto, en sus conversaciones del día anterior, 29/09/2010 se dan los siguientes SMS: del usuario del NUM015 a Pedro Miguel que utiliza en ellas el NUM016 "cuando llegue ya te digo donde nos vemos pero mejor bilbao q nosotros subimos por Santander", registrado en el teléfono del primero el 29/09/2010 a 21:21:37; de Pedro Miguel NUM016 al usuario del éste a Pedro Miguel a 21:28:02 "ok. Pero mañana estato 9 bilbao".

A las 8:37:39 del propio día 30/09/2010, Pedro Miguel NUM016 envía un SMS al NUM015 del siguiente tenor: "Alameda recalde numer 27" y éste habiendo llegado ya a la notaría, llama a las 9:47:20 horas a Pedro Miguel desde una cabina pública de Bilbao ( NUM017 ), registrada en teléfono de Pedro Miguel no tarda que acaba de aparcar" (f. 2308). El contenido de tales SMS y conversaciones resulta, a nuestro juicio, **claramente explícito de la presencia de Pedro Miguel en la notaría.**

**e.- Declaración del recurrente Sr. Alexander al respecto de la adquisición en la notaría de la embarcación.**

Señala el Tribunal que "el Sr. Alexander dijo en su declaración sumarial (folios NUM002 ) que "a Pedro Miguel solo lo vio una vez cuando estaban en la notaría, que le preguntó a Patricio quien era y este le dijo que era amigo de él. Que solo lo vio allí en ese momento" si bien en juicio oral manifestó que como no conocía a Pedro Miguel y no recordaba su cara no sabía si fue la persona que en un determinado momento apareció en la notaría, negando que preguntara por ella a su socio (colaborador gallego) y puesta de manifiesto la contradicción por el Ministerio Fiscal, no dio explicación convincente de ese cambio de versión lo que, considerando además el resultado de las restantes pruebas, nos permite acoger aquel reconocimiento de su declaración sumarial".

Con ello, aunque niegue el recurrente sr. Alexander en el juicio que no conocía al sr. Pedro Miguel el Tribunal señala que en la declaración sumarial sí lo vio en la notaría, lo que permite contrastar ambas y ser un indicio, o dato más, que conecta a ambas personas en la compra de la embarcación para el transporte de la droga.

**f.- Eficacia de las intervenciones telefónicas perfectamente válidas para fundar la autoría.**

Desglosa el Tribunal, a la vista de la prueba practicada por las declaraciones de los agentes intervinientes, los resultados de las intervenciones telefónicas y seguimientos al recurrente en cuanto a los preparativos para el fin perseguido del aprovisionamiento de la droga para su transporte.

Así, señala el Tribunal que:

"Las intervenciones telefónicas avalan que **Pedro Miguel estaba llevando a cabo intensas gestiones o negociaciones para traer a España desde Marruecos por vía marítima, una fuerte cantidad de hachis**, dado que se comunicaba con los partícipes, entre ellos individuos de acento árabe, en un lenguaje oscuro y encriptado, solo inteligible para los interlocutores sin que un tercero ajeno al tema objeto de la conversación pudiera entenderla y mantenía reuniones en el sur de España y Marruecos, con múltiples viajes a tales zonas, carentes de justificación unas y otros en causas ajenas a tal finalidad, como **expuso el funcionario PN NUM008 que ratificó el contenido de los atestados** , muy especialmente del atestado resumen que obra al Tomo V (folios 2225 a a 2362), sobre cuyo contenido fue extensamente interrogado por las partes.

Sostuvo el agente que conocieron sin lugar a dudas quienes eran los comunicadores a través de los teléfonos intervenidos, por las múltiples vigilancias y seguimientos policiales que realizaron sobre ellos en el tiempo que duró la investigación, acudiendo a las citas que concertaban telefónicamente y que así **confirmaron también las identidades de los intervinientes, entre ellos de Pedro Miguel** , no habiéndole conocido a éste durante todo el tiempo que fue investigado (enero a octubre del 2010) ningún tipo de negocio lícito con los marroquíes.

Conforme a ello resulta que Pedro Miguel viajó al sur de España y en alguna ocasión a Marruecos para mantener y manteniendo allí reuniones con tal finalidad ilícita, en las siguientes fechas:

- 17/01/2010 en que es ubicado en Tarifa y zona de San Fernando, después de que el día anterior, como medida de seguridad no respondiera a ninguno de los intentos de llamada que recibía en su móvil;

- el 26/01/2010 en que viaja al sur de España para reunirse con el enlace marroquí, alojándose ese día en el hotel La Codorniz de Tarifa (f. 2059);

- el día 8/02/2010 (Oficio policial 14.007 del 10-02- 2010 (f. 304) en que Pedro Miguel llama a 12:52 horas desde un teléfono público de Algeciras ( NUM010 ) a Rafael ;



- en la madrugada del 15 al 16 de marzo tomando el 16 de marzo el ferry desde Tarifa en dirección a Tánger (f. 2059,f 2262);
- el 24 de marzo en que viaja de forma inesperada hasta Torrelamata cercanías de Torrevieja (Alicante) donde dispone de una vivienda el enlace marroquí (f. 2264);
- el 28 abril, en que viaja de nuevo a Torrevieja Alicante para verse con el enlace marroquí;
- el 21/05 a 15:51 horas está en Algeciras y conversa con el enlace marroquí a través de un teléfono público de Algeciras (f. 2280);
- el 16 de junio, Pedro Miguel se desplaza a Sanlúcar La Mayor (Sevilla), y se queja al enlace marroquí de que su cita árabe no acudió a la reunión, conversación del 16 junio (f. 2286).
- El 19 junio Pedro Miguel se traslada de nuevo al sur de España, hospedándose en el mesón de Sancho en Tarifa.
- En la tarde del 10 de julio Pedro Miguel y otro se entrevistan en la gasolinera de Valdemoro km 23 N-IV con dos ocupantes magrebíes de un vehículo Mini Cooper; el 17 de agosto Pedro Miguel viaja con el colaborador gallego a la Costa del Sol citándose con el enlace marroquí, comunicando Pedro Miguel desde la cabina sita en Avda. Mariano Ruiz Cánovas, de la localidad de Torrevieja, indicando que han quedado de verse ahora, al lado de la casa del enlace magrebi.
- Entre el 12 y 13 octubre viaja a Málaga, hospedándose en el Petit Palace Plaza de Málaga".

**g.- Declaraciones relevantes al objeto de la determinación de la autoría del recurrente.**

Desarrolla el Tribunal un listado de resultados de las intervenciones, al apuntar el contenido de las comunicaciones más relevantes, que se resumen en el atestado policial (Tomo V, folios 2225 a 2362 y de ellas las cotejadas por el Letrado de la Administración de Justicia en Acta de Cotejo (f. 2746 a 2748 Tomo 6)), explicitándolas con respecto a la conducta del recurrente, altamente clarificadoras de su participación en los hechos. Se destaca el lenguaje encriptado que se emplea en las conversaciones para evitar ser detectados en su posible participación en actividades de tráfico de drogas, lenguaje encriptado que no desnaturaliza la probanza existente en este tipo de procedimientos para evidenciar la autoría de los intervinientes, porque, precisamente, esas dificultades que se exponen claramente en las investigaciones, junto con los indicios, ya explicados, que dieron lugar a las intervenciones telefónicas, y el final resultado de la aprehensión de la droga da lugar a una cadena de elementos que determinan y son relevantes de la autoría de los intervinientes.

Sobre el uso del lenguaje encriptado o críptico hemos expuesto que: ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 233/2014 de 25 Mar. 2014, Rec. 10914/2013 )

"Como destaca la STS. 26.11.2009 : "Esta Sala se ha referido a las conversaciones en **lenguaje críptico** como aquellas en las que los interlocutores evitan la expresión de los sujetos de las acciones que relatan, enmascaran los objetos de sus acciones, a los que se refieren con varios nombres que no guardan relación con lo parecen decir, etc, pero que analizadas racionalmente, bien por lo que dicen, bien por las pautas de comprensión que proporcionan los investigadores, permiten dar un contenido racional a la conversación y descubrir su auténtico contenido.

Es decir, **no por el hecho de utilizar un lenguaje críptico se enmascara un delito contra la salud pública** , sino que **ese lenguaje, interpretado racionalmente, permite deducir otro contenido de la conversación** , análisis que deberá realizarse en cada caso concreto y a la vista de las conversaciones mantenidas que pueden llegar a ser reveladoras sobre la existencia de operaciones de tráfico y en las que se utilizan otros términos para ocultar dicho tráfico y típico de quienes disimulan la verdad y evitan el sujeto de la oración, con modismos, palabras confusas y simbólicas bien conocidas, por otra parte, en el ambiente policial" (en el mismo sentido STS. 849/2013 de 12.11 )".

Recuerda la doctrina en este sentido que en los delitos de tráfico de drogas resulta frecuente la utilización de lenguaje encriptado como técnica para entorpecer la investigación en el supuesto en el que se intervengan las comunicaciones. Por lenguaje encriptado debe entenderse aquel que se disfraza bajo la apariencia de un lenguaje inocuo, en cuyo caso habrá que conectar el contenido de la intervención con algún otro medio probatorio para conseguir una prueba de cargo válida, apta para desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, para llegar a la plena convicción de que de la prueba practicada existe una actividad de los acusados dirigida al tráfico de drogas.

Resulta evidente que, visto el contenido de tales conversaciones y su lenguaje encriptado o en clave, solo puede referirse, como señala la sentencia, a la ilícita actividad declarada probada, especialmente si se ponen en relación con el resto del material probatorio.





h.- **Inexistencia de explicación razonable del recurrente a los movimientos llevados a cabo por éste como resultado de las investigaciones policiales. Convicción de la adquisición del barco para transportar droga.**

Llega el Tribunal a una convicción razonada y razonable, ya que además de lo expuesto, añade que:

"El acusado Pedro Miguel no dio explicación creíble de todo ello, limitándose a decir que conocía a mucha gente también en Marruecos y sin explicar la razón de ese conocimiento. Para justificar sus viajes al sur de España y Marruecos afirmó que intentaba exportar miel a Marruecos y que hacía viajes en su vehículo llevando tarros de miel como muestra, lo que no nos ofrece credibilidad alguna porque además de carecer de base objetiva resulta absurda para explicar tal proliferación de viajes, reuniones y mucho menos, el lenguaje oscuro y enigmático en que realizaba sus comunicaciones para tales transacciones, como paradigma las antes transcritas.

En definitiva, **si fue adquirido el BUQUE000 escaso tiempo antes (poco más de un mes) de encallar con su cargamento de hachis frente a las costas portuguesas**, si su adquisición no se justificó en finalidad lícita alguna resultando inconsistentes e ilógicas las explicaciones de Alexander al efecto, si las intervenciones telefónicas eran altamente sugestivas de que uno de los acusados y que negoció su adquisición, **Pedro Miguel**, estaba realizando negociaciones para traer a España procedente de Marruecos por vía marítima una fuerte cantidad de hachis, no cabe sino concluir que el BUQUE000 fue adquirido con tal finalidad, como lo corroboran también sus comunicaciones posteriores a tal adquisición.

