

Roj: **STS 2950/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2950**Id Cendoj: **28079120012016100547**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/06/2016**Nº de Recurso: **10082/2016**Nº de Resolución: **533/2016**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP AL 1373/2015,**
STS 2950/2016

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, interpuesto por Jose Enrique , Adrian , Cayetano Y Teodora contra sentencia de fecha quince de diciembre de dos mil quince dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera , en causa seguida contra los mismos 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 Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando el recurrente Adrian representado por la Procuradora Sra. Gómez Cebrián; Jose Enrique representado por la Procuradora Sra. Arcos Gómez; Cayetano representado por la Procuradora Sra. Matuz Juristo y Teodora representada por la Procuradora Sra. Godoy Bernal.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Almería incoó Diligencias Previas 2109/14 (P.A. 124/14) contra Jose Enrique , Adrian , Cayetano y Teodora por un delito contra la salud pública y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, cuya Sección Tercera (Rollo de Sala núm. 39/14) dictó sentencia en fecha quince de diciembre de 2015 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

"Probado y así se declara que el acusado Jose Enrique , mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, desde al menos comienzos del año 2014 ha venido adquiriendo cantidades de la sustancia estupefaciente denominada Cocaína que posteriormente redistribuía, contando siempre con la colaboración de los también acusados, Adrian , mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, Teodora -hermana del primero-, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Cayetano , mayor de edad y sin antecedentes penales residiendo, todos ellos, en la provincia de Almería.

Durante los meses inmediatamente anteriores a su detención los contactos telefónicos e incluso personales entre los acusados para coordinar pequeñas entregas de cocaína fueron continuos, colaborando todos ellos en su distribución en la capital de Almería. Así, durante los meses de enero a abril de 2014, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía pertenecientes al Grupo de Estupefacientes, asumieron el cometido de realizar controles periódicos acerca de los acusados, al sospecharse su posible participación en actividades relacionadas



con la distribución de sustancias estupefacientes. Asimismo, se solicitó y obtuvo autorización judicial para proceder a la intervención de los teléfonos móviles usados por los mismos, comprobando continuos contactos telefónicos entre los distintos acusados. Para dificultar la investigación, por si las conversaciones estaban siendo interceptadas, los anteriormente citados se comunicaban en lenguaje encriptado, cambiando constantemente de número.

Una vez comprobado lo anterior se tuvo conocimiento de que el día 18 de marzo de 2014 se iba a realizar una entrega de sustancia estupefaciente y se procedió a establecer un dispositivo tendente a la interceptación de la droga y detención de la persona receptora de la misma. De este modo, se establecieron controles policiales en las inmediaciones del domicilio del acusado Jose Enrique , sito en la CALLE000 nº NUM000 de esta capital, observando los agentes cómo, sobre las 07:10 horas del referido día, el acusado tras permanecer unos minutos en actitud de espera en la puerta de su domicilio y contactar telefónicamente, entrega al conductor de la furgoneta matrícula FU-...-F que hace su entrada en la calle un sobre de color blanco. Tras un seguimiento del mismo, cuando el esperado vehículo circulaba por la carretera de Ronda, procedieron a su interceptación, siendo detenido su único ocupante, el acusado Cayetano , titular del mismo; incautaron en su interior en una guantera ubicada bajo el volante un sobre blanco cerrado con el logotipo del Hospital Virgen del Mar de esta capital, conteniendo dos rocas blancas con un peso de 51'69 y 16'76 gramos, respectivamente, de una sustancia que tras ser debidamente analizada resultó ser cocaína, con un porcentaje de pureza de 62'39% el primer lote, y 38'14%, el segundo, y un valor en el mercado ilícito de 7.865'19 y 1.558'98 euros, respectivamente, así como dos teléfonos móviles, uno de ellos, con número NUM001 , objeto de intervención judicial.

De las diligencias practicadas y analizadas las conversaciones telefónicas mantenidas, se acreditó la participación en las actividades ilegales destinadas al tráfico ilegal de drogas del resto de los acusados, por lo que se continuaron las investigaciones por la policía y se practicaron diligencias de entrada y registro en fecha 4 de abril de 2014, autorizadas en virtud de autos dictados el día anterior, en los domicilios del resto de los acusados procediendo a la detención de los mismos.

Así, sobre las 10:00 horas, interceptan al acusado Adrian cuando se disponía a salir de su domicilio, ubicado en la CALLE001 nº NUM002 , NUM003 de Almería, interviniendo en su poder tres teléfonos móviles, uno de ellos, con número NUM004 objeto de intervención judicial y llevando a cabo a continuación diligencia de entrada y registro en su domicilio. En la vivienda, se halló una roca blanca con peso neto de 99'29 gramos, roca blanca con peso neto de 99'78 gramos, roca blanca con peso neto de 181'59 gramos, roca blanca con peso neto de 108'23 gramos, roca blanca con peso neto de 65'55 gramos, polvo- roca blanco con peso neto de 3'77 gramos y roca blanca con peso neto de 0'33 gramos, que debidamente analizados resultaron ser cocaína, con una pureza de 63'67%, 58'10%, 55'06%, 59'40%, 80'11%, 30'64% y 23'59%, respectivamente, y un valor conjunto en el mercado ilegal de 93.251'49 euros, junto a diversos utensilios, bolsas de plástico, útiles con restos de sustancia estupefaciente y dos balanzas electrónicas, destinados a la manipulación de la misma, con el ilícito propósito de ulterior distribución a terceros.

En desarrollo de la operación establecida sobre las 12:00 horas se detuvo al acusado Jose Enrique en su domicilio, sito en la CALLE000 nº NUM000 , escalera NUM005 , NUM006 - NUM007 de esta ciudad y practicando a continuación en sus habitaciones, diligencia de entrada y registro, hallándose cuatro teléfonos móviles, tres de ellos objeto de intervención, con números NUM008 , NUM009 y NUM010 , y dos bolsas conteniendo sustancia de color blanco en su interior que debidamente analizada resultó ser cocaína, con un peso neto de 0'22 y 172'51 gramos y una pureza de 29'95 y 20'97 %, respectivamente, con un valor global en el mercado ilícito de 8.838'74 euros, poseída por el acusado referido con la finalidad de proceder a su distribución ilegal a terceros. Asimismo se intervino una balanza de precisión, un peso y útiles destinado a la manipulación de la misma, y un total de 12.860 euros en efectivo en billetes y monedas fraccionadas procedentes de dicho tráfico ilegal.

Sobre las 13:20 horas los funcionarios policiales se trasladaron al domicilio de la acusada Teodora , sito en la CALLE002 nº NUM011 , NUM012 de la capital de Almería a fin de practicar diligencia de entrada y registro. Tras varios requerimientos sobre la presencia policial para que abriera la puerta, a los que la misma hizo caso omiso, los agentes hicieron uso de la fuerza para franquear la puerta y acceder al inmueble, sorprendiendo a la acusada, quien desde la cocina, arrojaba al patio interior del inmueble tres envoltorios de plástico blanco termo selladas, ocupándosele asimismo en el interior de un monedero de mano otros dos envoltorios de similares características, que debidamente analizadas, contenían cocaína, con un peso neto global de 5'11 gramos y una pureza del 29,18% y un valor en el mercado ilícito de 363'65 euros, destinado al tráfico ilegal a terceros. Asimismo se le ocuparon tres teléfonos, dos de ellos, con números NUM013 y NUM014 , objeto de intervención judicial y 835 euros procedente de dicha actividad ilegal.

Por parte del grupo policial actuante se intervinieron, además de la furgoneta marca Citroén C-15, matrícula FU-...-F , propiedad de Cayetano , el turismo marca Nissan Primera, matrícula H-...-IW , propiedad de Juan



Manuel , persona ajena a estos hechos, el turismo marca Ford Escort, matrícula OB-....-R , titularidad de Adrian , el turismo marca Seat Ibiza matrículaGGG y el ciclomotor marca Gilera Runner matrícula Y...YYY , ambos propiedad de Teodora , y la motocicleta Yamaha XMAX 250, matrículaYYY , que consta administrativamente que su titular es Enrique , pero que fue adquirida antes del 19 de febrero de 2014 por el acusado Jose Enrique , aunque no realizó el cambio de titularidad".

