

Resumen

Desestimando el recurso de casación interpuesto por los acusados, la Sala acoge los formulados por el Ministerio Fiscal y la otra acusada contra sentencia dictada en causa seguida por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve a la recurrente del expresado delito, ya que no es posible afirmar que la recurrente carecía de conocimiento sobre la existencia de la droga y sobre las actividades ilícitas de su padre, poseedor de la sustancia tóxica alojada en la nevera, y al tiempo referir que la conducta es de complicidad respecto a la acción de un autor principal. En materia de participación, el dolo del responsable exige un conocimiento de la conducta realizada por el autor principal, al que se ayuda, y una voluntad de colaborar en el delito del que otro es autor. El hecho probado no refiere nada de lo anterior, se limita a decir que la acusada no conocía la conducta ilícita de su padre y tampoco la existencia de la droga y que se limitó a coger una nevera que contenía la sustancia tóxica y que entregó a la guardia civil cuando esta le reclamó la nevera.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

art.21.2 , art.33.3 , art.53 , art.127 , art.368 , art.369.1 , art.374

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.120.3

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

art.579

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	10
FALLO	16
SEGUNDA SENTENCIA	17

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

Sustancias que causan grave daño a la salud

Cocaína

Actividades

Tenencia preordenada al tráfico

Apreciación

Modalidades agravadas

Cantidad de notoria importancia

Cocaína

Dolo

En general

Partícipes

Autor

Convivencia en mismo domicilio

Supuestos diversos

Cómplice

Penalidad

Graduación de la pena

Multa

Comiso

Proceso penal

Presunción de inocencia
Prueba
Intervención telefónica

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR
SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Intervención telefónica
Control judicial
Motivación
Valor probatorio

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Tutela judicial efectiva
Resolución motivada de todos los temas planteados
Motivada

Presunción de inocencia
Facultades judiciales
Valoración de la prueba

PRINCIPIOS PENALES

RECTORES DEL PROCESO PENAL

Acusatorio
En general

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusado, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusado
Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.21.2, art.33.3, art.53, art.127, art.368, art.369.1, art.374 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Aplica art.120.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Aplica art.579 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.14, art.24.1, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.849.1, art.849.2, art.851.1, art.852 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 16 diciembre 2011 (J2011/312913)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 noviembre 2007 (J2007/222958)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 2ª de 15 octubre 2001 (J2001/38159)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 2ª de 29 enero 2001 (J2001/461)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STS Sala 2ª de 29 diciembre 2000 (J2000/52651)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Pleno de 17 febrero 2000 (J2000/817)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 1ª de 26 marzo 1996 (J1996/935)

Cita Acuerdo no Jurisdiccional TS Sala 2 Pleno de 20 diciembre 2006 (J2006/353057)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 2ª de 11 diciembre 2000 (J2000/46394)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 1ª de 17 enero 2000 (J2000/89)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 2ª de 27 septiembre 1999 (J1999/27091)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 1ª de 27 septiembre 1999 (J1999/27075)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 2ª de 27 julio 1999 (J1999/19191)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Pleno de 5 abril 1999 (J1999/6871)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STC Sala 2ª de 24 noviembre 1997 (J1997/8136)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STS Sala 2ª de 25 febrero 1997 (J1997/1381)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STEDH de 15 junio 1992 (J1992/13838)

Cita sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Tutela judicial efectiva - Resolución motivada de todos los temas planteados - Motivada STEDH de 6 septiembre 1978 (J1978/4)

Bibliografía

Citada en "Reflexiones sobre la libertad vigilada"

Versión de texto vigente null

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL y por las representaciones de Basilio, Feliciano, Marcelino, Rita, José Augusto, Anselmo, Eulalio, Clemencia, Lucas, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, que le condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Basilio y Feliciano ambos representados por la Procuradora Sra. Fernández Pérez; Marcelino representado por el Procurador Sr. Alfaro Rodríguez; Rita representada por la Procuradora Sra. Garnica Montoro; José Augusto representado por la Procuradora Sra. Fernández Pérez; Anselmo representado por la Procuradora Sra. Sánchez Fernández; Eulalio representado por el Procurador Sr. De Argüelles González; Clemencia representada por la Procuradora Sra. Sánchez Fernández; Lucas representado por la Procuradora Sra. Calvillo Rodríguez; y como recurridos Aurelio representado por la Procuradora Sra. López Valero; y Santiago representado por el Procurador Sr. Estévez Fernández-Novoa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción num. 2 de Barbate, instruyó sumario 4/08 contra Basilio, Feliciano, Marcelino, Rita, José Augusto, Anselmo, Eulalio, Clemencia y Lucas y otros no recurrentes, por delito contra la salud pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, que con fecha 4 de enero de dos mil diez dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- Los acusados Isidro, Santiago, Anselmo, Rita, Marcelino, José Augusto, Lucas, Aurelio, Feliciano y Basilio participaban en actividades de tráfico de hashís y de cocaína, manteniendo algunos de ellos contactos entre sí, en distinta forma e

intensidad según se relata a continuación, lo que dio lugar a distintos y reiterados seguimientos policiales, así como a intervenciones telefónicas, que se iniciaron el día 19 de septiembre de 2006 con la oportuna autorización judicial y transcurrieron durante varios meses, más allá del día 14 de diciembre de dicho año, en que se acordó judicialmente la entrada y registro en distintos domicilios de los acusados.

En base a tal actividad y relaciones, se declara probado en concreto que Marcelino y José Augusto (Botines) eran ayudados para vender cocaína tanto por Lucas, hermano de aquél, quien recibía habitualmente cantidades de dicha sustancia de cierta importancia de Marcelino para proceder a su posterior venta al menudeo, principalmente en el bar El Taponazo de Barbate, lugar frecuentado por consumidores habituales de cocaína, aunque también en otros lugares previa cita telefónica, así como por Aurelio, que también vendía al menudeo la cocaína que, previa y habitualmente, le suministraba José Augusto.

Asimismo, tanto Marcelino como José Augusto contactaban, directa y personalmente, con quienes les suministraban cocaína, como es el caso de los acusados Feliciano, al tiempo que mantenían contactos con Isidro.

Además de lo expuesto, consta probado lo siguiente:

1.A) Sobre las 12:00 horas del día 30 de octubre de 2006, Santiago fue interceptado en las inmediaciones del Club de Alterne Graum, situado en la carretera N-340, Cádiz-Algeciras, cuando, a bordo del vehículo tipo furgoneta, marca Ford, modelo Courier, matrícula MO-....-MP, propiedad de su padre, transportaba dos paquetes que contenían un polvo blanco que, tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando unos pesos de 102 y 103 gramos, respectivamente, unos porcentajes de principio activo del 4,3% y del 7,2% y un valor total aproximado en el mercado de 12.330 Eur..

El mencionado Santiago iba a entregar tal sustancia a Isidro, con quien se había previamente concertado al efecto por teléfono. También se le incautó un trozo de una sustancia vegetal que, tras su análisis, resultó ser hashchís con un peso de 18,461 gramos y pureza del 12,5%, con valor aproximado en el mercado de 50 Eur., que el mismo iba igualmente a entregar a Isidro.

1.B) El día 27 de noviembre de 2006 Isidro efectuó un ingreso de 3.000 Eur. en la cuenta num. NUM000 de la Caixa (cuyo titular es otro acusado a quien no afecta esta resolución), que previamente le había sido facilitado por teléfono por Anselmo, como pago de anteriores partidas de drogas recibidas.

1.C) Sobre las 10:00 horas del día 29 de noviembre de 2006, fueron detenidos en la Barca de Vejer, partido judicial de Barbate, cunado viajaban a bordo de una autobús procedentes de El Puerto de Santa maría con destino Barbate, los imputados Basilio y Feliciano, que transportaban de común acuerdo un paquete que contenía un polvo blanco que, tras su análisis oficial, resultó ser cocaína con un peso total de 471 gramos y porcentaje de principio activo del 77,5% y un valor aproximado en el mercado de 28.400 Eur.. Dicha cocaína tenía como destinatarios a Marcelino y José Augusto, con quienes aquellos dos se habían previamente concertado numerosas llamadas telefónicas y contactos personales.

1.D) Sobre las 11:00 horas del día 30 de noviembre de 2006, agentes de la Guardia Civil detuvieron a la acusada Rita en el Puerto de Barbate cuando acababa de salir de un taxi, procedentes de Madrid, y portaba un paquete que contenía un polvo blanco que, tras su análisis oficial, resultó ser cocaína, arrojando un peso total de 721 gramos, un porcentaje de principio activo del 28,1% y un valor aproximado en el mercado de 43.260 Eur.. según las instrucciones recibidas por Rita del también acusado Anselmo, dicho paquete debía entregarlo a Isidro, con quien previamente se había citado por teléfono, si bien Isidro, al no poder acudir personalmente, había enviado a recogerlo a su hija Marcelina, quien no pudo efectuarlo, pese a que estuvo un rato esperando en el bar La Bocana, ya que la policía había detenido minutos antes a aquella acusada Rita, justo en el momento en que llamaba por teléfono desde una cabina, nerviosa porque no llegaba la chica.

