

Resumen

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el comiso del vehículo propiedad del recurrente, porque en la sentencia no se afirma en ninguno de los apartados que el vehículo fuera utilizado esa noche o en fechas anteriores para cometer el delito contra la salud pública que ahora se juzga, y ni siquiera consta que el coche haya sido utilizado por alguno de los acusados condenados para desplazarse al lugar de los hechos, y desde luego no concurre indicio alguno de que se haya destinado a trasladar la sustancia o a desempeñar alguna función específica relativa al tráfico del hachís intervenido.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.127 , art.368 , art.370 , art.374
LO 1/1992 de 21 febrero 1992. Protección de la Seguridad Ciudadana
art.1 , art.14
LO 2/1986 de 13 marzo 1986. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
art.11.1
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.18.1 , art.18.3 , art.24.2
RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
art.282

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	12
SEGUNDA SENTENCIA	12

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

COMISO
CONTRABANDO Y TRÁFICO DE DROGAS
DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA
DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES
Sustancias que no causan grave daño a la salud
Hachís
Actividades
Tenencia preordenada al tráfico
Apreciación
Modalidades agravadas
Cantidad de notoria importancia
Hachís
Conductas de extrema gravedad
Dolo
En general
Penalidad
Graduación de la pena
Comiso
Proceso penal
Presunción de inocencia
Prueba

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Intervención telefónica

En general

DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD

Detención preventiva

Diligencia de cacheo e identificación

DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Presunción de inocencia

Facultades judiciales

Valoración de la prueba

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusado; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.127, art.368, art.370, art.374 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.1, art.14 de LO 1/1992 de 21 febrero 1992. Protección de la Seguridad Ciudadana

Aplica art.11.1 de LO 2/1986 de 13 marzo 1986. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Aplica art.18.1, art.18.3, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.282 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.10.1, art.18.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.1253 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.849, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Sustancias que no causan grave daño a la salud - Hachís STS Sala 2ª de 15 julio 2010 (J2010/190375)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Sustancias que no causan grave daño a la salud - Hachís STS Sala 2ª de 14 mayo 2010 (J2010/102583)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Sustancias que no causan grave daño a la salud - Hachís STS Sala 2ª de 13 mayo 2010 (J2010/92258)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Sustancias que no causan grave daño a la salud - Hachís STS Sala 2ª de 8 abril 2010 (J2010/37603)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Sustancias que no causan grave daño a la salud - Hachís STS Sala 2ª de 30 marzo 2010 (J2010/31683)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Sustancias que no causan grave daño a la salud - Hachís STS Sala 2ª de 12 febrero 2010 (J2010/12441)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STS Sala 2ª de 18 diciembre 2009 (J2009/338465)

Cita en el mismo sentido sobre COMISO - CONTRABANDO Y TRÁFICO DE DROGAS STS Sala 2ª de 18 diciembre 2009 (J2009/299970)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 octubre 2009 (J2009/245696)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Sustancias que no causan grave daño a la salud - Hachís STS Sala 2ª de 18 septiembre 2009 (J2009/234653)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Sustancias que no causan grave daño a la salud - Hachís STS Sala 2ª de 17 septiembre 2009 (J2009/229019)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 septiembre 2009 (J2009/225087)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 11 mayo 2009 (J2009/82090)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 marzo 2009 (J2009/56257)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 febrero 2009 (J2009/16831)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 febrero 2009 (J2009/11749)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 enero 2009 (J2009/10491)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 7 enero 2009 (J2009/10482)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 diciembre 2008 (J2008/240002)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 22 septiembre 2008 (J2008/172221)

Cita en el mismo sentido sobre COMISO - CONTRABANDO Y TRÁFICO DE DROGAS STS Sala 2ª de 1 julio 2008 (J2008/111604)

Cita en el mismo sentido sobre COMISO - CONTRABANDO Y TRÁFICO DE DROGAS STS Sala 2ª de 8 abril 2008 (J2008/48928)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 octubre 2007 (J2007/188953)

Cita en el mismo sentido sobre COMISO - CONTRABANDO Y TRÁFICO DE DROGAS STS Sala 2ª de 25 abril 2007 (J2007/40222)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 15 marzo 2007 (J2007/18011)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STS Sala 2ª de 17 abril 2006 (J2006/59554)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 marzo 2006 (J2006/31795)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 21 noviembre 2005 (J2005/197279)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 abril 2005 (J2005/71569)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 diciembre 2003 (J2003/209429)

Cita en el mismo sentido STC Pleno de 19 diciembre 2003 (J2003/163272)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STS Sala 2ª de 25 septiembre 2003 (J2003/110643)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STS Sala 2ª de 25 julio 2003 (J2003/80636)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 17 marzo 2003 (J2003/6675)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 marzo 2003 (J2003/6609)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 septiembre 2002 (J2002/34960)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 junio 2002 (J2002/27784)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STS Sala 2ª de 27 junio 2002 (J2002/26367)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 3 junio 2002 (J2002/19743)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 1ª de 20 mayo 2002 (J2002/18840)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 15 abril 2002 (J2002/13140)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 1ª de 3 abril 2002 (J2002/7116)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 2ª de 2 julio 2001 (J2001/14942)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 4 junio 2001 (J2001/6255)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 enero 2001 (J2001/2831)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 28 diciembre 2000 (J2000/67079)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 septiembre 2000 (J2000/27850)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 junio 2000 (J2000/16056)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 5 mayo 2000 (J2000/8897)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 1ª de 10 abril 2000 (J2000/4330)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STS Sala 2ª de 3 marzo 2000 (J2000/3728)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 14 febrero 2000 (J2000/1148)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 28 septiembre 1998 (J1998/30682)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 16 noviembre 1998 (J1998/24928)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 13 julio 1998 (J1998/10015)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 30 marzo 1998 (J1998/1481)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 11 febrero 1997 (J1997/1890)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 1ª de 16 diciembre 1996 (J1996/9681)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 2ª de 9 mayo 1994 (J1994/4114)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 2ª de 11 abril 1994 (J1994/3085)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 2ª de 17 octubre 1991 (J1991/9838)

Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 17 octubre 1989 (J1989/9173)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 1ª de 15 febrero 1989 (J1989/1607)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 2ª de 2 diciembre 1988 (J1988/547)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Pleno de 10 noviembre 1988 (J1988/525)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 17 diciembre 1985 (J1985/149)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 17 diciembre 1985 (J1985/148)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO STC Sala 2ª de 29 noviembre 1984 (J1984/114)

Bibliografía

Citada en "B2011/102342"

ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

JOSÉ MANUEL MAZA MARTIN

JOSÉ RAMON SORIANO SORIANO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de diciembre de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera, de fecha tres de febrero de dos mil diez. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, Anibal y Fabio, representados por el procurador Sr. Gil de Sagredo Garciano, y Leon, representado por la procuradora Sra. Girón Arjonilla. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado de Mixto número 3 de San Lucar de Barrameda, instruyó diligencias previas núm. 1155-07, por delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas, contra Eladio, Fabio, Anibal y Leon, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, cuya Sección Tercera, dictó sentencia en fecha tres de febrero de dos mil diez, con los siguientes hechos probados: Que el día 10 de diciembre de 2007, sobre las 2,15 horas cuando agentes de la policía nacional realizaban servicios de vigilancia por la zona próxima a la Barriada Virgen del Mar al detectar un movimiento de personas que les resultó sospechoso en el interior del invernadero sito entre la Barriada expresada y la playa decidieron entrar en el mismo encontrándose, tras la cancela que da entrada a éste, un semi remolque que dificultaba el acceso, lo que fue aprovechado para que los que se encontraban en el interior, tres o cuatro personas, entre los que se hallaba el acusado Anibal, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dieron a la fuga por distintos agujeros abiertos en los plásticos de la parte posterior del invernadero.

Una vez los agentes acceden al interior del invernadero encontraron ocultos perfectamente apilados y ordenados en un habitáculo 83 fardos de arpillera conteniendo una sustancia que tras el correspondiente pesaje y análisis, llevado a cabo por los técnicos de sanidad exterior, resultaron contener un total de 2.488.280 gramos de haschís con un índice de THC del 5.6% y 91.860 gramos de la misma sustancia con un THC del 0,9%, sustancia valorada en más de 3.455.000 euros.

Dada la sorpresiva actuación policial y la inmediatez de la huida, quedaron abandonados dos teléfonos móviles encendidos de las marcas Vodafone y Siemens respectivamente, un juego de llaves que entre otras contenía las de un Jeep Cherokee, hallándose además en el lugar una carabina de aire comprimido del calibre 45 con número de serie 163186 modificada para disparar munición del calibre 36 y una caja de cartuchos del calibre 36 marca Skett GoId.

Pese a que los agentes no pudieron percatarse de la identidad de los fugados consiguieron advertir como uno de ellos vestía una chaqueta, polar o sudadera tipo camuflaje.

Tras examinar la libreta de direcciones de los móviles encontrados pudo comprobarse que el móvil Vodafone con número NUM000 contenía un contacto registrado como "mamá" correspondiente al número NUM001 perteneciente a Santiago, madre del acusado Anibal y en el otro, de la marca Siemens con número NUM002, aparecía registrado un contacto con la denominación "casa" correspondiente al número NUM003 del que es titular María Angeles, abuela del acusado Eladio quien convive con ésta en su domicilio.

Las llaves del Jeep Cherokee halladas, resultaron pertenecer al vehículo de dicha marca y modelo matrícula MO.... MC adquirido por el acusado Leon, mayor de edad y sin antecedentes penales en el año 2004 pese a que no lo conduce, siendo en el año 2006 asegurado a nombre de Adriano, a la sazón pareja sentimental de Leticia, hermana del acusado Anibal quien era el conductor habitual del mismo.

El invernadero donde se ocultaba la droga es propiedad de la familia del acusado Fabio, mayor de edad y sin antecedentes penales quien lo regentaba y se encargaba del cuidado mismo, habiéndose prestado a que se utilizara para guardar la droga.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Anibal y a Fabio como autores responsables de un delito contra la salud pública ya definido sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cinco años y seis meses de prisión a cada uno de ellos con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 7.000.000 de euros a cada uno de ellos así como al pago de 1/5 parte de las costas procesales cada uno de ellos.

Declaramos el comiso de la droga, del Jeep Cherokee MO.... MC, y aparatos de telefonía móvil intervenidos, debiendo procederse a la destrucción de la droga y adjudicando los restantes objetos al Estado.

Dése a la carabina el destino legal.

Debemos absolver y absolvemos libremente de responsabilidad exigible con base al hecho origen de estas actuaciones a Eladio y a Leon con declaración de oficio de las 2/5 partes de las costas.

Debemos absolver y absolvemos a Fabio del delito de tenencia ilícita de anuas con declaración de oficio de 1/5 parte de las costas.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Anibal, Fabio y Leon, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de los recurrentes basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

A) Anibal: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. EDL 1978/3879 SEGUNDO.- Vulneración del principio de presunción de inocencia, según lo normado y previsto en el art. 24.2 CE. EDL 1978/3879 TERCERO.- Según lo previsto en el art. 849 de la LECrim EDL 1882/1 en relación a la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo. CUARTO.- Según lo previsto en el art. 849 de la LECrim EDL 1882/1 en relación a la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo.

B) Fabio: PRIMERO.- Vulneración del principio de presunción de inocencia, según lo normado y previsto en el art. 24.2 CE. EDL 1978/3879 SEGUNDO.- Según lo previsto en el art. 849 de la LECrim EDL 1882/1 en relación a la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo. TERCERO.- Según lo previsto en el art. 849 de la LECrim EDL 1882/1 en relación a la vulneración de preceptos penales de carácter sustantivo.