## **2.- Preparativos para la salida del BUQUE000 , Pedro Miguel , Abelardo y Alberto .**

Hay que recordar que se produjeron dos salidas del barco con el fin del transporte de droga, pero consta probada la definitiva en la segunda, y así recordemos que es hecho probado que:

**1.- Octubre de 2010:** Una vez adquirido el BUQUE000 el acusado Pedro Miguel y el colaborador gallego se desplazaron de nuevo a Bilbao a finales del mes de octubre del 2010 para controlar y supervisar la salida del barco que, desde allí, se dirigiría hasta unas coordenadas fijadas para la entrega de la droga.

Alexander y por Maximiliano , quien había sido reclutado para realizar el transporte de la droga por el anterior, acompañándoles en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, el acusado **Abelardo** quien, sin embargo, desembarcó antes de llegar al destino en la ciudad portuguesa de Olhao.

Al no producirse finalmente, por circunstancias desconocidas, la entrega de la droga en el punto fijado, los acusados se dirigieron al puerto de la localidad gaditana de Barbate, en espera de instrucciones para salir nuevamente a por la carga de droga.

**2.- Mediados de Noviembre de 2010:** A mediados de noviembre del 2010 se produjo un nuevo acuerdo entre la parte marroquí suministradora del hachis y la gallega receptora, lo que provocó que Maximiliano y el acusado Alberto zarparan a bordo del BUQUE000 desde el puerto de Barbate hasta las coordenadas fijadas en altamar para realizar la entrega, coordenadas N 35°42 W06°00, contactando finalmente con los suministradores, quienes cargaron el BUQUE000 con el hachis.

La noche del 14 al 15 de noviembre del 2010 cuando el BUQUE000 patroneado por Maximiliano navegaba hacia las costas gallegas donde debía alijar la droga, se vio envuelto en un gran temporal que lo hizo encallar frente a las costas portuguesas de Assenta-Torres Vedras, habiéndose podido recuperar por las autoridades portuguesas únicamente tres fardos rescatados del naufragio, con un peso cada uno de ellos de 31,998 kilogramos, 22,188 kilogramos y 36,576 kilogramos de resina de cannabis, que habrían alcanzado en el mercado ilícito el precio de 45.748, 31.730 y 52.300 euros respectivamente y que constituyen una pequeña parte de la carga total de hachis que portaba el BUQUE000

Señala, así, el Tribunal que:

"Tras la adquisición del BUQUE000 , Pedro Miguel , el enlace marroquí, el acusado Abelardo y el acusado **Alberto** , **mantiene reuniones para preparar su salida con la finalidad referida**. Así resulta de las comprobaciones de las listas de pasajeros de las compañías aéreas efectuadas por los investigadores sobre la base de la información que al efecto aportaban las comunicaciones telefónicas a través de las cuales concertaron sus citas".

Es importante la cita que hace de la sentencia con respecto a que:

"El 6/10/2010 a 21:49:16 en tf Pedro Miguel NUM014 se registra una **llamada entre Pedro Miguel y Francisco** , utilizando una vez más lenguaje en clave, altamente sugestivo de que se referían a la realización de la operación que finalmente fracasó con el **encallamiento del BUQUE000 en Portugal** ", ya que como antes hemos reflejado, constan en los hechos probados dos operaciones en las que la segunda es la que determinó la operación de intervención, no gestándose la primera, pero habiendo sido controlada, como constan en las



intervenciones, lo que evidencia que el recurrente no se desvinculó en ningún momento de las operaciones, como sostiene. Colaboró en la adquisición del barco y planificó las operaciones hasta la final probada.

Recoge el Tribunal que "El 22/10/2010 Pedro Miguel y el enlace marroquí se desplazan a Bilbao para verse allí con Alberto , quien viaja desde Málaga a Bilbao.

... Ese mismo día 22/10/2010 y en ese viaje acompañaba a Alberto llegando con éste a Bilbao el acusado Abelardo (NIE NUM018 ) **para reunirse allí ambos con Pedro Miguel y el enlace marroquí** .

Los investigadores, tal como ratificó el funcionario NUM019 , comprobaron que entre el pasaje del vuelo de la compañía Vueling NUM020 del 22/10/2010 Málaga-Bilbao, viajaron Alberto y Abelardo (NIE NUM018 ), éste último formará parte, precisamente, de la primera tripulación de la embarcación BUQUE000 junto con los gallegos Alexander y Maximiliano (DNI NUM021 ) (f. 2317)".

Se van relatando por el Tribunal los resultados de las intervenciones y la participación de los ahora recurrentes en cada uno de los escenarios que iban confeccionando con los enlaces de suministro de la droga para llevar a cabo el operativo del transporte, y pese a los alegatos de los recurrentes la convicción del Tribunal en cuanto a las intervenciones y el resultado de la investigación policial es concluyente de la autoría de cada uno de ellos, aunque cada uno impugna la inexistencia de probanza respecto de ellos, lo que se debe desestimar por el detalle con el que el Tribunal reseña las llamadas habidas y el resultado que ello arroja tras el lenguaje encriptado con el que hablan, pero con las conexiones que elabora el resultado de la investigación, dimanante de las actividades previas que no dieron lugar a una investigación prospectiva, sino con un "suficiente basamento indiciario" para sostener el dictado de los autos habilitantes.

Que se trataba de una operación orquestada y coordinada lo refleja el Tribunal al apuntar en la sentencia que:

"Por los datos expuestos, esto es:

- a.- El resultado ya referido de las comunicaciones telefónicas.
- b.- Su concertado viaje a Bilbao sin otra vinculación entre ellos, ni con Bilbao, que no fuera el ataque allí del BUQUE000 .
- c.- El que Abelardo formaría parte después de la primera tripulación del barco y el que se trató de un viaje rápido, como lo acredita que quedaron de reunirse en Vigo al día siguiente 23/10/2010, en tal sentido la conversación mantenida en tf intervenido del enlace magrebi a las 15:17:43 del 23/10, dice Alberto que estará en Vigo a las cinco y su interlocutor (enlace árabe) que vale (f. 2318), comprobando los investigadores que el acusado Alberto formó parte del pasaje el 23/10/2010, del vuelo NUM022 Bilbao-Madrid-Vigo, llegada prevista a Vigo 16.50 y que en la noche se hospedó en el hotel Ruta Jacobea de Santiago de Compostela (f. 2318);
- d.- Nos lleva razonablemente a concluir que **dicha reunión en Bilbao tuvo por finalidad inspeccionar sobre el terreno la embarcación y junto con las de Vigo, ultimar los preparativos de su salida con la finalidad de recoger la droga** .
- e.- Así lo corrobora también el Sms que al día siguiente, 24/10/2010 recibe el colaborador gallego en el tf intervenido NUM015 procedente del abonado NUM015 para que acuda al domicilio de un tal Pulpo en Outes, lugar de residencia y cuyo nombre coincide con el del acusado Alexander , alias " Corsario y Pulpo " (domicilio en C/ DIRECCION001 NUM023 de Outes (f. 2319)), "que vayas por donde Genaro que e moi importante".

3.- Singladura del BUQUE000 .

3.1) Salida desde Getxo el 28/10/2010 para recoger el hachis en las coordenadas concertadas, formando parte de esta primera tripulación los acusados, Alexander , Abelardo y quien ya fue condenado por la justicia portuguesa Maximiliano .

Señala el Tribunal y motiva que no resultan creíbles las manifestaciones de los acusados Abelardo y Alexander para explicar la presencia de Abelardo como un simple pasajero del BUQUE000 . Y concluye y motiva que "su presencia en el BUQUE000 en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, pues ninguna otra alternativa razonable explicaría dicha presencia ni sus reuniones ya referidas con los otros acusados y a concluir también, como lo hicieron los investigadores y explicó el agente NUM008 , que en esta primera singladura se dirigían a recoger la carga del hachis en las coordenadas que habían sido establecidas, lo cual por algún motivo o fallo no se pudo llevar a cabo no encontrándose con la parte suministradora, razón por la cual dejaron el BUQUE000 en el puerto de Barbate a la espera de solucionar el fallo, regresando (el 7/10/2010) Maximiliano y Alexander a Galicia en un vehículo de alquiler".

Alcanza el Tribunal esta convicción y conclusión por:



- 1.) la presencia de Abelardo en el barco como representante de la parte marroquí y que no encuentra explicación satisfactoria de no encaminarse al punto fijado para la recogida de la sustancia estupefaciente;
- 2.) la reunión que mantuvo Alexander en Padrón en el domicilio de uno de los investigados alias " Chiquito dejar el BUQUE000 en Barbate antes incluso de pasar por su propio domicilio; reunión admitida por Alexander que trató de justificar en que fue al domicilio de dicha persona "alias Chiquito " porque era quien que le había presentado a su socio (colaborador gallego) para la empresa del BUQUE000 y como no tenía confianza con su socio, quería que Chiquito le transmitiera que ya había dejado el barco en Barbate y que tenía que reintegrarle el dinero por los gastos que él ( Alexander ) había adelantado por la compra y traslado del barco.

No nos parece creíble tal explicación porque se opone a la lógica y máximas de experiencia que no comunicara él mismo con su propio socio, sobre todo cuando se jugaba su dinero y que se reuniera para ello con un tercero y con tanta premura;

- 3.) carece de sentido y lógica navegar con mala mar y con el barco en mal estado, -circunstancias ambas afirmadas por esta primera tripulación-, para dejarlo en Barbate en espera de su traslado desde allí para una reparación que aun no tenía fecha;
- 4.) por las reuniones previas a la salida del BUQUE000 en Bilbao y en Vigo que ya hemos referido y finalmente porque como manifestó el Jefe de la investigación,
- 5.) no resultaría posible que poco después -los investigadores los concretan en un par de días- se pudiera hacer, como se hizo, el trasbordo de la sustancia estupefaciente de la embarcación nodriza al BUQUE000 ya que en su experiencia, "una operación de ese calado no permite que no esté en un día y al día siguiente toda la mercancía esté en el agua", por lo que la sustancia estupefaciente tenía que estar preparada y ya a la mar."

3.2) Salida del BUQUE000 desde Barbate para recoger el hachis en las coordenadas establecidas formando parte de la segunda tripulación Maximiliano y Alberto y su encallamiento junto a las costas portuguesas cerca de Assenta-Torres Vedras (Portugal) en la madrugada del 14 al 15/11/2010, perdiendo la práctica totalidad de su carga.

