

EDJ 2013/214605

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-10-2013, nº 795/2013, rec. 1973/2012
Pte: Moral García, Antonio del

Resumen

Delito contra la salud pública. Inaplicación de la agravante de reincidencia. El TS dicta segunda sentencia acordando revocar la aplicación de la agravante de reincidencia. Se confirma así la condena del recurrente por un delito contra la salud pública, pero reduciendo la pena de prisión impuesta. Es muy probable que el antecedente penal no fuese cancelable cuando se cometieron los hechos. Pero no es totalmente descartable que se hubiere producido el cumplimiento antes del transcurso de los tres años y seis meses de duración de la pena: mediante el abono de prisión preventiva, o por instituciones como el indulto. Ante la duda se opta por no aplicar la agravante (FJ 6). Por lo demás, no se aprecia vulnerado el derecho de aquel a la presunción de inocencia. Además de contarse con el testimonio de uno de los acusados, existieron elementos corroboradores como la intervención telefónica y los datos objetivos aportados. Las transcripciones de tales conversaciones fueron debidamente cotejadas y con asistencia de intérprete (FJ 3).

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.21.6 , art.136 , art.376

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

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
art.849.1 , art.852

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	6
FALLO	12
SEGUNDA SENTENCIA	12

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ATENUANTES

POR ANALOGÍA

Dilaciones indebidas

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

Penalidad

Graduación de la pena

Proceso penal

Prueba

Coimputados

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Intervención telefónica

Transcripción

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Presunción de inocencia

Facultades judiciales

Valoración de la prueba

IN DUBIO PRO REO

APLICACIÓN

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Condenado, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Condenado, Ministerio Fiscal

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.21.6, art.136, art.376 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

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

Aplica art.849.1, art.852 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

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

Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Anula SAP Málaga de 22 junio 2012 (J2012/183265)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 mayo 2013 (J2013/78315)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STS Sala 2ª de 25 enero 2013 (J2013/40940)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STS Sala 2ª de 28 septiembre 2012 (J2012/239188)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 24 julio 2012 (J2012/201197)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 2ª de 18 julio 2011 (J2011/143375)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 2ª de 4 julio 2011 (J2011/135691)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 1ª de 15 junio 2009 (J2009/119478)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 2ª de 18 mayo 2009 (J2009/101490)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STS Sala 2ª de 29 julio 2008 (J2008/131357)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 2ª de 25 septiembre 2006 (J2006/273626)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 2ª de 8 mayo 2006 (J2006/80228)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 1ª de 23 febrero 2004 (J2004/5428)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 2ª de 27 octubre 2003 (J2003/136202)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 2ª de 14 julio 2003 (J2003/51133)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 2ª de 9 diciembre 2002 (J2002/55506)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 1ª de 14 octubre 2002 (J2002/41262)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STC Sala 1ª de 21 marzo 2002 (J2002/6752)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Proceso penal - Prueba - Coimputados STS Sala 2ª de 17 octubre 2001 (J2001/37666)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de octubre de dos mil trece.

En los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuestos por Pablo, Vicente y Juan Ramón, contra Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla EDJ 2012/183265, que condenó a los reurrientes por un delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrentes representados por los Procuradores Sres. Agulla Lanza, Ortiz Herraiz y Vinader Moraleda. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Dos de los de Melilla instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 83/2009 (Rollo de Sala 36/2011), contra Zulima, Camilo, Juan Ramón, Ezequiel, Vicente, Jorge y Pablo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla (Sec. Séptima) que, con fecha veintidós de junio de dos mil doce, dictó sentencia EDJ 2012/183265 que contiene los siguientes Hechos Probados:

Apreciando en conciencia la prueba practicada RESULTA PROBADO Y ASÍ EXPRESAMENTE SE DECLARA QUE:

1º) Hacia las 14,00 horas aproximadamente del día 13 de marzo de 2.008, Zulima, nacida el NUM000 de 1.975, y sin antecedentes penales, accedió a las instalaciones de la Estación Marítima de Melilla, conduciendo el vehículo marca Jeep Cherokee, matrícula MZ-....-OM, acompañándole sus dos hijos menores llamados Segundo e Jesús María, con intención de embarcar en el buque correo Santa Cruz de Tenerife, con destino a Almería.

Al llegar al Resguardo fiscal aduanero existente en ese lugar, por el que necesariamente debía pasar antes de realizar el embarque, fue sometida a control por dos de los Agentes de esa unidad que en ese momento prestaban su servicio, control que se hizo más exhaustivamente, debido a los signos de inquietud que mostró el perro detector de drogas con que uno de aquéllos inspeccionaba exteriormente el vehículo.

Resultado de ello fue comprobar que en el interior del depósito de combustible situado en su parte trasera y que previamente había sido manipulado al efecto, se encontraron un total de 26 envases metálicos de diferentes tamaños y formas 'uui.pletamente herméticos, en el interior de los cuales se descubrieron 62 pastillas de hachís de diferentes tamaños y formas, que arrojaron un peso en bruto de 51.360 gramos.

Esta sustancia así preparada y escondida, la había introducido en Melilla la a través del puesto fronterizo de Beni-Enzar, ese mismo día, procedente de Nador (Marruecos), donde previamente había pasado unos días.

2º) Al siguiente día fue conducida al Juzgado de Guardia en calidad de detenida, donde, al prestar declaración ante el Juez de Guardia, mostró su deseo de colaborar para el descubrimiento y aclaración de todos los hechos. Por ello, tras ser puesta en libertad provisional, se trasladó a las dependencias de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, entrevistándose con los Agentes de ese cuerpo con T.I.P. números NUM001 y NUM002, narrándoles cómo se había trasladado en esta ocasión, desde Castellón hasta Marruecos partiendo de la finca que Vicente, nacido el NUM003 de 1.958 y sin antecedentes penales, tiene en Nules (Castellón), tras mantener una reunión allí mismo con el anterior y con el acusado Pablo, de nacionalidad marroquí, nacido el NUM004 de 1975 y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de fecha 15 de febrero de 2003 de la Audiencia Provincial de Castellón por delito contra la salud pública, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión y multa de 150.000 euros- (folio 805) y con otra persona llamada Ernesto contra la que no se dirige esta causa, aceptando ella desplazarse hasta Marruecos para transportar hasta aquella Ciudad el hachís que se había introducido en el vehículo en el que luego resultó detenida. Que a tal fin viajó desde allí hasta Almería junto a dos de sus menores hijos, acompañados por el tal Ernesto. Desde esta última ciudad embarcaron hasta Melilla y, desde aquí hasta Nador, habiéndose hecho cargo Ernesto de todos los gastos del viaje. Transcurridos unos días durante los que estuvo en Nador, sin que ella tuviera que realizar el pago de los gastos que ello supuso, dicho Ernesto le entregó el vehículo Jeep Cherokee, con el regresaron a Melilla, donde resultó detenida. Manifestó asimismo que conocía también al acusado Juan Ramón, nacido el NUM005 de 1.979, sin antecedentes penales, con el que viajó días antes del de autos desde Castellón hasta Marruecos, ida y vuelta, en un vehículo conducido por éste, narrando los contactos que el mismo mantenía con Pablo y Vicente y como recibía y alojaba en Marruecos a las personas que allí accedían a por hachís, de acuerdo con aquéllos.