C) Leon: PRIMERO.- Por infracción de Ley. Inaplicación indebida de los arts. 127 y 374 del CP EDL 1995/16398.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 2 de diciembre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia dictada el 3 de febrero de 2010, condenó a Anibal y a Fabio como autores responsables de un delito contra la salud pública, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años y seis meses de prisión a cada uno de ellos, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de 7.000.000 de euros, así como al pago de una quinta parte de las costas procesales cada uno de ellos. También declaró el comiso de la droga, del vehículo Jeep Cherokee MO.... MC, y de los aparatos de telefonía móvil intervenidos, debiendo procederse a la destrucción de la droga, con la adjudicación de restantes objetos al Estado.

De otra parte, absolvió libremente a Eladio y a Leon, con declaración de oficio de las dos quintas partes de las costas; y también absolvió a Fabio del delito de tenencia ilícita de armas, con declaración de oficio de una quinta parte de las costas.

Los hechos objeto de la condena se resumen, a modo de introducción, en que, el día 10 de diciembre de 2007, sobre las 2,15 horas, cuando agentes de la policía nacional realizaban servicios de vigilancia por la zona próxima a la Barriada Virgen del Mar, en Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), al detectar un movimiento de personas que les resultó sospechoso en el interior del invernadero sito entre la barriada expresada y la playa, decidieron entrar en el mismo, encontrándose, tras la cancela de la entrada, un semi-remolque que dificultaba el acceso, lo que fue aprovechado por quienes se encontraban en el interior, tres o cuatro personas, entre los que se hallaba el acusado Anibal, para darse a la fuga por distintos agujeros abiertos en los plásticos de la parte posterior del invernadero.

Tras acceder los agentes al invernadero, encontraron ocultos, perfectamente apilados y ordenados en un habitáculo, 83 fardos de arpiller que contenían una sustancia que, después del correspondiente pesaje y análisis, se comprobó que se trataba de 2.488.280 gramos de hachís, con un índice de THC del 5,6%, y 91.860 gramos de la misma sustancia, con un porcentaje de THC del 0,9%, sustancia valorada en más de 3.455.000 euros.

El invernadero donde se ocultaba la droga es propiedad de la familia del acusado Fabio, quien lo regentaba y se encargaba de su cuidado, habiéndose prestado a que se utilizara para guardar la droga.

Contra la referida sentencia recurrieron en casación los acusados Anibal, Fabio y Leon.

A) Recurso de Anibal

PRIMERO. 1. En el primer motivo se denuncia, con cita del art. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , la vulneración del derecho a la intimidad y del derecho al secreto de las comunicaciones. Esa conculcación, según la parte recurrente, se debe a que los policías manipularon sin autorización judicial el teléfono móvil del acusado con el fin de averiguar las llamadas entrantes y salientes para utilizarlas con fines incriminatorios.

Para dirimir el motivo del recurso debe partirse de la premisa que acoge la Audiencia sobre el hallazgo de los datos que obraban en el teléfono. Según dice la sentencia, fue de la agenda de direcciones del teléfono móvil de donde extrajeron los agentes policiales el teléfono NUM001 (folios 19 y 20 de la causa), que figura bajo el nombre de "mamá", comprobándose después que ese teléfono corresponde a la madre del recurrente, llamada Santiago.

2. Pues bien, sobre el examen o la observación del listado de teléfonos de la agenda de un teléfono móvil tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala que no se trata de una intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones sino en el derecho a la intimidad; por lo cual, se le aplica la doctrina que el Tribunal Constitucional tiene plasmada sobre la limitación de ese derecho fundamental con motivo de las investigaciones delictivas por los agentes policiales, principalmente las SSTC 114/1984, de 14 de febrero EDJ 1984/114 , 70/2002, de 3 de abril EDJ 2002/7116 , y 120/2002, de 20 de mayo EDJ 2002/18840 .

La doctrina de esta Sala de Casación, según las reiteradas sentencias que ha dictado sobre casos similares relativos al conocimiento por los agentes policiales de los listados telefónicos de las agendas de teléfonos móviles (SSTS 316/2000, de 3-3 EDJ 2000/3728 ; 1235/2002, de 27-6 EDJ 2002/26367 ; 1086/2003, de 25-7 EDJ 2003/80636 ; 1231/2003, de 25-9 EDJ 2003/110643 ; 449/2006, de 17-4 EDJ 2006/59554 ; y 1315/2009, de 18-12 EDJ 2009/338465), afirma que la agenda de un teléfono móvil, entendiéndose por agenda, en este caso, el archivo de dicho aparato en el que consta un listado de números identificados normalmente por un nombre, es equiparable a una agenda en soporte de papel o electrónica con el mismo contenido de direcciones y números de teléfono. Por ello su registro u observación no supone la inmisión o injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones sino en el derecho a la intimidad, con las importantes consecuencias que de ello se derivan. Pues así como la injerencia en el primero de tales derechos requeriría, sin duda ni excepción, la previa autorización judicial, por venir así expresamente dispuesto en el artículo 18.3 de nuestra Constitución EDL 1978/3879 , la diligencia que afecta a la intimidad del investigado se encuentra, en cambio, legalmente autorizada a las fuerzas del orden, siempre por supuesto que la misma resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto.

En la jurisprudencia que se acaba de citar se siguen las pautas fundamentales que establece el Tribunal Constitucional en su sentencia 70/2002, de 3 de abril EDJ 2002/7116 , relativa a la intervención de una carta por los agentes en el momento de la detención, carta que estaba doblada en el interior de una agenda personal que portaba el detenido y que fue leída por los agentes sin autorización judicial.

