



Roj: STS 3925/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3925  
Id Cendoj: 28079120012016100701

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1842/2015

Nº de Resolución: 684/2016

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: PABLO LLARENA CONDE

Tipo de Resolución: 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

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación **1842/2015** interpuesto por **Edemiro Ramon**, representado por la Procuradora Dña. Esther Rodríguez Pérez bajo la dirección letrada de D. Pablo Jiménez Francos, por **Landelino Fidel**, representado por la Procuradora Dña. Irene Gutiérrez Carrillo bajo la dirección letrada de Dña. Laura Doménech Roqueta, por **Benito Fidel**, representado por la Procuradora Dña. Raquel Olivares Pastor bajo la dirección letrada de D. Alfonso Bayo Pérez, por **Tomasa Joaquina**, representado por Dña. María Mercedes Tamayo Torrejón bajo la dirección letrada de Dña. Soledad Sánchez Muñoz, por **Felix Diego**, representado por Dña. María Pilar Arnáiz Granda bajo la dirección letrada de Dña. Laura Arias Bueno, y por **Abelardo Salvador**, representado por Dña. Silvia Urdiales González bajo la dirección letrada de D. Rafael Ignacio Nadal de Vicente, contra la sentencia n.º 235/2015 dictada el 15 de julio de 2015 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, en el Rollo Procedimiento Abreviado 4/2015 en el que se condenó a Tomasa Joaquina, Felix Diego, Abelardo Salvador, Edemiro Ramon y a Benito Fidel como autores responsables de un delito contra la salud pública, con sustancias que causan grave daño a la salud, del artículo 368 del Código Penal, y a Landelino Fidel y a Candido Secundino como responsables de un delito contra la salud pública, con sustancias que no causan grave daño a la salud, también del artículo 368 del Código Penal.

Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. **D. Pablo Llarena Conde**.

### **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número Uno de los de Calatayud incoó Procedimiento Abreviado 295/2013 (antes Diligencias Previas 811/2011) por los delitos contra la salud pública y pertenencia a grupo criminal contra Benito Fidel, Edemiro Ramon, Candido Secundino, Felix Diego, Roberto Teodoro, Benito Fidel, Tomasa Joaquina, Abelardo Salvador y Landelino Fidel, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Incoado por esa Sección el Rollo Procedimiento Abreviado 4/2015, con fecha 15 de julio de 2015 dictó sentencia n.º 235/2015 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

« El 17 de septiembre de 2011, compareció ante la Comandancia de la Guardia civil de Calatayud una persona que bajo la petición de ser testigo protegido denunció a Pelayo Obdulio como persona que se dedicaba al comercio ilegal de drogas, indicando que se ayuda de dos personas llamadas Edmundo Nicanor a Edemiro Ramon, ofreciendo los números de teléfono de los citados. A consecuencia de ello, se hacen algunas comprobaciones por Agentes de la Guardia Civil que posteriormente solicitan del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Calatayud intervenciones telefónicas, lo que motivó que por el Juzgado nº Uno de esa población con fecha tres de octubre de 2011 se dictara auto acordando dirigir oficio a diversas compañías

de telefonía solicitando información sobre los números de teléfono que poseyera de Pelayo Obdulio , así como para que indicaran quienes eran los titulares de los números NUM000 , NUM001 y NUM002 (página 47).

Posteriormente, con fecha 15 de noviembre de 2011 se dicta auto acordando la intervención de los siguientes teléfonos: NUM000 utilizado por Pelayo Obdulio , el número NUM001 utilizado por Edemiro Ramon y el número NUM002 utilizado por Edmundo Nicanor .

Con fecha 28 de noviembre de 2011 se dicta auto solicitando de diversas compañías de telefonía que se digan los números de los teléfonos móviles de los que figure como titular Edmundo Nicanor .

Con fecha 9 de diciembre de 2011 se dicta auto solicitando la identificación de los titulares de diversos números de teléfono.

Por Auto de 28 de diciembre de 2011 se autoriza la prórroga de la intervención y escucha de los teléfonos NUM000 y NUM002 como usados por Edmundo Nicanor y el NUM001 como utilizado por Edemiro Ramon .

Por auto de 12 de enero de 2012 se acuerda la intervención del teléfono NUM003 cuyo usuario es Edmundo Nicanor , al que los agentes actuantes identifican con el NIE NUM004 , nacido el NUM005 de 1981 y con domicilio en c/ DIRECCION000 nº NUM006 de la localidad de Ariza; se autoriza también la remisión del listado de llamadas entrantes y salientes de dicho número.

Por auto de 9 de febrero de 2012 se autoriza la prórroga de la intervención de tres números de teléfono utilizados por Edmundo Nicanor y que son los números NUM000 , NUM003 y NUM002 ; igualmente se autoriza la prórroga del teléfono NUM001 de Edemiro Ramon .

A consecuencia de las escuchas telefónicas, los Agentes tienen conocimiento de que se va a proceder a un traslado de droga, que se produce el 8 de marzo de 2011 en que sobre las 20:20 horas varios Agentes interceptaron un vehículo For Focus matrícula ....KKK conducido por Felix Diego , vecino de Soria y que había alquilado el coche, y en el que viajaba **Tomasa Joaquina** , también vecina de Soria, que al ser cacheada tras la detención se comprobó que portaba en su ropa interior tres piedras de una sustancia que resultó ser cocaína con un peso total de 75,63 gramos y una riqueza del 16,88%, sustancia que iba destinada al acusado Abelardo Salvador , conocido por Edmundo Nicanor , al que Tomasa Joaquina le suministraba droga de manera habitual, conociendo Felix Diego la existencia de la droga que llevaba Tomasa Joaquina y su destino ya que. Tomasa Joaquina para hacer las entregas de la droga se trasladaba en vehículos conducidos por Felix Diego . Éste tuvo un locutorio y un disco bar y le hizo una oferta de trabajo a Edmundo Nicanor para que éste legalizara su situación en España. Felix Diego hacía continuos viajes a Madrid, lo que aprovechaba para adquirir droga, que generalmente siempre llevaba Tomasa Joaquina cuando la transportaban. La droga ocupada hubiera tenido en el mercado un valor de 4.688,88 euros.

Felix Diego , desde su número de teléfono NUM007 tiene conversaciones telefónicas con Edemiro Ramon y Edmundo Nicanor , reseñándose la recogida en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia. El teléfono con ese número le fue intervenido en el momento de la detención, llamadas que se dan por reproducidas en los términos que constan en los Fundamentos de Derecho de esta sentencia. Este acusado se proveía de drogas que después vendía a terceras personas. En dos ocasiones en que los agentes policiales escucharan que se iba a producir un pase de droga, este acusado iba con Tomasa Joaquina conduciendo él el vehículo en que viajaban.

Por auto de 6 de marzo de 2012 se acuerda la entrada y registro en los domicilios de Edmundo Nicanor , sito en CALLE000 número NUM008 , de Maluenda, en el de Edemiro Ramon , sito en Ariza, de Candido Secundino , sito en Sisamon, de Tomasa Joaquina y Felix Diego , ambos sitios en Soria. Esta resolución fue modificada por la de 7 de marzo de 2012.

Al practicarse la entrada y registro en el domicilio de la CALLE000 NUM008 , de Maluenda uno de los moradores era Abelardo Salvador al que se le ocupó un teléfono con dos tarjetas con los números NUM003 y NUM002 , que habían sido objeto de intervención judicial como pertenecientes a Edmundo Nicanor . Este acusado es el que en las intervenciones telefónicas es identificado como Edmundo Nicanor , por ser el nombre por el que se le conoce en el círculo en el que se mueve.

Abelardo Salvador , identificado como Edmundo Nicanor , se suministraba de cocaína, hachís y marihuana para vender a terceros, llevándole Tomasa Joaquina generalmente cocaína, aunque tenía otros proveedores dependiendo de los precios a que le ofrecían la droga, recibiendo continuas peticiones de compradores. El acusado Candido Secundino , apodado Cerilla , vecino de Sisamón suministraba hachís y marihuana a Abelardo Salvador , que a su vez abastecía de cocaína a Candido Secundino . En el registro

del domicilio de Candido Secundino se le ocuparon 65,31 gramos de cannabis sátiva, 5,76 gramos de hachís y semillas no sometidas a fiscalización. En el de Edmundo Nicanor se ocupó una báscula de precisión.

Abelardo Salvador en su actividad de compraventa de drogas como cocaína, marihuana o hachís tuvo las conversaciones que obran transcritas en los Fundamentos de Derecho de esta sentencia en las que aparece como interlocutor. Inicialmente vendía la droga junto a Edemiro Ramon , con el y después rompió la relación. Abelardo Salvador era el destinatario de la droga ocupada a Tomasa Joaquina .

Roberto Teodoro , vivía en Soria y era familiar lejano de Felix Diego .

*Fue condenado en sentencia firme el 19 de julio de 2012 como autor de un delito contra la salud pública a la pena de un año y seis meses de prisión, siéndole suspendida y dictándose auto de remisión definitiva el 3 de noviembre de 2014.*

Landelino Fidel era trabajador de la empresa de transportes VIATOR EXPRESS S.L y realizaba desplazamientos de paquetería en el trayecto Madrid- Girona, lo que aprovechaba para llevar droga a Edmundo Nicanor e Edemiro Ramon . Utilizaba el teléfono NUM009 , si bien en ocasiones habló desde el número NUM010 , que es el su esposa Mariola Leocadia con igual domicilio que el acusado. Se dan por reproducidas las conversaciones en las que interviene y que se reseñan en los Fundamentos de Derecho de esta resolución. Utilizaba el apodo de Triqui ó Capazorras .

Edemiro Ramon , formaba pareja con Edmundo Nicanor para vender cocaína y speed. Si bien después ambos se separaron vendiendo la droga ICAM por su cuenta. Al ser detenido le fue intervenido el teléfono con número NUM001 y con él tuvo las conversaciones que se describen en los Fundamentos de Derecho de esta sentencia. La droga que adquiría la vendía entre terceros compradores.

*Es consumidor de cocaína. El 13 de septiembre de 2011 fue atendido por los servicios médicos del SALUD y en su historia clínica se menciona que es adicto y consumidor de cocaína y en el informe de la Unidad de Salud Mental se afirma que presentó signos de intoxicación y tenía dependencia al consumo de tóxicos.*

Benito Fidel , al tiempo de practicarse la detención residía en la CALLE000 , nº NUM008 , de Maluenda, junto a Abelardo Salvador , dedicándose a la venta ambulante. Tenía conocimiento de que Edmundo Nicanor se dedicaba a la venta de droga, colaborando con él en el traslado de la misma a la que denominaban "mercancía", y ello porque Edmundo Nicanor no disponía de vehículo propio. Cuando se produjo la aprehensión de la cocaína que llevaba Tomasa Joaquina para Edmundo Nicanor , Benito Fidel vivía con este último al que ayudaría a vender la droga ocupada. **Benito Fidel** Utilizaba la furgoneta F....FW . Sobre las cuestiones de la droga mantuvo las conversaciones que se reseñan en los Fundamentos Jurídicos de esta resolución. En el momento de la detención le fue ocupado el teléfono con número NUM011 con el que tuvo parte de las conversaciones intervenidas. Se le ocuparon 3.000 euros en billetes de 50 euros.

Pelayo Obdulio , apodado Patatero , utilizaba un vehículo de la marca Citroen, modelo C-5, con matrícula ....-GBB . Conoce a Edmundo Nicanor y a Edemiro Ramon . Estos le han trabajado en su casa. En alguna ocasión les ha bajado en su furgoneta para ir a comer en un kebac.».

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

« **F A L L O**

**ABSOLVEMOS** a los acusados **Roberto Teodoro y Pelayo Obdulio** de los delitos contra la salud pública y pertenencia a grupo criminal que les imputa el Ministerio Fiscal, declarando de oficio la parte proporcional de las costas causadas y dejando sin efecto las medidas cautelares que se hubieran podido adoptar sobre sus personas y bienes.

**ABSOLVEMOS** a los acusados **Tomasa Joaquina , Felix Diego , Abelardo Salvador , Edemiro Ramon , Landelino Fidel , Candido Secundino y Benito Fidel** del delito de pertenencia a grupo criminal que les imputa el Ministerio Fiscal, declarando de oficio la parte proporcional de las costas causadas.

**CONDENAMOS** al acusado Tomasa Joaquina , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autora responsable de un delito contra la salud pública con sustancias que casan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las pena de tres años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **multa de seis mil euros** con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes. Le condenamos al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

CONDENAMOS al acusado Felix Diego , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito contra la salud pública con sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de tres años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **multa de seis mil euros** con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes. Le condenamos al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

CONDENAMOS al acusado Abelardo Salvador , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución como autor responsable de un delito contra la salud pública con sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de tres años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **multa de seis mil euros** con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes. Le condenamos al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

CONDENAMOS al acusado Edemiro Ramon , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución como autor responsable de un delito contra la salud pública con sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de tres años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Le condenamos al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

CONDENAMOS al acusado Benito Fidel , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito contra la salud pública con sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de tres años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **multa de seis mil euros** con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes. Le condenamos al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

CONDENAMOS al acusado Landelino Fidel , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito contra la salud pública con sustancias que no causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a la pena de un año de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Le condenamos al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

CONDENAMOS al acusado Candido Secundino , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito contra la salud pública con sustancias que no causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a la pena de un año de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Le condenamos al pago de la parte proporcional de las costas procesales.

*Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone, les abonamos todo el tiempo que han estado privados de libertad por razón de esta causa.*

*Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Contra esta sentencia cabe recurso de Casación a resolver por el Tribunal Supremo, recurso que podrá prepararse mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.».*

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Edemiro Ramon anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley, la representación procesal de Landelino Fidel lo anunció por infracción de ley, por vulneración de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, la representación procesal de Benito Fidel lo hizo por infracción de ley y por vulneración de precepto constitucional, la representación procesal de Tomasa Joaquina lo anunció por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley, la representación de Felix Diego lo anunció por infracción de ley y por vulneración de precepto constitucional, y la representación procesal de Abelardo Salvador anunció su recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del

Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** El recurso formalizado por Edemiro Ramon se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer motivo.- Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías - artículo 24.2 CE - por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones - artículo 18.3 CE -.

Segundo motivo.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del subtipo atenuado (último párrafo del artículo 368 CP ) en atención a las circunstancias concretas del caso -"escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable".

Tercer motivo.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la apreciación de la prueba en relación con la exigente incompleta de drogadicción (F. 2574, 2575, 2576, 3129 y 3133).

El recurso formalizado por Landelino Fidel se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer motivo.- Infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849, apartados 1 y 2 , y 851, apartados 1 .º y 3 .º y 852 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal , así como el artículo 5.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Nulidad de las intervenciones telefónicas, procedencia de la alegación en el momento procesal oportuno y falta de resolución de este extremo.

Segundo motivo.- Infracción de ley, al amparo del artículo 855.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , respecto de los requisitos del tipo penal del artículo 369 del Código Penal y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto del contenido de la sentencia que debe valorar la prueba practicada en el plenario.

Tercero motivo.- Infracción de ley, al amparo del artículo 851, apartado 1º, inciso 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , respecto de la incongruencia de la sentencia.

El recurso formalizado por Benito Fidel se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Único motivo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El recurso formalizado por Tomasa Joaquina se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer motivo.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido precepto penal sustantivo, por no haberse aplicado la atenuante de dilaciones indebidas previstas en el artículo 21.6 del Código Penal en relación con el artículo 66.2 del Código Penal .

Segundo motivo.- Se formula con carácter subsidiario, por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse infringido precepto penal sustantivo, por no haber aplicado la atenuante de **confesión** prevista en el artículo 21.4 del Código Penal en relación con el artículo 66.2 del Código Penal .

El recurso formalizado por Felix Diego se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer motivo.- Infracción de ley al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haber existido error en la apreciación de la prueba que condena al Sr. Felix Diego , respecto de los documentos que obran en autos y que demuestran claramente la equivocación del Juzgador.

Segundo motivo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de los artículos 9.3 de la CE y 66.1 del Código Penal , dado que el Tribunal no ha razonado la pena impuesta y en relación con la vulneración del artículo 24.2 de la C.E . de presunción de inocencia y violación del principio "in dubio pro reo".

El recurso formalizado por Abelardo Salvador se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero motivo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 24.2 y artículo 18.3 de la C .E. en cuanto a los siguientes derechos vulnerados: derecho a un proceso con las debidas garantías con infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la tutela judicial efectiva.

Segundo motivo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24.2 y artículo 18.2 de la C .E. en cuanto a los siguientes derechos vulnerados: derecho a un proceso con las debidas garantías con infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Derecho a la tutela judicial efectiva.

**QUINTO.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Procuradora Dña. María Pilar Arnáiz Granda en representación de Felix Diego , en escrito de 5 de abril de 2016, se adhirió al motivo de dilaciones indebidas expuesto por la defensa de Tomasa Joaquina y, mostró su disconformidad con la alegación de **confesión** tardía también aludida por la citada defensa. La procuradora Dña. Irene Gutiérrez Carrillo en representación de Landelino Fidel , en escrito de 4 de abril de 2016, se adhirió a los recursos interpuestos por las otras partes. Y Dña. Silvia Urdiales González en representación de Abelardo Salvador , en escrito de 4 de abril de 2016, se adhirió igualmente a los recursos interpuestos por el resto de los recurrentes. El Ministerio Fiscal en su escrito de 19 de abril de 2016 solicitó la inadmisión de los recursos de casación interpuestos y, subsidiariamente, impugnó de fondo los motivos de los citados recursos e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de julio de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** En fecha 15 de julio de 2015, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia en su Rollo de Sala 4/2015 (dimanante del Procedimiento Abreviado 811/2011, de los del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Calatayud), en la que, entre otros pronunciamientos, condenaba a Tomasa Joaquina , Felix Diego , Abelardo Salvador , Edemiro Ramon y Benito Fidel , como autores de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal , en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, a la pena para cada uno de ellos de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; imponiéndoles además (con la sola excepción del acusado Edemiro Ramon ) la pena de multa en cuantía de seis mil euros. Igualmente condenaba a Landelino Fidel , como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Tomasa Joaquina , Felix Diego , Abelardo Salvador y Benito Fidel , fueron condenados por haber sido sorprendidos los dos primeros, cuando portaban 75,63 gramos de cocaína a Abelardo Salvador , quien había convenido su compra, para revenderla después a terceras personas, sirviéndose para ello de la reiterada colaboración de Benito Fidel . La condena de Edemiro Ramon se asienta en su habitual dedicación a la venta de distintas sustancias estupefacientes, entre ellas cocaína. Por último, Landelino Fidel ha sido condenado por haber suministrado en distintas ocasiones droga -de naturaleza no acreditada- a Abelardo Salvador e Edemiro Ramon , a fin de que estos la revendieran después en pequeñas partidas.

*Recurso interpuesto por la representación de Felix Diego .*

**PRIMERO.-** El primer motivo de este recurrente se formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM , argumentando la concurrencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador. Se formula además un segundo motivo por infracción de precepto constitucional de los artículos 852 LECRIM y 5.4 de la LOPJ , por quebranto de su derecho a la presunción de inocencia y al principio " *in dubio pro reo*".

El desarrollo argumental del recurrente es coincidente en ambos motivos, pues en los dos sostiene que la prueba practicada no puede conducir al pronunciamiento de condena que se combate, afirmando que no hay más prueba de cargo que la declaración de la coacusada Tomasa Joaquina ; lo que refuerza desde la alegación de que: 1) El testigo protegido cuya denuncia dio inicio a la presente investigación, nunca se refirió al recurrente cuando denunció a los distintos partícipes ante los agentes policiales y 2) Por más que se haya practicado una prueba pericial orientada a evaluar la identidad entre la voz del recurrente y la del usuario de uno de los teléfonos intervenidos judicialmente, entiende no sólo que esta segunda voz no es la suya, sino que la prueba debería haberse realizado introduciendo la voz del recurrente, entre otras voces parecidas.

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011 ) indica que la previsión del art. 849,2º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados, para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener

que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; así como que el dato que el documento acredite, no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

Es pues evidente que la motivación del recurrente no discurre por el cauce procesal elegido en primer término, justificando con ello su desestimación y la exclusiva consideración del que hace referencia al quebranto de su derecho constitucional de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

Respecto a su apelación al principio *in dubio pro reo*, debe recordarse que el mismo presupone la previa existencia de la presunción de inocencia, pero se desenvuelve en el estricto campo de la valoración probatoria, esto es, en la labor que corresponde al Tribunal de apreciar la eficacia demostrativa de la prueba practicada. Este principio informador del sistema probatorio, se configura como una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado, cuando habiendo una actividad probatoria válidamente practicada y con signo incriminador, ofrezca resquicios a juicio del Tribunal. A diferencia del principio de presunción de inocencia que sí se configura en el artículo 24.2 de la CE como una garantía procesal del inculpado y un derecho fundamental del ciudadano, el principio *indubio pro reo* sólo entra en juego cuando el tribunal albergue duda respecto de la responsabilidad del acusado, sin que pueda revisarse en casación, salvo en aquellos supuestos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado ( SSTS 677/2006, de 22-6 , 999/2007, de 12-7 o 666/2010, de 14-7 ); lo que aquí no acontece.

En lo relativo al derecho fundamental a la presunción de inocencia, reiterada jurisprudencia de esta Sala destaca que la invocación de su quebranto, permite al órgano de casación revisar si la prueba ha sido constitucional obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, para desde esas exigencias evaluar su suficiencia incriminatoria, más allá de toda duda razonable. Y la Jurisprudencia de esta Sala ha establecido también (SSTS 60/2012, de 8.2 , 84/2010, de 18.2 o 1290/2009, de 23.12 entre otras), que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio. Si embargo, tanto el Tribunal Constitucional, como esta misma Sala, han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene ( STC 115/98 , 118/2004, de 12.7 ó 190/2003, de 27.10 ) .

Lo expuesto muestra la correcta valoración de la prueba por parte del Tribunal de instancia. El Tribunal parte de que la coacusada Tomasa Joaquina reconoció en el acto del plenario haber sido detenida cuando la policía interceptó el vehículo en el que viajaba junto a este recurrente y reconoció que ella era quien portaba la droga incautada, si bien manifestó que eran ambos quienes llevaban la droga a Abelardo Salvador , pues - afirma- Felix Diego es quien compra la droga en Madrid, limitándose la declarante a ayudarle en el transporte de la sustancia. Una manifestaciones que el Tribunal de instancia tiene por veraces, no sólo por no obtenerse ventaja ninguna de tal imputación, sino fundamentalmente porque se encuentra corroborada objetivamente por tres elementos de singular peso: 1) Aunque el Tribunal -y expresamente se indica- no tiene en cuenta la prueba pericial relativa al análisis de voz, por no haber sido propuesta para el acto del plenario, sí extrae que el interlocutor que aparece en las conversaciones mantenidas con la línea NUM007 , es el recurrente, pues a él se le intervino el terminal correspondiente a esa línea cuando fue detenido; conversaciones que muestran una participación protagonista en el tráfico ilícito que se enjuicia (f. 1861 y ss); 2) Como consecuencia de las intervenciones telefónicas, los agentes tuvieron conocimiento de dos transacciones de droga, que se iban a efectuar concretamente los días 24 de febrero de 2012 y 1 de marzo de 2012 ; razón por la que establecieron sendos dispositivos de vigilancia, en lo que pudieron observar, no sólo que en ellos compareció Tomasa Joaquina , sino que a ambos encuentros fue conducida por Felix Diego y 3) Que esa coparticipación de ambos, volvió a reproducirse cuando los agentes procedieron a la detención de los acusados, cuando transportaban la droga en el vehículo.

El motivo se desestima.

Recurso interpuesto por la representación de Tomasa Joaquina

**SEGUNDO.-** La representación de Tomasa Joaquina formula su primer motivo de impugnación de la sentencia, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , por entender indebidamente inaplicada la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal ; una atenuación de la pena que entiende legalmente procedente por entender excesiva una duración del procedimiento de tres años y medio desde el momento de interposición de la denuncia y considerando, además, que el procedimiento estuvo paralizado durante el dilatado plazo de ocho meses, entre la fecha en la que se recogieron las muestras indubitadas para realizar el análisis de voces (13 de junio de 2012) y aquella en la que se emitió el informe pericial al respecto (11 de febrero de 2013).

El recurso hace así referencia a los dos aspectos que la jurisprudencia de esta Sala entiende que han de ser contemplados a la hora de interpretar la atenuante de dilaciones indebidas. De un lado, la existencia de un "plazo razonable", referido en el artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2 . La Jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda tener obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos. Las " *dilaciones indebidas* " son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales; mientras que el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia ( SSTS 81/10, de 15.2 o 416/13, de 26.4 ).

Ninguno de estos criterios sugiere la desatención de una normo-praxis procesal en el caso enjuiciado. En lo que atañe al plazo razonable, su evaluación debe realizarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, observadas con arreglo a criterios objetivos como la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el acusado y las consecuencias que de la demora se siguen a los afectos del proceso; elementos todos ellos que permiten concluir en una actuación procesal realmente adecuada, en un procedimiento que supuso la inculpación y posterior acusación de nueve personas, todas ellas con postulación independiente y en que la diligencias comprometieron la toma de declaración de numerosos testigos y la realización de plurales informes periciales de análisis de voz o de cabello.

Analizando la paralización que se denuncia, la misma se hace descansar sobre premisas irreales, pues aunque es cierto que transcurrieron ocho meses entre la toma de las muestras indubitadas para el análisis de voz y la emisión del dictamen, en modo alguno las diligencias estuvieron inactivas durante tal periodo, sino que se abordaron actuaciones necesarias para la correcta prosecución del proceso. En este periodo se realizó un análisis de cabello del encausado Felix Diego , habiéndose ordenado su excarcelación para la toma de muestras; se petitionó también -y se practicó- un análisis de cabello referido al investigado Eulalio Eduardo . Además, el juzgado hubo de remitir una pluralidad de oficios reclamando específica información a las distintas operadoras de teléfono (f. 2836 y ss), que fueron adecuadamente atendidos; y la representación de Abelardo Salvador reclamó que se practicara con él una rueda de identificación que, por ser acordada, motivó la citación de múltiples testigos para llevarla a término. La paralización, en consecuencia, no se produjo.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** También al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , esta misma recurrente reclama la procedencia de apreciarse la atenuante de **confesión** del artículo 21.4 del Código Penal . Sostiene para ello que confesó su responsabilidad desde las primeras actuaciones policiales y que su reconocimiento no sólo es veraz, sino que se ha mantenido durante todo el procedimiento y se materializó también en la fase del plenario.

El artículo 21.4 del CP dispone que es circunstancia atenuante: " *La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades* ". El actual código penal ha así sustituido el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso del arrepentimiento espontáneo que se recogía en la atenuante equivalente de códigos anteriores, por una mayor objetivización en su apreciación y por una opción pragmática asentada en razones de política-criminal. De este modo, se ha sustituido la exigencia subjetiva del arrepentimiento, por el acto objetivo de colaboración con la Administración de Justicia, previéndose un tratamiento penológico más favorable para aquellos agentes que se muestren colaboradores con la justicia, facilitando la investigación de lo sucedido y ayudando a reparar el daño causado. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala es estable a la hora de identificar los requisitos que



precisa su apreciación, siendo estos los que a continuación se relacionan: 1º) Tendrá que haber un acto de **confesión** de la infracción; 2º) El sujeto activo de la **confesión** habrá de ser el culpable; 3º) La **confesión** ha de ser veraz en lo sustancial; 4º) La **confesión** ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5º) La **confesión** ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla; 6º) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la **confesión** no tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante ( SSTS 1076/2002, 6.6 ó 516/13, de 20.6 ).

Es evidente que en el caso analizado, la declaración en la que la recurrente admitió intervenir en el comercio de cocaína, se produjo con posterioridad a su detención y por ello después de tener conocimiento de que el procedimiento se dirigía contra ella. Desde esta realidad, debe recordarse que la asunción de responsabilidad cuando el sujeto activo ha sido descubierto, está carente de la significación esencial de la **confesión**, pues por más que la **confesión** ya no necesite estar alentada por el arrepentimiento, no quiere decir que no debe ir dotada del elemento de la voluntariedad. Una **confesión** en cuya génesis solo se encuentra la resignación ante lo que se percibe ya como irremediable, no puede dar vida a una atenuación, por no existir fundamento para un menor reproche penal ( STS 1619/2000 de 19.10 o 420/13, de 23.5 ), salvo en aquellos supuestos en los que suponga -en el ámbito propio del proceso- una facilitación importante de la acción de la Justicia y, por tanto, una contribución útil y relevante para la restauración del orden jurídico alterado por la acción delictiva; supuestos en los que la **confesión** -denominada tardía- puede operar como atenuante analógica del artículo 21.7 de nuestro CP ( 1109/05, 28.9 o 1063/09, de 29-10 ) . No es el caso de autos, en el que la recurrente se limitó a reconocer aquello que la investigación había desvelado con otras fuentes de prueba, cual eran la intervenciones telefónicas y los seguimientos realizados por los agentes policiales que llevaban la investigación, así como la incautación de la cocaína que llevaba en su poder el día que los agentes procedieron a dar el alto al vehículo en el que viajaba.

El motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Abelardo Salvador .

**CUARTO.-** La representación de Abelardo Salvador asienta su primer motivo de impugnación en la concurrencia de infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ , por vulneración del secreto de las comunicaciones en relación con las intervenciones telefónicas, prevista en el artículo 18.3 de la CE .

Trayendo a colación la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala respecto a las exigencias precisas para la legítima restricción judicial del derecho al secreto de las comunicaciones, el recurso centra su denuncia en la ausencia de datos objetivos que fundaran las sospechas que se proyectaban sobre los investigados. Sostiene el recurso que la resolución habilitante del Juez de Instrucción, se remitió en su argumentación al oficio policial en el que se interesó la intervención judicial de determinadas líneas de teléfono y que los indicadores delictivos que contenía esta petición policial, no surgieron de una investigación de los agentes, sino de la imputación realizada por un denunciante, a quien no se ha tomado declaración en ningún momento del proceso.

Como el propio recurso expresa, la jurisprudencia de esta Sala ha recordado en múltiples ocasiones (SSTS. 499/2014 de 17.6 , 425/2014 de 28.5 , 285/2014 de 8.4 o 209/2014 de 20.3 ) que el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3 , si bien carece de un carácter absoluto, por venir sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan considerarse prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Es decir, para que puedan hacerse efectivas las restricciones a este derecho, es preciso que -partiendo de la necesaria habilitación legal-, existan datos en el caso concreto que pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria su limitación en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Exigencias que implican una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida; dejándose la ponderación de los intereses en juego en manos del Juez de instrucción, quien deberá expresarse en una resolución motivada.

Desde esta obligación de motivación del auto inicial acordando la intervención telefónica y contemplando la posible ausencia de los datos necesarios para restringir el derecho al secreto de las comunicaciones, la doctrina del Tribunal Constitucional ( SSTC 26/2010 de 27.4 o 197/2009 de 28.9 ) y de esta misma Sala (SSTS 116/2013 de 21.2 , 821/2012 de 31.10 , 629/2011 de 23.6 , 628/2010 de 1.7 ), vienen afirmando que forman

parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga y que en el momento de la adopción de la medida, las resoluciones deben explicitar todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pues por la propia naturaleza del mecanismo de investigación, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción ( SSTC 299/2000, de 11 de diciembre ; 167/2002, de 18 de septiembre ).

Más concretamente, se exige también que la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica debe justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, de los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de aquellos que sugieren la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

En todo caso, en aquellos supuestos en los que los indicios de la eventual comisión del hecho delictivo y de su conexión con determinadas personas, no son extraídos de manera directa por los órganos policiales, entre cuyas funciones está precisamente la investigación de las actividades delictivas que son perseguibles de oficio, sino que son facilitados por un denunciante, cuya motivación no puede ser evaluada inicialmente, es evidente que un mínimo rigor en la salvaguarda de los derechos afectados, impone el despliegue de una actividad que corrobore la verosimilitud de la imputación, antes de adoptar cualquier decisión judicial injerente en aquellos derechos, pues como indicaba ya la STC 135/1989, de 19 de julio " *Es el titular del órgano instructor quien debe ponderar si la atribución, formulada por ejemplo por un testigo, de un hecho punible a persona cierta es «más o menos fundada» o por el contrario manifiestamente infundada, inverosímil o imposible en su contenido*".

Desde esta consideración, no puede sino desatenderse el quebranto del derecho al secreto de las comunicaciones que el recurso invoca. Contrariamente a lo que se sostiene, el Auto en el que se acordó el seguimiento de las conversaciones telefónicas, no se remitió en su motivación al oficio policial, sino que el juez toma de esa petición los datos objetivos de los que extrae la inferencia de poder estar ante un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud y con una posible perpetración permanente y duradera por los encausados. Y los elementos incriminatorios que evaluó no son la mera manifestación de un denunciante (que los agentes pusieron también a disposición judicial), sino la versión de éste denunciante, en conjunción con determinadas pesquisas abordadas policialmente para evaluar la verosimilitud de su relato. En la denuncia se refería que el denunciante había visto a Pelayo Obdulio en posesión de 100 g. de sustancia blanca y con 7.000 euros, así como que acudían muchas personas a su domicilio; se añadía que vivía acompañado de Edemiro Ramon y que se relaciona mucho con un individuo denominado Edmundo Nicanor , concretando que ambos ayudan a Pelayo Obdulio a vender la droga. Tras recibir esta información, los agentes realizaron un seguimiento de Pelayo Obdulio y pudieron comprobar que no trabajaba, pese a lo soportaba los gastos propios de su residencia, los de la vivienda en la que vivía la esposa -de la que estaba separado- y un vehículo de uso habitual. Confirmaron asimismo que los fines de semana existía un permanente trasiego de individuos en su domicilio; constataron además que en una actuación policial anterior, su esposa ya había referido que Pelayo Obdulio se dedicaba a este ilícito comercio y corroboraron que otro de los individuos denunciados, había sido ya detenido junto a otra persona que fue encausada por un delito contra la salud pública. De este modo, la ratificación de la verosimilitud de la denuncia y lo explícito de lo manifestado por el denunciante, aportaron al órgano instructor unas sospechas fundadas, que la resolución explícita en su redactado.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** Su segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , por entender infringido su derecho a la inviolabilidad del domicilio, del artículo 18.2 del Código Penal .

Sostiene el recurrente que el auto dictado para entrar y registrar el domicilio de Abelardo Salvador , es nulo por una doble circunstancia: de un lado, porque se fundamenta en las convicciones obtenidas con

ocasión de una intervención telefónica que el recurrente considera nula y, de otro lado, porque en el auto se identificó al morador como Edmundo Nicanor y no al recurrente.

Se ha hecho referencia en el fundamento anterior a la validez de la intervención de las conversaciones mantenidas a través del teléfono del recurrente y que aportaron los indicios racionales de que el acusado podía ser responsable de un delito contra la salud pública; por lo que el mero hecho de que se identificara al recurrente como su morador y con el nombre de Edmundo Nicanor, en vez de con su real denominación de Abelardo Salvador, no puede arrastrar ningún defecto esencial a la decisión limitativa de su derecho a la intimidad. La persona contra la que se ha seguido el procedimiento desde su fase inicial, no es otra que Abelardo Salvador, por más que policialmente se considerara que su filiación era la que se expresó en el auto de entrada y registro; los hechos probados declaran que el recurrente es conocido por Edmundo Nicanor y a él se le ocupó el teléfono cuyas escuchas fueron autorizadas y por cuyo contenido se obtuvieron las evidencias que motivaron la orden de registrar su morada.

El motivo se desestima.

*Recurso interpuesto por Edemiro Ramon .*

**SEXTO.-** El primer motivo en el que se asienta su impugnación, se asienta en la infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, por vulneración del secreto de las comunicaciones en relación con las intervenciones telefónicas, prevista en el artículo 18.3 de la CE; sosteniendo el recurrente que no se individualizan las sospechas en la resolución que acordó la interceptación de sus llamadas.

La objeción ha sido ya objeto de análisis en el fundamento cuarto de esta resolución. Se presentó una denuncia por un testigo que, con una ilustrativa descripción fáctica, narró la participación de Pelayo Obdulio en actividades de venta de sustancias estupefacientes, así como la colaboración que en esa actividad le prestaba Edmundo Nicanor y el propio recurrente. Se abordó una actividad policial investigadora que confirmó la realidad de los indicios más esenciales respecto de la existencia del delito y de la colaboración que se describía, de suerte que dotó de credibilidad a la totalidad de la denuncia; siendo estas las sospechas fundadas que prestaron apoyo a la resolución judicial que se ataca.

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO.-** En la medida en que la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que afecte a la culpabilidad del responsable de un delito, es un parámetro evaluable en la aplicación del párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, procede invertir el orden de resolución de los motivos interpuestos por este recurrente que restan pendientes. Su tercer motivo se formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por error en la apreciación de la prueba, en relación con la eximente completa de drogadicción (Sic).

Apela el recurrente a los documentos obrantes a los folios 2574 a 2576 y 3129 a 3133; los primeros folios, por reflejar el informe pericial emitido con ocasión del análisis capilar que se hizo para detectar la presencia de sustancias de consumo y en el que se detectó una concentración de cocaína de 8,42 nanogramos y, los segundos, porque en ellos se refleja que en episodios pasados, el acusado hubo de ser asistido médicamente por abuso de tóxicos.

Como ya se dijo en el fundamento primero, la estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del art. 849,2º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados, para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente; posibilitando la inclusión o exclusión fáctica que se pretenda y alcance, la viabilidad de un nuevo juicio de subsunción típica, por el cauce de la infracción de ley del artículo 849.1 de la misma ley.

En el caso presente, el recurrente no propone la introducción de ningún extremo en el *Facttum*, seguramente porque el reflejo de la documental que esgrime aparece suficientemente descrito en el relato histórico de la Sentencia de instancia, donde se recoge que "*[ Edemiro Ramon ] Es consumidor de cocaína. El 13 de septiembre de 2011 fue atendido por los servicios médicos de salud y en su historia clínica se menciona que es adicto y consumidor de cocaína y en el informe de la Unidad de Salud Mental se afirma que presentó signos de intoxicación y tenía dependencia al consumo de tóxicos*". En todo caso, puesto que el recurrente afirma formular su recurso con sujeción al artículo 849.1 de la LECRIM (infracción de preceptos de carácter sustantivo, a la vista de los hechos declarados probados) y termina reclamando la aplicación de la eximente

incompleta de drogadicción del artículo 21.1, en relación con el artículo 20.2 del Código Penal, es evidente que es este el sentido del motivo -entremezcladamente formulado- que debe resolverse por el Tribunal.

Es pacífica la Jurisprudencia que recoge -respecto a lo que aquí se plantea- que la eximente de responsabilidad criminal por drogadicción está recogida ( art. 21.1, en relación con el artículo 20.2 del Código Penal ) para quienes al cometer la infracción tengan una plena perturbación de la conciencia, por la utilización de la droga o por estados de infradosificación, que impidan comprender la significación de la acción. Paralelamente se entiende que la disminución de la imputabilidad y de la responsabilidad en los términos de la eximente incompleta, se produce, bien en casos de ansiedad extrema provocada por el síndrome de abstinencia que actúa fuertemente sobre la volición o capacidad del sujeto para dirigir sus actos, bien en los casos en que la drogodependencia se asocia a otras situaciones o enfermedades deficitarias del psiquismo del agente, o bien cuando la antigüedad y continuidad de la adicción han llegado a producir un deterioro de la personalidad que disminuye de forma notoria la capacidad de autorregulación mental ( SSTS 933/06, de 28-9 ; 1390/11, de 27-12 o 655/13, de 17-7 ).

En tal consideración, la reclamación principal de la defensa se muestra improcedente, a la vista de que el relato fáctico de la sentencia de instancia -que resulta intangible en consideración al cauce procesal elegido-, sólo expresa la realidad de una toxicomanía crónica, destacando el Tribunal de instancia en su propia fundamentación jurídica, que no se ha presentado ninguna acreditación de que su dependencia a drogas de abuso, haya podido deteriorar la capacidad de regulación mental del recurrente.

En todo caso, el propio tribunal de instancia, además de declarar probada la adicción a la que se ha hecho referencia, expresa (FJ 13º.4) que si bien " *no ha lugar a la apreciación de la eximente incompleta, en el mejor de los casos procedería la atenuante ordinaria* " ; en una expresión que deviene particularmente confusa si se observa que no existe tampoco correspondencia entre la declaración de hechos probados, el reconocimiento que se apunta en la fundamentación jurídica y la parte dispositiva de la resolución, que no refleja la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

La no plasmación en el relato fáctico de concurrir una relación causal entre la dependencia y la ejecución del delito, en el sentido de que la adicción haya tenido una incidencia en la motivación de la conducta en cuanto realizada "a causa de aquella" ( SSTS 332/08, de 2-6 ; 16/09 , de 23-1 o 160/13 , de 26-2), evidentemente responde a la jurisprudencia de esta Sala que ha venido sosteniendo que el tráfico de drogas no puede ser considerado de los que se cometen a causa de la grave adicción del acusado, cuando se trata de grandes o medianos traficantes de esta sustancia que, además, consumen su producto ( SSTS 2154/02, de 19-12 o 191/08, de 18-4 entre muchas otras). Por ello, la afectación de la imputabilidad que analizamos encuentra su soporte normativo en la atenuante analógica de drogadicción, del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con el artículo 21.2 del mismo texto legal .

La jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que la ingestión de drogas, produce un hábito de consumo que según la opinión científica generalizada y la Organización Mundial de la Salud, ocasiona un impacto no sólo sobre la salud física del sujeto, sino sobre sus facultades volitivas e intelectivas. La alteración es mayor y progresa más gravemente, cuando el consumo se mantiene durante un tiempo continuado y también en función de la naturaleza de la droga, pues nadie discute que la acción de la cocaína está entre aquellas sustancias particularmente agresivas ( STS 1737/02, de 20-12 ); cronicidad que es claramente apreciable - como así se declara- en el caso analizado ( STS 407/08, de 23-6 ), en atención al propio contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas que demuestran el consumo de estas sustancias por el recurrente, así como a los documentos que el recurso trae a colación y que la sentencia de instancia plasma en su fundamentación jurídica, para alcanzar el convencimiento fáctico que proclama.

Lo expuesto determina la estimación parcial del motivo, si bien, dado que el Tribunal de instancia entendió que los hechos enjuiciados estaban suficientemente sancionados con la mínima extensión punitiva prevista por el legislador, la apreciación de la atenuante sólo podrá proyectarse ( art. 66.1.1ºCP ) en el régimen de su cumplimiento.

**OCTAVO.-** Su último motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido el artículo 368 del Código Penal, en concreto por la no aplicación del párrafo segundo de este mismo artículo.

Sostiene el recurrente que una individualización de la pena ajustada a los parámetros constitucionales, ha de conducir a la aplicación del subtipo atenuado, dada la "menor culpabilidad" derivada de las circunstancias del caso concreto, como son la facilitación ocasional a terceros consumidores por parte de toxicómanos en el último eslabón de la distribución, fruto de una eventual práctica del menudeo.

Esta Sala tiene declarado que el precepto que se invoca otorga al órgano decisorio una facultad discrecional que le autoriza a degradar la pena inicialmente prevista en el artículo 368. La facultad tiene sin embargo un carácter reglado, pues su corrección se asocia a dos presupuestos, uno de naturaleza objetiva, cual es la escasa entidad del hecho, y el otro de carácter subjetivo, definido por las circunstancias personales del culpable; de manera que la corrección de su aplicación es susceptible de control casacional e impone que los presupuestos exigidos por el legislador deban constar expresamente en el relato histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución recurrida ( STS 33/11, 26.1 ó 413/11, de 11.5 ), reflejando así las circunstancias que justifican la minoración de la pena por hacerla más adecuada y proporcionada a las circunstancias delimitadoras de la culpabilidad ( STS 231/11, 5.4 o 529/13, de 31.5 ).

Se ha considerado también que para la aplicación de la atenuación penológica se precisa la concurrencia o coexistencia de los dos parámetros ( STS 607/11, de 17.6 ), si bien son reiteradas las sentencias que han expresado que las circunstancias personales del recurrente son un dato que tiene menor entidad y consistencia que el de la escasa gravedad del hecho, más aún cuando tales circunstancias personales tengan reflejo en la circunstancias genéricas modificativas de su responsabilidad. Desde esta consideración y contemplando también que la entidad del hecho es un elemento vinculado a la menor gravedad del injusto típico, puesto en relación con la menor afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, la salud pública colectiva ( SSTS 1022/11, de 10-10 o 1433/11, de 30.12 ), debe considerarse adecuada la ponderación denegatoria del Tribunal de instancia, que expresamente destaca en su relato fáctico que el acusado desplegaba su ilícita actividad de manera permanente y con sustancias gravemente dañinas para la salud, al indicar *"formaba pareja con Edmundo Nicanor para vender cocaína y Speed. Si bien después ambos se separaron, vendiendo la droga Edemiro Ramon por su cuenta "*.

*Recurso interpuesto por la representación de Landelino Fidel .*

**NOVENO.-** Resuelta ya (en los fundamentos jurídicos 4º y 6º de esta resolución) la cuestión relativa a la eventual nulidad de las intervenciones telefónicas, debe tenerse por desestimado el primero de los motivos que formula este recurrente, así como la petición subsidiaria que indebidamente introduce en el mismo motivo, al alegar que *" declarándose la nulidad de las intervenciones telefónicas, caería el único indicio contra mi defendido"*.

**DÉCIMO.-** El recurrente formula su segundo motivo, con apelación de una infracción del artículo 855.3 LECRIM , respecto de los requisitos del tipo penal del artículo 368 del Código Penal y 741 de la LECRIM , respecto del contenido de la sentencia que debe valorar la prueba practicada en el plenario (sic).

Con error en la invocación de la norma procesal que ampara el motivo, su desarrollo critica la valoración probatoria que ha llevado a la condena y, en síntesis, afirma que no se aprehendió ninguna partida de droga en poder del recurrente, ni se conoce la cantidad, ni la riqueza de la misma, por lo que ignorándose en qué medida puede afectar negativamente a la salud pública, es procedente acordar la libre absolución del recurrente.

La sentencia de instancia dicta el pronunciamiento condenatorio en la consideración de que *" Landelino Fidel era trabajador de la empresa de transportes Viator Express SL y realizaba desplazamientos de paquetería en el trayecto Madrid-Gerona, lo que aprovechaba para llevar droga a Edmundo Nicanor e Edemiro Ramon . Utilizaba el teléfono NUM009 , si bien en ocasiones habló desde el número NUM010 (sic), que es el de su esposa Mariola Leocadia con igual domicilio que el acusado"*.

Es cierto que no se incautó sustancia estupefaciente al recurrente, no obstante, la tenencia material de la droga no es requisito imprescindible para la realización del delito, siempre que resulten acreditados los actos de tráfico, lo que el Tribunal de instancia -en juicio lógico de los elementos de inferencia- extrae de las siguientes circunstancias: 1) Que Abelardo Salvador declaró que el recurrente era una de las personas que le había venido suministrando la droga para su venta al menudeo y, por más que en juicio oral negó conocerle, esta versión no resultó creíble al Tribunal, dado que las conversaciones evidenciaban una relación entre ellos; 2) Unas conversaciones telefónicas plenamente expresivas de que el recurrente suministraba la droga a los otros acusados, ya que conversa en ellas con Abelardo Salvador o Edemiro Ramon y en esas conversaciones hacen continuas referencias a la cantidad, al precio y la calidad del producto que el recurrente había de suministrar; con expresas alusiones a la excelente calidad de algunas entregas anteriores y a las quejas que alguna partida habían suscitado entre los clientes de Abelardo Salvador e Edemiro Ramon ; llegando incluso Edemiro Ramon a afirmar que él mismo había probado el material suministrado por el recurrente y que *"sacaba"* algo como parecido al yeso. La acreditación del tráfico responde así a las reglas de valoración racional de la prueba, sin perjuicio de que la falta de acreditación de la naturaleza concreta de la

droga suministrada, haya llevado al Tribunal a condenar al recurrente como responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causa grave daño a la salud.

El motivo se desestima.

**UNDÉCIMO.-** El último de sus motivos se formula por quebrantamiento de forma contemplado en el artículo 851.1 3 de la LECRIM , por falta de expresión clara y terminante de los hechos que se consideran probados.

El defecto de expresión del relato fáctico se hace descansar en la consideración de algo que les es extraño, esto es, que la sentencia, en su fundamento jurídico 10º, se limita a transcribir las intervenciones telefónicas.

Reiterada doctrina jurisprudencial ( SSTS 877/2004, de 22.10 o 24/2010, de 1.2 entre otras), establecen que la viabilidad de este motivo precisa:

a. Que en el hecho probado se produzca una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatoria sin expresión de lo que considerar probado. Requisito que comporta además que la falta de claridad deba ubicarse en el hecho probado (oscuridad interna y no que resulte de su oposición frente a otros apartados de la sentencia) y que sea gramatical, esto es, que la oscuridad no puede extraerse de la falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación debe articularse por otras vías, como el error de derecho y

b. Que la incomprensión, esté causalmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia, esto es, que la falta de claridad impida comprender el hecho probado y esta dificultad imposibilite la correcta subsunción de los hechos en el tipo penal.

Ciertamente a la sentencia impugnada no puede reprochársele una oscuridad de esta morfología respecto de los hechos por los que el recurrente viene condenado, pues lo que dicen es lo siguiente: "*Landelino Fidel era trabajador de la empresa de transportes Viator Express SL y realizaba desplazamientos de paquetería en el trayecto Madrid-Gerona, lo que aprovechaba para llevar droga a Edmundo Nicanor e Edemiro Ramon . Utilizaba el teléfono NUM009 , si bien en ocasiones habló desde el número NUM010 (sic), que es el de su esposa Mariola Leocadia con igual domicilio que el acusado*". El relato no puede ser más claro, sintético y esencial en la acción, fijando claramente desde qué descripción fáctica se realiza el juicio de subsunción típica.

El motivo se desestima.

Recurso interpuesto por la representación de Benito Fidel .

**DUODÉCIMO.-** Benito Fidel formula su recurso fijando, como único motivo, la infracción de precepto constitucional prevista en los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ , en relación con el artículo 24 de la CE y más concretamente por quebranto de su derecho a la presunción de inocencia.

Expresa el recurrente que la prueba practicada no acredita que colaborara con Abelardo Salvador en la venta de la droga, pues no puede extraerse tal inferencia de que viviera en su mismo domicilio o de que le condujera en su coche en varias ocasiones. Añade que las conversaciones telefónicas que a él se refieren, nada tienen que ver con la droga que Abelardo Salvador iba a recibir de Tomasa Joaquina , por lo que la droga que esta pudiera entregar, en nada afecta al recurrente.

Ya se ha hecho referencia a la función de supervisión que corresponde a este Tribunal respecto del juicio valorativo de la prueba practicada. El Tribunal de instancia extrae el fundamento de la responsabilidad del recurrente, de la concurrencia de una pluralidad de indicios que reflejan -en su valoración racional- su participación en el negocio ilícito de Abelardo Salvador y en la distribución de la droga que iban a recibir. La participación del recurrente en la actividad de venta de droga es algo que se extrae, no sólo de la sugerencia de que se incautara en su poder la importante cantidad de dinero en metálico de tres mil euros, sino de su conjunción con las conversaciones telefónicas que el Tribunal detalla en su fundamento jurídico octavo. En una conversación que el Tribunal de instancia evalúa como relevante, ya hablan entre ellos de trabajar juntos y la referencia a unas ventas conjuntas y compartidas se obtiene de otra pluralidad de conversaciones que el Tribunal va detallando; en ellas, se pasan encargos, se transfieren mercancía, discuten sobre el gramaje, hablan de precios o se informan sobre los cobros que han realizado, no sin que el propio recurrente evidencie la clandestinidad del negocio al advertir a su interlocutor Abelardo Salvador , "*ven, ven, no tenemos que hablar de esto por teléfono*". Desde esta evaluación probatoria y desde la constatación de que el recurrente

seguía conviviendo con Abelardo Salvador a la fecha de la detención de todos ellos, resulta ajustada a las reglas de experiencia la conclusión del Tribunal de que la cocaína que Tomasa Joaquina portaba a Abelardo Salvador, era en realidad destinada al comercio que éste compartía con el recurrente.

El motivo se desestima

### III. FALLO

Que debemos estimar parcialmente el motivo de casación por infracción de ley, formulado por la representación de Edemiro Ramon para la apreciación de la eximente incompleta de drogadicción del artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el artículo 20.2, en el sentido de entender concurrente la atenuante analógica de drogadicción del artículo 21.7, en relación con el artículo 21.2 del Código Penal. Consecuentemente, debemos declarar y declaramos la nulidad parcial del pronunciamiento que sobre estos extremos contiene la Sentencia, dictada el 15 de julio de 2015, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en su procedimiento abreviado 4/15 (dimanante del Procedimiento Abreviado 811/2011, de los del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Calatayud); con declaración de oficio de las costas causadas con ocasión de la tramitación del recurso correspondiente a esta parte.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al resto de motivos de casación formulados por este recurrente, así como a aquellos formulados por la representación procesal de Tomasa Joaquina, Felix Diego, Abelardo Salvador, Landelino Fidel y Benito Fidel; condenando a estos últimos al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia 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 veintiséis de Julio de dos mil dieciséis.

En la causa Rollo Procedimiento Abreviado n.º 4/2015, seguida por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 295/2013 (antes Diligencias Previas 811/2011), instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Calatayud, por los delitos contra la salud pública y pertenencia a organización criminal, contra Pelayo Obdulio, nacido en Marruecos el día NUM012 de 1961, NIE NUM013, hijo de Florentino Julian y Socorro Rita, Edemiro Ramon, nacido en Beni Mellal, Marruecos, el NUM014 de 1980, NUM015, hijo de Borja Jaime y Tomasa Otilia, Candido Secundino, con DNI NUM016, nacido en Calatayud el NUM017 de 1966, hijo de Abilio Marcial y de Angeles Teodora, Felix Diego, NIE NUM018, nacido en Azua, República Dominicana, el NUM019 de 1976, hijo de Gervasio Emiliano y de Carla Andrea, Roberto Teodoro, NIE NUM020, nacido en República Dominicana el NUM019 de 1960, hijo de Valeriano Daniel y Elisabeth Salvadora, Benito Fidel, NIE NUM021, nacido en Ben Rellal, Marruecos, el NUM022 de 1979, hijo de Florentino Julian y de Trinidad Milagrosa, Tomasa Joaquina, DNI NUM023, nacida en Tanger, Marruecos, el NUM024 de 1993, hija de Florentino Julian y de Tomasa Otilia, Abelardo Salvador, NIE NUM025, nacido en Marruecos el NUM026 de 1983 en Laataren, Marruecos, hijo de Armando Julio y Elisa Zulima, y Landelino Fidel, NIE NUM027, nacido en Zegangan Mar, Marruecos, el NUM028 de 1971, se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 15 de julio de 2015, que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia pronunciada 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. Pablo Llarena Conde.

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** De conformidad con lo dispuesto en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia rescindente, donde se estimó parcialmente el motivo de infracción de ley y la procedencia de apreciar en el recurrente Edemiro Ramon , la atenuante analógica de drogadicción del artículo 21.7, en relación con la circunstancia atenuante del artículo 21.2 del Código Penal , manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamiento de la sentencia de instancia.

## III. FALLO

Que debemos **condenar** y **condenamos** a Edemiro Ramon , como autor responsable de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal , en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo la atenuante analógica de drogadicción del artículo 21.7, en relación con el artículo 21.2, del texto punitivo, a las penas de prisión por tiempo de tres años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, 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.