SEGUNDO.- Dicha Audiencia dictó el siguiente pronunciamiento:

1º) Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Jose Enrique como autor criminalmente responsable de un delito ya definido contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de CIENTO VEINTE MIL EUROS (120.000?), con arresto sustitutorio de DOS MESES en caso de impago, previa excursión de sus bienes y al pago de una cuarta parte de las costas procesales causadas.

2º) Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados Adrian y Teodora como autores criminalmente responsables de un delito ya definido contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, a cada uno de ellos, de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de CIENTO VEINTE MIL EUROS (120.000 ?), con arresto sustitutorio de DOS MESES en caso de impago, previa excursión de sus bienes y al pago, de una cuarta parte, cada uno, de las costas procesales causadas.

3º) Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Cayetano como autor criminalmente responsable de un delito ya definido contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de DIEZ MIL EUROS (10.000 ?), con arresto sustitutorio de QUINCE DÍAS en caso de impago, previa excursión de sus bienes y al pago, de una cuarta parte de las costas procesales causadas.

Les será de abono a los acusados para el cumplimiento de dichas condenas todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Se acuerda el COMISO de la droga, del dinero y los vehículos intervenidos marca Citroën C-15 matrícula FU-....-F , marca Ford Escort matrícula OB-....-R , marca Seat Ibiza matrículaGGG , el ciclomotor marca Gilera Runner matrícula Y...YYY y la motocicleta Yamaha X-MAX 250 matrículaYYY así como los teléfonos móviles incautados, para ser destinados al Fondo de Bienes Decomisados.

Firme que se esta resolución dese audiencia al Fiscal y a las demás partes sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena a los condenados extranjeros por su expulsión del territorio español.

Dése a la sustancia intervenida, si no se hubiese realizado aún, el destino legalmente previsto y, firme que se esta resolución, comuníquese a la Dirección de la Seguridad del Estado.

Aprobados por sus propios fundamentos, y con las reservas que contienen, las resoluciones de solvencia e insolvencia acordados y remitidos por el Juzgado instructor".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Jose Enrique , Adrian , Cayetano y Teodora que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

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

Jose Enrique

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución , al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del poder Judicial , esta parte considera infringido el art. 24.2 de la Constitución por vulneración del principio de presunción de inocencia, dado que existe falta e insuficiencia de prueba, siendo además contradictoria para emitir una Sentencia de condena.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional del art. 120.3 de la Constitución , pues no están debidamente motivados los autos de autorización de intervención telefónica o de prorrogas, al amparo de lo

prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial , esta parte considera infringido el art. 120.3 de la Constitución , pues no están debidamente motivados los autos que autorizan las escuchas telefónicas.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, se infringe el art. 120.3 y 9.3 de la Constitución . Se alega en su consecuencia vulneración de la tutela judicial efectiva en relación a nuestro derecho de defensa, al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial .

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional del art. 18.3 de la Constitución , al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial . Esta parte considera infringidos el art. 18.3 de la Constitución referente a la inviolabilidad de las comunicaciones, en relación con el art. 11 de la LOPJ , y solicitamos la nulidad de los Autos dictados por el Juzgado de instrucción que acuerdan la intervención de los teléfonos así como los pactos posteriores de que trae causa, como son los registros domiciliarios. Tal nulidad se produce por ser una medida excepcional y dictarse de forma profusa y sin ningún control.

Motivo Quinto.- Por infracción de precepto constitucional del art. 9.3 de la Constitución en relación con el 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial , esta parte considera infringidos el art. 9.3 de la Constitución en relación con el art. 7.3 de la ley Orgánica del Poder Judicial , que proscribía la arbitrariedad de los poderes públicos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, pues entendemos que se ha conculcado nuestro derecho a un juicio justo. Tal vulneración se considera infringida por la inclusión de un auto a fecha 19 de febrero de 2014. A dicha fecha tal auto no fue dictado, pues su numeración no corresponde a la fecha de su otorgamiento (folio 17 de las actuaciones). Existe por tanto una aportación ilegal a un momento que no corresponde.

Motivo Sexto.- Por infracción de precepto constitucional del art. 9.3 de la Constitución , en relación con el artículo 786 apartado 2 de la L.E.Cr . Las "fases" o sesiones del juicio oral, no siguieron el procedimiento reglado. Al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial , esta parte considera infringido el art. 9.3 de la Constitución .

Motivo Séptimo.- Por infracción de precepto constitucional del art. 9.3 de la Constitución en relación con el 774 de la L.E.Cr ., al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial . Esta parte considera infringido el principio de legalidad en relación con el art. 774 de la L.E.Cr .

Motivo Octavo.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución , al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial . Esta parte considera infringido el art. 24.2, derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley.

Motivo Noveno.- Por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 14.1 de la Constitución igualdad de todos ante la ley, en relación con el art. 66.1.6 del C.P , al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial .

Motivo Décimo.- Por infracción de Ley. Error en la apreciación de la prueba, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 de la LECr . Se invoca error en la apreciación de la prueba, aduciendo como documentos apreciativos del error, la propia Sentencia, así como las diversas actas levantadas con ocasión de los registros efectuados.

Adrian

Motivo Primero.- Por infracción de Ley. Al amparo del artículo 849.2 de la LECr ., se invoca error en la apreciación de la prueba, en la que ha incurrido el Juzgador cuando en la sentencia se hace referencia como domicilio de Adrian el ubicado en la CALLE001 NUM002 - NUM003 de Almería y como se recoge en el certificado de empadronamiento, incorporado a la causa y aportado como prueba, su domicilio está en la Cañada de San Urbano, donde convive con su madre y su hermana.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 24.1 y 2 . artículos 18.1 y 3 y artículo 18.2 de la Constitución Española .

Motivo Tercero.- (Desiste) Por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1 del artículo 851 de la LECr .

Cayetano

Motivo Primero.- Por infracción de Ley, por indebida inaplicación del art. 20.2º, o, en su defecto, 21, 2ª, ambos del Código Penal , y doctrina jurisprudencial consolidada que desarrolla ambos, por cuanto hace a mi

representado, de la doctrina consolidada en materia de drogadicción y de lo que implica que el sujeto actúe bajo la influencia del síndrome de abstinencia o de la necesidad de procurarse medios para satisfacer su adicción.

Teodora

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art 18.3 de la CE , relativo al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art 18.2 de la CE , relativo a la inviolabilidad del domicilio.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art 24.2 de la CE , relativo a la presunción de inocencia, en cuanto a que en el procedimiento no se ha practicado prueba hábil y de entidad para su enervación.

Motivo Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el artículo 852 de la LECr ., por infracción de precepto constitucional del artículo 24.2 de la CE , por contravención de derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por la inaplicación del artículo 368 párrafo segundo del Código Penal .

Motivo Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida de los artículos 127 y 374 del Código Penal , relativos al comiso de los enseres que se dicen, propiedad de nuestra defendida.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, se opuso e impugnó todos los motivos aducidos en los respectivos recursos, de conformidad con lo expuesto en su escrito de fecha 5 de abril de 2016; 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 9 de junio de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Jose Enrique

PRIMERO. - Este primer recurrente, de los cuatro que condenados en la instancia por delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, cocaína, formula el primer motivo por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución , al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial , al entender que existe falta e insuficiencia de prueba, siendo además contradictoria para emitir una Sentencia de condena.

Se contrae este motivo en su argumentación a cuestionar tres concretos apartados fácticos:

- En el apartado quinto de los hechos probados, la afirmación de que la vivienda sita en la CALLE001 n° NUM002 NUM003 de Almería, fuera el domicilio de Adrian .

- En el apartado sexto de los hechos probados, las cantidades recogidas y la prueba de resultar cocaína que no se correlacionan con el acta levantada por el Letrado -Secretario- del Juzgado de Instrucción núm. 3 (en especial relación con una bolsa de 180 gramos y otra de 0,4 gramos).