En la referida sentencia del Tribunal Constitucional, ante la alegación del recurrente de que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, por tratarse de una carta personal hallada en el interior de una agenda, responde el Tribunal que "el análisis de esta queja debe comenzar por la delimitación del derecho fundamental ante el que nos encontramos, pues si se llegara a la conclusión de que el derecho fundamental en juego es el secreto de las comunicaciones postales, asistiría razón al recurrente cuando afirma la vulneración del mismo, dado que no existió autorización judicial previa para la lectura de dicha comunicación, requisito ineludible conforme al art. 18.3 CE EDL 1978/3879 ".

El Tribunal Constitucional rechaza la posibilidad de insertar la intervención de esa carta y de la agenda en el derecho al secreto de las comunicaciones debido a dos razones: la supuesta carta no presentaba ninguna evidencia externa que hubiera permitido a la Guardia Civil ex ante tener la constancia objetiva de que aquello era el objeto de una comunicación postal secreta, tutelada por el art. 18.3 CE EDL 1978/3879 . Por el contrario, la apariencia externa del hallazgo era equívoca: unas hojas de papel dobladas en el interior de una agenda no hay por qué suponer que fueran una carta y no resultaría exigible a la Guardia Civil que actuara respecto de cualquier papel intervenido al delincuente, en el momento de la detención, con la presunción de que se trata de una comunicación postal. A lo que añade otra objeción relativa al momento en que se produce la intervención policial, pues tal intervención -afirma el Tribunal Constitucional- no interfiere un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal (como efectos del delincuente que se examinan y se ponen a disposición judicial) y no en el marco del secreto de las comunicaciones. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos.

Una vez ubicada la queja en el marco del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE EDL 1978/3879), el Tribunal Constitucional analiza el derecho fundamental a la intimidad y establece que "Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE EDL 1978/3879 , en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE EDL 1978/3879 , implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 209/1988, de 27 de octubre EDJ 1988/525 ; 231/1988, de 1 de diciembre EDJ 1988/547 ; 197/1991, de 17 de octubre EDJ 1991/9838 ; 99/1994, de 11 de abril EDJ 1994/3085 ; 143/1994, de 9 de mayo EDJ 1994/4114 ; 207/1996, de 16 de diciembre EDJ 1996/9681 ; 98/2000, de 10 de abril EDJ 2000/4330 ; y 156/2001, de 2 de julio EDJ 2001/14942 , entre otras)".

Y precisa a continuación la posibilidad de que el derecho a la intimidad ceda ante fines o intereses constitucionales legítimos, recordando que, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre EDJ 1996/9681 , se establecieron como "requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existencia de un fin constitucio-

nalmente legítimo (considerando como tal "el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal"); que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerda mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto".

Después de sentar las premisas precedentes, la sentencia 70/2002 EDJ 2002/7116 las aplica a la concreción de las posibilidades de actuación de la policía en el momento de la detención respecto de la intimidad del detenido y, en particular, respecto de la posibilidad de examinar los efectos y documentos intervenidos, y matiza que el detenido sigue siendo titular del derecho a la intimidad constitucionalmente tutelado (art. 18.1 CE EDL 1978/3879), si bien este derecho puede ceder ante el interés público en la prevención y la investigación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la recogida de los instrumentos, efectos y pruebas del mismo, lo que constituye un fin constitucionalmente legítimo. Ahora bien, la existencia de esos intereses superiores no puede efectuarse en abstracto o con carácter general, sino que obliga a realizar una adecuada ponderación en el caso concreto.

Y en lo que respecta a la habilitación legal en virtud de la cual la policía judicial puede practicar la injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, las normas aplicables son, según el Tribunal Constitucional, en primer lugar el art. 282 LECr. EDL 1882/1 , que establece como obligaciones de la policía judicial la de "averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial". En la misma línea, el art. 11.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado EDL 1986/9720 , establece como funciones de éstos, entre otras: f)"prevenir la comisión de actos delictivos"; g)"investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes". Por último, el art. 14 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana EDL 1992/14544 , dispone que la autoridades competentes podrán disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el art. 1 de esta Ley, finalidades entre las que se encuentra la prevención de la comisión de delitos.

Y aquí establece el Tribunal Constitucional un matiz importante en cuanto a la necesidad de autorización judicial, pues, "a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (como la entrada y registro en domicilio del art. 18.2 C.E EDL 1978/3879 . o la intervención de comunicaciones del art. 18.3 C.E EDL 1978/3879 .), respecto de las restricciones del derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E EDL 1978/3879 .) no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial. No obstante, en la STC 37/1989, de 15 de febrero EDJ 1989/1607 , en relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, se estableció que era 'sólo posible por decisión judicial', aunque sin descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial. La STC 207/1996, de 16 de diciembre EDJ 1996/9681 , respecto de la anterior doctrina, afirma también que "la exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez) que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad".

Esta doctrina resulta aplicable también -dice la STC 70/2002 EDJ 2002/7116 - a los supuestos que nos ocupan relativos al derecho a la intimidad de una persona detenida. "La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad".

"Para que una injerencia en el ámbito de la intimidad del detenido sea legítima -añade el Tribunal Constitucional en otro apartado de la sentencia- habrá de satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad. Lo cual significa, al igual que establecimos en la STC 207/1996, de 16 de diciembre EDJ 1996/9681 , en primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, la investigación del delito (juicio de idoneidad); en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas. para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Por último, y a los efectos que aquí nos interesan, subraya la STC 70/2002 EDJ 2002/7116 que "La valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante, y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad. La constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad

implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales".

3. La traslación de los criterios jurisprudenciales precedentes al supuesto específico que ahora se enjuicia impide que prospere la tesis del recurrente.

En efecto, de la prueba practicada se colige que lo observado por los agentes fue el listado de los teléfonos de la agenda del teléfono móvil. Ello quiere decir que los datos averiguados son los extraídos de la agenda del teléfono que la jurisprudencia de esta Sala equipara a una agenda personal de índole convencional, por lo que el derecho fundamental afectado es el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución EDL 1978/3879 y no el derecho al secreto de las comunicaciones contemplado en el apartado 3 del mismo precepto.