Posteriormente regresó a Castellón, siendo recogida por Vicente, que la instaló en una caravana que tenía en una finca, así como a sus hijos, donde permanecieron hasta el mes de diciembre de ese mismo año y desde donde la misma contactaba telefónicamente a diario con el Grupo de la Guardia Civil de Melilla que investigaba los hechos, facilitándoles nombres de personas que presumiblemente iban a realizar nuevos transportes de hachís, como el que había realizado ella, números de teléfono que utilizaban y cuantos datos podía obtener de Vicente y Pablo, respecto al que indicó que tenía un restaurante denominado "ALI BABA", situado en el complejo turístico de Marina D'Or, en la localidad de Oropesa del Mar (Castellón), donde se reunían con frecuencia aquéllos, habiéndolo hecho también ella en alguna ocasión.

Informó a los Agentes de varias operaciones que después se iban realizando -a las que luego nos referiremos- y también de las matriculas de vehículos que relacionado con las mismas, entraban y salían de la finca de Vicente.

Igualmente, el día 18-3-2008 y residiendo ya en la finca de Vicente, se enteró de que en el vehículo que le había sido interceptado a ella podría haber más hachís escondido en otras zonas del mismo, por lo que los investigadores, con autorización judicial, le realizaron una nueva inspección, descubriendo otros 11.300 gramos de esa sustancia, camuflada de la misma forma.

El total del hachís que se incautó a Zulima fue de 60.645 gramos netos, con un T.H.C medio del 10,5%, cuyo valor en c mercado ilícito habría ascendido a 72.194 euros.

Con esa información y las diligencias posteriores por parte de la Guardia Civil, se inició por el grupo investigador la operación que denominaron NEKANE.

3º) En fecha no concretada, pero con anterioridad a mediados de junio de 2.008, Ezequiel, nacido el NUM006 de 1.967, y sin antecedentes penales recibió una llamada telefónica del coacusado Juan Ramón proponiéndole realizar un transporte de hachís desde Marruecos hasta la península, ofreciéndole por ello 4.000 euros, cosa que el aceptó debido a la precaria situación económica por la que atravesaba. Días después Juan Ramón acudió a su domicilio, donde se entrevistaron ambos, haciéndole entrega aquél de 300 euros para gastos de viaje y acordando que debería desplazarse hasta Marruecos vía Algeciras-Tánger.

Ese mismo día, utilizando el vehículo de su padre marca Opel, articula... y, partió hacia Algeciras y Juan Ramón también habiendo quedado en verse en dicha

Ciudad Marroquí, pero viajando ambos separadamente, utilizando en concreto Juan Ramón un vehículo mercedes.

Ya en Tánger, acudió a un bar denominada "555", donde estaba Juan Ramón y también Vicente. Allí le dijeron que tenía que desplazarse por carretera hasta Nador, cosa que hizo, volviendo a ver a Juan Ramón y hospedándose en un hotel al que le llevó y pagó. Aquí le hizo entrega de su vehículo a dicho Juan Ramón, habiendo permanecido en Nador durante al menos tres días, durante los cuales éste tuvo su coche cargándolo con hachís, llamándolo de vez en cuando e incluso habiendo comido los dos juntos en alguna ocasión.

Cuando la carga estuvo dispuesta, Juan Ramón le devolvió su vehículo y, seguidamente emprendió el viaje de regreso, no sin que antes le hubiera entregado otros 300 euros para los gastos que tuviera y recibiendo el encargo de que, al llegar a Almería, le estaría esperando una persona que le recogería el coche y se lo devolvería pocos días después cuando hubiesen sacado la droga.

Tras atravesar por el puesto fronterizo de Beni-Enzar, conduciendo su vehículo, ya en Melilla, se encaminó hacia la Estación Marítima del Puerto para embarcar hacia la indicada Ciudad andaluza a bordo del buque Santa Cruz de Tenerife. Cuando se hallaba ya en la zona de Resguardo Fiscal Aduanero que debía pasar antes del embarque, fue sometido a un control en el que un perro detector de droga del servicio citonológico, dio evidentes muestras de inquietud, por lo que fue sometido el vehículo a minuciosa inspección, producto de la cual fue el hallazgo de 75 paquetes de forma cúbica que contenían hachís, escondidos en un doble fondo practicado en el interior del paragolpes trasero, en el interior de las puertas delanteras y traseras y en el interior de los huecos naturales del salpicadero del vehículo. Dicha sustancia, una vez analizada y pesada en los laboratorios de Sanidad de Melilla, resultó ser efectivamente hachís con un T.H.C. medio del 12, 5%, arrojando un peso neto de 49.040 gramos y cuyo valor en el mercado ilícito habría ascendido a 70.323 euros.

La identidad de Ezequiel, fue facilitada por Zulima al grupo policial que investigaba con fecha 31-3-2.008, informando a éste del pase del que Ezequiel se iba a encargar, así como la marca y matrícula del vehículo que utilizaría a tal fin e incluso que era propiedad de su padre.

4º) En fecha no concretada del mes de julio de 2008, Jorge, nacido el NUM007 de 1.958, sin antecedentes penales) que estaba atravesando una penosa situación económica, aceptó la propuesta que le hizo Vicente -(al que conocía por ser natural de la misma localidad)- de realizar un pase de hachís desde Marruecos hasta la península, para lo cual debía aportar el vehículo de su propiedad marca Hyundai, modelo matriz, matrícula....-RKH. A cambio recibiría la suma de 10.000 euros.

Días después los dos emprendieron viaje desde Nules (Castellón) hasta Tarifa (Cádiz), utilizando dicho vehículo. Desde esta ciudad embarcaron hasta Tánger (Marruecos), donde nada más llegar Jorge hizo entrega de su coche a una persona árabe a fin de que lo prepararan para hacer el de hachís referido, mientras tanto Jorge permaneció durante unos veinte días aproximadamente entre Tánger y otra localidad llamada "Martils", durante los cuales mantenía contactos con Vicente, con el que finalmente regresó a España dejando en Marruecos su vehículo y habiéndose hecho cargo de todos los gastos del viaje Vicente con el dinero que antes de salir de Nules (Castellón) le habían entregado en su presencia dos individuos de raza Árabe.