- Por último, indica que el atestado policial habla de elevado nivel de vida de los acusados, cuando solicitaba autorización para las escuchas, y se ha demostrado que viven en alquiler y disponen de vehículos muy antiguos. Tampoco se ha demostrado que las conversaciones sean encriptados de tráfico de estupefacientes. Y en los seguimientos policiales, en ningún momento se acredita contraprestación o pago en dinero por sustancia de droga entregada.

El motivo debe ser absolutamente desestimado:

- Que fuera o no el domicilio reseñado el del coacusado Adrian , en nada impide la condena del recurrente, es cuestión atinente a ese coimputado, para la que carece de legitimación impugnativa.

- Las discordancias con el acta del registro domiciliar es inexistente, dado que lógicamente en el registro se recoge el peso de las bolsitas en bruto: 0,4 y 180 gramos, dos de ellas, mientras que en los hechos probados, se recogen ya su peso neto desprejado el envoltorio (0,22 y 172,51 gramos respectivamente), siendo el análisis que determina ser cocaína, no el indicativo e indiciario del narcotest, sino el determinado pericialmente por procedimientos homologados, en laboratorios oficiales.



- El nivel de vida no es cuestión recogida en el relato histórico de los hechos probados, la recepción de precio no es requisito del tipo que se colma con la tenencia destinada a terceros o con su mero tráfico; y el lenguaje encriptado alusivo a la sustancia estupefaciente, amén de ser inferencia racional dado el contexto y expresiones empleadas, resultó inequívoco cuando por las mismas se tuvo conocimiento de una entrega de 50 kilos de gambas y 15 de atún malo que fue intervenida y efectivamente resultó ser cocaína en roca, en un envoltorio poco más de 50 gramos (51,69 con una pureza del 62%) y en otro envoltorio 16,76 gramos (con una pureza del 38%).

SEGUNDO. - En el segundo y cuarto motivos, cuestiona la adopción de las intervenciones telefónicas, al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en el segundo por infracción del art. 120.3 de la Constitución, por no estar debidamente motivados los autos que autorizan las escuchas telefónicas; y en el cuarto, por infracción de precepto constitucional del art. 18.3 de la Constitución, al haberse acordado la injerencia de forma profusa y sin ningún control, pese a tratarse de una medida excepcional.

El motivo no puede estimarse, el mero dato de los números de teléfonos intervenidos, no es indicativo de que la autorización judicial fuere profusa o inmotivada; tampoco que se acordaran sin esperar a la dación de cuenta del resultado de los ya intervenidos, cuando se facilitaban sospechas suficientes objetivadas que permitieran realizar la exigida ponderación del juicio de proporcionalidad.

La propia sentencia recurrida, muestra la inconsistencia del motivo:

En el presente caso, la solicitud policial de intervención de los teléfonos móviles de diversos sospechosos obrante a los folios 3 a 14 de la causa, proporciona indicios suficientes para acordar la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Así se mencionan las investigaciones y vigilancias policiales sobre los sospechosos que ponen de manifiesto sus frecuentes reuniones; los contactos con otras personas relacionadas con el tráfico de drogas y que igualmente están siendo objeto de investigación por recepción, adulteración y distribución de cocaína en distintos puntos de la capital con la que traficarían los poseedores de los teléfonos cuya escucha se solicita a quienes no se les conoce actividad profesional o laboral retribuida o de cualquier fuente lícita de ingresos que les permita mantener el nivel de vida que exteriorizan pues, en el caso de Jose Enrique, además de la vivienda de alquiler en que reside y la que ha arrendado para el coacusado Juan Pablo, realiza frecuentes envíos de dinero a través de locutorios, adoptando todos ellos medidas de seguridad extremas en sus desplazamientos en vehículos en evitación de seguimientos policiales, tales como dar varias vueltas en la misma rotonda o detener bruscamente la marcha y reanudarla súbitamente, entrando en contacto con individuos que se aproximan en vehículos, en ocasiones en las proximidades del domicilio de Jose Enrique el de su hermana Teodora, y les entregan rápidamente un objeto a través de la ventanilla abandonando seguidamente el lugar, actividad de la que participan tanto Jose Enrique como Teodora y Adrian. Todo ello pone de relieve que en el momento de resolver sobre la medida solicitada y de verificar el juicio acerca de su proporcionalidad y necesidad, el Juez de instrucción dispuso de varios datos objetivos que revelaban de un lado la realidad de una investigación policial sobre unas personas determinadas, en relación con la posible comisión de un delito de tráfico de drogas, y de otro lado, una serie de datos que, conjuntamente valorados, ponían de manifiesto que en esos momentos ya estaban cometiendo el delito o lo iban a cometer en un momento temporalmente próximo, todo lo cual justificaba la restricción del derecho fundamental afectado, tal y como se acordó en Auto de 19-12-2014 (folio 19 y ss. de las actuaciones) que contiene una específica y suficiente remisión al oficio policial en el que se solicita la intervención de los teléfonos, y su examen permite tener por cumplidos los cánones constitucionales señalados.

Respecto de la extensión de la intervención a otros teléfonos, circunstancia en modo alguno inusual en este tipo de investigaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes en que sus artífices cambian a menudo de teléfonos móviles por elementales razones de seguridad utilizando tarjetas prepagadas que garantizan su anonimato, el Juez debe contar con los datos suficientes para valorar la proporcionalidad y necesidad de la medida, en forma similar a lo exigido para la intervención inicial. Del mismo modo, en cuanto a la necesidad de motivar las decisiones en las que se acuerda la prórroga de la medida o la ampliación de la misma a otras líneas telefónicas, es exigible que el Instructor conozca el estado de la investigación, como paso previo a autorizar el mantenimiento de la invasión del derecho fundamental afectado. Pero eso no significa que sea exigible rígidamente que haya procedido con anterioridad a la audición de todas las cintas relativas a las conversaciones ya grabadas, bastando con que la Policía que solicita la ampliación o mantenimiento de la medida, le aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada.

Efectivamente, como indica la sentencia de instancia y ocurre en autos, aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, nuestra jurisprudencia



ha admitido la motivación por remisión, de modo que *la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad* (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 259/2005, de 24 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo), *han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial* , o en su caso del Ministerio Fiscal, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica.

Doctrina jurisprudencial reiterada en la STC 145/2014, de 22 de septiembre , con cita de la 25/2011, de 14 de marzo : Como es sabido, lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifican la intervención telefónica sea exteriorizada directamente en la resolución judicial. Sin embargo, esa premisa no impide que dicha intervención, según una consolidada doctrina de este Tribunal, cumpla el canon de motivación suficiente si, una vez integrada con la solicitud policial a la que venga a remitirse, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la medida. E igualmente seguida por la jurisprudencia, de esta Sala Segunda, reitera que los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos.

Además, "los indicios que se han de tomar en consideración no son los correspondientes a una Sentencia condenatoria, ni siquiera a un Auto de inculpación o procesamiento", de ahí la suficiencia de los explicitados en autos, donde el nivel de vida de los investigados, resulta adecuadamente expresado en términos relativos, correlacionado con la falta de ingresos conocidos.

No es razonable confundir los indicios necesarios para irrumpir en el derecho al secreto de las comunicaciones, con los que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas. Pero no puede exigirse de ellos la solidez de una "provisional cuasi certeza".

La consecuencia es que "no se puede decir que una interceptación telefónica carezca de justificación por haber sido concedida en virtud de meras sospechas siempre que éstas sean razonables y estén suficientemente fundadas, convirtiéndose en indicios. Precisamente por esto, la Policía debe ofrecer al Juez -y éste debe exigirla- su razón de ciencia, es decir, los motivos en que basa su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés invocado por los Agentes de las Autoridad".