1.E) Sobre las 22:30 horas del día 2 de diciembre de 2006, previos contactos telefónicos entre Isidro y Apolonio, a quien no afecta esta resolución, se citaron en la Peña Taurina donde aquél hizo entrega a éste, a cambio de una cantidad de dinero que no ha quedado determinada, de cinco pastillas de una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser hashchís, arrojando un peso total de 1,387 kilogramos, un porcentaje de principio activo del 9% y un valor aproximado en el mercado de 6.244 Eur.. Contra Apolonio se ha seguido otro procedimiento independiente por tales hechos, las D.P. 2166/2006, P.A. 206/2008, el cual finalizó mediante sentencia condenatoria de 14-7-2008, dictada por el Juzgado de lo Penal num. 2 de los de Cádiz, que impuso al tal Apolonio, entre otras, una pena de 1 año y 2 meses de prisión por un delito contra la salud pública.

1.F) Sobre las 16:00 horas del día 14 de diciembre de 2006, a la altura del km. 150 de la carretera N-IV, Madrid-Andalucía, en dirección Andalucía, fue interceptado el vehículo Volkswagen Golf, matrícula....-QRT, que era conducido por el imputado Anselmo, encontrándose debajo del asiento trasero un paquete que contenía un polvo blanco que, tras su análisis oficial, resultó ser cocaína con un peso de 566,3 gramos, un porcentaje de principio activo del 35,2% y un valor aproximado en el mercado de 33.960 Eur..

SEGUNDO.- con motivo de todas las operaciones expuestas, se acordó judicialmente la entrada y registro en distintos domicilios, que se practicaron el día 14 de diciembre de 2006, con el siguiente resultado:

2.A) Sobre las 7:30 horas del día 14 de diciembre de 2006, en el domicilio compartido por Isidro y por Felisa, situado en la CALLE000, num. NUM001, NUM002 NUM003 de Barbate, se encontró lo siguiente:

-Una caja conteniendo un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando un peso total de 920 gramos, un porcentaje de principio activo del 2-6 % y un valor aproximado en el mercado de 55.200 Eur..

-Una bolsa de plástico verde conteniendo un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando un peso total de 53,152 gramos, un porcentaje de principio activo del 15,8 % y un valor aproximado en el mercado de 3.680 Eur..

-Una bolsa de plástico amarillo conteniendo un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando un peso total de 13,96 gramos, un porcentaje de principio activo del 32% y un valor aproximado en el mercado de 780 Eur..

- 15 papelinas envueltas en plástico amarillo (idéntico al de una bolsa con recortes que luego se dirá), conteniendo un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser coaína, arrojando un peso total de 7,254 gramos, un porcentaje de principio activo del 11,9% y un valor aproximado en el mercado de 440 Eur..
- 10 tabletas conteniendo una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís con un peso total de 1 kilogramo con 986 gramos, una pureza del 8,7% y un valor aproximado en el mercado de 1.980 Eur..
- Una balanza de precisión marca Tangent.
- Una bolsa de plástico amarillo a la que se habían practicado recortes circulares para preparar las dosis individuales.
- 3.205 Eur. en efectivo, que se estima procedían de la venta de cocaína.
- 2.B) Sobre las 9:45 horas del día 14-12-2006, en el domicilio que compartían Jacinta y Eulalio, sito en la AVENIDA000, num. NUM004, NUM002 NUM005, de Barbate, se encontró lo siguiente:
- 24 papelinas que contenían un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando un peso total de 11,602 gramos, un porcentaje de principio activo del 2,4% y un valor aproximado en el mercado de 700 Eur..
- Un bote de plástico que contenía una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís, arrojando un peso total de 14,484 gramos, un porcentaje de principio activo del 7,7% y un valor aproximado en el mercado de 45 Eur..
- 7 barras de sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís, arrojando un peso total de 14,404 gramos, un porcentaje de principio activo del 8 % y un valor aproximado en el mercado de 45 Eur..
- Un trozo de una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís, arrojando un peso total de 44,474 gramos, un porcentaje de principio activo del 8,5 % y un valor aproximado en el mercado de 115 Eur..
- 7 envoltorios que contenían igualmente una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís, arrojando un peso total de 106 gramos, un porcentaje de principio activo del 9 % y un valor aproximado en el mercado de 250 Eur..
- 2.C) Sobre las 7,30 horas del día 14-12-2006, en la Peña Taurina Paco Alba, situada en la calle Real Almadraba, num. 6, de Barbate, se encontró lo siguiente:
- 7 papelinas que contenían un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando unos pesos unitarios que van de los 0,426 a los 0,47 gramos y un peso total de 3,188 gramos, un porcentaje de principio activo del 2,4% y un valor aproximado en el mercado de 195 Eur..
- Una tableta de una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís, arrojando un peso total de 99,706 gramos, un porcentaje de principio activo del 8,2 % y un valor aproximado en el mercado de 195 Eur..
- 2.D) Sobre las 10:00 horas del día 14-12-2006, en el domicilio de Marcelino, de nombre DIRECCION000, sito en el número NUM006 de la carretera de Espera a Barbate, en el partido judicial de Barbate, se encontraron 45.000 Eur. en efectivo, escondidos en el interior de una caja fuerte empotrada en la pared del pasillo y oculta por un cuadro, que se estima procedían de las actividades de tráfico de droga.
- 2.E) Sobre las 8:45 horas del día 14-12-2006 en el domicilio de José Augusto, sito en la CALLE001, num. NUM007, de Barbate, se encontró lo siguiente:
- 11 papelinas que contenían un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando unos pesos unitarios que van de los 0,096 a los 0,958 gramos y un peso total de 4,535 gramos, un porcentaje de principio activo del 41,6% y un valor aproximado en el mercado de 272 Eur..
- Una bellota de una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis resultó ser haschís, arrojando un peso total 9,913 gramos, un porcentaje de principio activo del 12,7 % y un valor aproximado en el mercado de 25 Eur..
- Una bolsa de plástico conteniendo una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser marihuana, arrojando un peso total de 0,332 gramos, un porcentaje de principio activo del 13,6% y un valor aproximado en el mercado de 2 Eur..
- Una tableta de una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís, arrojando un peso total de 147 gramos, un porcentaje de principio activo del 5,3% y un valor aproximado en el mercado de 290 Eur..
- Un bote que contenía un polvo blanco, en cantidad de 295 gramos, de una sustancia que no ha quedado determinada y que el imputado utilizaba para mezclar y adulterar la cocaína.
- Una balanza de precisión.
- 2.F) Sobre las 12:45 horas del día 14-12-2006 en el domicilio de Aurelio, situado en la CALLE002, num. NUM007, de Vejer de la Frontera, en el partido judicial de Barbate, se encontró lo siguiente:
- Una bolsa de plástico que contenía un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando un peso de 1,434 gramos, un porcentaje de principio activo del 2,4% y un valor aproximado en el mercado de 90 Eur..
- Una bolsa de plástico que contenía un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser cocaína, arrojando un peso de 38 gramos, un porcentaje de principio activo del 10,4% y un valor aproximado en el mercado de 2.280 Eur..
- Una bolsa de plástico que contenía un polvo blanco que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís, arrojando un peso de 2,613 gramos, un porcentaje de principio activo del 10,6% y un valor aproximado en el mercado de 6 Eur..
- Una balanza de precisión.
- Una bolsa de plástico a la que se han practicado recortes con la finalidad de preparar papelinas o dosis individuales.

-Unos 200 gramos de un polvo blanco que no ha quedado determinado, utilizado para mezclar o adulterar la cocaína destinada al tráfico.

TERCERO.- En la mañana del día 20 de octubre de 2006, los acusados Ángel (en adelante, Ángel) y Gumersindo se desplazaron desde Sevilla, ciudad en la que residían ambos, a Barbate, a bordo del vehículo Citroën Xsara, matrícula....-JFV, propiedad de Gumersindo, a quien había pedido tal favor Ángel al no contar con medios propios y cómodos para el viaje, sin que conste exactamente le contara los pormenores ni el objetivo de tal desplazamiento a Barbate.

De la llegada de Ángel tuvo conocimiento en todo momento el procesado Isidro, ya que había recibido varias llamadas telefónicas del mismo el día anterior en la cual le decía que venía a recoger dinero que debía por la compra de droga y quedaron en verse al día siguiente. Precisamente, sobre las 11:30 horas del día 20 de octubre, Ángel (que utiliza el teléfono número 679.349.226) llama a Isidro y le dice "nos vemos en su casa"; una segunda llamada, sobre las 12:45 horas, desde el mismo teléfono revela que Isidro comenta que no tiene dinero pero que le de un número de cuenta para ingresar, a lo que Ángel accede, al tiempo que Isidro le dice que en señal de fianza le tiene una cosa preparada par mientras se hace el ingreso. Una tercer conversación, sobre las 13 horas, revela que nuevamente Ángel llama a Isidro desde ese mismo teléfono antes citado y le dice que se ven en el bar "el bus" de Barbate. Isidro accede a entrevistarse con él y que estará allí en dos minutos. Sobre las 14:35 horas, Ángel le vuelve a llamar y le dice que lleva una hora esperando, al tiempo que pregunta si tiene el repuesto del coche; Isidro le dice que si quiere que le pague el martes va a necesitar el coche para moverse. Una cuarta conversación entre idénticas personas se produce a las 14:51 horas en la cual Ángel transmite a Isidro que un amigo suyo se va acercar a la Peña para que le entregue las llaves del coche y que el martes debe entregarle lo que le debe; Isidro le dice que va a necesitar el coche para sus desplazamientos, a lo que contesta Ángel que "no, que hoy se lleva el coche y el martes le entregue los demás".