Expone el Tribunal que el también recurrente Sr. Alexander se reunió en el domicilio de Padrón del investigado " Chiquito " para dar cuenta de lo sucedido y se comprueba por los investigadores **la presencia de Alberto en Galicia** (donde consta tenga lazo alguno) por su registro de hospedaje el 9/11/2010 en el hotel Spareresort de Portonovo (Pontevedra) (f. 2350), lo que, por todo lo hasta aquí argumentado, nos lleva a la razonable conclusión, a falta de cualquier otra explicación que no se ha dado, de que **vino a tratar los detalles de la segunda salida del BUQUE000 , ahora desde el puerto de Barbate para recoger la droga** y de que, como más adelante exponemos, **formaría parte junto con Maximiliano , de la segunda tripulación del BUQUE000 para llevar a cabo tal cometido** .

### 3.3) Encallamiento del BUQUE000

Señala el Tribunal que:

"El grupo operativo de las unidades de coordinación de la Dirección General de la Policía, C.N.P dio noticia a los investigadores del encallamiento del BUQUE000 con registro español NUM024 el 15/11/2010 junto a las costas portuguesas cerca de Assenta-Torres Vedras en la madrugada del 14 al 15 de noviembre. El 15/11/2010 en las inmediaciones de la embarcación BUQUE000 la policía portuguesa intervino, dos fardos de hachis con un peso de 32,5 y 22,5kg (oficio 78846 del 18/11/10 UNCTE 3688/10 de las Autoridades de Portugal) y el 30/11/2010 sobre las 10:30 h, la guardia nacional republicana intervino en Praia Azul/Foz do Sizandro, concello de Torres Vedras (Portugal) un fardo de hachis con un peso de 36,70 kg (oficio 79197 del 07/12/10 UNCTE 3928/10 de las autoridades de Portugal)".

Se constata que tras intervenir la policía portuguesa y detener al Sr. Maximiliano se le interviene un teléfono donde constaban los contactos con los ahora recurrentes Alexander , *colaborador gallego* emplazando al recurrente Sr. Pedro Miguel en Getxo para el día 28/10/2010 lugar en el que se encuentran los tripulantes del BUQUE000 preparados para salir a la mar.

Concluye el Tribunal que "no ofrece dudas de que era apta para la travesía que efectivamente realizó cruzando el atlántico y porque no repostó combustible desde Bilbao hasta el puerto Coruñés de Cariño, ni que tenía capacidad para transportar una elevada cantidad de hachis, que para el agente NUM019 basándose en sus características y algunos términos de intervenciones telefónicas estaría entre 3000 y 4000 kg.

En consecuencia, reúne las condiciones que conforme a la jurisprudencia requiere la aplicación de la agravante de buque como medio de transporte".

#### 4.- Cantidad y calidad de la sustancia intervenida .



Sobre la aprehensión de la droga que es lo que constituye el ilícito penal del que el Tribunal construye la existencia de prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia que alegan los recurrentes señala que:

"En cuanto a la cantidad de sustancia estupefaciente o carga que transportaba, se han recuperado tres fardos, que debidamente analizados y pesados por los técnicos portugueses, funcionaria D<sup>a</sup>. Araceli que declaró por videoconferencia en juicio ratificando el análisis testimoniado en la causa (f. 2583 a 2590 Tomo VI) resultaron ser resina de cannabis con un peso neto respectivo de 31.998,800gr; 22.188,820gr y 36.573,120gr, totalizando 90.760,74 gr.

Consideramos que los tres fardos encontrados provenían de su carga, pues aunque no tuvieran un origen común por su composición (f 2590) podían perfectamente formar parte de la misma carga y difícilmente se encontraría en la misma zona y en fechas próximas el tercero de ellos de no provenir de la mercancía perdida del BUQUE000 , así lo acoge también el hecho 20 de la Sentencia portuguesa por la que se condena a Maximiliano

Su venta en el mercado en España, conforme a la tasación pericial no impugnada (f. 2744-2745) alcanzaría unos **beneficios de 129.788,35 euros** .

Que la carga era muy superior a los tres fardos recuperados, nos resulta obvio pues no haría falta proveerse de un buque para aquella. Por otra parte, la misma sentencia recaída en el procedimiento portugués y que condena a Maximiliano (f. 2119 hechos 12 y 13) recoge en sus hechos probados que los agentes portugueses sobre las 5,55 horas del día 15/11/2010 observaron que en el interior del BUQUE000 , se encontraban un número superior a 10 fardos de producto estupefaciente que iban saltando al mar debido al fuerte oleaje y desapareciendo en el agua".

Por ello, el Tribunal constata en la sentencia que respecto de este recurrente Pedro Miguel llevó a cabo múltiples y principales gestiones, comunicaciones y reuniones con la parte suministradora del hachis, dirigió y coordinó la compra del BUQUE000 , supervisando la embarcación y su salida y mantuvo los contactos telefónicos y personales con el enlace marroquí. No cabe acoger el desistimiento que, en último extremo, alegó su defensa afirmando que tras la adquisición del BUQUE000 no se habría comprobado intervención suya alguna y ello por cuanto hemos expuesto conformándose su actividad delictiva por múltiples gestiones para la introducción del hachis en España, sin perjuicio de cómo y en qué momento se traslucieron en el resultado de la investigación".

Con respecto a la escritura figura el también recurrente Alexander como adquirente de las participaciones de la Sociedad mercantil "Atuntxori, S.L.", uno de cuyos bienes de tal sociedad era precisamente la embarcación " BUQUE000 " (folio 2.475). Sobre la participación de Pedro Miguel en la adquisición del buque, el Tribunal valoró la declaración testifical del agente policial NUM008 , quien manifestó que la Notaría tenía como número de contacto para las gestiones derivadas de tal adquisición, el NUM014 utilizado por aquel, así como el correo electrónico de la bodega que regentaba su esposa.

Por otra parte, también valoró las conversaciones telefónicas mantenidas por Pedro Miguel con Santiago , gestor que tramitó la venta del barco, números telefónicos y conversaciones que éste confirmó en el acto del Juicio Oral. Por otra parte, el Tribunal para acreditar la presencia de Pedro Miguel en la Notaría de Bilbao donde se llevó a cabo la compra del " BUQUE000 ", valoró aquellas conversaciones y SMS mantenidas con el usuario del móvil NUM015 que acreditan que se citaron en la calle Alameda Recalde, 27 de Bilbao, dirección ésta que no es otra que donde se ubica tal Notaría. Finalmente, zanja la cuestión, la declaración del acusado Alexander quien en su declaración sumarial (folio 2557) indicó que "a Pedro Miguel sólo le vio una vez cuando estaban en la notaría...".

De todo lo anterior no podemos sino concluir que el recurrente participó activamente en la compra de la embarcación encargada de transportar la droga desde Marruecos a Galicia.

Por todo ello, resulta probado, y así lo ha reflejado el Tribunal que el recurrente:

- 1.- Participó, igualmente, en la supervisión de la salida de tal embarcación del puerto de Guetxo.
- 2.- El Sr. Pedro Miguel utilizó a lo largo de la investigación innumerables números telefónicos, números que le eran atribuidos, tal y como declaró el agente NUM008 , por las múltiples vigilancias y seguimientos policiales que sobre los investigados se llevaron a cabo, acudiendo a las citas que concertaban telefónicamente, confirmando así sus identidades.
- 3.- No se desvinculó del proyecto delictivo que se había iniciado, ya que consta en el desarrollo de la prueba y la explicación del Tribunal su relevante papel no sólo en la compra del barco, que es el medio instrumental ideado para el transporte de la droga, y en el que tiene el recurrente un papel relevante, y, además, en la organización



del viaje, como se acredita con las innumerables citas reseñadas por los investigadores con todas las partes intervinientes y la relación detallada de viajes que se acreditan en la investigación policial.

4.- Utilizó y pactó con los tripulantes citados que fueran ellos los que en las dos ocasiones realizaran el viaje del transporte.

Las pruebas son suficientes para entender desvirtuado el principio de presunción de inocencia.

Postula la aplicación del art. 376 del Código Penal alegando "resultar acreditado que ninguna participación tuvo en la preparación y coordinación del transporte de la segunda singladura realizada por la embarcación "BUQUE000 " desde el puerto de Barbate hasta su encallamiento en la costa portuguesa, donde se intervino la droga".

Sin embargo, se ha constatado que no ha habido un abandono en modo alguno de las actividades, sino que es una de las referencias organizativas del operativo para el transporte de droga y en modo alguno describe, tampoco en qué medida ha colaborado en el éxito de las operaciones, cuando está negando su autoría, y, sin embargo, queda debidamente probado con las investigaciones policiales ratificadas y la prueba referida por el Tribunal la absoluta responsabilidad penal del operativo, organización y finalización en ambos transportes del objetivo final de realizar el envío de la droga, aunque, como suele ocurrir en estos casos, empleando a terceros como tripulantes para evitar su responsabilidad si existe un fatal desenlace del transporte como aquí ocurrió.

El motivo se desestima.

**CUARTO** .- 3.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 370.3 del Código Penal , que tipifica la agravante de extrema gravedad por empleo de buque.

Cuestiona el recurrente la consideración de buque del instrumento utilizado para el transporte, y que la inclusión de la embarcación utilizada en el art. 370.3 C.P ., no puede ser efectuada -además de por su incompleta descripción-, por no tener efectos retroactivos al no ser favorable al reo, la modificación operada por LO 5/2010, de 22 de junio, entraba en vigor el 23 de diciembre de 2010". Tal modificación añadió al de buque el concepto de embarcación.

Señala el Tribunal que "Los hechos que declaramos probados son legalmente constitutivos de un delito de tráfico de drogas de las que no causan grave daño a la salud - hachis-, de los artículos 368 , 369.6 y 370.3 CP por cantidad de notoria importancia y extrema gravedad, al haberse utilizado un buque como medio de transporte".

Y consta en los hechos probados que "a finales del mes de setiembre del año 2010, Pedro Miguel se encargó de **adquirir un barco** con la finalidad de utilizarlo para la introducción de una cantidad de hachis en España. Una vez que dicho acusado tenía localizado el buque y cerrado el acuerdo de compraventa con sus propietarios, concertó con ellos una reunión en la notaría de Bilbao de D. José Ignacio Uranga Otaegui, sita en Alameda Recalde nº 27, el día 30/09/2010 en que se elevó a público el contrato de compraventa en escritura número 2324 del protocolo del Sr. Notario de fecha 30/09/2010, actuando por la parte vendedora D. Genaro que en III" con CIF G-95-392841, titular del capital social de la participaciones de la referida mercantil "Atuntxori SL" al acusado Alexander por valor declarado de tres mil euros, siendo uno de los bienes de la mercantil "Atuntxori SL" la embarcación BUQUE000 ".

Además, consta en los hechos probados que el recurrente "organizó y diseñó la **adquisición de una embarcación para llevar a cabo el transporte de la droga** " .