En cuanto al control judicial, concorde jurisprudencia constitucional y de esta Sala, sólo requiere que efectúe un seguimiento de las conversaciones y conozca los resultados de la investigación, que no precisa que realice directamente la audición de lo grabado, sino meramente la autoridad judicial, debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo. Y así sucede en este procedimiento, donde el Juez de Instrucción estuvo puntualmente informado de los avances mediante los informes periódicos que la policía aportaba con las transcripciones más relevantes de las conversaciones y donde le daba cuenta del resultado de los seguimientos y vigilancias, con independencia de que no siempre se observara el plazo quincenal establecido para dación de cuenta. Tanto más, cuando aún siendo inexcusable la motivación concorde al jurídico de proporcionalidad referido, como indica la STS 513/2015, de 9 de septiembre , " *no era necesario volver a explicitar cada vez lo que el instructor ya conocía, ni exponer reiterativamente lo que ya constaba. Una cosa es que nopueda darse por supuesto que con la mera intervención inicial basta para tener por motivadas las sucesivas prórrogas indefinidamente, y otra es que esas específicas motivaciones hayan de contextualizarse; es decir, examinarse en conexión con los antecedentes y el material obrante en la causa: se apoya en los sucesivos y periódicos informes*".

Como expresa la STS 401/2012 de 24 de mayo , con un sistemático acopio de resoluciones de esta Sala sobre la materia: *Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, lo que se traduce en la remisión de las grabaciones íntegras y en original al Juzgado, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica efectuada ya por la Policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea esta íntegra o de los pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél , pues en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las grabaciones, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las grabaciones en la sede judicial y a disposición de las partes , pero ya desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal.*



La trascendencia, no deriva de quien hace la selección, sino que las partes cuenten con las conversaciones, las hayan tenido a su disposición y puedan adicionar los pormenores que les pudieran convenir. De otra parte, resulta obvio, que para su utilización como prueba, si los pasajes son escuchados en la vista, no precisan de transcripción autorizada alguna.

Y en todo caso, el incumplimiento de los plazos de dación de cuenta periódica que haya podido fijar el correspondiente auto, siempre que se respete el límite de vigencia temporal de la medida y que exista un efectivo control judicial no supondrá la nulidad de la intervención (STS 1061/99 de 29 de junio , 1584/01 de 18 de septiembre , 697/02 de 22 de abril).

Los motivos segundo y cuarto se desestiman.

TERCERO. - El tercer motivo lo formula por vulneración de la tutela judicial efectiva en relación al derecho de defensa, al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5, 4º de la ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 120.3 y del 9.3 de la Constitución .

Argumenta que en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, no se motiva la agravación de petición de condena para el recurrente en relación al resto de los acusados.

El motivo es manifiestamente inadmisibile; el recurso debe formularse contra la resolución recurrida, no cabe contra escrito de otra parte, aunque fuere la acusación; tanto más cuando la motivación de la diferenciada penal impuesta al recurrente, como máximo responsable del grupo dedicado a la venta y distribución de la cocaína, parece debidamente recogida en el fundamento octavo de la resolución recurrida. El motivo de inadmisión deviene ahora motivo de desestimación.

CUARTO. - Los motivos quinto, sexto y séptimo los formula por infracción de precepto constitucional del art. 9.3 de la Constitución , al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5. 4 LOPJ ; en el primer caso afirma en relación con el art. 7.3 LOPJ , por la inclusión de un auto a fecha 19 de febrero de 2014, cuando a dicha fecha tal auto no fue dictado, pues su numeración no corresponde a la fecha de su otorgamiento (folio 17 de las actuaciones); lo que a su vez en el motivo séptimo entiende que infringe el principio de legalidad en relación con el art. 774 de la LECr ; y en el sexto, conecta esa infracción constitucional, con el artículo 786 apartado 2 LECr , pues las "fases" o sesiones del juicio oral, no siguieron el procedimiento reglado, en relación con el planteamiento de cuestiones previas.

1. En definitiva las irregularidades que denuncia como generadoras de indefensión son:

a) Con fecha 19 de febrero de 2014, entró de guardia el Juzgado de instrucción 3 Almería, oficio de la UDYCO que solicitaba la intervención de las escuchas telefónicas de los investigados; y origina que se siguieran por dicho Juzgado Diligencias Previas y se dictaran tres autos con tal numeración, el de autorización de las escuchas, el del Secreto de sumario y el de remisión de la causa a reparto; pero entiende el recurrente que no se dictó *auto de incoación de diligencias previas* ; que deduce porque si bien tal auto aparece al folio 15 de las actuaciones, se reitera ulteriormente con fecha 10 de marzo de 2014, que es justamente cuando se vuelve a retomar la causa, y procedente del turno de reparto, se asigna de nuevo al Juzgado núm. 3.

b) Al inicio de las Sesiones del juicio oral, concretamente el 15 de Octubre de 2015, se informó a los letrados, por parte del Ilustrísimo Señor presidente de Sala, que las cuestiones procesales previas, se alegaran por vía de informe o de conclusiones, al final del juicio oral, de donde deduce que diferirlas a un momento posterior implicaba que cualquiera que fueren las razones o motivos alegados, tales cuestiones de previo pronunciamiento o nulidades o vulneraciones de derechos alegadas, no iban a ser tenidas en cuenta por el Tribunal e iban a ser desestimadas.

2. Debemos advertir que no toda irregularidad procesal conlleva la nulidad de lo actuado; y que incluso la indefensión meramente formal, carece en todo caso de tal virtualidad. Conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional *"para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos , no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con realmenoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado"* (SSTC 185/2003, de 27 de octubre ; 164/2005 de 20 de junio).

3. Y en autos sucede:

a) Por una parte que el recurrente enuncia en ambos casos como presupuestos de su impugnación, circunstancias que no acredita: la mendacidad del auto de incoación de 10 de marzo de 2014; y el perjuicio del Tribunal sobre la desestimación de las cuestiones previas, cualesquiera que fuera su contenido.



b) De otra, que en autos el recurrente tampoco indica y lógicamente tampoco acredita ni justifica, cuál ha sido el perjuicio material sufrido en su derecho de defensa. Mientras que

o Afirma en el propio enunciado del motivo que el 19 de febrero de 2014 *se incoaron las Diligencias Previas 1657/2014*, por el Juzgado de Instrucción núm. 3, de modo que el contenido documentado de la resolución de la apertura de las mismas (que se admite ocurrió; y efectivamente de su existencia no cabe duda, tanto al dotar a las Diligencias de numeración autónoma, como por las resoluciones concatenadas que conllevó), regular o irregularmente unido, tempestivamente o con un mes de posterioridad, devenía inocuo para sus intereses, tanto más cuando las diligencias se habían declarado secretas. Tanto más cuando de la información suplementaria elaborada por la Secretario -Letrada- judicial, del sistema informático de gestión procesal, tal irregularidad no resulta, salvo en la reiteración del acuerdo de incoación; se incoan Diligencias y dota de un número para la realización de diligencias urgentes en funciones de guardia, se remiten al Decanato para reparto y repartidas de nuevo al mismo Juzgado núm. 3, se incoan de nuevo y correlativamente se reasigna nueva numeración.

o Y respecto a la inobservancia del art. 786.2, resulta que la postergación de la resolución de las cuestiones previas, es admitido jurisprudencialmente.

Efectivamente, esta Sala tiene declarado (cfr. STS 1290/2009 de 23 de diciembre) que, aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales o la licitud de una prueba puede adoptarse en la iniciación de la vista oral, conforme al art. 786.2 LECr , también es correcto aplazar tal decisión hasta el momento de dictar la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello (SSTS. 286/96 de 3 de abril ; 160/97 de 6 de febrero ; 330/2006 de 10 de marzo ; y 25/2008 de 29 de enero).

Así (cfr. STS 21-7-2011, nº 818/2011) cuando al expresar el texto legal que el Tribunal resolverá "lo procedente" ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión, para el momento procesal de dictar sentencia, en donde efectivamente el Tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explicita las razones de la estimación o desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite.