A raíz de estas conversaciones telefónicas entre los acusados Isidro y Ángel, se montó un dispositivo de vigilancia para cubrir las reuniones previstas entre ambos, detectando dos agentes de la guardia civil en el Bar denominado la Estación, situado en la entrada principal de Barbate, a una persona con aspecto sudamericano que resultó ser el procesado Ángel, el cual a continuación se dirige hasa el bar denominado "el Bus" acompañado de una segunda persona, que resultó ser el procesado Gumersindo. Sobre las 13 horas, accede a dicho bar Isidro conduciendo el vehículo de su propiedad, Opel Vectra H-....-H; Isidro entra en el establecimiento seguido de las dos personas antes citadas. A los diez minutos salen del bar Isidro y Ángel, quienes acceden al vehículo Opel, donde mantienen una conversación de contenido desconocido, al tiempo que un agente policial observa un gesto raro de Ángel, como de exhibición de un objeto oculto que portaba. Tras ello, Isidro y Ángel se dirigen nuevamente al bar, donde les esperaba Gumersindo, tras lo cual salen los tres juntos. Isidro se dirige a su vehículo Opel y desaparece, al tiempo que Ángel y Gumersindo se montan en el vehículo Citroën Xsara dan varias vueltas por Barbate para acceder, sobre las 14 horas, a las inmediateces de la Peña Taurina regentada por Isidro, donde comienzan a llamar a la puerta sin que nadie les abra por lo que deciden marcharse y dar varias vueltas en el vehículo hasta volver a cabo de un rato. Vuelven a llamar a la puerta de la Peña, la cual es abierta por Isidro manteniendo una corta conversación Ángel y Isidro, tras la cual Isidro entrega a Ángel las llaves del vehículo Opel Vectra, matrícula H-....-H.

Tras ello, Ángel se dirige hacia el vehículo Citroën Xsara, emprenden la marcha, mientras que entrega las llaves del Opel a su acompañante Gumersindo al objeto de que le siga conduciendo este segundo turismo, alejándose ambos vehículos en dirección hacia Caños de Meca. Ante ello, se decide pasar información al puesto principal de la Guardia Civil para interceptar ambos vehículos, lo que así se efectúa sobre las 15:30 horas del citado día 20 de octubre, procediendo a identificar a sus ocupantes, localizando en el interior del vehículo Citroën, que conducía en concreto Ángel, oculta en un hueco existente junto a la palanca de cambios, un arma de fuego transformada, a la que se habían modificado sus características originales, tratándose originariamente de una pistola detonadora del calibre 8 mm. Knall, la cual había sido transformada en un arma de fuego (pistola) semiautomática, apta para disparar munición con carga de proyección metálica (balas) del calibre 6,35 mm., encontrándose en perfecto estado de funcionamiento. Las características de la pistola constan en reseña fotográfica e informe técnico, obrante a los folios 2090 a 2098, que se asume literalmente y formará parte integrante de este relato. También se intervinieron 4 cartuchos del calibre 6,35 mm. en buen estado de conservación y aptos para ser disparados.

Con motivo de lo relatado, agentes de la Guardia Civil intervinieron el vehículo Opel Vectra, matrícula H-....-H, propiedad de Isidro y lo trasladaron al Cuartel de Barbate. Conocida tal circunstancia por la acusada Marcelina, creyendo que la intervención estaba relacionada con el tráfico de drogas, hizo desaparecer una cantidad de cocaína que guardaba su padre en el domicilio, escondida en botes de sacarina, cuyo peso y pureza no ha podido determinarse.

No consta probado que el acusado Ángel había llevado a cabo actos similares anteriormente ni tampoco que hacía labores de sicario por cuenta de Anselmo, exigiendo bajo amenazas el pago de las deudas derivadas del tráfico de cocaína, para lo cual en ocasiones utilizaba el teléfono y en otras se desplazaba personalmente hasta el lugar donde se encontraban los deudores.

CUARTO.- No consta probado que los acusados Felisa, Jacinta, Eulalio, Marcelina y Clemencia formaran un grupo dedicado al tráfico, tanto de haschís como de cocaína, liderado y dirigido por Isidro, que guardaba y custodiaba la droga (haschís y cocaína) en su domicilio, sito en la CALLE000 num. NUM001 piso NUM002, NUM003, de Barbate, ni tampoco que aquéllas realizaran las actuaciones necesarias para evitar su descubrimiento e incautación y asegurar la continuación de la actividad delictiva y consiguiente obtención de ingresos ilícitos.

No obstante, consta probado que el acusado Eulalio, actuando por cuenta de Isidro, quien le había pedido que le guardara la droga durante un tiempo, recogió una nevera de playa que contenía 64 pastillas de una sustancia vegetal que, en definitiva y tras su análisis, resultó ser haschís con un peso total de 12 kilos con 835 gramos, pureza del 7,6% y valor aproximado en el mercado de 25.000 Eur., que escondió en el domicilio situado en la AVENIDA000, num. NUM004, piso NUM002, letra NUM008 /, de Barbate, que compartía con su compañera sentimental y acusada Jacinta.

Tales pastillas eran idénticas a las encontradas en el domicilio de Isidro, así como a las que aquél vendió a Apolonio el día 2-12-2006, que fueron inceptadas.

Tampoco consta que Isidro fuera ayudado por su esposa Felisa ni por su hija Marcelina, ni, por tanto, que las citadas acusadas realizaran directa y personalmente transacciones de cocaína por dinero, en cumplimiento de las instrucciones recibidas de Isidro.

Tampoco consta que Marcelina, hija de Isidro y de Felisa, colaborara activamente en el tráfico con su padre, contactando directa y personalmente con los proveedores sudamericanos, recogiendo la cocaína de éstos, guardándola y custodiándola en su propio domicilio, situado en la CALLE000, NUM001, piso NUM009, letra NUM008 /, de Barbate, realizando las actuaciones necesarias para evitar su descubrimiento e incautación y asegurar la continuación de la actividad delictiva y consiguiente obtención de ingresos ilícitos, ni que realizara directa y personalmente transacciones de cocaína por dinero, en cumplimiento de las instrucciones recibidas de su padre.

Sólo consta, conforme se dijo más arriba, que al conocer la intervención del vehículo Opel Vectra de su padre, creyendo que estaba relacionada con el tráfico de drogas, hizo desaparecer una cantidad de cocaína que guardaba su padre en el domicilio, escondida en botes de sacarina, cuyo peso y pureza no han podido determinarse. Igualmente consta que coge el teléfono algunas veces cuando llaman a su padre y, sobre todo, que se desplazó, accediendo a las peticiones de su padre Isidro, ya que éste no podía hacerlo, para acudir al encuentro con una sudamericana -la acusada Rita -, que le entregaría una bolsa de cocaína, si bien Marcelina no pudo recogerla, pese a que estuvo un rato esperando junto al bar La Bocana, ya que la policía había detenido minutos antes a la citada Rita.

Tampoco consta que la acusada Clemencia, hija de Isidro y de Felisa, tenía conocimiento de las ilícitas actividades de su padre y del lugar donde custodiaba la droga (en este caso, haschís), ni que realizara actuaciones necesarias para evitar su descubrimiento e incautación ante actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y asegurara la continuación de la actividad delictiva y consiguiente obtención de ingresos ilícitos. Sólo existe constancia de que, mientras se estaba realizando una vigilancia estática sobre el domicilio de Jacinta y Eulalio, antes de proceder a la entrada y registro, Clemencia, en unión de una hermana menor de edad, extraña del mismo una nevera de playa que trasladó a su domicilio, donde se personó posteriormente una dotación de la Guardia Civil a que aquélla hizo entrega de la mencionada nevera que contenía 64 pastillas de haschís, arrojando un peso total de 12 kilos con 835 gramos. Como antes se refirió, la citada nevera había sido transportada previamente con pleno conocimiento por el acusado Eulalio, actuando por cuenta de Isidro, quien le había pedido que la guardara durante un tiempo.

Tampoco consta que la acusada Jacinta, sobrina de Isidro, guardaba y custodiaba con pleno conocimiento en su propio domicilio, situado en la AVENIDA000, num. NUM004, piso NUM002, letra NUM008 /, de Barbate (que compartía con su compañero sentimental y acusado Eulalio), droga entregada a Isidro (haschís y cocaína) destinada al tráfico ni que realizaba las actuaciones necesarias para evitar su descubrimiento e incautación ante actuaciones, reales o previsibles, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y asegurar así la continuación de la actividad delictiva y consiguiente obtención de ingresos ilícitos. Sólo consta que conocía la condición de consumidor de su pareja Eulalio, aceptando pasivamente la existencia de papelinás de cocaína y haschís que guardaba su pareja y coacusado en el interior del domicilio, así como éste le comentó que iba a guardar la nevera de Isidro en la casa.

QUINTO.- No consta suficientemente probado que los acusados Jorge y Torcuato se dedicaban a vender la droga a menudeo por cuenta de los también acusados Marcelino y José Augusto, ni que recibieran cantidades de cocaína de aquéllos, respectivamente, salvo pequeñas cantidades para su consumo personal.

SEXTO.- En la fecha a que se refieren los hechos comentados el procesado Aurelio era persona adicta al consumo de estupefacientes, en especial cocaína, con grave dependencia, lo que limitaba singularmente el control y dominio de sus actos, de forma que realizaba la venta a menudo para procurarse dinero con que sufragar su intensa adicción.