Siendo así, no resulta imperativa la autorización judicial para examinar el contenido de la agenda, puesto que la jurisprudencia supra citada admite la posibilidad de que el derecho a la intimidad pueda ceder ante el interés público en la prevención y la investigación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la recogida de los instrumentos, efectos y pruebas del mismo, lo que constituye un fin constitucionalmente legítimo. Ahora bien, para ello es preciso ponderar las circunstancias que se dan en el caso concreto, de modo que sólo cuando se den ciertas condiciones singulares o excepcionales relacionadas con la investigación de un delito, especialmente por razones de urgencia y necesidad, que deberán ponderarse con arreglo al principio de proporcionalidad, podrá sacrificarse el derecho a la intimidad del detenido y acceder la policía a la fuente de prueba sin acudir a la autorización judicial previa.

En este sentido, debe recordarse la afirmación del Tribunal Constitucional de que "La valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante, y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad" (STC 70/2002 EDJ 2002/7116).

Pues bien, en el caso concurrían razones de urgencia y necesidad, habida cuenta que las personas que custodiaban y coposeían el importante alijo de hachís (más de 2.500 kilos) se dieron a la fuga en el momento en que aparecieron los agentes en las proximidades del invernadero. Ante lo cual, y como dejaron abandonado en el lugar, entre otros objetos, el teléfono móvil de uno de ellos, era urgente localizar a su usuario con el fin de hallar los vestigios recientes de la comisión del delito, como así acabó sucediendo. Se precisaba, pues, proceder cuanto antes a la identificación y a la detención del usuario del teléfono al efecto de corroborar su estancia en el lugar de los hechos.

Concurrían, por consiguiente, ex ante las razones de urgencia y de necesidad que se citan en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, y así se corroboró después al conseguir la detención del ahora recurrente, permitiendo ello comprobar que llevaba la misma camisa de camuflaje que uno de los fugados, y también que había dejado en las escaleras de la vivienda algunos restos de arena, signos objetivables que evidenciaban su estancia en una zona con un terreno que coincidía con las características que presentaba el invernadero donde fue hallada la sustancia estupefaciente.

Así las cosas, el examen de la agenda telefónica del recurrente no vulneró en este caso el derecho fundamental a la intimidad, al hallarse legitimado por las razones de urgencia y necesidad que exigía la investigación del delito, cumplimentándose también el principio de proporcionalidad dada la naturaleza del delito investigado, su gravedad, la relevancia del dato para las pesquisas de la investigación y el grado de sacrificio del derecho a la intimidad del imputado que comportaba el examen del listado telefónico.

Se desestima por tanto este motivo de impugnación.

SEGUNDO. 1. En el segundo motivo denuncia la defensa de Anibal la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y por tanto del art. 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 , por no concurrir prueba de cargo acreditativa de que el acusado fuera una de las personas que se hallaban en el invernadero cuando intervino la policía.

2. El análisis del material probatorio del que extrae la Sala de instancia los elementos de convicción para fundamentar la autoría del acusado, permite constatar que el Tribunal opera con prueba indiciaria para verificar el relato fáctico que incrimina al recurrente.

Pues bien, en lo que respecta a la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985 EDJ 1985/148 , 175/1985 EDJ 1985/149 , 24/1997 EDJ 1997/1890 , 157/1998 EDJ 1998/10015 , 189/1998 EDJ 1998/30682 , 68/1998 EDJ 1998/1481 , 220/1998 EDJ 1998/24928 , 44/2000 EDJ 2000/1148 y 117/2000 EDJ 2000/8897) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Y en resoluciones más recientes (SSTC 111/2008 EDJ 2008/172221 y 109/2009 EDJ 2009/82090) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes:

"1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre EDJ 1989/9173 , 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998 EDJ 1998/24928 , 124/2001 EDJ 2001/6255 , 300/2005 EDJ 2005/197279 , y 111/2008 EDJ 2008/172221). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del

principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 EDJ 2003/163272)."

También ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998 EDJ 1998/30682 , 220/1998 EDJ 1998/24928 , 124/2001 EDJ 2001/6255 y 137/2002 EDJ 2002/19743).

Este Tribunal de Casación también tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional: a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia; y b), desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en términos del art. 1253 del Código Civil EDL 1889/1 (SSTS. 1085/2000, de 26-6 EDJ 2000/16056 ; 1364/2000, de 8-9 EDJ 2000/27850 ; 24/2001, de 18-1 EDJ 2001/2831 ; 813/2008, de 2-12 EDJ 2008/240002 ; 19/2009, de 7-1 EDJ 2009/10482 ; y 139/2009, de 24-2 EDJ 2009/16831).

3. Ciñéndonos ya al caso enjuiciado, es claro que, en contra de lo que dice el recurrente, sí concurren indicios suficientes y con carga incriminatoria bastante para verificar la autoría del acusado.

Y así, en primer lugar destaca la sentencia impugnada que cuando Anibal fue detenido en su domicilio, unas dos o tres horas después del hallazgo de la sustancia estupefaciente, todavía llevaba puesta una camisa o sudadera de camuflaje como la que comprobaron que vestía uno de los fugados, dato que, tal como reseña el Tribunal, admitió el propio acusado en la fase de instrucción.

En segundo término, consta como indicio sumamente relevante que el teléfono móvil hallado en el lugar de los hechos lo utilizaba el acusado, por cuanto en el listado de su guía personal aparece bajo el nombre de "mamá" el número de teléfono de su madre, Santiago.

Como tercer indicio figura el hallazgo en el lugar de los hechos de unas llaves correspondientes al vehículo Jeep Cherokee, matrícula MO... MC, vehículo que era utilizado habitualmente por el acusado, según el testimonio de cuatro de los agentes que investigaron los hechos.