Esta es la solución que adoptó la Audiencia Provincial que, según revela el acta de la vista del juicio oral, que pospuso la decisión sobre la cuestión planteada por las defensas respecto a la nulidad instada de las intervenciones telefónicas, dedicando los fundamentos de derecho primero y segundo de la Sentencia a pronunciarse sobre esa cuestión, así como a otras cuestiones previas planteadas, al entender conveniente practicar prueba para su resolución. Sin que conste por tanto, ni siquiera alegada, cuestión previa o nulidad alguna que hubiese sido interesada, al margen de la nulidad de las intervenciones telefónicas, la que precisamente ha sido extensa y adecuadamente analizada. Y tampoco media protesta alguna por el impedimento para alegar otra cuestión previa o nulidad por motivo distinto del reseñado.

4. Asociado al motivo quinto, formula su ordinal octavo, por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al entender infringido el art. 24.2, que reconoce el derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley.

Argumenta que en consonancia con su fundamentación previa, que como el Auto de incoación no data de 19 de febrero, sino de 10 de marzo, las resoluciones iniciales adoptadas lo fueron por Juez incompetente. Lo que no puede prosperar pues ya hemos indicado, que la resolución de 19 de febrero al margen de la data en que se documentara, existía; que no se ha acreditado ni que fuera mendaz el Auto que recoge la incoación en 19 de febrero, ni siquiera se ha intentado práctica de prueba sobre ello; y la actuación del Juez de Instrucción en la data de 19 de febrero era en funciones de Juez de Instrucción de Guardia para todo el partido judicial.

En todo caso, es reiterada doctrina de esta Sala Segunda que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia sobre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley (SSTS, entre otras muchas: 336/2016, de 21 de abril , 55/2007 de 23 de enero ; 183/2005, de 18 de febrero , etc.). En esta misma línea, también el Tribunal Constitucional ha estimado que las cuestiones de competencia referentes al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/84 , 8/88 , 93/98 , 35/2000 ..., 164/2008, 220/2009 , etc.)

En idéntico sentido la STS 334/2016, de 20 de abril recuerda que constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias. Consiguientemente no puede confundirse el contenido



de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido. La doctrina constitucional solo exige que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndole de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (véase, por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo).

En autos ninguna arbitrariedad entraña que el Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia, tras recibir el escrito de la UDYCO, adoptara la medidas urgentes precisas, y respetuoso con el derecho al juez predeterminado por la ley, tras la adopción de las mismas, remitiera las Diligencias por esa razón de urgencia así incoadas, a reparto que determinara el Juzgado competente; que además resultó ser el mismo.

Los motivos quinto, sexto, séptimo y octavo se desestiman.

QUINTO. - El motivo noveno se formula por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 14.1 de la Constitución igualdad de todos ante la ley, en relación con el art. 66.1.6 del C.P , al amparo de lo prevenido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5. 4 de la ley Orgánica del Poder Judicial .

Argumenta que no está debidamente justificado que se imponga una pena distinta al recurrente que al resto de los acusados.

Recuerda la STS 640/2015, de 30 de octubre con cita de la STC 161/2008, de 2 de diciembre que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002 ; 91/2004 ; 132/2005); de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997 ; 64/2000 ; 162/2001 ; 229/2001 ; 46/2003); de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989 ; 102/2000 ; 66/2003); de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997 ; 152/2002 ; 117/2004 ; 76/2005 ; 31/2008); y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam" (STC 117/2004 ; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999 ; 122/2001 ; 150/2004 ; 76/2005 ; 58/2006 ; 67/2008).

Por otro lado, no es exigible la igualdad en la ilegalidad; como recordó la STC. 88/2003 , "el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio ; 51/1985, de 10 de abril ; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos" (STS. 502/2004 de 15 de abril).

Consecuentemente cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros (SSTC 17/1984, de 7 de febrero ; 157/1996, de 15 de octubre ; 27/2001, de 29 de enero).

En autos, los presupuestos no son idénticos, no existe quebranto alguno del derecho a la igualdad; y dentro de la tarea de individualización judicial, en un marco punitivo que abarcaba de los tres a los seis años de prisión, la sentencia de instancia impone al recurrente, de manera motivada, la pena de cinco años de prisión *como máximo responsable del grupo dedicado a la distribución y venta de la cocaína* , de modo que resulta justificada la diversificada imposición que conlleva seis meses más de prisión . .

No obstante, la responsabilidad personal subsidiaria impuesta para caso de impago de la pena de multa, debe ser suprimida, por imperativo del art. 53.3 CP , conforme la interpretación que realiza del misma esta Sala Segunda. Aún cuando es cierto que la norma citada se refiere a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años, tal cifra debe ser interpretada conforme al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de 1 de marzo de 2005, luego acogido en numerosas sentencias de modo reiterada y pacífico: "la responsabilidad personal subsidiaria de la multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del artículo 53".

Consecuentemente, la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cinco años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal (cifr. SSTS 1184/2003 de



18 de septiembre ; 252/2008, de 22 de mayo ; 323/2015, de 20 de mayo ; ó, 414/2016, de 17 de mayo , entre otras); y ello implica necesariamente que, en supuestos en los que la pena privativa de libertad impuesta es precisamente de cinco años, no procede imponer el cumplimiento de responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad, pues en cualquier caso se superaría el citado límite legal; y en otro caso, como el de autos, no es dable imponer responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad en cifra que sumada a la pena privativa de libertad, exceda de esos cinco años.

Por ende, la responsabilidad subsidiaria para caso de impago de la multa impuesta será dejada sin efecto.

SEXTO. - El décimo y último motivo, lo formula por infracción de Ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.2 de la LECr , por - en la apreciación de la prueba, aduciéndose como documentos apreciativos del error, la propia Sentencia, así como las diversas actas levantadas con ocasión de los registros efectuados.

Se limita el recurrente, como ya hiciera en el primer motivo, a resaltar extremos que no considera probados o pequeñas discrepancias entre el acta de registro, las cifras del laboratorio o de las diligencias expositivas o de prueba de narcotest que obran en el atestado:

- En el apartado quinto de los hechos probados, la afirmación de que la vivienda sita en la CALLE001 n° NUM002 NUM003 de Almería, fuera el domicilio de Adrian .

- En el apartado sexto de los hechos probados, las cantidades recogidas y la prueba de resultar cocaína que no se correlacionan con el acta levantada por el Letrado -Secretario- del Juzgado de Instrucción 3 (en especial relación con una bolsa de 180 gramos y otra de 0,4 gramos).

- En el apartado séptimo de los hechos probados, el número discrepante de envoltorios y del peso que se otorga a las intervenciones en el domicilio de Teodora , entre el acta de registro, las actas de recepción y el atestado policial.

Ya aludimos en el primer fundamento a que tales discrepancias no existían respecto a las intervenciones realizadas al recurrente, pues en un caso el peso viene dado incluido el envoltorio y en otro el peso que se indica es el neto; y en el caso de las intervenciones de Teodora , se admite que se habla de envoltorios que contienen a su vez varios envoltorios, de ahí la diferencia de número y el peso igualmente se correlaciona con el número de envoltorios individualizados en el momento del pesaje.

En todo caso el motivo elegido no resulta apto para amparar meras discrepancias valorativas y menos sobre extremos de tan nimia diferencia de pesaje y nula relevancia en el fallo.

El error de hecho sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "litosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En definitiva, el art. 849.2 de la LECr , como explicita en su último inciso exige que esos documentos no resulten contradichos por otros elementos de prueba (por todas, STS 21/2016, de 16 de marzo).

Por tanto, la mera formulación de datos contradictorios en dos pruebas diversas anula la posibilidad de prosperabilidad del motivo.

De otra, no se trata con este motivo de acreditar la falta de prueba sobre un extremo concreto, sino al contrario, indicar la existencia de un documento que por sí solo, sin necesidad de explicación complementaria ni prueba adicional alguna y sin existir prueba de cualquier naturaleza que lo contradiga, acredite el error fáctico en que ha incurrido la sentencia, modificación del relato histórico que debe tener entidad para incidir en el fallo.

Consecuentemente, el motivo se desestima.