En concreto, consta informe médico con motivo de su ingreso en Centro Penitenciario revelador de presentar consumo de cocaína y diversas Benzodiazepinas, así como antecedentes de diversos tratamientos psiquiátricos, lo que obligó a prescribir tratamiento para su adicción y síndrome depresivo con Dacepam 5, Vandral 150 y Zyprexa, así como recomendar inició del tratamiento para su adicción a las drogas.

Asimismo, ha presentado crisis de ansiedad por fallecimiento de su padre, estando ingresado en la Enfermería del Centro, con un interno de apoyo por haber estado incluido en el Programa de Prevención de Suicidios.

Consta también informe del psicólogo del servicio de drogodependencias destinado en el Centro penitenciario, revelador de que Aurelio demanda tratamiento de la problemática derivada del consumo de las drogas, desprendiéndose el siguiente diagnóstico: dependencia de cocaína en remisión parcial temprana y abuso de alcohol, compatible con una dependencia severa, habiendo aparecido sintomatología paranoide, probablemente secundaria al consumo de cocaína y, con posterioridad, sintomatología ansioso-depresiva y trastorno del sueño.

Desde su admisión a tratamiento se encuentra incluido en Programa de seguimiento individual con tratamiento psicoterapéutico de apoyo a la deshabituación, con adecuada adherencia al tratamiento y acudiendo a todas las citas programadas, detectándose abstinencia actual a sustancia problema, realizándose controles de determinación de metabolitos de drogas en orina, con resultado negativo.

SÉPTIMO.- Consta informe acerca del procesado José Augusto, expresivo de que contactó el día 9 de enero de 2007 con el Equipo de Apoyo a Instituciones Penitenciarias del Centro Penitenciario de Puerto II, demandando tratamiento de la problemática derivada del consumo de las drogas y refiriendo antecedentes toxicológicos y consumo de alcohol, tabaco y cannabis desde 1995, cocaína desde 1998 y anfetaminas desde 2003. El psicólogo adscrito al mismo informa sobre su historia clínica y el diagnóstico de dependencia de cocaína en remisión total temprana y abuso de anfetaminas, por lo que se incluyó en Programa de seguimiento individual. Consta documentado que se realizaron controles de detección de metabolitos en la orina con fechas 9 de abril de 2007 y 27 de febrero 2008, sin que se conozca el resultado.

OCTAVO.- El procesado Eulalio cuenta con antecedentes penales por delito contra la salud pública, en concreto ha sido condenado ejecutoriamente por sentencia firme dictada en procedimiento abreviado 581/2003, ejecutoria 177/2004, seguida en el Juzgado de lo Penal num. 4 de Cádiz, a pena de cuatro años de prisión.

Al resto de procesados, también mayores de edad, no le constan antecedentes penales o bien no son computables para esta causa, como sucede con Isidro, ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública a la pena de 3 años de prisión en virtud de sentencia firme de fecha 27 de julio de 1998.

NOVENO.- Han sido intervenidos en esta causa los siguientes vehículos:

-Citroën C-3, matrícula....-JFW, propiedad del imputado Marcelino, si bien figura formalmente a nombre de su compañera sentimental, Juliana.

-Citroën Xsara, matrícula....-JFV, propiedad del imputado Gumersindo.

-Opel Vectra, matrícula H-....-H, propiedad del imputado Isidro.

-Opel Astra, matrícula KJ-....-OH, propiedad del imputado Nemesio.

-Furgoneta Ford Courier, matrícula QE-....-QL, propiedad del imputado Santiago, si bien formalmente figura a nombre de su madre, Luz.

-Volkswagen Golf, matrícula....-HHR, propiedad del imputado José Augusto.

-Peugeot 307, matrícula....-HKC, propiedad del imputado Lucas, si bien formalmente figura a nombre de su compañera sentimental, Aurora.

-Audi A-3, matrícula....-PNW, propiedad del imputado Santiago, si bien formalmente figura a nombre de su padre, Laureano.

-Quad Yamaha, modelo 4FZ350, matrícula U-....-VDH, propiedad del imputado Santiago, si bien formalmente figura a nombre de su padre, Laureano.

No consta la intervención de un segundo Quad Yamaha, matrícula U-....-STT, a nombre de Laureano, padre del acusado Santiago.

También han sido intervenidos 38.775,77 Eur. a Lucas, ingresados en una cuenta corriente a nombre de su hijo menor de edad, dinero que se estima procede de la venta de drogas".

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Isidro, Eulalio, Santiago, Anselmo, Rita, Marcelino, José Augusto, Lucas, Aurelio, Feliciano y Basilio, como autores responsables criminalmente de un delito contra la salud pública, antes tipificado, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en concreto la atenuante de drogadicción en Aurelio, y la agravante de reincidencia en Eulalio, a las penas siguientes:

-7 años de prisión y multa de 100.000 Eur. para Isidro.

-4 años de prisión y multa de 25.000 Eur. con arresto sustitutorio de 16 días caso de impago, una vez hecha excusión de sus bienes, para Eulalio.

-4 años de prisión y multa de 7.500 Eur. con arresto sustitutorio de 16 días caso de impago, una vez hecha excusión de sus bienes, para Santiago.

-6 años de prisión y multa de 40.000 Eur. para Anselmo.

-5 años de prisión y multa de 25.000 Eur. para Rita.

-6 años de prisión para Marcelino.

-6 años de prisión y multa de 500 Eur. con arresto sustitutorio de 16 días caso de impago, una vez hecha excusión de sus bienes, para José Augusto.

-4 años y 6 meses de prisión para Lucas.

-3 años de prisión y multa de 2.500 Eur. con arresto sustitutorio de 16 días caso de impago, una vez hecha excusión de sus bienes, para Aurelio.

-4 años de prisión y multa de 25.000 Eur. con arresto sustitutorio de 16 días caso de impago, una vez hecha excusión de sus bienes, para Feliciano.

-5 años de prisión y multa de 20.000 Eur. con arresto sustitutorio de 16 días caso de impago, una vez hecha excusión de sus bienes, para Basilio.

Asimismo, debemos condenar y condenamos a dichos acusados a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de once de las veintenas partes de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a las acusadas Marcelina y Clemencia, como responsables criminalmente de un delito contra la salud pública, antes tipificado, a título de complicidad, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas para cada una de ellas de dos años de prisión y multa de 12.500 Eur., con arresto sustitutorio de 16 días caso de impago, una vez hecha excusión de sus bienes. Asimismo, debemos condenar y condenamos a dichas acusadas a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de dos de las veintenas partes de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Ángel como autor responsable criminalmente de un delito de tenencia ilícita de armas y otro delito de extorsión, antes tipificados, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las

penas de un año de prisión por el primer delito y un año de prisión por el segundo, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de dos de las veinteavas partes de las costas procesales.

Que debemos absolver y absolvemos a los también acusados Felisa, Jacinta, Jorge y Torcuato del delito contra la salud pública que también se les imputaba en este proceso, con todos los pronunciamientos favorables al respecto y declaración de oficio de cuatro de las veinteavas partes de las costas procesales.

Que debemos absolver y absolvemos al también acusado Gumersindo del delito de extorsión que se le imputaba en este proceso, con todos los pronunciamientos favorables al respecto y declaración de oficio de una de las veinteavas partes de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de toda la droga incautada, a la que se dará el destino legal. Asimismo, se acuerda el comiso y, en su caso intervención del dinero y efectos, a los que se dará destino legal, debiendo estarse, en su caso, a lo que se describe en el fundamento duodécimo de esta misma resolución. Por lo mismo, procede la devolución del resto de efectos intervenidos que no tengan conexión con las personas ahora condenadas, salvo que se trate de efectos de su titularidad, en cuyo caso quedarán efectos a posibles responsabilidades pecuniarias derivadas personalmente en este proceso.

Se declara de abono el tiempo de prisión preventiva por esta causa de no haber servido a los acusados para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia a efectos de declarar extinguida su responsabilidad criminal en este proceso.

Acréditese la solvencia de los condenados."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de Basilio, Feliciano, Marcelino, Rita, José Augusto, Anselmo, Eulalio, Clemencia y Lucas, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

ÚNICO.- A consecuencia de la modificación operada por L. O. 5/2010 de 22 de junio de reforma del Código penal EDL 1995/16398 por el que se modifica el artículo 368 del Código penal EDL 1995/16398, solo se ve afectado por la reforma del Código penal EDL 1995/16398 respecto del recurso interpuesto en relación con el acusado José Augusto y por ello es precisa la adaptación del recurso a tal disposición.

La representación de Basilio :

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, se denuncia haber existido error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, se denuncia haber existido error en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, se denuncia quebrantamiento de forma consistente en apreciarse en la sentencia dictada omisiones en la narración fáctica que impiden determinar claramente los hechos declarados probados.

CUARTO.- Por vulneración de los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879, en relación con el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

La representación de José Augusto :

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, se denuncia haber existido error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en las escuchas telefónicas.

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, se denuncia quebrantamiento de forma consistente en apreciarse en la sentencia dictada omisiones en la narración fáctica que impide determinar claramente los hechos declarados probados.

CUARTO.- Por vulneración de los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879, en relación con el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

La representación de Clemencia :

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, sancionados en el artículo 24.1º y 2º de la Constitución Española EDL 1978/3879.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, se denuncia la indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398.