Y, además, que "El acusado Abelardo fue presentado a los gallegos por otra persona de la parte marroqui suministradora del hachis, a la que para no prejuzgar denominamos enlace marroqui, **para que se embarcara en el BUQUE000 III** cuando éste se desplazó desde Bilbao al primer punto convenido para el trasvase de la droga. El acusado Alberto , también fue presentado a los gallegos por el enlace marroquí, para que **se embarcara en el BUQUE000** cuando éste fuera a recoger el cargamento, haciendo de contacto entre gallegos y marroquíes en el momento de la entrega de la droga".

Además, en la sentencia cuando se trata la adquisición de la embarcación del BUQUE000 se refiere que *Uno de los bienes que ostenta la mercantil vendida es precisamente la **embarcación BUQUE000** (escritura que obra a los f. 2475 a 2480). Intervención de Pedro Miguel en su adquisición.- El acusado solamente admitió haber intervenido para **buscar la embarcación por internet**, por encargo de otra persona, a cambio de lo cual habría cobrado una comisión".*

Queda claro que el medio de transporte era una embarcación, y con respecto a ello, en efecto, como cita la Fiscalía, con respecto al uso de embarcación para el transporte de la droga como subtipo agravado del art. 370.3 del C. Penal , los problemas interpretativos que se habían suscitado con anterioridad a la reforma del precepto por LO 5/2010 fueron examinados en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de noviembre de 2008,



en el que se estableció una pauta interpretativa para esclarecer lo que debía entenderse por buque en orden a la aplicación del subtipo penal. En ese Pleno se acordó que *"A los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de "buque". La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad"*.

Y así, esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 501/2010 de 4 Jun. 2010, Rec. 2775/2009 señaló que:

"Invoca la sentencia de esta Sala nº 577/2008 de 1 de diciembre, reflejando los requisitos que ésta establece, acordes con lo convenido en el Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008. Las notas referidas en tal sentencia podría agruparse del siguiente modo:

- a) Es una embarcación que tiene cubierta (definida ésta por la Real Academia española como "cada uno de los pisos de un navío situados a diferente altura y especialmente el superior"); cuenta con medios de propulsión propios y es adecuada para navegaciones o empresas marítimas de importancia.
- b) Es una embarcación que tiene una capacidad de carga relativamente grande.
- c) Es una embarcación que se usa como medio específico de "transporte" de la sustancia estupefaciente.
- d) Es una embarcación apta para culminar con mayor facilidad el transporte de la mercancía ilícita, mediante la realización de una travesía de cierta entidad".

Se han descrito en los hechos probados que:

**"1.- La travesía del BUQUE000 desde Bilbao hasta el punto fijado, con escala en el puerto coruñés de Cariño, fue realizada por el acusado Alexander y por Maximiliano quien había sido reclutado para realizar el transporte de la droga por el anterior, acompañándoles en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, el acusado Abelardo quien, sin embargo, desembarcó antes de llegar al destino en la ciudad portuguesa de Olhao.**

*Al no producirse finalmente, por circunstancias desconocidas, la entrega de la droga en el punto fijado, los acusados se dirigieron al puerto de la localidad gaditana de Barbate, en espera de instrucciones para salir nuevamente a por la carga de droga.*

**2.- A mediados de noviembre del 2010 se produjo un nuevo acuerdo entre la parte marroquí suministradora del hachis y la gallega receptora, lo que provocó que Maximiliano y el acusado Alberto zarparan a bordo del BUQUE000 desde el puerto de Barbate hasta las coordenadas fijadas en altamar para realizar la entrega, coordenadas N 35°42 W06°00, contactando finalmente con los suministradores, quienes cargaron el BUQUE000 con el hachis.**

**3.- La noche del 14 al 15 de noviembre del 2010 cuando el BUQUE000 patroneado por Maximiliano navegaba hacia las costas gallegas donde debía alijar la droga, se vio envuelto en un gran temporal que lo hizo encallar frente a las costas portuguesas de Assenta-Torres Vedras, habiéndose podido recuperar por las autoridades portuguesas únicamente tres fardos rescatados del naufragio, con un peso cada uno de ellos de 31,998 kilogramos, 22,188 kilogramos y 36,576 kilogramos de resina de cannabis, que habrían alcanzado en el mercado ilícito el precio de 45.748, 31.730 y 52.300 euros respectivamente y que constituyen una pequeña parte de la carga total de hachis que portaba el BUQUE000**

Resulta evidente la consideración de embarcación del barco utilizado y que atrae la aplicación del art. 370.3 CP que permite aplicar el acuerdo plenario antes citado, con lo que la adaptación legal al Acuerdo no lleva retroactividad, sino aplicación de criterio jurisprudencial, y en este caso resulta correcta la determinación del Tribunal por la entidad del barco y los recorridos llevados a cabo, así como el rechazo de su consideración excluyente conforme a lo cual no se trataba de *lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas*.

Además, el propio Tribunal lleva a cabo, a la hora de describir el encallamiento del BUQUE000, una descripción del mismo, al relatar que:

"En cuanto a las características de la embarcación BUQUE000, al margen de las que se aprecian en las fotografías de los folios 1670,1671,1672 hasta 1675 y 1951, los propios acusados vinieron a referir en torno a once metros de eslora y admitieron que tenía cubierta y camarotes porque Abelardo viajaba, según dijeron, encerrado en uno de ellos y porque Alexander y Maximiliano habrían pernoctado en el barco dos de las noches que atracaron en Cariño. Tampoco ofrece dudas de que era apta para la travesía que efectivamente realizó cruzando el atlántico y porque no repostó combustible desde Bilbao hasta el puerto Coruñés de Cariño, ni que



tenía capacidad para transportar una elevada cantidad de hachis, que para el agente NUM019 basándose en sus características y algunos términos de intervenciones telefónicas estaría entre 3000 y 4000kg.

En consecuencia, reúne las condiciones que conforme a la jurisprudencia requiere la aplicación de la agravante de buque como medio de transporte, tanto en la redacción del art. 370.3 anterior a la reforma operada por la ley 5/2010, como en la redacción actual de dicho precepto".

Con ello, resulta de esta descripción y de los extremos antes relatados una adecuada clasificación para apreciar la agravación del art. 370.3 CP.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 4.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 22.8 del C. P., que tipifica la reincidencia.

Se queja el recurrente de que el Tribunal de instancia le haya aplicado la circunstancia agravante de reincidencia, cuando en los hechos probados no consta la fecha de extinción de la pena.

Se fija en los hechos probados que:

" Pedro Miguel, mayor de edad, provisto de DNI NUM000, con antecedentes penales computables al haber sido condenado en el procedimiento 17/1993 de la Sección Primera de la Audiencia Nacional, por sentencia del 6/11/1996 firme el 21/09/1998 a la pena de 15 años de prisión como autor de un delito contra la salud pública y en procedimiento 47/2000 del Juzgado de lo Penal 1 de Madrid por sentencia del 5/03/2001 firme el 3/07/2001 a la pena de 4 años y 4 meses de prisión como autor de un delito contra la salud pública".

Y para justificar la agravación señala la sentencia que:

"Concurre para el acusado Pedro Miguel, la agravante de reincidencia ( art. 22.8 CP ) pues de su hoja histórico penal resultan las condenas que consignamos en el apartado de hechos probados ( f. 2730 y 2731 ) cuyos antecedentes, atendida la fecha de firmeza de las respectivas ejecutorias, la duración de las penas impuestas y la fecha de comisión de estos hechos, estimamos que no eran susceptibles de cancelación por no haber transcurrido a la fecha de comisión de estos hechos, los plazos que establece el artículo 136 del CP y lo afirmamos especialmente respecto a la pena de quince años de prisión, cuya larga duración nos lleva a concluir la imposibilidad de su cumplimiento a la fecha de firmeza de la sentencia ( 21/09/1998 ), para poder efectuar desde ella el cómputo del plazo ( diez años ) de cancelación ( art 136 CP )".

Pues bien, recuerda esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 4/2013 de 22 Ene. 2013, Rec. 10917/2012 que:

"No se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo, debiéndose aplicar la doctrina que esta Sala Segunda ha establecido para estos supuestos, que podemos compendiar, entre otras en SS. 11.11.98, 5.2.2000, 16.6.2000, 31.1.2001, 7.10.2003, 25.11.2004, 29.12.2005, 18.4.2006, 30.12.2006, 435/2009 de 27.4, 814/2009 de 22.7 y 406/2010 de 11.5. 1). Las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega, deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo ( SS.TS. 23.10.93, 23.11.93 y 7.3.94 ).

**En los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación ( SSTS. 3.10.96 y 2.4.98 ).**

En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, puesta esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim, pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirecta al reo ( STS. 26.5.98, 647/2008 de 23.9, 1175/2009 de 16.11), que recuerda que esta Sala, en algunas ocasiones, ha llamado la atención acerca de la imposibilidad de acudir a la causa para extraer de la misma datos que perjudican al acusado y que no hayan sido declarados expresamente probados.

Por lo tanto para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.- Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual- por cuanto la



aplicación "contra reo" de cualquier precepto solo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE. ( ss. 12.3.98 y 16.5.98 ).

Con claridad señala a estos efectos el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 474/2018 de 17 Oct. 2018, Rec. 3025/2017 que:

"Como hemos recordado en SSTS 971/2010, de 12 de diciembre ; 1170/2011, de 10 de noviembre ; 313/2013, de 23 de abril ; 547/2014, de 4 de julio ; 634/2014, de 30 de septiembre ; 495/2015, de 29 de junio ; 538/2017, de 11 de julio; la doctrina de esta Sala Segunda , en lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia, parte del dato legislativo de que en el art. 22.8 CP , luego de definir la reincidencia, precisa que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo, y en base a ello establece para estos supuestos:

**1º Las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar acreditadas como el hecho delictivo mismo.**

Por ello en los casos en que la acusación con una condena por una sentencia que permite la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete, pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación.

**2º En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia , sin que, por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1 LECRIM , pueda esta Sala, acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 LECRIM , pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo.**

Las SSTS 647/2008, de 23 de septiembre ; 1175/2009, de 16 de noviembre ; 4/2013 de 22 de enero , recuerdan que esta Sala, en algunas ocasiones, ha llamado la atención acerca de la imposibilidad de acudir a la causa para extraer de la misma datos que perjudican al acusado y que no hayan sido declarados expresamente probados.

En efecto respecto a la posibilidad de integrar los déficits del factum con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, dijimos en las SSTS 495/2015, de 29 de junio ; 336/2018, de 4 de julio ; 366/2018, de 18 de julio , que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo.

Aunque **siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado** , pero también se ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo sólo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales.

Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos - fáctico y jurídico- que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado.

En lo que a la agravante de reincidencia se refiere, entre otras SSTS 217/2016 de 15 de marzo o 857/2016 de 11 de noviembre han afirmado que las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones.