Por último, los agentes policiales que detuvieron al acusado en el domicilio manifestaron que en las escaleras del inmueble en que vive había un rastro de arena que iba desde el portal hasta la puerta del piso, signo inequívoco de que esa noche el ahora recurrente había estado en una zona cuyo suelo presentaba las características propias del terreno en que se ubicaba el invernadero.

La defensa pretende desvirtuar alguno de estos indicios con pruebas testificales que contradicen lo afirmado por los agentes. En tal sentido hace referencia a que la encargada de la limpieza de la escalera no apreció la existencia de esa arena, y también cuestiona el uso del vehículo Jeep Cherokee por el acusado. Sin embargo, se trata de pruebas personales en las que la convicción del tribunal sólo puede ser revisada en casación cuando la estructura racional del discurso valorativo no se ajuste a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos, de modo que las argumentaciones de la Sala de instancia resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3 EDJ 2007/18011 ; 893/2007 de 3-10; 778/2007, de 9-10 EDJ 2007/188953 ; 56/2009, de 3-2 EDJ 2009/11749 ; 264/2009, de 12-3 EDJ 2009/56257 ; 901/2009, de 24-9 EDJ 2009/225087 ; y 960/2009, de 16-10 EDJ 2009/245696 , entre otras), y tales defectos en el razonamiento probatorio no concurren desde luego en este caso.

Confluye, pues, un cúmulo de datos indiciarios que permiten inferir más allá de toda duda razonable que el acusado era una de las personas que se hallaban custodiando y coposeyendo el alijo de hachís cuando se personaron los agentes policiales. La Sala contó con unos indicios que avalan la hipótesis acusatoria del Ministerio Fiscal, ya que resultan concordantes, unidireccionales, racionales y concluyentes, sin que permitan en este caso elaborar otras inferencias alternativas que desvirtúen la conclusión que extrae el Tribunal de instancia. Además, la concordancia entre los distintos indicios hace que se refuercen entre ellos recíprocamente y que resulte excluida la hipótesis exculpatoria de la defensa.

Se considera, consiguientemente, inviable este segundo motivo.

TERCERO. En el motivo tercero del recurso se invoca la infracción de ley, por el cauce del art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 ., por no darse los elementos del tipo penal del art. 368 del texto punitivo. Sin embargo, una vez que se han ratificado los hechos que la Sala de instancia declaró probados, es claro que deviene incuestionable su subsunción en el referido tipo penal.

En efecto, al haberse probado que el acusado era una de las personas que se hallaba custodiando un alijo de más de 2.500 kilos de hachís a las dos de la madrugada del día de los hechos, no cabe duda de que estaba poseyendo una sustancia estupefaciente que estaba destinada al tráfico, resultando también incuestionable que con su comportamiento facilitaba y favorecía el consumo de la sustancia por las personas que en su momento adquirieran el hachís.

El motivo, obviamente, se desestima.

CUARTO. Por último, en el motivo cuarto denuncia el recurrente la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 ., por haberle sido impuesta la pena de multa sin que previamente se haya tasado el valor de la sustancia estupefaciente, por lo que

- alega- se carece de prueba alguna que permita fundamentar el valor de 3.455.000 euros en que tasa la droga el Tribunal sentenciador. La Sala -dice- no dispone de datos para establecer esa tasación y, por lo tanto, la sentencia adolece de falta de motivación sobre ese extremo, dejando así indefenso al acusado. En vista de lo cual, interesa que la pena de multa se suprima del fallo.

Es cierto que, tal como se expone en el recurso, en la sentencia de instancia se establece el valor de la sustancia sin basarse en una tasación pericial que especifique el precio del kilo de hachís. Sin embargo, no resulta cuestionable que, al alcanzar un total de 2.580.140 gramos, es decir, más de 2.500 kilos de hachís, se trata de una cantidad de sustancia estupefaciente que tiene un precio importante en el mercado, por lo que no sería razonable que no se impusiera la pena de multa en un caso en que se muestra de forma palmaria el elevado valor de la sustancia requisada.

En la sentencia de instancia se acoge el valor de la droga que postuló el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, valoración que es posible que esté extraída de las tablas que diferentes organismos oficiales publican periódicamente sobre el valor en el mercado de las distintas sustancias estupefacientes. Partiendo del dato de que se intervinieron un total de 2.580.140 gramos de hachís, y teniendo en cuenta que el valor que el Tribunal asignó a la sustancia ha sido de 3.455.000 euros, resulta claro que el kilo ha sido tasado por la Audiencia en 1.339 euros.

Por consiguiente, ha de dilucidarse ahora si ese precio se ajusta a los valores medios del kilo de hachís que reiterada jurisprudencia sobre la materia viene acogiendo en las sentencias que acceden a esta Sala.

Pues bien, si repasamos las resoluciones dictadas por este Tribunal en las que constan tasaciones por kilos de importantes alijos de hachís intervenidos en las causas en que se aplicó el subtipo agravado de la notoria importancia, se comprueba que el precio fijado por la Audiencia se ajusta a los criterios periciales que, con arreglo a las máximas de la experiencia aplicables en el mercado de la droga, utilizan habitualmente los tribunales.

En efecto, el examen de algunas causas recientes resueltas en casación por esta Sala permite apreciar que el kilo de hachís se ha tasado por las Audiencias Provinciales en las siguientes cuantías: 1434 euros (STS 938/2009, de 17-9 EDJ 2009/229019); 1390 euros (STS 892/2009, de 18-9 EDJ 2009/234653); 1470 euros (STS 1176/2009, de 20-11); 1411 euros (STS 98/2010, de 12-2 EDJ 2010/12441); 1417 euros (STS 269/2010, de 30-3 EDJ 2010/31683); 1398 euros (STS 295/2010, de 8-4 EDJ 2010/37603); 1314 euros (STS 764/2010, de 15-7 EDJ 2010/190375); 1338 euros (STS 465/2010, de 13-5 EDJ 2010/92258); 1340 euros (496/2010, de 14-5 EDJ 2010/102583); y 1398 euros (52/2010, de 11-6).