La representación de Eulalio :

PRIMERO.- Y ÚNICO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que evidencian la equivocación del juzgador sin estar contradichos por otros elementos probatorios.

La representación de Anselmo :

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia el quebrantamiento de forma consistente en haber incurrido la sentencia recurrida en la falta de claridad en la descripción de los hechos.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la indebida aplicación del artículo 268 del Código Penal EDL 1995/16398 .

TERCERO.- al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 .

La representación de Feliciano :

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que evidencian la equivocación del juzgador sin estar contradichos por otros elementos probatorios.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que evidencian la equivocación del juzgador sin estar contradichos por otros elementos probatorios.

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el inciso primero del número 1º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia quebrantamiento de forma consistente en la apreciación de omisiones en la narración fáctica que impiden determinar claramente los hechos considerados probados.

CUARTO.- Por vulneración de los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879, en relación con el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

La representación de Marcelino :

PRIMERO.- Y ÚNICO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión, sancionado en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española EDL 1978/3879, en relación con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 .

La representación de Rita :

PRIMERO.- Y ÚNICO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, sancionado en el artículo 24.1 y 2 en relación con el principio de igualdad ante la ley sancionado en el artículo 14 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

La representación de Lucas :

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 .

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 17 de mayo de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a 11 de los acusados como autores de un delito contra la salud pública, a otros dos como cómplices del mismo delito y a otro como autor de un delito de tenencia ilícita de armas. Son absueltos otros seis de los acusados. La sentencia se dictó con la conformidad de varios de los acusados, que la prestaron respecto al delito y la pena instada desde la acusación, y la impugnación ha sido formalizada por el Ministerio público y por varios de los condenados en la sentencia.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO.- La acusación pública formaliza un único motivo en el que denuncia el error de derecho, art. 849.1 de la Ley procesal penal EDL 1882/1 , por la indebida aplicación de los arts. 368, 53,33,3 i y j del Código penal EDL 1995/16398 . El recurso afecta sólo a la pena de multa y a nueve de los condenados.

El Ministerio fiscal alza su queja contra una defectuosa imposición de la pena de multa a los condenados en la sentencia, defecto que no es exclusivo del tribunal de instancia, sino de la acusación, y en algún caso de las defensas que se conformaron con la acusación, presentado al tribunal del enjuiciamiento una pretensión de consecuencia jurídica errada. El tribunal de instancia ha advertido esos

errores, alguno de los cuales subsana, como la imposición de arrestos sustitutorios en caso de impago, cuando es procedente y que no había sido solicitado por la acusación pública. Para este supuesto, el del arresto sustitutorio señala el Fiscal que la determinación que hace el tribunal es errónea pues "lo establece indicando que será en su extensión mínima que para el tribunal es de 16 días, determinación que tampoco es correcta de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 53 y 33 del Código penal EDL 1995/16398 ". Con respecto a la pena de multa, el tribunal de instancia advierte lo que considera falta de criterio de la acusación, que solicita distintas penas de multa sin sujeción a criterios de relación con el objeto del tráfico, pero que mantiene en observancia de un entendimiento, erróneo, del principio acusatorio, en combinación con la existencia de conformidades de la pretensión acusatoria del Ministerio fiscal.

Es por ello que el Ministerio público señala en su impugnación el error en el que incurrió la pública acusación consistente en formular en la instancia una defectuosa petición de penas que afectan a la pena de multa, pues no se solicitaron de acuerdo a la previsión legal, y tampoco se solicitó el arresto sustitutorio en caso de impago en alguna de las penas siendo este arresto procedente.

Son dos las cuestiones que debemos resolver en el planteamiento propiciado por la impugnación del Ministerio fiscal. En primer lugar, si pese a la conformidad existente entre acusación y defensa, y aun cuando esta no se diera, es posible que el tribunal del enjuiciamiento pueda imponer penas de multa no solicitadas por la acusación y previstas en los tipos penales. La cuestión ha sido resuelta por esta Sala en reiteradas ocasiones, incluso ha propiciado su análisis y estudio por un Pleno no jurisdiccional de la Sala II.

En reunión del Pleno de la sala II del Tribunal Supremo de 20.12.2006 EDJ 2006/353057 se acordó, como complemento de un Acuerdo anterior en el que se fijaba la sujeción de la pena a imponer a la solicitud de las acusaciones, que el tribunal si bien no puede imponer pena más grave a las solicitadas por las acusaciones "siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de la condena". Se trata de un acuerdo interpretativo del principio de legalidad, del principio de seguridad jurídica y del principio acusatorio, en cuya virtud, si bien en principio el tribunal ha de sujetarse a las pretensiones de condena promovidas por las acusaciones, y no puede superar esa pretensión, en aplicación del principio acusatorio, esa sujeción tiene como límite lo dispuesto en la ley como penalidad mínima prevista al delito, de manera que la omisión o el error de la acusación debe ser subsanado por el tribunal e imponer la penalidad en su extensión mínima. La vinculación entre la pretensión punitiva del Ministerio público, que representa el interés social, o de la acusación particular, que representa el interés particular, cede cuando la pretensión de pena no se ajusta a la ley que vincula a los tribunales de justicia.

En consecuencia este apartado de la impugnación del Ministerio fiscal debe ser estimado y, en consecuencia imponer la pena de multa en proporción al objeto del respectivo tráfico de drogas para lo cual realizaremos la operación que corresponde e impondremos la pena en su cuantía mínima.

El segundo apartado de la impugnación del Ministerio público se contrae a la extensión del arresto sustitutorio en caso de impago, la responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa impuesta. Señala el tribunal de instancia que ante la ausencia de una pretensión de condena articulada por la acusación pública la impone en la extensión mínima de 15 días. El Fiscal reacciona y considera que esa determinación del mínimo del arresto sustitutorio es errónea y cita en apoyo de su pretensión revisora la STS de 27 de noviembre de 2007 EDJ 2007/222958 . Sostiene la acusación pública que la duración del arresto sustitutorio es de un mes porque la pena de multa proporcional es una pena menos grave (art. 33.3.j.) lo mismo que la pena de multa de dos meses (art. 33.3.i), cuya previsión de arresto, de acuerdo al art. 53.1, es la de un día por cada dos cuotas diarias, esto es un mes por el impago de la pena de multa de dos meses. Estableciendo una analogía entre ambas penas, señala que el arresto sustitutorio en caso de impago de mínima extensión es de 1 mes.

Este criterio no es asumible en el presente supuesto. El art. 53 del Código penal EDL 1995/16398 contiene una previsión legal de responsabilidad personal en caso de impago, para la pena de multa impuesta por el sistema de días multa, y otra distinta para las multas proporcionales. Para la primera, apartado primero del art. 53, el ya señalado de un día de arresto por cada dos días de multa. Para el segundo, se señala un máximo de un año de duración, y no señala mínimo. La aplicación analógica, consistente en aplicar una previsión de duración mínima no aparece en la Ley penal y no es posible acudir a la analogía para remediar la falta de previsión, máxime en un supuesto como el presente en el que, además, se trata de un error de la acusación en la pretensión de pena.

En consecuencia procede estimar la impugnación del Ministerio fiscal en lo referente a la imposición de la pena de multa y se desestima en orden a la pretensión del arresto sustitutorio en caso de impago.

Consecuentemente, procede imponer las siguientes penas a los siguientes condenados:

Aurelio, como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 concurriendo la atenuante de drogadicción prevista en el artículo 21.2 del Código Penal EDL 1995/16398 , la pena de 3 años de prisión y multa de 2500 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 16 días caso de impago.

Feliciano. Como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 6 años de prisión y multa de 28.400 Eur..

Santiago. Como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 4 años de prisión y multa de 12.350 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes en caso de impago.

Anselmo. Como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 6 años de prisión y multa de 77.220 Eur..

Rita. Como autora de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 5 años de prisión y multa de 43.260 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes en caso de impago.

Eulalio. Como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño para la salud en cuantía de notoria importancia, 368 y 369.1.6º concurriendo la agravante de reincidencia a la pena de 4 años de prisión y multa de 25.455 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes en caso de impago.

José Augusto. Como autor de un delito del artículo 368 del Código penal EDL 1995/16398 a la pena de 6 años de prisión y multa de 28.989 Eur..

Basilio. Como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 5 años de prisión y multa de 28.400 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes en caso de impago.

Marcelino, como autor de un delito contra la salud pública a la pena de seis años de prisión y multa de 28.400 Eur., correspondiente al tanto del valor de la droga objeto del tráfico.

RECURSO DE Marcelino

SEGUNDO.- Formaliza un único motivo en el que denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la defensa, que entiende se produce al haberse acordado el comiso del vehículo y de dinero, que no son propiedad del recurrente sino de su mujer, cuyo régimen económico es el de separación de bienes. Arguye que el dinero decomisado, 45.000 euros procede de la venta de un inmueble propiedad de su mujer, y el coche era propiedad de ella, sin que haya sido objeto de utilización en el tráfico objeto de la condena.

El motivo se desestima. Los arts. 127 y 374 del Código penal EDL 1995/16398, imponen el comiso de las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Su efectividad exige que en el juicio histórico, bien de forma explícita, bien de forma indirecta, se expresen con claridad los hechos que permitan respaldar la conclusión de que el metálico aprehendido ha de reputarse ganancia de la actividad delictiva desplegada.