Hacia finales de agosto de 2008, Zulima que todavía residía en la finca de Vicente, informó al Grupo de Investigación de la Guardia Civil que se iba a realizar un transporte de hachís desde Marruecos con el vehículo de Jorge, facilitando incluso el nombre de las personas que se encargarían de ello.

En fecha que no ha podido ser determinada Jorge firmó una autorización -folio 624- para que Camilo nacido el NUM008 de 1956 y con antecedentes penales cancelables. pudiera traerse su vehículo desde Marruecos, autorización que, a través de una persona árabe no identificada, hizo llegar a Vicente, quien a su vez, debía entregársela a Camilo.

Para realizar este pase, Vicente se puso en contacto con el referido Camilo ofreciéndole 3.000 euros por traerse el coche, cosa que éste aceptó. A tal fin, entre los días 4 y 5-11-2008, ambos se trasladaron desde Nules hasta Tarifa, en el vehículo de Vicente y allí, cogieron un ferry hasta Tánger, ciudad en la que dicho Camilo permaneció durante casi un mes en espera de poder regresar con el referido vehículo, siendo así que Vicente retornó antes a España. En un momento determinado aquél tuvo que desplazarse en tren hasta Nador (Marruecos), donde cogió el tan repetido vehículo y el día 4 de diciembre de 2.008, emprendiendo el viaje de regreso a España, habiendo entrado en Melilla por el paso fronterizo de Beni Enzar.

Ese mismo día Zulima informó que en la misma fecha Camilo tenía intención de coger el barco de Almería con ese coche que venía con una cantidad no precisada de hachís, como efectivamente así sucedió, pues hacia las 14,00 horas dicho Camilo accedió al Resguardo Fiscal aduanero existente en la zona de preembarque de la Estación Marítima de esta Ciudad con tal fin. Allí, fue sometido a control y ante los signos de inquietud que mostraba uno de los perros detectores de droga, a una minuciosa inspección del vehículo, descubriendo que llevaba ocultos en los bajos y en ambos laterales de su parte trasera un total de 437 paquetes que contenían una sustancia de color marrón, siendo los mismos de distinta forma y tamaño. Una vez analizada la misma en el Laboratorio de Sanidad de la Delegación de

Gobierno de Melilla, resulto ser hachís, con un T.H.C medio del 10% arrojando un peso de 58.030 gramos, cuyo valor en el mercado ilícito habría alcanzado la suma de 81.138 euros.

5º) A media mañana del día 16 de octubre de dos mil ocho una unidad de Agentes del Grupo Investigador integrada por los Agentes con Tarjetas de Identificación Profesional NUM001, NUM009 y NUM010, establecieron un dispositivo de vigilancia en torno a la finca de Vicente, a la que se llega por un camino de tierra al que se accede desde la carretera asfaltada llamada Camino de Tosal, término municipal de Nules (Castellón). Desde el exterior de la misma pudieron observar que en su interior había estacionado un vehículo marca Seat Ibiza, de color azul, con placas de matrícula X-....-VX. Dicho vehículo estaba subido en un altiplano y su parte contraria elevada encima de unos tacos de madera -(folio 767 y ss), comprobando también que determinados elementos de ambas partes y zona frontal de la berlina de ese vehículo se encontraban desenchajados de sus lugares originales. Dentro del curso de la misma investigación, se comprobó que ese mismo vehículo había desembarcado en el puerto de Málaga a las 20:30 horas del día 13 del mismo mes y años, procedentes de Melilla, en cuyo puerto había embarcado cuatro horas y media antes, figurando en el mismo cupón de embarque que aparecía a nombre de otra persona acusada también en esta causa, pero que aún no ha sido juzgada por hallarse en situación procesal de rebeldía.

A las 13'21 horas del mismo día -(1610-08)- se interceptó una conversación mantenida entre Vicente y Pablo, (titular del NIE NUM011, nacido en Marruecos el NUM012 -1970 y ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública por sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 15 de febrero de 2.003 a la pena de tres años y seis meses de prisión en la que acordaron verse en el bar "Agust" de la misma localidad de Nules (Castellón), por lo que el indicado dispositivo de vigilancia se desplazó hasta los alrededores de éste, pudiendo comprobar que, unos veinticinco minutos después apareció un vehículo marca Renault Megane 1.9 CDI, matrícula...-MWB, en cuyo interior venían Pablo, esa otra persona que antes se ha dicho hallarse en situación de rebeldía y otra desconocida, (más tarde identificada como Jacinta)- los cuales, tras estacionar el vehículo accedieron a ese bar, en el que permanecieron unos veinte o veinticinco minutos, volviendo los tres a coger ese vehículo y dirigiéndose lisita el camino de tierra que conduce al a finca de Vicente, el cual, a su vez, salio del mencionado Bar cinco minutos después de aquéllos y, cogiendo el vehículo que conduce habitualmente todo terreno marca Ssanyong, modelo Rexton, matrícula....-JRH -(cuya titularidad aparece a nombre de una hermana suya)- se dirigió también hacia su finca.

A las 14,30 horas del mismo día el tan repetido Dispositivo de Vigilancia vió salir de esa finca primero éste último vehículo, conducido por Vicente, que iba acompañado por Pablo, seguido del Renault Megane antes reseñado, a bordo del cual viajaban esas otras dos personas antes indicadas que al entrar en la finca lo hacían también acompañadas de Pablo. Ambos vehículos se adentraron en (N-340, dirección Castellón, retirándose ya el Dispositivo de Vigilancia.

A las 16,00 horas del mismo día unos Agentes de la Guardia Civil- (ajenos al Grupo investigador)- pertenecientes al cuartel de Oropesa del Mar (Castellón) observaron que ese vehículo Renault Megane cometió una infracción de tráfico, por lo le dieron el alto, haciendo su conductor caso omiso, dándose a la fuga, aunque poco después, aquéllos lograron localizarlo en el interior del recinto Marina D'Or, de la misma localidad, deteniendo a su único ocupante en ese momento, su conductor y propietario Jacinta, -(el mismo que horas antes viajó junto a Pablo y aquélla otra persona en rebeldía desde el Bar Agust hasta la finca de Vicente y luego salió de la misma en la forma ya indicada). Tras identificarlo, la Guardia Civil registró el interior del vehículo encontrando en su maletero 5.600 gramos de hachís, hecho éste que no constituye objeto de esta causa.

Unos quince minutos antes de que resultara detenido Jacinta, Pablo, utilizando el teléfono móvil nº NUM013, cuyo usuario era Vicente, mantuvo dos conversaciones con Candelaria, su compañera de pareja, preguntado cómo estaba el ambiente en las inmediaciones del Bar Ali Babá, donde se encontraba ella y dándole instrucciones sobre lo que debía hacer, lo que tenía que sacar del bar (con la alocución "eso") y lo que tenía que decir sí alguien preguntaba por el referido Jacinta.