Recurso de Teodora

SÉPTIMO. - El primer motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el art 18.3 de la CE, relativo al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Argumenta que el oficio policial de 19 de febrero de 2014, parte de la afirmación de que Jose Enrique es un antiguo conocido del Grupo Policial por su vinculación con varias organizaciones dedicadas al tráfico de cocaína ya hace tiempo investigadas y finalmente desmanteladas; que en concreto estuvo relacionado con una trama en la denominada Operación Pantano que se saldó con la detención de 16 personas y la incautación de más de tres kilos de cocaína, seguidos ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Almería, en Diligencias Previas 4.458/2011; y también se hace mención a una segunda operación policial en la que se investigó a Jose Enrique, en concreto la seguida ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Almería, denominada Operación Día, seguida en Diligencias Previas 4638/2012. Pero no obstante lo anterior, es decir la alusión a concretas operaciones policiales, debidamente judicializadas, en momento alguno se aportan ni los antecedentes de dichos procedimientos, ni la referencia a la participación de Jose Enrique en los mismos; de modo que concluye que ello contraviene lo dispuesto en el Acuerdo adoptado en Sala General por el Pleno de la Sala Segunda de fecha 26 de mayo de 2009.

El motivo no puede prosperar; pues de una parte, el referido Acuerdo, atiende al supuesto de que las injerencias hayan sido adoptadas en otra causa, de la que se ha desgajado o procede la que es objeto de enjuiciamiento, si bien no existe una presunción de ilegalidad de lo actuado en otro proceso, ni el principio in dubio pro reo autoriza a cuestionar, o sospechar de la ilicitud de lo allí actuado, sí que es preciso traer al enjuiciamiento los presupuestos de actuación que habilitan las diligencias subsiguientes acordadas en estos procesos, para que no exista duda acerca de la licitud de las mismas, y para hacer posible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, cuyos derechos fundamentales se ven perjudicados. Aunque la mera omisión de esa diligencia no conlleva por sí sola la nulidad de lo actuado.

Luego no es el caso de autos, donde no el oficio que interesa la intervención no se basa en escuchas provenientes de otras diligencias, sino entre otros datos objetivos, que Jose Enrique fuera investigado en esas concretas Diligencias seguidas por tráfico de drogas.

De otro, conviene advertir como precisa la STS núm. 203/2015, de 23 de marzo con cita de la STS núm. 339/2013, de 20 de marzo, que la veracidad y solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. Cuando, siendo posible, no se refrenda por una investigación judicial previa -e improcedente en este momento- el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos. Pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante y casi burocrática. No hay razones para desconfiar por sistema de esos datos policiales. El Instructor no tiene por qué dudar sistemáticamente de todos los datos objetivos proporcionados por la policía: basta con que tenga la capacidad de contrastarlos cuando lo considere necesario.

Para la legitimidad constitucional de la autorización no es precisa una investigación judicial previa exhaustiva, ni la comprobación anticipada de los datos objetivables ofrecidos por la policía como son las observaciones derivadas de vigilancias. Aunque, efectivamente, no desconfiar por sistema de la policía judicial, no significa abandonar en ella una tarea que es primordialmente judicial. Pero esas consideraciones no impiden que el Instructor en principio haya de fiarse lógicamente de los datos objetivos que le transmite la policía. Si la policía afirma que una persona tiene antecedentes policiales por un determinado delito, no es necesario que lo corrobore con un certificado; si relata que ha realizado vigilancias y ha observado determinada secuencia, tampoco hay que poner entre paréntesis la veracidad de esos datos objetivos indagando sobre la identidad de los agentes intervinientes y recibiendo declaración; si el oficio policial indica que han observado que varias personas se acercaban a otra breves momentos e intercambiaban algo, no es necesario antes de decidir sobre la autorización solicitada ni tomar declaración bajo juramento a los testigos, ni a los que contactaban, ni a los policías que hicieron las vigilancias.

En este sentido también razona la STS núm. 567/2013, de 8 de mayo, al precisar que el escenario en esta fase preliminar es muy diferente al del momento del juicio oral en que sí se impone una "duda metódica" sobre los elementos de cargo, usando la expresión cartesiana acuñada en un marco reflexivo (metafísica) muy diferente pero que es plástica. No es necesaria una a modo de "mini-instrucción" previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia. En absoluto. No existe irregularidad o déficit alguno en el hecho de que el oficio policial no fuese acompañado de documentos acreditativos de las vigilancias, informaciones, antecedentes, expresión de la identidad de todos los agentes que intervinieron, cronología exacta de los seguimientos.



Especialmente cuando en autos, se identifican las diligencias anteriores donde Jose Enrique fue investigado, de forma tan pormenorizada y por tanto de sencilla comprobación si se hubiese interesado tempestivamente.

El motivo se desestima.

OCTAVO. - El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art 18.2 de la CE , relativo a la inviolabilidad del domicilio.

Lo fundamenta en la conexión de antijuridicidad con las intervenciones telefónicas; pero dado que no ha recaído declaración de nulidad de las mismas, el motivo resta sin sustento, de forma que la desestimación del motivo anterior arrastra la desestimación de este, subsidiario y tributario del anterior.

NOVENO. - El tercer motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art 24.2 de la CE , relativo a la presunción de inocencia, en cuanto a que en el procedimiento no se ha practicado prueba hábil y de entidad para su enervación.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

En todo caso, integra también reiterada la doctrina que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Y en autos, existe prueba suficiente para destruir tal presunción, y así lo pone de manifiesto la Audiencia en el fundamento de derecho cuarto tras oír a los Agentes de la Policía nº NUM015 y NUM016 quienes depusieron en el acto del Juicio, como tras entrar en su domicilio la sorprendieran arrojando al patio interior del inmueble tres envoltorios de plástico con cocaína, ocupándose en una cartera de mano el resto de de la intervenida así como tres teléfonos, dos de ellos intervenidos judicialmente y con los que se comunicaba con Jose Enrique y con Adrian y eventualmente con otras personas para concertar encuentros y entregas, como asimismo explicaron los policías en el juicio y se puso de manifiesto con las audiciones de las conversaciones telefónicas, en alusión también a productos alimenticios en elusiva mención de la sustancia estupefaciente.

En definitiva, el recurso se desestima, pues no cabe, una vez constatada en la causa la existencia de dicha prueba, combatir en vía casacional, la valoración probatoria efectuada por el órgano jurisdiccional de instancia en uso y atribución de las facultades privativas (artículo 117.3 de la Constitución) propias de su función y con arreglo a lo dispuesto en el art. 741 LECr .



DÉCIMO. - El cuarto motivo lo formula por infracción de precepto constitucional del artículo 24.2 de la CE , al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el artículo 852 de la LECr , por vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

La recurrente entiende que el plazo de tramitación ha sido excesivo y que además han existido diversas paralizaciones que trata de justificar con el siguiente cronograma:

- 19 de febrero de 2014, incoación de las Diligencias Previas 1.657/2014 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Almería.
- 19 de junio de 2014, Auto de continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado.
- 1 de julio de 2014, Auto de Apertura de Juicio Oral
- 29 de septiembre de 2014, Diligencia de Ordenación por la que se dispone la remisión de los autos a la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento.
- 29 de octubre de 2014, Auto de la Sala en el que resolviendo sobre las pruebas propuestas por las partes, y señalamiento para el pasado 19 de marzo de 2015.
- 19 de marzo de 2015, inicio de las sesiones de juicio oral y suspensión para la práctica de información suplementaria.
- 26 de marzo de 2015, Providencia, en la que se pone en conocimiento de las partes la práctica de la información suplementaria, quedando los autos pendientes de nuevo señalamiento.
- 14 de abril de 2015 Diligencia de Ordenación que el señalamiento para el 15 de octubre de 2015.
- 15 de octubre de 2015, inicio de las sesiones de juicio oral y suspensión para continuación el 13 de noviembre de 2015.
- 13 de noviembre de 2015, continuación de las sesiones de juicio oral y suspensión.
- 13 de noviembre de 2015, Diligencia de Ordenación, señalando para continuación de juicio el 4 de diciembre de 2015.
- 4 de diciembre de 2015, continuación de juicio oral, quedando los autos vistos para el dictado de sentencia.