**3º Por tanto para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.**

**4º Si no constan los datos necesarios se impone practicar un cómputo de plazo de rehabilitación favorable al reo** , pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, reducción, indulto, expediente de refundición, expresando la STS 80/92, de 26 de mayo , que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho a fundamental a obtener la tutela judicial efectiva."

En consecuencia, como postula el recurrente, en ausencia del dato de extinción de la pena concreto, y habida cuenta de la posible concurrencia de factores que pudieran alterar el resultado del cómputo final de la





cancelación, como explicamos en el punto nº 4 antes expuesto, debe procederse en beneficio del reo, y no puede aplicarse la reincidencia, por lo que debe estimarse este motivo y dejar sin aplicar la agravante de reincidencia.

El motivo se estima.

**SEXTO** .- 5.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 21.6 C. P ., que tipifica la atenuante de dilaciones indebidas, al no apreciarse la atenuante como muy cualificada.

Señala la sentencia que:

"Todas las defensas alegaron la concurrencia de dilaciones indebidas (art. 21.6ª) como muy cualificadas para atenuar la responsabilidad, sustentándolas en el periodo de tiempo transcurrido desde el inicio de las investigaciones en el año 2009 hasta su enjuiciamiento en el presente año 2017.

Consideramos que el transcurso de más de siete años no aparece ciertamente justificado en el presente caso pues, los investigadores tuvieron pronta noticia del encallamiento del BUQUE000 en noviembre del 2010, sin que la unión del testimonio de las actuaciones portuguesas y la práctica de las declaraciones de los presuntos partícipes así como del coimputado Maximiliano , justifiquen tal lapsus de tiempo. A preguntas del Ministerio Fiscal, el agente NUM008 achacó la demora en presentar el oficio policial resumen (marzo del 2012) con los nombres de los presuntos partícipes y el íter de los hechos investigados, en que estaban investigando la desaparición presuntamente forzada del colaborador gallego (aquí acusado) y de " Chiquito " (no acusado) lo que, a falta de una más cumplida explicación, no nos parece justificación suficiente, dado el desglose de unas y otras investigaciones llevándose separadamente la causa por las desapariciones.

Ello no obstante, el tiempo total transcurrido puesto en relación con las peculiaridades de la causa, su complejidad y con que, una vez presentado el oficio policial resumen, no se aprecian periodos de paralización extraordinarios, nos lleva a rechazarlas como muy cualificadas y a apreciarlas como atenuante simple".

Pues bien, la explicación para el rechazo del incremento de la rebaja penal es sólido y bien construido para no ampliar la atenuación por la vía de muy cualificada.

Como se lee en la STS nº 941/2016, de 15 de diciembre :

"En nuestra STS 578/2016 de 30 de junio , con cita de las STS nº 586/2014 de 23 de julio y nº 126/2014 de 21 de febrero recordábamos la doctrina de esta Sala conforme a la cual: Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sean extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que sean desmesuradas. Y en la STS 357/2014 de 16 de abril insistimos: si la atenuante simple exige unos retrasos extraordinarios, para su cualificación, habrá de reclamarse mucho más: una auténtica desmesura que no pueda ser explicada. Atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria ("fuera de toda normalidad"); eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable.

Y entre los criterios que debemos analizar para la constatación de esa desmesura, cabe acudir no solamente, en cuanto a la duración, al tiempo extraordinario desde la perspectiva global del total procedimiento, sino a otros más específicos: como la pluralidad y dimensión de los periodos de paralización o ralentización.

La cualificación también reclama que la falta de justificación sea más ostensible o de mayor entidad que la considerada para la atenuante ordinaria " [...] Para la calificación de la atenuante como muy cualificada, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha contemplado demoras o paralizaciones cuya suma sea superior a varios años. En tal sentido, SSTS 655/2003 para nueve años ; 291/2003 para ocho años , en el mismo sentido 71/2009 ; 883/2009 se refiere a la cuasi prescripción o 238/2010 para cuatro años y ocho meses".

Sobre esta cuestión hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado reiteradamente sobre la diferencia en la determinación y acogimiento de la atenuante de dilaciones indebidas como simple o muy cualificada, y así, por ejemplo, en el Auto de esta Sala 1782/2014 de 6 Nov. 2014, Rec. 1096/2014 se recuerda que: "El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama ( SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre ).



La nueva redacción del art. 21.6 del CP , exige la concurrencia de tres requisitos para la apreciación de la atenuante:

- a) El carácter extraordinario e indebido de la dilación;
- b) Su no atribuibilidad al propio inculpado; y
- c) La falta de proporción con la complejidad de la causa.

El carácter indeterminado de esas pautas valorativas, confieren utilidad a buena parte del cuerpo de doctrina ya proclamado por esta Sala en el marco jurídico previgente. Lo que está fuera de dudas es que los requisitos que ahora se proclaman de forma expresa en el listado de las atenuantes específicas, sólo adquieren sentido como reglas de valoración referidas al caso concreto. No se trata de claves abstractas para resolver sobre la razonabilidad del plazo, sino de pautas para evaluar, una vez el proceso penal ha concluido, si su duración ha sido o no razonable (cfr. STS 385/2011, 5 de mayo entre otras)".

En el presente caso debemos sujetarnos a lo que se somete a la consideración real y no comparativa, como se pretende, y esto es a lo que el Tribunal de instancia concede -la atenuante simple de dilaciones indebidas-, al mismo tiempo rechaza -atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas-. Y en este estado de cosas se entiende que el Tribunal ha sido suficientemente explicativo en orden a fijar que no ha sido insensible al paso del tiempo transcurrido, y así lo desgrena con detalle. Y por ello, y ante ello, ha apreciado la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del CP . Sin embargo, ha negado, con razón, la atribución a esa atenuante del carácter cualificado que le atribuye ahora el recurrente. Pues bien, en el presente caso, la Sala no detecta paralizaciones que desborden el carácter simple de la atenuación, tal y como han sido valoradas debidamente por el Tribunal de instancia.

Además, recordemos que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en Sentencia 416/2013 de 26 Abr. 2013, Rec. 10989/2012 que: "En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio.

Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en:

- a.- Sentencia 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso);
- b.- Sentencia 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación);
- c.- Sentencia 506/2002, de 21 de marzo ( 9 años);
- d.- Sentencia 39/2007, de 15 de enero (10 años);
- e.- Sentencia 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración);
- f.- Sentencia 132/2008, de 12 de febrero (16 años);
- g.- Sentencia 440/2012, de 25 de mayo (diez años );
- h.- sentencia 805/2012, de 9 octubre (10 años);
- i.- Sentencia 37/2013, de 30 de enero (ocho años ).

Por otro lado, no se pueden confundir lo que se denomina como paralizaciones con el transcurso del tiempo entre actuaciones procesales, ya que ello no determina el crédito a obtener la atenuante como muy cualificada.

Y ello es así, porque, como apunta la fiscalía, la causa durante los periodos señalados no ha estado paralizada en ningún momento. Así, desde Marzo de 2012, fecha en la que consta que se entrega un atestado en el Juzgado (folio 2225) hasta que se dicta el Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (folio 2761) se han seguido practicando innumerables diligencias, muchas de ellas a solicitud del Ministerio Fiscal, como es fácil de comprobar. El Auto de apertura de juicio oral, por otra parte, se dictó con fecha 14 de julio de 2015 (folio 2839) y la demora en dar traslado efectivo para calificar a los acusados tiene su justificación en el hecho de que hubo que exhortar a cuatro Juzgados diferentes para la notificación de tal auto y sus correspondientes requerimientos. Todo ello, además de considerar que se trata de una causa de cierta complejidad, lo que atrae la suficiencia de su consideración como simple.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN POR Alexander

**SÉPTIMO.-** Al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LEcrim . y 5.4º LOPJ por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18 de la Constitución .



Se ha realizado un detallado estudio de la desestimación de este motivo con ocasión del anterior recurso.

El motivo se desestima.

**OCTAVO** .- 2.- Al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LEcrim . y 5.4º LOPJ por vulneración del art. 24 CE (derecho a la presunción de inocencia y derecho a la tutela judicial efectiva).

Señala el recurrente que no existe prueba bastante para su condena, alegando desconocer lo que se transportaba, y que la declaración policial del Sr. Maximiliano no es válida. Hay que decir al respecto que es cierto que el Tribunal toma en cuenta como un dato más incriminatorio que esta persona que tripulaba el barco cuando encalla reconoció en sede policial, pero las referencias las hace el Tribunal con respecto a Alberto . En cualquier caso lo razona en base al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 3 de junio de dos mil quince, que sustituye al que sobre la materia se había adoptado el 28/11/06, que excluye el valor de las declaraciones en sede policial a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia, pero salvo que, como apunta el Tribunal, se puedan utilizar aquellos datos objetivos que el coimputado aportó y que fueron plenamente comprobados como veraces por los agentes de policía encargados de esta investigación, como explicó el agente NUM008 al coincidir con el resultado de la investigación policial hasta entonces practicada, para establecer junto con el resultado de las pruebas, la inferencia que corresponda.

Apunta que las investigaciones policiales tenían matices inquisitivos y que los indicios contra él son meramente especulativos.

Sin embargo, hay que señalar que se ha fijado antes la conexión entre el recurrente y el Sr. Pedro Miguel respecto a la compra de la embarcación para el transporte de la droga. Y así llega a convencimiento del Tribunal esa conexión clara entre ambos.

Consta en los hechos probados que:

"Para la compraventa del BUQUE000 se desplazaron hasta Bilbao los acusados Pedro Miguel , Alexander a cuyo nombre se pondría el barco figurando como comprador en el contrato de compraventa y otro que no es aquí enjuiciado al que para no prejuzgar denominamos colaborador gallego. Una vez adquirido el BUQUE000 el acusado Pedro Miguel y el colaborador gallego se desplazaron de nuevo a Bilbao a finales del mes de octubre del 2010 para controlar y supervisar la salida del barco que, desde allí, se dirigiría hasta unas coordenadas fijadas para la entrega de la droga.

...

La travesía del BUQUE000 desde Bilbao hasta el punto fijado, con escala en el puerto coruñés de Cariño, fue realizada por el acusado Alexander y por Maximiliano quien había sido reclutado para realizar el transporte de la droga por el anterior, acompañándoles en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, el acusado Abelardo quien, sin embargo, desembarcó antes de llegar al destino en la ciudad portuguesa de Olhao".

Señala, así, el Tribunal sobre el convencimiento de la participación del recurrente y la existencia de prueba bastante que:

"La intervención de Alexander , como adquirente en la escritura pública no resulta controvertida. Sus explicaciones en cuanto a la finalidad de la adquisición del BUQUE000 resultan inverosímiles. Afirmó haberlo adquirido para explotarlo junto con otro de los acusados en paradero desconocido (el que denominamos colaborador gallego) con el fin de dedicarlo al turismo de pesca recreativa; que el BUQUE000 debía ser reparado y que lo llevó hasta Barbate porque allí su socio se encargaría de su reparación, explicando el motivo de llevarlo al sur en que era allí donde se podía practicar la pesca deportiva del atún.