Posteriormente a la detención de éste, Pablo, valiéndose de la misma terminal telefónica de Vicente que acaba de decirse, mantuvo una conversación con el empleado de su bar -(usuario del móvil NUM014)- comunicándole la detención de Jacinta por "los verdes" y lo que debía hacer Candelaria.

6º) Durante el tiempo que duró la operación Nekane se autorizó judicialmente la Intervención, escucha y grabación de sendos teléfonos móviles cuyos usuarios eran, Vicente (Nº: NUM015 y NUM016, entre otros) y Pablo n: NUM017 y NUM018, entre otros) habiéndose constatado la existencia de numerosas llamadas realizadas entre ambos en las que se ponía de manifiesto que éste (Pablo)-cuando menos planificaba los distintos pases de hachís referidos, poniéndose en contacto con terceras personas ubicadas en el Norte de Marruecos para que les facilitaran la mercancía y proporcionaba dinero para costear los viajes de las personas que, buscadas por Vicente debían realizar el pase de la droga hasta la península a través del paso fronterizo de Beni-Enzar, lindante con territorio marroquí. Por su parte, Vicente, además de la indicada actividad, también acompañó en ocasiones a tales conductores hasta Marruecos. Además, ambos se reunían con frecuencia tanto en la finca de Vicente, como en el Bar Ali Baba regentado por Pablo, como en otro bar llamado Agust, en Nules (Castellón).

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

FALLO.- 1º) Que debemos de condenar y condenamos a Zulima, como autora criminalmente responsable del delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo gravado de ser de notoria importancia la droga intervenida ye! subtipo privilegiado previsto en el artículo 376 del Código Penal EDL 1995/16398 ya definido, sin concurrir en la misma circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, de carácter genérico, a la PENA DE UN AÑO DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena y a la

de MULTA DE CIEN MIL EUROS, con apremio personal subsidiario de un mes para íluo de impago, imponiéndole el pago de una séptima parte de las costas procesales que hubieran podido causarse..

2º) Que debemos condenar y condenamos a Ezequiel, como autor criminalmente responsable del referido delito contra la salud pública antes referido, con la concurrencia de los mismos subtipos agravado y privilegiado antes dichos, sin que concurren en el mismo circunstancias genéricas modificativas de su responsabilidad criminal, a la PENA DE UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria ya indicada antes y a la MULTA DE CIEN MIL EUROS, con el mismo apremio personal referido y al pago de una séptima parte de las costas procesales que hubieran podido causarse en esta alzada.

3º) Que asimismo debemos condenar y condenamos a Camilo y a Jorge, como autores criminalmente responsables del mismo delito contra la salud pública antes dicho, con la concurrencia de los mismos subtipos agravado y privilegiado también más arriba indicados y sin concurrir en los mismos circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal de carácter genérico, a la PENA DE DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo y a la MULTA DE CIEN MIL EUROS, con apremio personal subsidiario de un mes para caso de impago, PENAS AMBAS QUE SE IMPONEN A CADA UNO DE ELLOS, así como al pago de una séptima parte las costas procesales causadas.

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

Motivos aducidos en nombre de Pablo.

Motivoúnico.- Por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim EDL 1882/1 en relación con el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. EDL 1978/3879

Motivos aducidos en nombre de Juan Ramón.

Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim. EDL 1882/1

Motivos aducidos en nombre de Vicente.

Motivo único.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. EDL 1978/3879

4.-El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, interesando lainadmisión de todos ellos y subsidiariamente la desestimación de todos los motivos; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veinticuatro de octubre de dos mil trece.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La ordenación sistemática propuesta en su dictamen por el Ministerio Público es digna de ser acogida: en efecto, pese a tratarse de recursos diferentes, conviene abordar de manera conjunta la compartida alegación de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE EDL 1978/3879). Al correspondiente cauce casacional (art. 852 LECrim EDL 1882/1 , o de forma más genérica, art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 , aunque alguno de los recursos invoca erróneamente, el art. 849.1º -en inexactitud que carece de todo alcance-), se reconduce el único motivo de los tres recursos (Vicente, Pablo y Juan Ramón).

El derecho a la presunción de inocencia no obliga a dar mayor crédito a las pruebas de cargo que a las de descargo. Desde la presunción de inocencia solo se puede verificar en casación,

a) la existencia de prueba inculpativa,

b) su suficiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio, en el sentido de que de ella pueda deducirse de forma racional y concluyente (con exclusión de hipótesis alternativas igualmente probables) la participación en los hechos delictivos del acusado.

c) su validez en la doble perspectiva i) de que haya sido practicada con todas las garantías y ii) de que se haya obtenido sin violación de derechos fundamentales y

d) su motivación, lo que sirve para testar su suficiencia (es decir la racionalidad del proceso deductivo seguido por el Juzgador y la refutabilidad de otras hipótesis que fuesen igualmente plausibles).

Los recurrentes no niegan la concurrencia de prueba de cargo, ni su validez, ni la presencia de una motivación en la sentencia EDJ 2012/183265 . Anclan su argumentación en la insuficiencia de la actividad probatoria. Con diversos matices, derivados de las peculiaridades de la situación procesal de cada uno, se quejan de que se ha dado un valor exacerbado a las declaraciones de otros coimputados que son las que fundamentan sus respectivas condenas, y niegan que los elementos corroboradores aducidos por la Audiencia cumplan esa función complementadora que exige una declaración de coimputado como fundamento de una sentencia condenatoria.

SEGUNDO.- Será preciso, pues, antes de descender al supuesto concreto recordar la doctrina ya tónica sobre la idoneidad con ciertas condiciones de la declaración de otro coimputado para desmontar legítimamente la presunción constitucional de inocencia.

De entre las abundantes resoluciones sobre esa cuestión podemos entresacar la STS 881/2012 de 28 de septiembre EDJ 2012/239188 como guía de un discurso reiterado tantas veces. Como es bien conocido, cuando estamos ante la declaración de un co-imputado el Tribunal Constitucional ha introducido unas ciertas reglas valorativas. Sin la observancia de esas reglas complementarias la declaración del coimputado sería "insuficiente" en abstracto (más allá de las circunstancias del supuesto concreto) para desactivar la presunción de inocencia. No "inutilizable", sino "insuficiente". Tal doctrina jurisprudencial que esta Sala ha asumido como no podía ser de otra forma, tuvo reflejo en la propuesta legislativa de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 que se presentó en 2011. Es obvia la ineficacia normativa de tal texto. No obstante, goza del valor que le confiere representar un serio intento de traspasar al derecho positivo la doctrina constitucional. El art. 600 del Anteproyecto proclamaba el tradicional principio de libre valoración de la prueba ("de acuerdo con los criterios de la experiencia, la lógica y la razón"). Pero en el párrafo tercero introducía una "cuña" en ese principio, imponiendo legalmente el sentido absolutorio de la decisión, entre otros supuestos, en los casos en que la prueba de cargo consistiese exclusivamente en "la declaración de coacusados", salvo que concurran otros elementos probatorios "que racionalmente corroboren la información que aquellos proporcionan". Plasmaba así sintéticamente la doctrina constitucional cuya evolución no sobra recordar.