Cronograma, que indica el ritmo de las actuaciones, pero en absoluto como ya advierte la sentencia de instancia, paralización alguna, con excepción de los seis meses desde el señalamiento al inicio de celebración de la vista.

El motivo no se puede estimar; pues es criterio asentado con sustrato en la propia jurisprudencia del TEDH, como el asunto *Eckle c. Alemania* , sentencia de 15 de Julio de 1982 ó en el caso *López Solé c. España* , sentencia de 28 de Octubre de 2003 que el cómputo para el inicio de las posibles dilaciones indebidas sólo debe empezar cuando una persona está formalmente acusada, o cuando el proceso tiene repercusiones adversas para él dadas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar; textualmente ";el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos...."; y en autos, los hechos enjuiciados tienen su origen en febrero de 2014, pero las diligencias son declaradas secretas y los recurrentes, no son detenidos hasta el 4 de abril de 2014, y la sentencia se dicta el 15 de diciembre de 2015 . Ni siquiera dos años, veinte meses y diez días, de modo, que aunque haya existido alguna paralización, en modo alguno cabe calificarlo de dilación "extraordinaria", fuera de toda normalidad, que junto a su carácter de indebida, es exigencia normativa para su consideración como mera atenuante ordinaria.

UNDÉCIMO. - El quinto motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por la inaplicación del artículo 368 párrafo segundo del Código Penal .

A los efectos del art 368.2 CP, en la redacción ofrecida por la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, la falta de relevancia del hecho imputado y la excepcionalidad de las circunstancias que concurran en el sujeto activo, han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida. El precepto vincula la atenuación a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente. Basta una de las alternativas -o menor antijuricidad, o menor culpabilidad-, y no la concurrencia de ambas (SSTS 32/2011, de 25 de enero ; 51/2011, de 11 de febrero ; y 448/2011, de 19 de mayo , entre otras). El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones -escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable-, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad -escasa entidad-; el otro referido más bien a la culpabilidad -circunstancias personales-).



En autos, las circunstancias personales son neutras, pues si bien no son peyorativas, tampoco integran circunstancia indicativa minorativa de culpabilidad.

En cuanto a la escasa gravedad del hecho, argumenta estar en posesión de 5 papelinas; un alijo intervenido muy escaso, 5,11 gramos, con una riqueza en cocaína del 29,18 %, es decir, un total de 1,49 gramos de cocaína neta; y las circunstancias personales, afirma, también avalan la aplicación del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, carece de antecedentes y es su primer y esporádico contacto con el mundo delincriminal.

Admite la jurisprudencia de esta Sala, que no es fácil delimitar conforme a reglas de vocación generalizada el contenido material de lo que por escasa entidad del hecho deba entenderse. En la búsqueda de criterios orientadores, conviene recordar que la entidad del hecho es empleada en otros preceptos como criterio de atenuación. Así, por ejemplo, el art. 242.2 del CP, al regular el delito de robo con violencia, autoriza la degradación de la pena impuesta en atención "...a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho"; en el delito de incendio previsto en el art. 351 del CP, la "menor entidad del peligro causado"; también actúa como criterio de atenuación y los delitos contra la seguridad del tráfico conocen esa rebaja de la pena en un grado atendiendo "...a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho" (art. 385 ter); y en otras ocasiones, la entidad del perjuicio es presupuesto para la definición de un tipo agravado. Así acontece, por ejemplo, con el delito de estafa (cfr. art. 250.4 CP).

Pero el art. 368 del CP, no se refiere a la menor entidad, sino a la *escasa entidad* de los hechos ejecutados. Y mientras el primero de los vocablos tiene un significado comparativo, autorizando así un punto de contraste que relativiza la gravedad del hecho en función del elemento de comparación con el que se opere, el calificativo escaso, referido a la entidad de los hechos, ya expresa por sí solo la idea de *excepcionalidad*.

Si bien, sólo el examen del caso concreto, de las singularidades que definan la acción típica, disminuyendo la intensidad del injusto, y de las circunstancias personales que puedan debilitar el juicio de reprochabilidad, podría justificar la atenuación (vd. STS 646/2011 de 16 de Junio).

En el caso presente, el hecho reviste una gravedad que impide su aplicación; pues aunque la cantidad intervenida es pequeña, en todo caso está muy alejada del umbral mínimo psicoactivo, y en cuanto la recurrente desplegaba su actividad continuada de colaboración en la redistribución de la cocaína que adquiría su hermano, siendo relevantes las cantidades que movían éste y sus tres colaboradores, entre las que se encontraba Teodora, como obra en la narración declarada probada.

DUODÉCIMO. - El sexto y último motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 127 y 374 del Código Penal, relativos al comiso de los enseres que se dicen, propiedad de la recurrente.

1. Considera que no procede el comiso de los bienes decretados, habida cuenta la ausencia absoluta de motivación de dicho pronunciamiento, así como por el hecho de no haberse acreditado que hayan sido empleados para la comisión de un delito de tráfico de drogas, ni que sean procedentes del mismo.

En relación a la motocicleta Yamaha X-MAX 250, matrículaYYY, titularidad de D. Juan Manuel, precisa que si bien está casada con él, consta que se dedica a la explotación de una discoteca, y que ni siquiera ha sido llamado al presente procedimiento; pero sucede que esa motocicleta aunque fue intervenida no ha sido objeto de comiso.

En relación a la recurrente, los bienes que fueron intervenidos y ulteriormente objeto de subsiguiente comiso fueron exclusivamente el ciclomotor marca Gilera con placa Y...YYY, y Seat IbizaGGG.

2. Indica la STS núm. 793/2015, de 1 de diciembre, citada a su vez en la STS 238/2016, de 29 de marzo, tras recordar que el comiso guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición (SSTS 450/2007 de 30 de mayo, 16/2009 de 27 de enero), que desde una perspectiva procesal, conviene subrayar que el comiso ha de ser solicitado por el Ministerio Fiscal o por las partes acusadoras, de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTS. 3-6-2002, 6-9-2002, 12-3-2003, 18-9-2003 y 24-6-2005).

Los problemas surgen a la hora de determinar su exacta delimitación, partiendo de que la finalidad de los arts. 127 y 374 del C. Penal es anular cualquier ventaja obtenida por el delito. Las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art. 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes de los actos delictivos.



Por efectos del delito viene entendiendo la jurisprudencia, con un criterio amplio acorde con los fines de la institución, todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, se incluyó en la norma penal la referencia específica a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en su ejecución. Y en cuanto a las ganancias provenientes del delito (arts. 127 y 374 del C. Penal), ha de extenderse su determinación a cualesquiera transformaciones que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito (SSTS. 924/2009 de 7 de octubre y 16/2009 de 27 de enero).

Finalmente, en lo que atañe al límite de la aplicación del comiso, vendría determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente; bien entendido que la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y para constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para encubrir la realidad del tráfico jurídico y para enmascarar el origen ilícito del dinero empleado en su adquisición. Así lo especifican las sentencias anteriormente reseñadas (16/2009 de 27 de enero ; 11/2011, de 1 de febrero ; 600/2012, de 12 de julio ; 969/2013, de 18 de diciembre ; y 877/2014, de 22 de diciembre).

Sin embargo, con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan a los Tribunales suponen la incautación de la sustancia que se pretendía comercializar sin que, por tanto, se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si se parte de una interpretación restringida, el término ganancia habría de identificarse con los beneficios obtenidos por el hecho concreto objeto de condena, lo que implicaría la inaplicación de aquellos preceptos en la generalidad de los casos.

Consciente del problema, esta Sala, reunida en Pleno el 5 de octubre de 2008, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generado con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado, adoptando el siguiente acuerdo:

"El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP . debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete el principio acusatorio" .