Tal justificación, como decimos, no nos ofrece credibilidad alguna porque **la supuesta dedicación turística no se sustenta en ningún dato objetivo** , porque carece de lógica efectuar una travesía con mala mar como luego se verá y supuestamente con el barco en mal estado -según Alexander estaba podrido y había que repararlo- desde Bilbao hasta Barbate para dejarlo aquí en el náutico hasta que su socio decidiera llevarlo a reparar y porque no se compadece en modo alguno con el resultado probatorio".

Refleja el Tribunal que además de la motivación que se ha expuesto con respecto al anterior recurrente, Alexander puso a su nombre la compra de la mercantil ATUNTXORI S.L propietaria a su vez del BUQUE000 y formó parte de la primera tripulación que sacó el buque de Bilbao dirigiéndose a las coordenadas en que debían recoger la carga de sustancia estupefaciente y a tal efecto mantuvo reuniones el 24 de octubre, antes de la partida, en su propio domicilio de Outes (La Coruña) y tras el intento fallido una vez que dejaron el buque en el puerto de Barbate, en el domicilio de " Chiquito " , siendo también la persona con la que trató de ponerse en comunicación Maximiliano tras el naufragio.



Frente a la negativa del recurrente a admitir su responsabilidad alegando desconocer el objetivo de la operación de tráfico de drogas ya hemos precisado anteriormente que:

*Intervención de los recurrentes Pedro Miguel , Alexander en la compra del barco transportista de la droga.*

Para la compraventa del BUQUE000 se desplazaron hasta Bilbao los acusados Pedro Miguel , Alexander , a cuyo nombre se pondría el barco figurando como comprador en el contrato de compraventa y otro que no es aquí enjuiciado al que para no prejuzgar denominamos colaborador gallego. Una vez adquirido el BUQUE000 el acusado Pedro Miguel y el colaborador gallego se desplazaron de nuevo a Bilbao a finales del mes de octubre del 2010 para controlar y supervisar la salida del barco que, desde allí, se dirigiría hasta unas coordenadas fijadas para la entrega de la droga.

*Operaciones para activar el transporte de la droga con intervención de Alexander , Maximiliano y Alberto .*

La travesía del BUQUE000 desde Bilbao hasta el punto fijado, con escala en el puerto coruñés de Cariño, fue realizada por el acusado Alexander y por Maximiliano quien había sido reclutado para realizar el transporte de la droga por el anterior, **acompañándoles en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, el acusado Abelardo** quien, sin embargo, desembarcó antes de llegar al destino en la ciudad portuguesa de Olhao.

Al no producirse finalmente, por circunstancias desconocidas, la entrega de la droga en el punto fijado, los acusados se dirigieron al puerto de la localidad gaditana de Barbate, en espera de instrucciones para salir nuevamente a por la carga de droga.

*Validez del auto de intervención telefónica de 30-11-2010.*

Por el acusado **Alexander** se incidió en la nulidad por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, del auto del 30/11/2010 que acuerda la intervención de su abonado NUM013 (f. 1411-1428 Tomo III). Tampoco apreciamos la vulneración alegada. La intervención fue acordada tras la noticia del encallamiento del BUQUE000 con un cargamento de hachis, noticia que, según ratificó el funcionario NUM008 daba significado a todo el resultado de intervenciones telefónicas y vigilancias policiales hasta entonces practicadas en esta causa en la que constaba que Alexander había adquirido el BUQUE000 poco más de un mes antes. Asimismo, de las actuaciones practicadas en Portugal por el encallamiento del BUQUE000 resultaba que Alexander fue el receptor de las primeras llamadas efectuadas tras el siniestro por su único tripulante.

Aparecía así su **relación con personas investigadas y presuntamente implicadas**, entre ellas dos sujetos gallegos que a raíz del encallamiento del BUQUE000 con la pérdida de la mercancía, desaparecieron de sus domicilios de manera presuntamente forzada, habiendo denunciado los familiares su desaparición.

**Declaración del recurrente Sr. Alexander al respecto de la adquisición en la notaría de la embarcación.**

Señala el Tribunal que "el Sr. Alexander dijo en su declaración sumarial (folios 2557) que "a Pedro Miguel solo lo vio una vez cuando estaban en la notaría, que le preguntó a Patricio quien era y este le dijo que era amigo de él. Que solo lo vio allí en ese momento" si bien en juicio oral manifestó que como no conocía a Pedro Miguel y no recordaba su cara no sabía si fue la persona que en un determinado momento apareció en la notaría, negando que preguntara por ella a su socio (colaborador gallego) y puesta de manifiesto la contradicción por el Ministerio Fiscal, no dio explicación convincente de ese cambio de versión lo que, considerando además el resultado de las restantes pruebas, nos permite acoger aquel reconocimiento de su declaración sumarial".

Con ello, aunque niegue el recurrente sr. Alexander en el juicio que no conocía al sr. Pedro Miguel el Tribunal señala que en la declaración sumarial sí lo vio en la notaría, lo que permite contrastar ambas y ser un indicio, o dato más, que conecta a ambas personas en la compra de la embarcación para el transporte de la droga.

Señala el Tribunal y motiva que no resultan creíbles las manifestaciones de los acusados Abelardo y Alexander para explicar la presencia de Abelardo como un simple pasajero del BUQUE000 . Y concluye y motiva que "su presencia en el BUQUE000 en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, pues ninguna otra alternativa razonable explicaría dicha presencia ni sus reuniones ya referidas con los otros acusados y a concluir también, como lo hicieron los investigadores y explicó el agente NUM008 , que en esta primera singladura se dirigían a recoger la carga del hachis en las coordenadas que habían sido establecidas, lo cual por algún motivo o fallo no se pudo llevar a cabo no encontrándose con la parte suministradora, razón por la cual dejaron el BUQUE000 en el puerto de Barbate a la espera de solucionar el fallo, regresando (el 7/10/2010) Maximiliano y Alexander a Galicia en un vehículo de alquiler".

Alcanza el Tribunal esta convicción y conclusión por:



- 1.) la presencia de Abelardo en el barco como representante de la parte marroquí y que no encuentra explicación satisfactoria de no encaminarse al punto fijado para la recogida de la sustancia estupefaciente;
- 2.) la reunión que mantuvo Alexander en Padrón en el domicilio de uno de los investigados alias " Chiquito dejar el BUQUE000 en Barbate antes incluso de pasar por su propio domicilio; reunión admitida por Alexander que trató de justificar en que fue al domicilio de dicha persona "alias Chiquito " porque era quien que le había presentado a su socio (colaborador gallego) para la empresa del BUQUE000 y como no tenía confianza con su socio, quería que Chiquito le transmitiera que ya había dejado el barco en Barbate y que tenía que reintegrarle el dinero por los gastos que él ( Alexander ) había adelantado por la compra y traslado del barco.

No nos parece creíble tal explicación porque se opone a la lógica y máximas de experiencia que no comunicara él mismo con su propio socio, sobre todo cuando se jugaba su dinero y que se reuniera para ello con un tercero y con tanta premura;

- 3.) carece de sentido y lógica navegar con mala mar y con el barco en mal estado, -circunstancias ambas afirmadas por esta primera tripulación-, para dejarlo en Barbate en espera de su traslado desde allí para una reparación que aun no tenía fecha;
- 4.) por las reuniones previas a la salida del BUQUE000 en Bilbao y en Vigo que ya hemos referido y finalmente porque como manifestó el Jefe de la investigación,
- 5.) no resultaría posible que poco después -los investigadores los concretan en un par de días- se pudiera hacer, como se hizo, el trasbordo de la sustancia estupefaciente de la embarcación nodriza al BUQUE000 ya que en su experiencia, "una operación de ese calado no permite que no esté en un día y al día siguiente toda la mercancía esté en el agua", por lo que la sustancia estupefaciente tenía que estar preparada y ya a la mar".

Expone el Tribunal que el también recurrente Pulpo . Alexander se reunió en el domicilio de Padrón del investigado " Chiquito " para dar cuenta de lo sucedido y se comprueba por los investigadores **la presencia de Alberto en Galicia** (donde consta tenga lazo alguno) por su registro de hospedaje el 9/11/2010 en el hotel Spareresort de Portonovo (Pontevedra) (f. 2350), lo que, por todo lo hasta aquí argumentado, nos lleva a la razonable conclusión, a falta de cualquier otra explicación que no se ha dado, de que **vino a tratar los detalles de la segunda salida del BUQUE000 , ahora desde el puerto de Barbate para recoger la droga** y de que, como más adelante exponemos, **formaría parte junto con Maximiliano , de la segunda tripulación del BUQUE000 para llevar a cabo tal cometido "**.

Se constata que tras intervenir la policía portuguesa y detener al Sr. Maximiliano se le interviene un teléfono donde constaban los contactos con los ahora recurrentes Alexander , *colaborador gallego* emplazando al recurrente Sr. Pedro Miguel en Getxo para el día 28/10/2010 lugar en el que se encuentran los tripulantes del BUQUE000 preparados para salir a la mar.

Con todo ello, las pruebas que refleja el Tribunal y se han examinado con los motivos del recurrente conllevan a la desestimación del motivo por la concurrencia de prueba válida y suficiente.

El motivo se desestima.

**NOVENO** .- 3.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la LECR . por infracción de precepto legal, por indebida aplicación de los arts. 369 y 370.3º del Código Penal .

Se ha realizado un detallado estudio de la desestimación de este motivo con ocasión del primer recurso.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO** .- 4.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 de la LECR . por infracción de precepto legal, por indebida aplicación del art. 21.6 y 66 del Código Penal .

Se ha realizado un detallado estudio de la desestimación de este motivo con ocasión del anterior recurso.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN POR Abelardo .-

**UNDÉCIMO**.- 1.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim ., y art. 5.4 de la LOPJ , por infracción de lo dispuesto en los arts. 18.3 y 24. 1 y 2 de la C . E., en relación con lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ ., por vulneración del Derecho al secreto de las comunicaciones, así como del Derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Se ha realizado un detallado estudio de la desestimación de este motivo con ocasión del anterior recurso.

El motivo se desestima.



**DUOCÉCIMO** .- 2.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim ., y 849.1, por infracción de lo dispuesto en el art. 24.2 C. E ., en lo relativo a la presunción de inocencia. Por infracción por inaplicación de lo dispuesto en los arts. 16.3 y 376 CP .

Además de los extremos a los que se ha hecho referencia con ocasión del primer recurrente recoge el Tribunal que:

"El acusado Abelardo intervino por la parte marroquí, *reuniéndose* el 22 de octubre junto a Alberto con Pedro Miguel y *el enlace marroquí en Bilbao* donde se hallaba el BUQUE000 para *preparar su salida* ; el 26 de octubre *viajó a Vigo donde tiene domicilio el enlace marroquí* hospedándose en el hotel Ogalia y luego se embarcó con Alexander y Maximiliano en el buque, formando parte de la primera tripulación para ir a recoger la droga, si bien desembarcaría en el puerto portugués de Olhao, posiblemente porque no soportara la travesía.