En el presente caso, la sentencia no acuerda de forma sorpresiva el comiso, ni lo impone en el fallo con un automatismo inaceptable, a manera de consecuencia inherente al delito que se declara probado. Por el contrario, en el hecho probado se precisa la utilización por el recurrente, condenado en la sentencia del vehículo cuyo comiso se acuerda, pese a la titularidad meramente formal del vehículo a nombre de la mujer. Con relación al dinero decomisado, se afirma la procedencia del comiso con apoyo en la versión dada por los acusados sobre la titularidad de los 45.000 euros intevenidos. Así el recurrente reconoce su participación en el delito, conformándose con el delito y pena solicitada, no así con el comiso instado por el Ministerio fiscal. Respecto a la titularidad del dinero, el tribunal tiene en cuenta las dos versiones vertidas sobre la procedencia, y ambas las deshecha con razonamientos de lógica. Así se alega que proceden de un préstamo concedido. El tribunal lo rechaza por lo insólito que es tenerlo en casa desde tres meses antes a su intervención. Igualmente rechaza la procedencia de una venta de un bien inmueble realizada por la mujer del recurrente, argumentando el tribunal su falta de correspondencia con la existencia del préstamo y su innecesariedad. El origen de ese dinero y, por tanto, su destino legal, formó parte del objeto del proceso. El carácter de ganancia procedente de la venta de droga fluye del juicio histórico.

El debate, por tanto, respecto de la vinculación de esa cuantía con el tráfico de estupefacientes, no fue, en modo alguno, sustraído al filtro del principio de contradicción ni al ejercicio del derecho de defensa.

El motivo se desestima con reproducción de la prueba practicada sobre la procedencia del comiso acordado sobre el vehículo y sobre el dinero intervenido.

RECURSO DE Rita

TERCERO.- Denuncia en el primer motivo de su oposición la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho fundamental a la igualdad. Arguye la recurrente que mostró su conformidad con la acusación del Ministerio público y se conformó con la pena. No obstante el juicio oral continuó y expresó su sorpresa porque el Ministerio público, respecto a imputados que no se conformaron en el trámite de conclusiones definitivas redujo sustancialmente la pena solicitada respecto a alguno de los imputados que no se habían conformado afirmando que se produce la lesión al principio de igualdad, un "agravio comparativo" respecto al coimputado Eulalio a quien se le imputa la misma responsabilidad que a la recurrente y se le solicita una pena menor que a la recurrente.

El motivo se desestima. Contrariamente a lo argumentado por la recurrente no es que existiera una doble conformidad en el proceso objeto de la presente casación, una expresada al inicio del juicio y otra en las conclusiones, sino que el juicio desarrollado con arreglo al proceso debido, hizo que el Ministerio público redujera la pretensión punitiva respecto a alguno de los coimputados al estimar no concurrente ni la agravación específica de notoria importancia, ni la agravación específica de organización, lo que motivo una sensible reducción de la penalidad solicitada por la acusación pública.

En todo caso, la conducta realizada por la recurrente, el transporte de 721 gramos de cocaína, con una pureza del 28 por ciento y un valor de 43.260 euros que la recurrente entregaba a otros de los coimputados, hace que la pena impuesta sea la prevista en el Código penal EDL 1995/16398 y proporcionada a la gravedad de los hechos, conducta que poco, o nada, tiene que ver con la del otro acusado con el que pretende la comparación.

RECURSO DE Lucas

CUARTO.- Formaliza un primer motivo en el que denuncia el error de derecho del art. 849.1 de la Ley procesal penal EDL 1882/1 designando como precepto inaplicable el art.5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 . En el segundo, formalizado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reproduce la argumentación del anterior desde la perspectiva de la vulneración del derecho fundamental. En ambos el contenido de la impugnación la refiere al comiso decretado de los 38.775 euros que fueron intervenidos en una libreta a nombre del hijo menor y que el recurrente entiende que ha acreditado su rigen en la obtención del préstamo hipotecario cuyo importe se depositó en la libreta del hijo y con un destino en los gastos corrientes de la familia.

Los motivos, analizados conjuntamente, se desestiman. Es necesario dar por reproducido cuanto se argumentó respecto al coimputado y correcurrente Marcelino. El comiso acordado en la sentencia es razonable y aparece correctamente fundado en la sentencia impugnada. El tribunal considera que son objeto de las ganancias de la actividad ilícita en la medida en lo ilógico que resulta la argumentación suministrada para justificar la tenencia de esa cantidad de dinero en una libreta a nombre de un hijo menor de edad, que no realiza actividad laboral alguna y con la única justificación de su procedencia en un préstamo hipotecario, cuyo destino no se argumenta ni se justifica a salvo del depósito en una libreta y que debe ser devuelto a la entidad financiera, lo que hace que nos encontramos ante un negocio ciertamente ruinoso en los términos en los que es planteado por la defensa del recurrente y que el tribunal analiza para desestimar, por ilógica, la explicación suministrada.

RECURSO DE Eulalio

QUINTO.- Formaliza el motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba que centra en la inaplicación, a partir de los documentos que designa, de la eximente incompleta o la atenuante de drogadicción. El documento designado en un informe médico del Director de centro de tratamiento de adicciones del que resulta la dependencia a la cocaína y al cannabis y se le diagnostica de un trastorno de ansiedad no especificado.

El motivo se desestima. El documento que designa no evidencia el error que denuncia. Del mismo resulta que el recurrente es adicto a sustancias tóxicas y que ha sido diagnosticado de un trastorno de ansiedad no especificado, esto es, un trastorno caracteriológico sin relevancia en la imputabilidad.

La declaración de adicción a sustancias tóxicas no tiene la relevancia que el recurrente entiende para conformar una atenuación de la responsabilidad penal. Del documento que designa no resulta ni la gravedad ni la intensidad de esa adicción. Tampoco una alteración de las facultades psíquicas del sujeto a consecuencia de esa adicción. Por lo tanto no hay una reducción de la imputabilidad encuadrable en las circunstancias del art. 21 del Código penal EDL 1995/16398. La atenuante de grave adicción, del art. 21.2 del Código exige que la adicción sea grave, lo que no se afirma en el informe médico que se designa, y que la misma sea causal al delito cometido, es decir, un supuesto de delincuencia funcional en el que el imputado trafica para procurar satisfacer su propia adicción. No es este el supuesto del recurrente a quien se le interviene, además, de sustancia en su domicilio, mas de 12 kilogramos de hachís que guardaba. El artículo 21.2ª no solamente exige la existencia de una grave adicción, sino además que el sujeto haya cometido el delito, es decir, que actúe, a causa de la misma. No basta para ello establecer la condición de consumidor de drogas u otras sustancias estupefacientes sino que es preciso acreditar la adicción, como tal y, además, su gravedad, así como su efecto causal sobre la conducta imputada.

RECURSO DE Feliciano, José Augusto Y DE Basilio

SEXTO.- Estos recurrentes oponen cuatro motivos a los que daremos respuesta, en primer lugar por el formalizado por quebrantamiento de forma. Al ser los motivos opuestos reproducción de los opuestos por los tres recurrentes los analizamos conjuntamente.

Denuncian en la impugnación la falta de claridad del hecho probado aduciendo la existencia de omisiones en el hecho que le producen indefensión. No realizan ninguna otra argumentación, a salvo la de relacionar los requisitos señalados por la jurisprudencia para conformar el defecto procesal y que damos por reproducidos para la desestimación de la impugnación

En el motivo se refieren a la declaración fáctica contenida en el apartado 1.C de los hechos probados en el que se relata que los acusados Basilio y Feliciano fueron detenidos cuando viajaban en un autobús y portaban 471 gramos de cocaína, cuya pureza y valor se declaran, que pensaban entregar a José Augusto y otro según las conversaciones que venían manteniendo.

De esa lectura no resulta el defecto procesal que este recurrente, y lo otros dos señalan en su impugnación, ni tampoco cabe entender que en el mismo se echan en falta datos fácticos necesarios para la subsunción realizada. Tampoco se argumenta en qué medida esa redacción del hecho probado es poco clara y esa falta de claridad produce indefensión a los recurrentes.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

SÉPTIMO.- En el primero de los recursos interpuestos por los tres recurrentes oponen el error de hecho en la apreciación de la prueba. Los tres recursos son sustancialmente idénticos y en los tres motivos, formalizados por cada recurrente, no se hace designación de documento alguno del que pueda resultar el error que se denuncia. Se limitan a indicar que la actividad probatoria es inexistente y que no existe indicio alguno de la relación de los recurrentes con el aludido, salvo de un puntual contacto con alguno de ellos.

Las impugnaciones se desestiman. Los tres recurrentes articulan una impugnación separada por vulneración de derechos fundamentales, y será al dar respuesta a esa pretensión cuando analicemos la existencia de la precisa actividad probatoria sobre cada uno de los recurrentes.

Este motivo, opuesto por error de hecho, exige que el recurrente designe un documento acreditativo de un error en la apreciación de la prueba, lo que no realiza el recurrente, por lo que la impugnación carece de base atendible.

OCTAVO.- En el segundo de los motivos opuestos por los recurrentes en sus respectivos escritos de formalización, denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba. En esta ocasión tampoco designan un documento que acredite el error en el hecho probado y su impugnación la refiere a que la única prueba practicada es la intervención telefónica, cuyo Auto inicial, el de 9 de septiembre de 2006 considera carente de motivación, por lo que es nulo, vulnerador del derecho al secreto de las comunicaciones, y por ende, causal al resto de las actividades de prueba que deben ser consideradas igualmente nulas.