En los años ochenta encontramos las primeras referencias en esta Sala a este problema. La doctrina elaborada inicialmente en el seno de la Sala segunda con inocultable influencia de las reflexiones generadas en la práctica y doctrina italianas, fue completándose, perfilándose y enriqueciéndose en una progresiva evolución en la que finalmente asumió un papel más protagonista la jurisprudencia constitucional. La valoración de las declaraciones de coimputados no es solo un problema de fiabilidad en concreto, sino también de reglas abstractas de valoración que excluyen su capacidad para fundar en determinadas condiciones una condena. La constatación de que estamos ante una prueba peculiar que engendra inicialmente una cierta desconfianza constituye el sustrato de esa singularidad. Respecto de ella no bastan las normas generales del resto de pruebas: que sea lícitas, que se practiquen bajo el principio de contradicción, que estén racionalmente valoradas y motivadas... Hace falta algo más: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal acabe dándoles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente. Si pese a ello faltan esas garantías externas y, en lo que aquí interesa, fundamentalmente la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No basta la racionalidad y consistencia de la motivación. Hace falta algo más. Ese plus viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa).

En el primer plano se mueven unos cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque en este caso suponen algo más que meras orientaciones. Necesariamente han de ser tomados en consideración. En ese nivel está la reforzada necesidad de motivar valorando especialmente los supuestos en que el coimputado puede actuar impulsado por motivos espurios (animadversión) o por el deseo de acogerse a unos beneficios penológicos (legales o pactados con las acusaciones). En el caso ahora analizado no se detecta ni animadversión ni una no alegada enemistad. El legítimo deseo de acogerse a unos beneficios penológicos tampoco explica suficientemente la implicación de otros acusados en los hechos realizada por algunos coimputados.

Esa realidad que aquí es constatable especialmente en relación a una de las coacusadas no descalifica su declaración- Como recordaba la STS 243/2013, de 25 de enero EDJ 2013/40940 " la reforzada necesidad de razonar la credibilidad del coimputado se acentúa en el caso de declaraciones de quien puede obtener beneficios personales con esa actitud procesal. Y prosigue: " En esos supuestos hay que argumentar convincentemente la fiabilidad del coimputado. Existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal EDL 1995/16398 de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditamiento. El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarla y, pese a ello, se revela como convincente y capaz de generar certeza pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado como demuestra la existencia del art. 376 del Código Penal EDL 1995/16398 precisamente en materia de delitos contra la salud pública. Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir in casu una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero ó 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente este Tribunal ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio".

En el supuesto ahora analizado es claro que Zulima ha obtenido rendimiento procesal propio de esas declaraciones heteroincriminatorias que le han permitido acogerse a la degradación permitida por el art. 376 CP EDL 1995/16398 citado. Pero eso no las desacredita ni ensombrece su fiabilidad: no puede pensarse verosímelmente en que pueda haber alimentado toda esa secuencia

informativa, comprobable y comprobada, con la coincidencia además de que las personas a las que señalaba como responsables en efecto realizaban conductas y mantenían conversaciones que acreditaban la realidad de sus acusaciones.

SEGUNDO.-- Se configura como requisito sine qua non del valor probatorio de la declaración del coimputado la concurrencia de una corroboración externa. El Tribunal Constitucional ha exigido ese complemento. Como el acusado no está obligado a decir verdad, ni presta promesa o juramento con ese objeto, sus manifestaciones son menos fiables. Puede mentir con impunidad.

Antes de seguir avanzando conviene matizar algo esa afirmación general de la que parte todo el desarrollo de las peculiaridades en la valoración de esta prueba. El hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad y que no pueda ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir y acusar a otros de manera impune. Las acusaciones inveraces a otros imputados pueden ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa (STS 1839/2001, de 17 de octubre EDJ 2001/37666 , aunque alguna aislada resolución de esta Sala, precisamente en este contexto de argumentación, lo haya cuestionado). En este punto también aporta luz el ALECRim 2011. En el art. 11 del anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de derechos Fundamentales vinculados al proceso penal anejo al texto principal aclaraba que el imputado no podrá ser perseguido por delito de falso testimonio derivado de sus declaraciones "salvo por las manifestaciones incriminatorias falsas que causen perjuicio a terceros". La citada STS 1839/2001 explica que "por el hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad, y quede excluido de la posibilidad de ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir en lo que a otros concierne, ni acusarles impunemente. Las acusaciones inveraces a otros imputados podrían ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa". Idéntica observación hallamos en las SSTs 522 / 2008, de 29 de julio EDJ 2008/131357 y 881/2012, de 28 de septiembre EDJ 2012/239188 . El derecho a no declararse culpable no abarca un inexistente derecho fundamental a mentir (STC 142/2009, de 15 de junio EDJ 2009/119478); aunque, obviamente, fuera de los casos de imputación falsa a otras personas, las mentiras del acusado vertidas en su declaración son impunes.

En ese marco se ubica la exigencia de que las manifestaciones aparezcan corroboradas por otros datos colaterales. No basta la pura y desnuda declaración de los coprocesados para sustentar una sentencia condenatoria. Las exigibles corroboraciones no pueden ser puramente internas, intrínsecas a las propias declaraciones, o circulares. Han de ser datos externos que confirmen en algunos puntos, más o menos accesorios o principales, la veracidad de las declaraciones (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre EDJ 2002/55506 o 142/2003, de 14 de julio EDJ 2003/51133). Pueden bastar elementos periféricos que, no constituyendo pruebas suficientes por sí solos, robustezcan la declaración del co-procesado en lo relativo a la imputación del delito y no a otros extremos marginales. Esta concepción sobre la necesidad de corroboración -"mínima" corroboración dice la jurisprudencia- queda bien reflejada en la STC 190/2003, de 27 de octubre EDJ 2003/136202 : "constituye corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración" (vid. también SSTC 68/2002, de 11 de marzo EDJ 2002/6752 , 181/2002, de 14 de octubre EDJ 2002/41262 , 233/2002, de 9 de diciembre EDJ 2002/55506 o 17/2004, de 23 de febrero EDJ 2004/5428).