Alegó su defensa que al desembarcar en Olhao habría llevado a cabo un desistimiento conforme al art. 16 CP . No lo consideramos así, pues se acreditó su participación no solo formando parte de la tripulación, sino también en los preparativos para la salida del BUQUE000 **realizando con todo ello actos incardinables en la autoría del delito contra la salud pública** , por más que tuviera que desembarcar antes de llegar a destino, por causa que si atendemos a su versión de los hechos, sería ajena a su voluntad no respondiendo a una evitación voluntaria del delito. Por otra parte, tampoco ha cometido un delito intentado sino que, conforme a la doctrina jurisprudencial correspondiente a la consumación en el delito contra la salud pública del art. 368 CP , su intervención es por un delito consumado contra la salud pública, habida cuenta de que previamente a la salida del BUQUE000 participó en la reunión de Bilbao para ultimar los detalles de la operación de recogida de la droga y luego formó parte de la tripulación dirigiéndose a las coordenadas fijadas al efecto, para lo cual el "barco nodriza" con tal carga también había salido a la mar".

Ya hemos destacado que el Tribunal reconoce que el acusado Abelardo fue presentado a los gallegos por otra persona de la parte marroquí suministradora del hachis, a la que para no prejuzgar denominamos enlace marroquí, para que se embarcara en el BUQUE000 cuando éste se desplazó desde Bilbao al primer punto convenido para el trasvase de la droga.

*Operaciones para activar el transporte de la droga con intervención de Alexander , Maximiliano y Alberto .*

La travesía del BUQUE000 desde Bilbao hasta el punto fijado, con escala en el puerto coruñés de Cariño, fue realizada por el acusado Alexander y por Maximiliano quien había sido reclutado para realizar el transporte de la droga por el anterior, acompañándoles en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, el acusado Abelardo quien, sin embargo, desembarcó antes de llegar al destino en la ciudad portuguesa de Olhao.

Al no producirse finalmente, por circunstancias desconocidas, la entrega de la droga en el punto fijado, los acusados se dirigieron al puerto de la localidad gaditana de Barbate, en espera de instrucciones para salir nuevamente a por la carga de droga.

A mediados de noviembre del 2010 se produjo un nuevo acuerdo entre la parte marroquí suministradora del hachis y la gallega receptora, lo que provocó que Maximiliano y el acusado Alberto zarparan a bordo del BUQUE000 desde el puerto de Barbate hasta las coordenadas fijadas en altamar para realizar la entrega, coordenadas N 35°42 W06°00, contactando finalmente con los suministradores, quienes cargaron el BUQUE000 con el hachis.

*Salida desde Getxo el 28/10/2010 para recoger el hachis en las coordenadas concertadas, formando parte de esta primera tripulación los acusados, Alexander , Abelardo y quien ya fue condenado por la justicia portuguesa Maximiliano .*

Señala el Tribunal y motiva que no resultan creíbles las manifestaciones de los acusados Abelardo y Alexander para explicar la presencia de Abelardo como un simple pasajero del BUQUE000 . Y concluye y motiva que "su presencia en el BUQUE000 en representación de la parte marroquí suministradora del hachis, pues ninguna otra alternativa razonable explicaría dicha presencia ni sus reuniones ya referidas con los otros acusados y a concluir también, como lo hicieron los investigadores y explicó el agente NUM008 , que en esta primera singladura se dirigían a recoger la carga del hachis en las coordenadas que habían sido establecidas, lo cual por algún motivo o fallo no se pudo llevar a cabo no encontrándose con la parte suministradora, razón por la cual dejaron el BUQUE000 en el puerto de Barbate a la espera de solucionar el fallo, regresando (el 7/10/2010) Maximiliano y Alexander a Galicia en un vehículo de alquiler".

Alcanza el Tribunal esta convicción y conclusión por:

1.) la presencia de Abelardo en el barco como representante de la parte marroquí y que no encuentra explicación satisfactoria de no encaminarse al punto fijado para la recogida de la sustancia estupefaciente;



2.) la reunión que mantuvo Alexander en Padrón en el domicilio de uno de los investigados alias " Chiquito dejar el BUQUE000 en Barbate antes incluso de pasar por su propio domicilio; reunión admitida por Alexander que trató de justificar en que fue al domicilio de dicha persona "alias Chiquito " porque era quien que le había presentado a su socio (colaborador gallego) para la empresa del BUQUE000 y como no tenía confianza con su socio, quería que Chiquito le transmitiera que ya había dejado el barco en Barbate y que tenía que reintegrarle el dinero por los gastos que él ( Alexander ) había adelantado por la compra y traslado del barco.

No nos parece creíble tal explicación porque se opone a la lógica y máximas de experiencia que no comunicara él mismo con su propio socio, sobre todo cuando se jugaba su dinero y que se reuniera para ello con un tercero y con tanta premura;

3.) carece de sentido y lógica navegar con mala mar y con el barco en mal estado, -circunstancias ambas afirmadas por esta primera tripulación-, para dejarlo en Barbate en espera de su traslado desde allí para una reparación que aun no tenía fecha;

4.) por las reuniones previas a la salida del BUQUE000 en Bilbao y en Vigo que ya hemos referido y finalmente porque como manifestó el Jefe de la investigación,

5.) no resultaría posible que poco después -los investigadores los concretan en un par de días- se pudiera hacer, como se hizo, el trasbordo de la sustancia estupefaciente de la embarcación nodriza al BUQUE000 ya que en su experiencia, "una operación de ese calado no permite que no esté en un día y al día siguiente toda la mercancía esté en el agua", por lo que la sustancia estupefaciente tenía que estar preparada y ya a la mar".

Del mismo modo, la colaboración directa del recurrente ha quedado acreditada por el Tribunal como responsable del delito consumado descrito, no pudiendo desconectarse del operativo, ya que participó directamente en las reuniones con el fin delictivo. Interviene en las reuniones, viaja con el motivo descrito por el Tribunal, y colabora con el enlace para este fin del aprovisionamiento de droga y traslado, según el Tribunal considera probado, y motivando debidamente esta convicción.

La responsabilidad del recurrente ha quedado acreditada, teniendo su rol en el operativo desplegado, no pudiendo postular para él en este caso la tentativa, ya que, como señala la fiscalía, exige no haber intervenido en la fase de concierto inicial previa al traslado de la droga. Este requisito no se cumplimenta en la conducta del recurrente. Abelardo participó en todos los preparativos de la operación para ultimar los detalles de la operación de recogida de la droga, formando parte incluso de la tripulación del " BUQUE000 " en su inicial singladura, lo que le convierte en autor de un delito consumado. No consta desistiera de su acción; simplemente tenía un papel asignado en la organización del viaje que cumplió escrupulosamente, papel que consistía en actuar en nombre de la parte marroquí. Cumplida su misión, obviamente desaparece de la escena, dando entrada al resto de participantes.

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 724/2017 de 8 Nov. 2017, Rec. 10448/2017 :

"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.

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 mediante la entrega.

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

**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".**



No resulta posible, por ello, llevar a cabo una "desconexión" de la responsabilidad penal en los intervinientes en un operativo de tráfico de drogas postulando esa ruptura de la conexión en las actuaciones llevadas a cabo cuando existe una colaboración y participación relevante de quien postula que se le considere autor, pero en grado de tentativa, o que se considere que hubo un desistimiento, cuando éste no consta en modo alguno, ya que la actuación de éste en el barco no tiene por qué suponer un desistimiento cuando no hay acto que lo acredite, y éste no puede ser presunto. Por ello, tampoco procede aplicar el art. 376 CP por cuanto no consta ese abandono de la actividad expreso, ni que haya colaborado con las autoridades.

En modo alguno el papel del recurrente fue "accesorio", como se postula, ya que tenía un rol relevante en el operativo y en las conexiones en torno a la captación de la droga y su posterior transporte.

El motivo se desestima.

**DECIMOTERCERO** .- 3.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 370.3 C. P ., que tipifica la agravante de extrema gravedad por empleo de buque.

Se ha realizado un detallado estudio de la desestimación de este motivo con ocasión del primer recurso.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO CUARTO** .- 4.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim ., por indebida aplicación de lo dispuesto en el art. 21.6 C. P ., que tipifica la atenuante de dilaciones indebidas, al no apreciarse la atenuante como muy cualificada.

Se ha realizado un detallado estudio de la desestimación de este motivo con ocasión del primer recurso.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN POR Alberto

**DÉCIMOQUINTO**.- 1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 LECrim . y 5.4º LOPJ por vulneración del art. 24 CE (derecho a la presunción de inocencia).

Consta probado respecto a Alberto que:

El acusado Alberto , también fue presentado a los gallegos por el enlace marroquí, para que se embarcara en el BUQUE000 cuando éste fuera a recoger el cargamento, haciendo de contacto entre gallegos y marroquíes en el momento de la entrega de la droga.

Además de los extremos a los que se ha hecho referencia con ocasión del primer recurrente recoge el Tribunal que:

"El acusado Alberto , intervino también por la parte suministradora del hachis en reuniones preparatorias de la salida del BUQUE000 tanto en el primero como en el segundo intento para recoger la droga y formó parte de la tripulación del buque en esa segunda ocasión. Como dijimos para la primera ocasión, se reunió con Pedro Miguel y el enlace marroquí en Bilbao el día 22 de octubre y se citó en Vigo los días 17 y 23 de octubre del 2010 al objeto de inspeccionar la embarcación y ultimar los detalles de la operación.

...

El acusado Alberto participó por la parte marroquí en reuniones preparatorias de la primera salida del BUQUE000 ; si en esa primera salida viajaba por dicha parte marroquí, el acusado Abelardo pero tuvo que abandonar el buque antes del destino; si la recogida no fue posible por alguna circunstancia que no se ha esclarecido; si a su regreso de Barbate Alexander se reunió en casa de Chiquito en la localidad de Padrón para dar cuenta de la incidencia: si se comprobó que en tales fechas (9/11/2010) posteriores y muy próximas a esa reunión, Alberto pernoctó en un hotel de Portonovo (Pontevedra), -localidad que dista unos 52km de Padrón- y si fue intervenido en el puerto de Barbate el vehículo que Maximiliano afirmó habían utilizado para desplazarse desde Galicia, alcanzamos la convicción y conclusión de que Alberto , efectivamente se reunió en Galicia con todos o algunos de los implicados, desplazándose desde aquí con Maximiliano hasta Barbate y que formó parte con él de la segunda tripulación del BUQUE000 para ir a recoger el hachis y garantizar con su presencia ese buen fin, no conseguido en el anterior intento, sin que encontremos ninguna otra alternativa razonable que sirva de explicación a todos los referidos datos.