El motivo carece de contenido casacional. Los recurrentes ni siquiera argumentan la nulidad que instan, limitándose a afirmar que carece de motivación suficiente.

No obstante la defectuosa técnica casacional abordamos la impugnación basada en la lesión al secreto de las comunicaciones.

El artículo 120.3 de la Constitución EDL 1978/3879 impone la motivación de las sentencias, exigencia que ha sido extendida a cualquier resolución judicial cuya naturaleza lo exija y, muy especialmente, a todas aquellas que supongan una restricción de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha señalado en este sentido, en la Sentencia núm. 47/2000, de 17 de febrero EDJ 2000/817, que "el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación, es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la decisión acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger".

Cuando se trata de intervenciones telefónicas, la resolución judicial debe contener la expresión de las razones fácticas y jurídicas que apoyan la adopción de la medida, es decir, básica y principalmente, los indicios que existan acerca de la comisión de un delito grave y los que vinculen con dicho delito a la persona que se pretende investigar, así como los razonamientos en orden a la gravedad del delito investigado y a la necesidad de la intervención. Debe contener la decisión judicial el juicio de ponderación que exprese el razonamiento del juez acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida en función del fin que se pretende obtener con ella. Pues como se afirma en las STC 14/2001, de 29 de enero EDJ 2001/461 "también incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención -datos objetivos que hagan pensar en la posible existencia de delito grave, conexión de las personas con los hechos- como de la necesidad y adecuación de la medida -razones y finalidad perseguida- (STC 54/1996, F. 8 EDJ 1996/935)". Y en el mismo sentido se pronuncia la STC núm. 202/2001, de 15 de octubre EDJ 2001/38159. Pues es de esta forma como se hace posible la comprobación posterior acerca de si la decisión judicial ponderó razonadamente tales indicios, comprobación que tiene relevancia no solamente desde la perspectiva del Tribunal que conozca del asunto en primera instancia o en vía de recurso, sino también desde la del titular del derecho afectado, de forma que pueda conocer en su momento las razones que justificaron la restricción de uno de sus derechos más importantes.

No es preciso, sin embargo una determinada extensión en el razonamiento, ni una concreta forma de razonar, bastando con que sea posible, desde una perspectiva objetiva, entender las razones que justifican en el caso concreto la restricción del derecho fundamental que acuerda la autoridad judicial. La jurisprudencia ha aceptado la llamada motivación por remisión, integrando el auto judicial con el contenido de la solicitud policial que la precede y explica, de manera que cuando en esta última se contengan los datos necesarios para justificar el acuerdo del órgano judicial, basta que éste se remita a su contenido. Como se dice en la STS núm. 1850/2000, de 29 de diciembre EDJ 2000/52651, citando las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 166/1999, de 27 de setiembre EDJ 1999/27075 y núm. 8/2000, de 17 de enero EDJ 2000/89, "aunque el Auto autorizando la entrada y registro adopte la forma del impreso la resolución puede estar motivada si, integrada con la solicitud a la que se remite, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre EDJ 1997/8136, 49/1999 EDJ 1999/6871, 139/1999 EDJ 1999/19191, 166/1999, 171/1999 EDJ 1999/27091). De manera que el Auto que autoriza el registro, integrado con la solicitud policial, puede configurar una resolución ponderada e individualizada al caso. No cabe sostener que la exteriorización de los elementos necesarios, a los efectos del juicio de proporcionalidad de la medida, debe aparecer siempre en la resolución judicial aisladamente considerada".

Los indicios de la comisión de un delito y de la participación en el mismo de la persona cuya investigación se pretende continuar a través de la intervención telefónica, aparecen como el soporte fáctico imprescindible de la decisión judicial. Debe desprenderse de ésta la existencia de indicios suficientes, entendidos, no como meras sospechas o conjeturas, sino como datos objetivos que, "sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada" (ATS de 18 de junio de 1992), permitan contar con una noticia racional, siquiera sea provisional y precisada de confirmación, del hecho que se pretende investigar, así como con la posibilidad seria de descubrir a los autores, o de comprobar algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579 de la LECrim EDL 1882/1), a través de la medida que se autoriza. En algunos casos será suficiente a estos efectos con los datos suministrados por quien solicita la intervención de las comunicaciones y, en otros, la autoridad judicial deberá proceder a su comprobación o ampliación.

En el auto judicial, y si se remite a la solicitud policial, en ésta, ha de constar, como recuerda la STC 14/2001, de 29 de enero EDJ 2001/461, "el hecho punible investigado y su gravedad así como las personas afectadas, que son las razones que justifican la medida (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, F. 4 EDJ 1997/8136, y 139/1999, de 22 de julio, F. 2 EDJ 1999/19191)". No basta con la constancia en la solicitud policial de meras hipótesis subjetivas acerca de una "posible" comisión de un hecho delictivo y de una "posible" participación de la persona cuyas comunicaciones se pretende intervenir, sino que tales hipótesis han de venir avaladas por algún dato objetivo, producto de una previa investigación, que permita aceptarlas provisionalmente de forma que justifiquen la restricción del derecho fundamental. Datos objetivos que, según la STC 14/2001, de 29 de enero, "han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido» (STC 49/1999, F. 8 EDJ 1999/6871). Esas sospechas han de fundarse en «datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave», o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 -caso Klass - EDJ 1978/4 y de 15 de junio de 1992 -caso Lüdi EDJ 1992/13838) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim EDL 1882/1, en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3) (SSTC 49/1999, F. 8; 166/1999, F. 8 EDJ 1999/27075; 171/1999, F. 8 EDJ 1999/27091, y 299/2000, F. 4

EDJ 2000/46394)". En definitiva, sospechas fundadas en datos concretos (STS núm. 1316/2001, de 4 de julio, que cita la STS núm. 239/1997, de 26 de febrero EDJ 1997/1381).

Es evidente, por otro lado, que la solicitud de intervención telefónica tiene lugar, en la mayoría de los casos, en los primeros momentos de la investigación criminal, cuando aún no se dispone de pruebas de cargo contra los implicados en la acción delictiva a cuya investigación está orientada, la cual tiene que proseguir sin que el investigado lo conozca, por lo que la exigencia de suficiencia en los indicios en los que ha de apoyarse su adopción no puede adquirir tal nivel que la haga inviable o inútil. Se trata, precisamente, de avanzar en la investigación o de obtener medios de prueba de los que se carece. Es cierto que tales consideraciones no pueden conducir a aceptar que se acuda a la intervención telefónica como primera medida de investigación propiamente dicha o que sean bastantes las meras sospechas personales carentes de apoyos objetivos, pero ha de tenerse en cuenta que la acreditada utilidad de esta medida para la investigación criminal, y también en ocasiones la importancia de sus resultados como medio de prueba, especialmente en la lucha contra la criminalidad organizada que, a través de la comisión de delitos graves, atenta seriamente contra las bases de la sociedad democrática moderna, aconseja cohonstar en cada caso la necesidad de la investigación y la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano, cuya lesión solo podrá venir justificada suficientemente en datos objetivos aportados como resultado de una previa investigación policial. Datos objetivos que pueden ser de intensidad y número variables, sin que en este aspecto puedan establecerse a priori criterios rígidos, pero que han de ser suficientes en todo caso, sin que sea necesario que acrediten por sí mismos la responsabilidad criminal, para avalar una sospecha razonable según el criterio del Juez de instrucción, criterio, que, por otra parte, es susceptible de revisión por el Tribunal de instancia y después en casación.

Desde la perspectiva expuesta analizamos la concurrencia de los anteriores requisitos al caso. Comprobamos que el oficio de exposición de las razones que justifican la pretensión de la medida de investigación se apoya en diligencias anteriores de investigación desarrolladas por la policía que refiere la existencia de varios de los investigados sobre los que recaen sospechas de su dedicación al tráfico de drogas. Se han efectuado seguimientos para comprobar las sospechas, las reuniones mantenidas entre ellos, la existencia de puntos de venta localizados, con seguimientos y "apostamientos" que han dado como resultado la constatación de la existencia de ventas de sustancias a terceras personas a las que se ha intervenido la sustancia comprada, en aplicación de la ley de seguridad ciudadana, sin dar lugar a una mayor actuación de investigación para no quebrar la principal investigación sobre los hechos. Se han realizado indagaciones sobre la actividad laboral y los bienes en su poder, lo que no se corresponden a actividades laborales o negociales ilícitas. El Auto que autoriza la diligencia refleja esa actividad de indagación policial sobre los investigados, sus actividades que son pantalla de la ilícita actividad, las propiedades existentes y los vehículos utilizados.

La expresión de los indicios sobre la ilícita actividad de los investigados, las conexiones entre los investigados y terceras personas, consumidoras de la sustancia, así como las medidas de seguridad adoptadas, hacen que la medida de indagación solicitada y concedida, sea proporcional a la gravedad de los hechos, y aparezca justificada en el caso investigado.