La STC 142/2006 de 8 de mayo EDJ 2006/80228 contiene una excelente síntesis de la doctrina sobre esa necesidad de corroboración:

"La declaración incriminatoria del coacusado, que es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir corroborada mínimamente por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, puesto que al acusado, a diferencia del testigo, le asiste el derecho, reconocido en el art. 24.2 CE EDL 1978/3879 , a guardar silencio total o parcialmente, a no decir nada (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6). De otro lado, y como quiera que no es posible una fijación globalmente válida de lo que hade considerarse mínima corroboración, se deja a la casuística la determinación de los supuestos en que puede estimarse que aquélla existe, atendiendo, por tanto, a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6), si bien, en sentido negativo, hemos afirmado que los elementos de veracidad objetiva que puedan rodear la declaración, tales como su coherencia interna o la inexistencia de resentimiento, no constituyen factores externos de corroboración (SSTC 190/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1). Debe tenerse en cuenta igualmente que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (SSTC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1), siendo por tanto necesaria la adveración de las declaraciones mediante algún dato externo también en el caso de pluralidad de coacusados. Finalmente la corroboración ha de estar referida necesariamente a la participación del acusado en los hechos punibles que el juzgador haya considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6)".

Reitera igual doctrina la STC 277/2006, de 25 de septiembre de 2006 EDJ 2006/273626 :

"De la doctrina elaborada por este Tribunal, llena de matices y llamadas a la consideración de las circunstancias del caso concreto, hay que destacar, por su relación con el supuesto analizado, aquellos pronunciamientos que subrayan que los datos externos que han de corroborar o avalar la veracidad de la versión incriminatoria del coimputado han de referirse no a cualquier elemento de sus declaraciones sino, muy concretamente, a la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 207/2002 de 11 de noviembre, FJ 4; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6)".

La STC 125/2009, de 18 de mayo EDJ 2009/101490 abunda en iguales ideas: "Como recuerda la reciente STC 57/2009, de 9 de marzo, FJ 2, este Tribunal ha reiterado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por

una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado (por todas, SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 10/2007, de 15 de enero, FJ 3; y 91/2008, de 21 de julio, FJ 3). "...".

...De igual modo, hemos reiterado que la corroboración no se predica de cualquier elemento fáctico que pudiera reforzar el juicio de credibilidad del testimonio del coimputado, sino que tiene que proyectarse directamente sobre la intervención del acusado en el hecho delictivo, "...".

Y en fechas más recientes, la STC 111/2011, de 4 de julio EDJ 2011/135691 :

"... nuestra doctrina ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como "una prueba sospechosa" (entre otras, SSTC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3), que despierta una "desconfianza intrínseca" (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), por lo que hemos venido disponiendo una serie de cautelas, como ya hemos dicho, para que esta declaración alcance virtualidad probatoria, en concreto "un plus probatorio consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma" (STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3 EDJ 2006/80228). De esta forma, la problemática de este tipo de declaraciones ha sido abordada por este Tribunal Constitucional desde el trascendental aspecto de su credibilidad y eficaciaprobatoria como prueba de cargo para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuidando de garantizar los derechos del acusado que podría ser condenado en base al contenido de las mismas.

Desde esta perspectiva, la cuestión nuclear que ha de resolverse, conforme con los valores y principios constitucionales a cuya preservación se dirige la anterior doctrina, no es tanto si la persona citada a declarar por el Tribunal ha sido o no parte en la causa que entonces se enjuicia, sino si ésta fue o no partícipe en los hechos, pues es evidente que la coparticipación en el delito (por los sentimientos e intereses que pueden haber surgido desde su comisión) es un dato relevante a tener en cuenta para ponderar la credibilidad de su testimonio. En consecuencia, aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de lamínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formalde coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración incriminatoria también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos, como ocurre en el caso sometido a nuestraconsideración".

Por cerrar el elenco de referencias jurisprudenciales hay que mencionar la STC 126/2011, de 18 de julio EDJ 2011/143375 .

El elemento corroborador no es una prueba autónoma o autosuficiente. Eso es evidente y pertenece a su propia esencia. Si fuese de otra forma, sobraría la declaración del coimputado que sería prescindible. Es un elemento externo complementario de la declaración del coimputado que se erige en garantía imprescindible para conjurar el riesgo para la presunción de inocencia que supone una condena basada exclusivamente en una prueba sospechosa como son las declaraciones de quien no está legalmente obligado a decir la verdad. Pero no puede exacerbarse ese valor complementario: si el poder convictivo de la declaración del co-imputado es alto por consideraciones inmanentes a su propia declaración (v.gr. no se detecta ninguna explicación verosímil que justifique una imputación falsa de otra persona, existen otros coimputados que emiten declaraciones coincidentes) el elemento corroborador puede venir constituido por un dato con menos fuerza autónoma convictiva.

Todo lo anterior serían elementos intrínsecos, que por más que tengan un robusto poder convictivo no bastarían para satisfacer las exigencias constitucionales para sustentar una condena en una declaración de co-imputado. Aunque en este caso sería descabellado buscar otra explicación plausible de las declaraciones de la coacusada Zulima.

Ha quedado así ya roturado el terreno para el examen concreto de esta causa.

TERCERO.- Contamos con las declaraciones del coimputado Ezequiel en relación al recurrente Juan Ramón, declaraciones creíbles que aparecen corroboradas por el contenido de algunas conversaciones telefónicas. A todo ello se refiere la sentencia EDJ 2012/183265 en el apartado b) de su fundamento de derecho tercero. Esas declaraciones son minuciosamente analizadas para resaltar su credibilidad, que queda apuntalada por el contenido de diálogos telefónicos que se detallan. La inexistencia de razones que pudiesen explicar una imputación falsa por parte de Ezequiel es un elemento intrínseco de fiabilidad que se une a los externos, conformados tanto por esas conversaciones como por las declaraciones del Guardia Civil al que se identifica como "agente manipulador"

La Sala rebate acertadamente y con detenimiento el intento de desacreditar el cotejo de las conversaciones telefónicas interceptadas (fundamento de derecho tercero) en razonamiento que no puede sino ser asumido. No sobra recogerlo literalmente en cuanto que nada hay que apostillar al mismo:

"Con respecto a éstas su Defensa en el acto de su informe final, ha alegado que ha existido una irregularidad en el cotejo ordenado realizado por el Juzgado de Instrucción entre las cintas y su transcripción. Ha manifestado que tal acto se celebró sin haber estado presente

la Letrada Sra. Virginia, negando validez a la nota acreditativa de su citación (folio 1560), porque no consta en la misma referencia alguna a lo que hubiera manifestado como causa de no poder concurrir.

Ha añadido que en el acto que se inició el día señalado, se puso de manifiesto imposibilidad de realizarlo debido a que no había concurrido interprete de valenciano y árabe, idiomas en los que aparecían algunas de las conversaciones interceptadas, por lo que, a su entender, tales transcripciones no pueden tener validez y que tal impugnación puede entenderse comprendida en la impugnación genérica de la documental que realizo en su escrito de calificación (folio 2.021).