A tenor de los datos que anteceden, se considera que la tasación asumida en este caso por la Audiencia, cifrada en 1339 euros el kilo, se ajusta a los baremos que están operando en las resoluciones judiciales de instancia y que están siendo avalados "de facto" por este Tribunal en Casación. Lo que significa que la Sala sentenciadora ha acogido las máximas de experiencia que se aplican habitualmente para fijar los precios de la droga intervenida.

A ello ha de añadirse que el Tribunal sentenciador, a pesar de haber aplicado el subtipo de extrema gravedad, no ha impuesto la segunda pena de multa que está prevista de forma imperativa en el último párrafo del art. 370 del C. Penal EDL 1995/16398, por lo que en modo alguno puede estimarse que a los acusados se les haya impuesto una pena pecuniaria excesiva o desproporcionada. Ello no puede inferirse ni de los criterios aplicados en la tasación de la sustancia, y mucho menos si se pondera la omisión de la segunda pena de multa.

Así las cosas, el motivo se desestima y también el recurso de casación de este recurrente, al que se imponen la tercera parte de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr EDL 1882/1).

B) Recurso de Fabio

QUINTO. En el primer motivo se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, con cita del art. 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879. Aduce el recurrente que los indicios en que se fundamenta la Sala de instancia para declarar como cierta la autoría del acusado no son suficientes para inferir que él coposeyera la sustancia estupefaciente o colaborara con las personas que poseían el hachís proporcionándoles el invernadero para que depositaran la sustancia estupefaciente.

También en este caso, como en el del acusado anterior, ha de aplicarse la doctrina general de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la prueba indiciaria con el fin de verificar si los indicios que constan en la causa son suficientes para inferir la coautoría de este recurrente.

Pues bien, la sentencia recoge como primer indicio que el acusado es uno de los dueños del invernadero donde fue depositada la sustancia, toda vez que es propiedad de su familia. Y además acude todos los días a trabajar al invernadero, siendo la persona que lo cuida de forma directa, hasta el punto de que incluso el mismo día de los hechos estuvo allí trabajando.

También es la persona que usa el semi-remolque que atrancaba la puerta de acceso y que obstaculizaba el paso cuando entró la policía, circunstancia que facilitó y favoreció la fuga de los sujetos que estaban custodiando la droga, tal como se comprobó en el momento de producirse la intervención policial.

En tercer lugar, la Sala de instancia también consideró relevante el dato de que este acusado admitió en la fase de instrucción que conocía a los coimputados Anibal y Eladio. Y si bien en el plenario intentó desdecirse con respecto a algunas de las manifestaciones que vertió en la fase sumarial sobre algún dato relativo a esas personas, lo cierto es que el Tribunal apreció esas contradicciones de forma contrastada y no estimó convincentes las rectificaciones de la vista oral.

Por último, es claro que las personas que depositaron tan importante alijo de hachís, más de 2.500 kilos distribuidos en 83 fardos, que aparecían perfectamente apilados y ordenados en el interior del invernadero, tenían que contar con el beneplácito y la colaboración de la persona que estaba diariamente custodiando el invernadero y trabajando en él, pues resulta patente que no podían arriesgarse a depositar tan importante cantidad de sustancia sin la avenencia y consentimiento del copropietario que estaba en permanente contacto con el inmueble. La forma en que apareció el hachís apilado en un habitáculo interior del referido invernadero y la obstaculización

del paso de entrada con el semi-remolque denotan, pues, que el titular que estaba al cuidado del mismo colaboró con los sujetos que disponían y detentaban el alijo de hachís.

La Audiencia realizó por tanto un razonamiento inferencial que se ajusta a unas máximas de la experiencia fiables y a las reglas de la lógica de lo razonable, coligiendo de datos indiciarios concretos conclusiones que se muestran concordantes y coherentes, al descartar la posibilidad de que los poseedores dueños de la sustancia pudieran esconderla en el interior del invernadero, sin la anuencia de la persona que lo cuidaba y trabajaba diariamente en él.

Ha quedado, pues, enervada la presunción de inocencia y debe decaer el motivo de impugnación.

SEXTO. Bajo el ordinal segundo, y por el cauce procesal del art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 ., se invoca la infracción de los arts. 368 y 370 del C. Penal EDL 1995/16398, al entender el recurrente que su conducta no puede subsumirse en los referidos preceptos. Sin embargo, al haberse acogido como cierto y probado que el acusado es la persona que cuida y regenta el invernadero y quien autorizó a los poseedores de la droga que la guardaran y depositaran en su interior, es claro que ejecutó actos imprescindibles para la tenencia y depósito de la sustancia y que, además, con su conducta facilitaba, favorecía y propiciaba el tráfico de esa sustancia estupefaciente, por lo que su comportamiento quedaba así subsumido en las referidas normas penales.

El motivo debe ser por tanto rechazado.

SÉPTIMO. El motivo tercero lo dedica la defensa a cuestionar, por la vía de la infracción de ley del art. 849.1º de la LECr EDL 1882/1 ., la imposición de la pena de multa, argumentando en el mismo sentido del recurrente anterior que, ante la falta de una pericia sobre el valor de la droga intervenida, no procedía imponer ninguna pena pecuniaria.

La impugnación tiene el mismo contenido y se basa en las mismas razones que expuso en su momento el recurrente Anibal. Por consiguiente, y con el fin de no reiterarnos y no extendernos innecesariamente en la respuesta a la pretensión formulada, nos remitimos a lo argumentado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

El motivo, consiguientemente, no puede prosperar, rechazándose así en su integridad el recurso de este impugnante, al que se le imponen la tercera parte de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr EDL 1882/1 .).