Alegó su defensa que no se aportó el listado del vuelo que le habría llevado a Bilbao, basándose únicamente en informaciones policiales sin que conste qué agente habría constatado su presencia en la lista de pasajeros. El funcionario NUM008 expuso al respecto que él mandaba efectuar las comprobaciones con los listados de pasajeros de las líneas aéreas y así se hacía por parte de los agentes, que la policía tiene acceso a dichas listas y que todo lo que refieren en el oficio resumen fue efectivamente comprobado, explicaciones que no





ofrecen tacha de incredibilidad y constituyen prueba bastante, corroboradas como están con el resultado de comunicaciones telefónicas explícitas, como ya referimos, acerca de ese viaje".

Señala, así, el Tribunal que:

"Tras la adquisición del BUQUE000 , Pedro Miguel , el enlace marroquí, el acusado Abelardo y el acusado Alberto , *mantienen reuniones para preparar su salida con la finalidad referida*. Así resulta de las comprobaciones de las listas de pasajeros de las compañías aéreas efectuadas por los investigadores sobre la base de la información que al efecto aportaban las comunicaciones telefónicas a través de las cuales concertaron sus citas".

Es importante la cita que hace de la sentencia con respecto a que:

"El 6/10/2010 a 21:49: NUM009 en tf Pedro Miguel NUM014 se registra una llamada entre Pedro Miguel y Francisco , utilizando una vez más lenguaje en clave, altamente sugestivo de que se referían a la realización de la operación que finalmente fracasó con el **encallamiento del BUQUE000 en Portugal** ", ya que como antes hemos reflejado, constan en los hechos probados dos operaciones en las que la segunda es la que determinó la operación de intervención, no gestándose la primera, pero habiendo sido controlada, como constan en las intervenciones, lo que evidencia que el recurrente no se desvinculó en ningún momento de las operaciones, como sostiene. Colaboró en la adquisición del barco y planificó las operaciones hasta la final probada.

Recoge el Tribunal que "El 22/10/2010 Pedro Miguel y el enlace marroquí se desplazan a Bilbao para verse allí con Alberto , quien viaja desde Málaga a Bilbao.

... Ese mismo día 22/10/2010 y en ese viaje acompañaba a Alberto llegando con éste a Bilbao el acusado Abelardo (NIE NUM018 ) **para reunirse allí ambos con Pedro Miguel y el enlace marroquí** .

Los investigadores, tal como ratificó el funcionario NUM019 , comprobaron que entre el pasaje del vuelo de la compañía Vueling NUM020 del 22/10/2010 Málaga -Bilbao, viajaron Alberto y Abelardo (NIE NUM018 ), éste último formará parte, precisamente, de la primera tripulación de la embarcación BUQUE000 junto con los gallegos Alexander y Maximiliano (DNI NUM021 ) (f. 2317)".

Se van relatando por el Tribunal los resultados de las intervenciones y la participación de los ahora recurrente en cada una de los escenarios que iban confeccionando con los enlaces de suministro de la droga para llevar a cabo el operativo del transporte, y pese a los alegatos de los recurrentes la convicción del Tribunal en cuanto a las intervenciones y el resultado de la investigación policial es concluyente de la autoría de cada uno de ellos, aunque cada uno impugna la inexistencia de probanza respecto de ellos, lo que se debe desestimar por el detalle con el que el Tribunal reseña las llamadas habidas y el resultado que ello arroja tras el lenguaje encriptado con el que hablan, pero con las conexiones que elabora el resultado de la investigación, dimanante de las actividades previas que no dieron lugar a una investigación prospectiva, sino con un "suficiente basamento indiciario" para sostener el dictado de los autos habilitantes.

Que se trataba de una operación orquestada y coordinada lo refleja el Tribunal al apuntar en la sentencia que:

"Por los datos expuestos, esto es:

a.- El resultado ya referido de las comunicaciones telefónicas.

b.- Su concertado viaje a Bilbao sin otra vinculación entre ellos, ni con Bilbao, que no fuera el atraque allí del BUQUE000 .

c.- El que Abelardo formaría parte después de la primera tripulación del barco y el que se trató de un viaje rápido, como lo acredita que quedaron de reunirse en Vigo al día siguiente 23/10/2010, en tal sentido la conversación mantenida en tf intervenido del enlace magrebi a las 15:17:43 del 23/10, dice Alberto que estará en Vigo a las cinco y su interlocutor (enlace árabe) que vale (f. 2318), comprobando los investigadores que el acusado Alberto formó parte del pasaje el 23/10/2010, del vuelo NUM022 Bilbao-Madrid-Vigo, llegada prevista a Vigo 16.50 y que en la noche se hospedó en el hotel Ruta Jacobea de Santiago de Compostela (f. 2318).

d.- Nos lleva razonablemente a concluir que **dicha reunión en Bilbao tuvo por finalidad inspeccionar sobre el terreno la embarcación y junto con las de Vigo, ultimar los preparativos de su salida con la finalidad de recoger la droga** .

e.- Así lo corrobora también el Sms que al día siguiente, 24/10/2010 recibe el colaborador gallego en el tf intervenido NUM015 procedente del abonado NUM015 para que acuda al domicilio de un tal Genaro en Outes, lugar de residencia y cuyo nombre coincide con el del acusado Alexander , alias " Corsario y Pulpo



" (domicilio en DIRECCION001 NUM023 de Outes (f. 2319)), "que vayas por donde Alexander que e moi importante".

Así, frente a las quejas del recurrente respecto a la inexistencia de prueba suficiente se ha entendido bastante la valorada por el Tribunal. Alberto participó activamente en los preparativos previos al viaje, como se comprueba no solo por su presencia en lugares clave para la operación, sino por las compañías que frecuentaba en tales visitas, Pedro Miguel y Abelardo . Como apunta la fiscalía, sitúan los hechos probados al recurrente en el " BUQUE000 " en el momento de cargar la droga en alta mar, y ello no se acredita por la declaración policial de Maximiliano ante las autoridades portuguesas, como alega en su escrito, y cuestiona, sino por otros indicios plenamente acreditados, como son su presencia en lugares estratégicos para la organización del transporte. Ya hemos citado la mención que lleva a cabo el Tribunal respecto al Acuerdo plenario de esta Sala de 3 de Junio de 2015 respecto a las declaraciones policiales y su validez si se corroboran con datos objetivos, pero han sido éstos los determinantes para la enervación de la presunción de inocencia más que la declaración del sr. Maximiliano , y lo mismo ocurre con las referidas actuaciones llevadas a cabo en Portugal, debido a la suficiencia del material probatorio tenido en cuenta por el Tribunal.

Por ello, excluyendo los extremos referidos por el recurrente existe prueba bastante y suficiente debidamente valorada por el Tribunal.

El motivo se desestima.

**DECIMOSEXTO** .- 2.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 LECrim . por infracción de precepto legal por indebida aplicación de los arts 369 y 370.3 del Código Penal (Extrema Gravedad).

Se ha realizado un detallado estudio de la desestimación de este motivo con ocasión del primer recurso.

El motivo se desestima.

**DECIMOSÉPTIMO** .- 3.- Al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 LECrim . por infracción de precepto legal por indebida aplicación del Art. 21.6 y 66.1.2 del Código Penal .

Se ha realizado un detallado estudio de la desestimación de este motivo con ocasión del primer recurso.

El motivo se desestima.

**DECIMOCTAVO** .- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes ( art. 901 LECrim ).

## FALLO

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

**DECLARAR HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **Pedro Miguel** , con estimación de su motivo cuarto y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, de fecha 18 de julio de 2017 , en causa seguida contra los mismos y otro por delito contra la salud pública. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados Abelardo , Alberto y Alexander , contra la sentencia indicada anteriormente. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO NUM010 núm.: 2513/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Segunda Sentencia**



Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 27 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 25/2016 J, dimanante de Diligencias Previas nº 920/2009, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Cambados, seguido por delito contra la salud pública, contra Pedro Miguel , con D.N.I. núm. NUM000 , natural de Cambados, nacido el NUM025 de 1952, hijo de Arturo y de Marina , con domicilio en Ribadumia (Pontevedra), CALLE000 núm. NUM026 , NUM027 , con antecedentes penales, en situación de libertad por esta causa; Alberto , con DNI núm. NUM002 , natural de Melilla, nacido el NUM028 de 1986, hijo de Fermín y Marí Juana , actualmente en el Centro Penitenciario Madrid VI por otra causa, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en situación de libertad por la presente causa; **Abelardo** , con NIE NUM029 , natural de Lareche (Marruecos), nacido el NUM030 de 1979, hijo de Maximo y Crescencia , con domicilio en Valencia, Montserrat, CALLE001 , núm. NUM031 NUM027 , sin antecedentes penales, en situación de libertad por esta causa; **Alexander** , con DNI NUM001 , natural de Outes (A Coruña), nacido en NUM032 de 1973, hijo de Rubén y Justa , domiciliado en Estados Unidos, 22 DIRECCION002 07109 New Jersey, sin antecedentes penales, en situación de libertad por esta causa y contra **Alfonso** , declarado en situación de rebeldía, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 18 de julio de 2017 , 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, haciendo constar lo siguiente:

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.**- Conforme se ha expuesto en el fundamento de derecho nº 5 de la sentencia al resolver el motivo nº 4 del recurrente **Pedro Miguel** y a falta de los datos necesarios expuestos en el citado fundamento, tal y como se ha explicitado con detalle, con relación a la fecha de extinción de la condena a los efectos de determinar, o no, la cancelación, y, por consiguiente, si procedía, o no, la reincidencia, debe operarse, como se ha expuesto, en beneficio del reo y estimar el motivo dejando sin efecto la agravante de reincidencia, y, en virtud de ello, aminorar la penalidad que queda en la de cuatro años de prisión en razón a la mayor reprochabilidad penal de su conducta, con respecto al resto de intervinientes por su mayor protagonismo en la autoría del ilícito penal y concertación de voluntades, tal y como se ha explicitado en la sentencia, y consta ya referenciado con detalle en los fundamentos de la primera sentencia. Todo ello, como autor responsable de un delito contra la salud pública ya definido, referido a sustancia estupefaciente que no causa grave daño a la salud, concurriendo notoria importancia y extrema gravedad por utilización de buque como medio específico para su transporte con la atenuante de dilaciones indebidas manteniendo las multas impuestas por razón de la gravedad de los hechos y su ajustada cuantificación, así como el resto de las condenas por la desestimación del resto de recursos de casación.

## FALLO

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

**1º.- Condenar** a Pedro Miguel como autor responsable de un delito contra la salud pública ya definido, referido a sustancia estupefaciente que no causa grave daño a la salud, concurriendo notoria importancia y extrema gravedad por utilización de buque como medio específico para su transporte a la pena de cuatro años de prisión con la atenuante de dilaciones indebidas, y manteniendo las multas impuestas y accesoria.

**2º.** Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.



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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