La Sala no puede compartir tales argumentos. Es cierto que por providencia de fecha 10-6-09, la Magistrada Instructora ordenó la práctica del testimoniado y cotejo de todas las cintas originales correspondientes a las intervenciones realizadas en su integridad, con la consiguiente audición de las mismas. (folio 1.535). Al folio 1557, aparece providencia por la que se ordena solicitar Abogado de oficio para la Defensa de Juan Ramón para tal acto y, una vez designado (folio 1559), fue citado en nota diligenciada -folio siguiente-, en la que ciertamente consta haber expresado la misma que no podría asistir al Juzgado para ser notificada de ello, pero quedó perfectamente enterada de la finalidad y fecha del mismo. Tal nota está validada por la Sra. Gestora Procesal de ese Juzgado, por lo que no puede dudarse ahora de su contenido, ni alegar que no constan en la misma los motivos que "hubiera podido alegar" para no comparecer al tan repetido acto de cotejo. La citación aparece perfectamente documentada y no puede pretenderse ahora que contenga esa deficiencia, pues, aparte de que no hay prueba de que dicha Letrada hiciera alegación alguna, está validada en la forma antes dicha. Tal acto se suspendió, según consta al folio 1561 por no haber asistido el intérprete antes dicho.

Pero aquí no acaba todo como pretende el Letrado Sr. Higinio, pues ha omitido hacer referencia a las actuaciones siguientes en las que se ordenó practicar tal acto, ya con intérprete (folio 1562 señalado a tal efecto el 3-7-09 a las 10:00 horas. Constan perfectamente citados todos los Letrados y, entre ellos, la Sra. Estrella (folio 1569). Llegada esa fecha, se celebró tal acto, al que no asistió ésta Letrada, siendo así, que tras la audición y cotejo, esta vez con intérprete de árabe y valenciano, de ocho cintas, los Letrados asistentes declinaron se procediera a verificar el resto de las transcripciones obrantes en la causa y se dio por terminado el acto.

De todo ello se infiere en primer lugar, que la incomparecencia de dicha Letrada fue totalmente voluntaria; de no haber sido así, habría presentado escrito o solicitado verbalmente la suspensión de esa diligencia fue totalmente voluntaria; de no haber sido así, habría presentado escrito o solicitado verbalmente la suspensión de esa diligencia.

En segundo lugar, el Sr. Letrado informante efectivamente fue designado con fecha posterior a tal acto, habiendo sido él quien formuló escrito de calificación provisional ya reseñado. Para realizarlo tuvo a su disposición la totalidad de la causa, y consiguientemente y en concreto la diligencia de cotejo a que nos venimos refiriendo. Ello implica que necesariamente hubo de tener cumplido conocimiento de su existencia, siendo así que en tal calificación provisional, como él mismo admite, realizó una impugnación genérica de la documental, en la que este Tribunal ha debido comprender tácitamente impugnados los documentos derivados de ese cotejo, esto es, las transcripciones que obran en la causa, lo que no es de recibo, pues para que pueda impugnación, se ha de expresar el motivo o causa de la pueden ocasionar a la parte Acusadora.

Pero es que, además, si el motivo de esa impugnación fue el alegado en el acto del plenario antes dicho, resulta que tampoco puede admitirse por cuanto no se ajusta a la realidad de las actuaciones, donde después del primer acto suspendido- se insiste- se acordó celebrar y llevar a cabo otro con asistencia de intérprete y así se hizo, según vimos antes.

Por otro lado, es cierto que en el acto del plenario se ha procedido a la audición de las cintas solicitada por el Ministerio Fiscal, dándose la circunstancia de que las documentadas a los folios 366, 368 y 369, de fechas 14, 16, 17-8-08, estaban en valenciano y no se había solicitado la asistencia de intérprete, ni advertido de ello a esta Sala. Por tal motivo se produjo la impugnación de tales folios por los Letrados D. Higinio y Tamara.

Pues bien, ante esa tesitura, esta Sala entiende que tal impugnación no ha de surtir el efecto pretendido por cuanto que las transcripciones de tales conversaciones obran debidamente cotejadas y en el momento antes dicho con asistencia de intérprete. Esta actitud pasiva guarda en su momento por la Letrada que se le designó de oficio a Juan Ramón a tal fin, de un lado y más en concreto, el hecho de que la Sra. Tamara, que si asistió, hubiera manifestado, como los demás Letrados, que no quería seguir oyendo el resto de las cintas, hace estéril la impugnación que ambos han de las cintas realizado en el plenario. Por tanto, entendemos que las transcripciones de esas conversaciones en valenciano traducidas al castellano, obrantes en la causa y que hemos oído en el plenario, suplen cumplidamente el hecho de que no hayamos tenido intérprete hoy. Esas Defensas, como las demás, conocían perfectamente el contenido de las conversaciones interceptadas, así como de sus transcripciones. Las han tenido a su disposición en todo momento, habiendo formulado sus calificaciones provisionales D. Higinio en la forma ya antes expresada de impugnación genérica, y sin que la Sra. Tamara hubiese realizado en el suyo (folio 2.025) impugnación alguna.

En definitiva, pues, ninguna de esas impugnaciones puede acogerse, debiendo concluirse que las transcripciones de la conversaciones en cuestión, puedan ser valoradas, pese a que hoy en el plenario no haya concurrido interprete de Valenciano. Y Tal documental, como el resto de transcripciones de otras conversaciones en Castellano que se interceptaron a Juan Ramón y que se han dado por reproducidas, viene igualmente a corroborar la participación que respecto al mismo se predica en este hecho y, por ende, su autoría".

Es elocuente el razonamiento. No hay atisbo alguno de indefensión. Por lo demás aún prescindiendo de esas conversaciones contamos con otros elementos corroboradores como las declaraciones del Guardia Civil mencionado.

CUARTO.- Afirmaciones en todo paralelas han de volcarse para rebatir los alegatos de los otros dos recurrentes. Las declaraciones de la coacusada Zulima son contundentes. Su concordancia con la realidad ha sido contrastada en varias ocasiones y de diversas maneras

como resalta la sentencia EDJ 2012/183265 y se constata al seguir la secuencia de la investigación a través de las manifestaciones del agente de la Guardia Civil NUM002. Sus informaciones son verificadas a través de las intervenciones telefónicas que, además de obrar en la causa en los términos que se han referido, han pasado en cuanto elemento corroborador al acto del juicio oral también a través de las declaraciones del citado agente. El uso de la finca del acusado Vicente, como se preocupa también de resaltar la sentencia, abunda todavía más en la certeza de culpabilidad que legítimamente proclama la Sala y toda la secuencia de hechos acaecidos el 16 de octubre de 2008 que culminan con la ocupación de 5.600 gr. de hashís y la detención de Jacinta y las conversaciones mantenidas por Pablo que se recogen en el "factum" son de una elocuencia difícil de no admitir.