C) Recurso de Leon

OCTAVO. Este recurrente denuncia en el único motivo de impugnación que formula la infracción de los arts. 127 y 374 del C. Penal EDL 1995/16398, alegando al respecto que en la sentencia recurrida, a pesar de admitirse como válida y auténtica la documentación aportada sobre el vehículo Jeep Cherokee, matrícula MO... MC, ha considerado que quien lo usaba realmente era el acusado Anibal y con base en ello ha decretado en el fallo de la sentencia el comiso del automóvil que figura a nombre del recurrente, comiso que cuestiona ya que ha sido absuelto en la sentencia y, además, no se ha acreditado que el vehículo fuera utilizado en la ejecución de los hechos por el acusado Anibal.

El artículo 127.1 del Código Penal EDL 1995/16398 dispone que " Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente". Y el art. 374 del C. Penal EDL 1995/16398 se pronuncia en términos similares en lo que aquí interesa.

Esta Sala ha venido manteniendo la necesidad de motivar las resoluciones judiciales; y en concreto, en relación a la exigencia de motivar el comiso, se pueden citar las SSTS 1998/2000, de 28 de diciembre EDJ 2000/67079 , 694/2002, de 15 de abril EDJ 2002/13140 , 998/2002, de 3 de junio EDJ 2002/27784 , 1463/2002, de 6 de septiembre EDJ 2002/34960 , 1679/2003, de 10 de diciembre EDJ 2003/209429 , 423/2003, de 17 de marzo EDJ 2003/6675 , 360/2003, de 12 de marzo EDJ 2003/6609 , 488/2005, de 18 de abril EDJ 2005/71569 , 297/2006, de 6 de marzo EDJ 2006/31795 , y 5/2009, de 8 de enero EDJ 2009/10491 .

Y con respecto al comiso de vehículos con ocasión de la condena por un delito contra la salud pública, este Tribunal tiene afirmado en diferentes resoluciones que será instrumento, útil o medio para cometer el delito, cuando su utilización para este fin sea específica, por obedecer el vehículo en cuestión a características o aplicaciones especiales, y que no procede el decomiso cuando la finalidad atribuida al coche no era más que para realizar desplazamientos personales, función para la que habría servido cualquier otro móvil imaginable (SSTS 314/2007, de 25-4 EDJ 2007/40222 ; 397/2008, de 1-7 EDJ 2008/111604 ; y 1274/2009, de 18-12 EDJ 2009/299970).

En la misma línea, se ha afirmado que un vehículo no puede calificarse como instrumento del delito cuando falta la especificidad de su utilización para el fin delictivo. Se precisa, pues, que se declare probado que la principal finalidad del vehículo sea su empleo en la actividad delictiva, por lo que, cuando no existe motivación expresa sobre el particular no se considera justificado su comiso por falta de fundamentación de la decisión (STS 154/2008, de 8-4 EDJ 2008/48928).

Atendiendo a tales premisas jurisprudenciales, es claro que la tesis que sostiene el recurrente debe prosperar. En primer lugar, porque en la sentencia no se afirma en ninguno de los apartados que el vehículo fuera utilizado esa noche o en fechas anteriores para cometer el delito contra la salud pública que ahora se juzga. En concreto, no se declara probado que la noche de los hechos fuera utilizado por uno de los dos acusados que han sido condenados. Lo cierto es que en el invernadero había varias personas que salieron corriendo y que no fueron detenidas, por lo que se ignora quién de ellos portaba ese día las llaves del coche que quedaron allí abandonadas.

En este caso ni siquiera consta que el coche haya sido utilizado por alguno de los acusados condenados para desplazarse al lugar de los hechos, y desde luego no concurre indicio alguno de que se haya destinado a trasladar la sustancia o a desempeñar alguna función específica relativa al tráfico del hachís intervenido.

Por lo demás, la lectura de la sentencia recurrida muestra cómo la motivación sobre el comiso se limita a citar en el fundamento jurídico séptimo los arts. 127 y 374 del C. Penal EDL 1995/16398, sin exponer las razones fácticas y jurídicas de que opere en el presente caso.

A tenor de todo lo que antecede, debe estimarse el motivo de impugnación por haberse aplicado indebidamente lo preceptuado en los referidos preceptos del C. Penal EDL 1995/16398 . Ello comporta acoger el recurso de este recurrente y dejar sin efecto el decomiso del vehículo, con declaración de oficio de la tercera parte de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr EDL 1882/1).

FALLO

DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por la representación de Anibal y de Fabio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera, de fecha 3 de febrero de 2010, que condenó a ambos recurrentes como autores de un delito contra la salud pública de tenencia de hachís para el tráfico, en la modalidad de extrema gravedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y, en consecuencia, se impone a cada uno de los recurrentes la tercera parte de las costas procesales.

De otra parte, ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de Leon contra la referida sentencia, y en consecuencia se anula parcialmente, con declaración de oficio de la tercera parte de las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Joaquin Gimenez Garcia D. José Ramon Soriano Soriano D. José Manuel Maza Martin D. Alberto Jorge Barreiro D. Diego Ramos Gancedo

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de diciembre de dos mil diez.

El Juzgado de Mixto número 3 de San Lucar de Barrameda, instruyó diligencias previas núm. 1155-07, por delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas, contra Eladio, con DNI núm. NUM004, nacido en Sanlúcar el 31 de mayo de 1982, Fabio, con DNI núm. NUM005, nacido en Sanlúcar el 17 de junio de 1963, Anibal, con DNI núm. NUM006, nacido en Sanlúcar el 9 de octubre de 1975 y Leon, con DNI núm. NUM007, nacido el 24 de agosto de 1982, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, cuya Sección Tercera, dictó sentencia en fecha tres de febrero de dos mil diez, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo expuesto en la sentencia de casación, procede dejar sin efecto el comiso del vehículo Jeep Cherokee, Matrícula MO.... MC, manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

III. FALLO

Se deja sin efecto el comiso del vehículo Jeep Cherokee, Matrícula MO.... MC. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. José Ramon Soriano Soriano D. José Manuel Maza Martin D. Alberto Jorge Barreiro D. Diego Ramos Gancedo

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012010101061