NOVENO.- En el cuarto de los motivos de la impugnación denuncian la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

Los tres recurrentes mantienen una idéntica argumentación en defensa de su queja casacional: la única prueba susceptible de ser valorada es la desarrollada en el juicio oral y en el caso de que la empleada fuera de naturaleza indiciaria, la necesidad de que la prueba sea plural y inequívoca en su dirección acusatoria. Estos criterios son razonables y reiteradamente establecidos en nuestra jurisprudencia pero de difícil aplicación al supuesto concreto de los recurrentes cuya actividad probatoria descansa en la intervención de la sustancia que portaban y en las intervenciones telefónicas.

El motivo debe ser desestimado. Con respecto a los recurrentes Basilio y Feliciano, el fundamento de derecho sexto recoge la prueba valorada, la intervención de los 471 gramos que portaban conjuntamente y que llevaban para entregarla a otra persona, el correcurrente José Augusto, identificado en ocasiones como " Botines " y por lo que recibirían 300 euros y algo de droga, manifestaciones que realizan en el juicio oral, lo que supone el reconocimiento de un acto de transporte que integra la tipicidad del art. 368 del Código penal EDL 1995/16398 .

Con relación al coimputado José Augusto, era el destinatario de los 471 gramos de sustancia tóxica cocaína objeto de la intervención a los anteriores recurrentes, los cuales, junto a otros, lo identifican como Botines y José Augusto y el destinatario de la sustancia tóxica. Además a este recurrente se le intervinieron en su domicilio cocaína, hachís, una balanza de precisión y 290 gramos de una sustancia no identificada de color blanco que empleaba para mezclarla con la sustancia en operaciones de venta.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, los tres motivos de los recurrentes se desestiman.

RECURSO DE Anselmo

DÉCIMO.- En el primero de los motivos denuncia la falta de claridad del hecho probado de la sentencia impugnada.

El motivo es de difícil inteligencia. El recurrente mostró su conformidad con el escrito de acusación de la acusación pública, luego la posible falta de claridad sería consecuencia de la propia actuación procesal de la parte recurrente que contribuyó con su conformidad a la redacción del hecho probado. En todo caso, el relato fáctico refiere, respecto a este acusado que fue detenido cuando circulaba en un vehículo que conducía y le fue ocupado 566 gramos de cocaína, que se identifica en orden a la pureza y al valor de mercado, ocultos bajo el asiento.

El hecho, por lo tanto es claro, y ninguna objeción cabe señalar. La objeción sobre la falta de conocimiento de la llevanza, se compadece mal con la actuación procesal de este condenado que se conformó con el escrito de acusación que le imputaba el transporte de la sustancia tóxica. Además el tribunal, para afirmar el conocimiento de la llevanza y del transporte refiere las conversaciones telefónicas de las que resulta el conocimiento de esa actividad ilícita. Este recurrente no reduce su participación al hecho puntual de la intervención, apartado 1.F., sin que el tribunal refiere una intervención de este acusado en los apartados 1.D y 1.B. de los hechos probados.

DÉCIMO PRIMERO.- En el segundo de los motivos denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 368 del Código penal EDL 1995/16398 con un único argumento "no se detalla el porqué de la actividad probatoria desarrollada por el imputado es incardinada en el tipo penal y declarado autor mi representado". Tan escueta argumentación no merece otra respuesta que la remisión al hecho probado, que refiere que el acusado realizó un acto de transporte de sustancia tóxica, de 566 gramos, lo que supone un acto de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de sustancias tóxicas. Pero además, el relato fáctico refiere que con relación a la acusada Rita la dio instrucciones para la entrega del paquete con 721 gramos de cocaína que transportaba, y en otra ocasión y con respecto a otros de los condenados este recurrente le suministró el número de cuenta corriente en la que debía ingresar 3000 euros como pago de partidas de drogas objeto de tráfico.

El hecho probado es claro y preciso en la descripción de hechos subsumibles en el tipo penal del art. 368 del Código penal EDL 1995/16398, por lo que el motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- En el tercero de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Se queja el recurrente de que la "supuesta anuencia con la acusación formulada no exime al tribunal de aplicar la ley y ser escrupuloso en la redacción de los hechos probados".

El motivo se desestima. El tribunal expresa en el fundamento de derecho primero la razón de la convicción obtenida y que parte del expreso reconocimiento de los hechos, con asunción de la responsabilidad. Además de la intervención de la droga en el coche en el que fue detenido y las declaraciones de los funcionarios de policía que investigaron los hechos y las conversaciones interceptadas en las injerencias telefónicas.

El tribunal de instancia motiva adecuadamente la convicción sobre los hechos sobre la prueba practicada en el juicio oral.

RECURSO DE Clemencia

DÉCIMO TERCERO.- Esta recurrente plantea su oposición por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva y alza su queja contra la condena por complicidad porque, se declara probado, no conocía la existencia de la droga. El motivo será estimado. Refiere el relato fáctico que "no consta que la acusada Clemencia tuviera conocimiento de las ilícitas actividades de su padre y del lugar donde custodiaba la droga (en este caso hachís), ni que realizara actuaciones necesarias para evitar su descubrimiento e incautación ante las actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad y asegurar la continuación de la actividad delictiva y consiguiente obtención de ingresos ilícitos. Sólo existe constancia de que, mientras se estaba realizando una vigilancia estática sobre el domicilio de Jacinta, antes de proceder a la entrada y registro, Clemencia, en unión de su hermana extraña del mismo una nevera de playa que trasladó a su domicilio donde se personó posteriormente una dotación de la guardia civil a la que aquélla hizo entrega de la mencionada nevera que contenía 64 pastillas de hachís, arrojando un peso de 12 kilos con 835 gramos..".

Es patente el error en la subsunción del tribunal pues no es posible afirmar que la recurrente carecía de conocimiento sobre la existencia de la droga y sobre las actividades ilícitas de su padre, poseedor de la sustancia tóxica alojada en la nevera, y al tiempo referir que la conducta es de complicidad respecto a la acción de un autor principal. En materia de participación, el dolo del responsable exige un conocimiento de la conducta realizada por el autor principal, al que se ayuda, y una voluntad de colaborar en el delito del que otro es autor. El hecho probado no refiere nada de lo anterior, se limita a decir que la acusada no conocía la conducta ilícita de su padre y tampoco la existencia de la droga y que se limitó a coger una nevera que contenía la sustancia tóxica y que entregó a la guardia civil cuando ésta le reclamó la nevera.

Es posible que la acusada tuviera un conocimiento mayor del que afirma el relato fáctico, pero el que afirma en el hecho niega la responsabilidad penal.

El motivo, opuesto por vulneración a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, debe ser estimado, en la medida en que el hecho probado no refiere los elementos precisos para la subsunción del hecho en la complicidad en el tráfico de drogas.

FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por El Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 4 de enero de dos mil diez por la Audiencia Provincial de Cádiz, en la causa seguida contra Basilio, Feliciano, Marcelino, Rita, José Augusto, Anselmo, Eulalio, Clemencia y Lucas y otros no recurrentes, por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas correspondiente a este recurso. Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de la acusada Clemencia, contra la sentencia dictada el día 4 de enero de dos mil diez por la Audiencia Provincial de Cádiz, en la causa seguida contra ella misma y otros, por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas correspondientes a su recurso. Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de los acusados Basilio, Feliciano, Marcelino, Rita, José Augusto, Anselmo, Eulalio y Lucas, contra la sentencia dictada el día 4 de enero de dos mil diez por la Audiencia Provincial de Cádiz, en la causa seguida contra ellos mismos y otros, por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago

de las costas causadas correspondientes a sus recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

SEGUNDA SENTENCIA

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción num. 2 de Barbate, con el número 4/08 y seguida ante la Audiencia Provincial de Cádiz, por delito contra la salud pública contra Basilio, Feliciano, Marcelino, Rita, José Augusto, Anselmo, Eulalio, Clemencia y Lucas y otros no recurrentes y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 4 de enero de dos mil diez que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio fiscal.

Que por las razones expresadas en el décimo tercero de los fundamentos de derecho procede la absolución de la recurrente Clemencia.

III. FALLO

F A L L A M O S: Que ratificamos los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia impugnada a excepción de los siguientes extremos: Que debemos condenar y condenamos al acusado Aurelio como autor responsable de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 concurriendo la atenuante de drogadicción prevista en el artículo 21.2 del Código Penal EDL 1995/16398, la pena de 3 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 2.500 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 16 días caso de impago.

A Marcelino, como autor de un delito contra la salud pública a la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 28.400Eur., correspondiente al tanto del valor de la droga objeto del tráfico.

A Feliciano, como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 28.400 Eur..

A Santiago, como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 4 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 12.350 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes en caso de impago.

A Anselmo, como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 77.220 Eur..

A Rita, como autora de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 5 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 43.260 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes en caso de impago.

A Eulalio, como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño para la salud en cuantía de notoria importancia, 368 y 369.1.6º concurriendo la agravante de reincidencia a la pena de 4 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 25.455 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes en caso de impago.

A José Augusto, como autor de un delito del artículo 368 del Código penal EDL 1995/16398 a la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 28.989 Eur..

A Basilio, como autor de un delito del artículo 368 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 5 AÑOS DE PRISIÓN y multa de 28.400 Eur., con responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes en caso de impago.

Que debemos absolver y absolvemos a Clemencia del delito del que venía siendo acusada, y declarando de oficio el pago de las costas procesales correspondientes a su recurso.

Ratificando el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectadas por la impugnación del Ministerio fiscal incluido el pago de las costas procesales producidas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, 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: 28079120012011100523