La verosimilitud intrínseca de las declaraciones de Zulima, son además de una potencialidad poco frecuente. No se limita a hacer un relato de hechos. Se mantiene el contacto con los agentes investigadores proporcionándoles información conforme la va obteniendo; su certeza se va comprobando. Hipotetizar en ese contexto con un "montaje" que tuviese por finalidad una inculpación falsa deviene descabellado.

Señalar elementos neutros o no incriminatorios, como hace Pablo (no ocupación de droga, no acreditación de las relaciones con otros acusados...) no demuestra su inocencia ni desvirtúa la prueba incriminatoria. La presunción de inocencia no exige que toda la prueba apunte en idéntica dirección inculpatoria. Los hechos que aduce en su descargo son compatibles con su culpabilidad.

Los alegatos por presunción de inocencia son improsperables.

QUINTO.- Pese a ser la presunción de inocencia la rúbrica única del motivo, dos de los recurrentes incluyen en su argumentación razones compatibles con un motivo por infracción de ley del art. 849.1º, alegatos que han de ser analizados.

Juan Ramón reivindica una atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP EDL 1995/16398). Por su parte Pablo se queja de su consideración como reincidente. considera que los antecedentes penales que figuran en su historial eran cancelables.

No ha lugar a la atenuante: no puede hablarse de dilaciones indebidas. El tiempo global de duración del proceso atendida la pluralidad de imputados, y la relativa complejidad de la investigación queda comprendido dentro de parámetros razonables. No se trata de retrasos extraordinarios, en el sentido de que excedan de lo que puede reputarse racionalmente habitual.

Como en otros temas la Sala de instancia resuelve esta cuestión con pleno acierto, señalando un ramillete de elementos clave que impiden hablar de duración extraordinaria atendidas las circunstancias concretas de la causa:

"No le es de aplicación la circunstancia atenuante 6ª del artículo 21 del Código Penal EDL 1995/16398 (dilaciones indebidas), pues, examinadas las actuaciones, no puede en modo alguno que haya existido ninguna dilación extraordinaria e indebida, habida cuenta las especiales características de la investigación policial hasta concluir con la detención y puesta a disposición judicial de los acusados, el domicilio de éstos fuera de Melilla, con la consiguiente necesidad de usar el auxilio judicial para cualquier acto de comunicación; el tiempo que se requirió para la fase intermedia desde que se abrió el juicio oral hasta que calificaron las defensas y, por último, que desde que se recibieron las actuaciones en ese Tribunal para la celebración del plenario se han producido hasta tres señalamientos, debido a causas que no le son imputables"

SEXTO.- Destino diferente aguarda sin embargo al alegato que respecto a la agravante hace Pablo. Es verdad que si consultamos la hoja penal (Tomo III, folio 805) podríamos sostener que difícilmente era el antecedente cancelable. Pero no podemos afirmarlo con rotundidad. Si la condena anterior es de fecha 15 de febrero de 2003 y la pena impuesta era de tres años y seis meses de prisión más la pena de multa, es posible imaginar hipótesis en las que el antecedente estuviese ya cancelado por transcurso del plazo legal en el momento en que se comete el nuevo delito (a partir de marzo de 2008). El plazo de cancelación sería de tres años (art. 136 CP EDL 1995/16398).

Ciertamente es muy probable que el antecedente no fuese cancelable cuando se cometieron los hechos. El plazo han de contarse desde la extinción de la pena, lo que normalmente conducirá a una fecha mucho más próxima en el tiempo. Pero aunque es muy poco probable, no es totalmente descartable que se hubiere producido el cumplimiento antes del transcurso de los tres años y seis meses de duración de la pena: mediante el abono de prisión preventiva, o por instituciones como el indulto.

En casos de duda sobre la cancelabilidad del antecedente la jurisprudencia de esta Sala ha aplicado el principio in dubio. No puede ser otra la respuesta. Si los datos de la sentencia consienten la posibilidad de que el antecedente sea cancelable, no puede optarse por la alternativa más perjudicial para el acusado. La STS 675/2012, de 24 de julio EDJ 2012/201197 es un reciente botón de muestra de una línea jurisprudencial consolidada: "Según jurisprudencia reiterada de esta Sala, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el "factum " de la sentencia los siguientes datos: 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 extremo sólo 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 que es objeto del enjuiciamiento actual, por cuanto la aplicación "contra reo" de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE EDL 1978/3879 . Y en los supuestos en que no consten en la causa los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición (SSTS 875/2007, de 7-11; 132/2008, de 12-2; 647/2008, de 23-9; 1175/2009, de 16-11; y 1061/2010, de 10-11)".

Las dudas sobre la reincidencia han de abocar a su no apreciación y en este caso a la estimación del recurso solo en este particular para dictar segunda sentencia sin tal agravación (STS 420/2013, de 23 de mayo EDJ 2013/78315)

SÉPTIMO.- Procede declarar de oficio las costas del recurso de Pablo al haber sido parcialmente estimado, condenando a los otros dos recurrentes al pago de sus respectivas costas (art. 901 LECrim EDL 1882/1).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Pablo, contra Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla EDJ 2012/183265 , que condenó a los reurrentes por un delito contra la salud pública, por estimación parcial de su único motivo y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por Vicente y Juan Ramón, contra sentencia y Audiencia arriba reseñadas EDJ 2012/183265 , condenándoles al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Andres Martinez Arrieta Perfecto Andres Ibañez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de octubre de dos mil trece.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción num. Dos de Melilla, fallada posteriormente por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Séptima), y que fue seguida por un delito contra la salud pública contra Zulima, Camilo, Juan Ramón, Ezequiel, Vicente, Jorge y Pablo, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada EDJ 2012/183265 por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del primera y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia EDJ 2012/183265 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Según se ha razonado en la sentencia anterior no es dable apreciar en Pablo la agravante de reincidencia. Eso debe llevar a redimensionar la pena: no es obligatoria la imposición de la mitad superior. De cualquier forma, aún no concurriendo la agravante, la presencia de una condena cercana en el tiempo por hechos similares demuestra una persistencia en la actividad delictiva y un fracaso de la finalidad de prevención especial de la anterior pena que son valorables por la puerta que abre el art. 66: son circunstancias personales del penado. La ponderación de ese dato combinado con la relativa gravedad del hecho nos lleva a ajustar la pena en la duración de cuatro años de prisión, manteniéndose la cuantía de la pena pecuniaria.

III. FALLO

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Pablo como autor responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo agravado de ser de notoria importancia la cantidad de droga intervenida, y sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena, y MULTA de TRESCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS, con apremio personal subsidiario de DOS MESES en caso de impago.

Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia EDJ 2012/183265 en lo que no sean incompatibles con éste.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Andres Martinez Arrieta Perfecto Andres Ibañez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, 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: 28079120012013100821