Con arreglo a esta interpretación, el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que concurren las dos condiciones antedichas: que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de droga (o de cualquier otro delito), y que se respete el principio acusatorio.

Con relación a la primera circunstancia: el *origen ilícito* , hay que tener en cuenta que esta procedencia puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 14-4-2003 , 29-11-2003 , 19-1-2005 y 20-9-2005).

Con respecto a esta cuestión, se argumenta en la sentencia 338/2015, de 2 de junio , que *no es exigible el mismo canon de certeza cuando se trata de verificar el respeto al derecho a la presunción de inocencia, que cuando se trata de determinar el presupuesto fáctico que permite la imposición del decomiso* . El derecho constitucional citado supone el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. Mientras que en el caso del decomiso, respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho) no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada (SSTS 877/2014, de 22 de diciembre ; 969/2013, de 18 de diciembre ; y 600/2012, de 12 de julio).

3. En autos, el comiso acordado está ayuno de toda motivación; el relato de hechos probados se limita a enumerar el listado de vehículos intervenidos por el grupo policial actuante indicando su titularidad; mientras

que en la fundamentación jurídica únicamente consta: *Asimismo, se decreta el comiso de la droga, de los teléfonos móviles aprehendidos así como de los vehículos, el dinero y la embarcación intervenidos (art. 127 y 374 CP), bienes que se adjudicarán al Fondo de Bienes Decomisados.*

Al margen de que no aparece en el texto declarado probado la intervención de embarcación alguna, tampoco describe ese relato, intervención de los vehículos decomisados a la recurrente, en el tráfico objeto de condena. Y en relación a la eventualidad de su procedencia de anteriores operaciones de tráfico, nada se indica al respecto, ni podemos ahora ponderarlo, ante la falta de indicación, entre otras circunstancias, de la fecha de adquisición de los mismos, siendo evidente la antigüedad de la fecha de su matriculación.

Consecuentemente, ante esa falta de motivación, de consuno con la doctrina de esta Sala, expuesta en SSTS como la 159/2014, de 11 de marzo o la 969/2013, de 18 de diciembre , el motivo se estima.

Recurso de Adrian

DECIMOTERCERO. - El primer motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 LECr , por error en la apreciación de la prueba, en la que ha incurrido el Juzgador cuando en la sentencia se hace referencia como domicilio de Giovanni, el ubicado en la CALLE001 NUM002 - NUM003 de Almería cuando se recoge en el certificado de empadronamiento, incorporado a la causa y aportado como prueba, su domicilio está en la Cañada de San Urbano, donde convive con su madre y su hermana.

El motivo debe ser desestimado; pues como antes hemos indicado, el motivo elegido, error de hecho sólo puede prosperar, entre otros requisitos, cuando a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba; y es obvio que a circunstancia administrativa del empadronamiento en determinada ubicación, no impide la residencia continuada, esporádica, prolongada o eventual en diverso domicilio.

DECIMOCUARTO. - El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECR , por vulneración del art. 18.3 CE y derivadamente 18.2 y 24.1 CE .

Argumenta que las resoluciones que acuerdan las intervenciones telefónicas son nulas por falta de motivación, al no contar con datos objetivos que permitieran a injerencia, ni siquiera por remisión al oficio policial; y consecuentemente resulta nula toda la prueba derivada como el registro domiciliario, sin que reste por tanto prueba de cargo alguna que desvirtúe la presunción de inocencia.

Cuestiones que ya han sido analizadas en esta resolución con motivo de su coincidente formulación por recurrentes procedentes, a cuya argumentación previa nos remitimos para su desestimación.

Recurso de Cayetano

DECIMOQUINTO. - Formula un único motivo por infracción de Ley, por indebida inaplicación del art. 20.2º, o, en su defecto, 21, 2ª, ambos del Código Penal , y doctrina jurisprudencial consolidada que desarrolla ambos, en materia de drogadicción y de lo que implica que el sujeto actúe bajo la influencia del síndrome de abstinencia o de la necesidad de procurarse medios para satisfacer su adicción.

Si bien, el recurrente, entremezcla argumentos propios del motivo invocado con los de error de hecho, la sentencia recurrida sólo recoge el sustento fáctico de la desestimación, en el fundamento jurídico séptimo, sin previsión alguna en la declaración de hechos probados, aunque admite una drogadicción antigua, donde se logran seis años sin consumir, la recaída sin contar con tratamiento hasta que entró en prisión con motivo de esta causa y que a su ingreso en prisión presentaba signos compatibles con un síndrome de abstinencia. Pero valora las circunstancias y entiende en base a los dictámenes periciales practicados que no existía deterioro psíquico, ni sufría intoxicación aguda en el momento de la comisión de los hechos, tampoco bajo el síndrome de abstinencia pues se reveló posteriormente, ni podía predicarse por falta de acreditación suficiente que su adicción hubiese sido tan prolongada en el tiempo como para desembocar en una "delincuencia funcional".

Es decir, la declaración de los hechos probados, no permiten la subsunción que interesa el recurrente; además, la valoración realizada por la Audiencia, en cuanto no resulta arbitraria, no sería revisable tampoco por motivo que facultara su alteración; pues en todo caso, si bien la funcionalidad no exige una drogadicción de largo recorrido (que sin embargo suele conllevar un deterioro psíquico), sino que alude a su circunstancia motivacional, al tráfico en pequeña escala, orientada a asegurarse la dosis requerida, en ningún caso cabe conceder, cuando como sucede en autos, el volumen del tráfico excede notoriamente de unas ventas orientadas a financiarse el consumo, pues, como recogen las SSTS 343/2003 de 7 de marzo , 291/2012 de 26 de abril y 435/2013 de 28 de mayo , "lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es su relación funcional con el delito, es decir, que incida como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho delictivo, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de gestión inmediata o trafique con drogas

con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo, y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan continuar con sus costumbres e inclinaciones. Esa compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador, pues el delito se comete "a causa" de tal dependencia y para paliar los efectos de la misma en el organismo del sujeto activo del delito; sin embargo, este móvil está ausente en las grandes operaciones de narcotráfico, cuyo elemento determinante es el enriquecimiento, dados los beneficios que ordinariamente se obtienen a través de tan ilícita actividad, como es un hecho notorio". Y en autos, la cantidad que le fue intervenida al recurrente tenía un valor superior a 9.000 euros, indicativo de un volumen de negocio que enerva la referida circunstancia motivacional.

El motivo se desestima.

DECIMOSEXTO. - El criterio de imposición de las costas causadas, viene establecido en el art. 901 LECr, según se declare la estimación o desestimación del recurso interpuesto.

III. FALLO

Declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por las representaciones procesales de **Jose Enrique y Teodora**, contra sentencia de 15 de diciembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, seguida por delito contra la salud pública, la que casamos y anulamos parcialmente siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas ocasionadas por sus respectivos recursos.

Declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por las representaciones procesales de **Adrian y Cayetano**, contra sentencia de 15 de diciembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, seguida por delito contra la salud pública, con expresa imposición a los recurrentes de las costas causadas por su respectivo recurso

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 Candido Conde-Pumpido Touron Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil dieciséis.

En la causa seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, en causa por contra la salud pública se dictó sentencia de fecha 15 de diciembre de 2015, que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO. - Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - De conformidad con los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico quinto de la sentencia casacional, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta a Jose Enrique, debe suprimirse.

SEGUNDO. - De conformidad con los razonamientos contenidos en el fundamento duodécimo de la sentencia casacional, el comiso de los bienes titularidad de Teodora, el ciclomotor marca Gilera con placa Y...YYY, y Seat IbizaGGG, debe dejarse sin efecto.



III. FALLO

- 1) Suprimimos la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta a Jose Enrique .
- 2) Dejamos sin efecto el comiso acordado sobre los bienes titularidad de Teodora : el ciclomotor marca Gilera con placa Y....YYY y el Seat IbizaGGG .
- 3) Y mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos dispositivos de la resolución de instancia, que no contradigan los anteriores.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tourn Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO