



Roj: STS 4082/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4082
Id Cendoj: 28079120012016100712

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1913/2015

Nº de Resolución: 704/2016

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

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 catorce de Septiembre de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **1913/2015** interpuesto por **Matias Anton , Mauricio Cosme , Eduardo Basilio , Bruno Gustavo , Marcos David , David Doroteo , Cayetano Leopoldo , Benedicto Lazaro** , representado por los Procuradores Sres. María Dolores Girón Arjonilla, Antonio Esteban Sánchez, Lucía Victoria Agulla Lanza y Ricardo Ludovico Moreno Martín , bajo la dirección letrada de D. José A. Cuevas García, Juan Carlos Gómez Villegas, Serafín Moreno Gámez, Agustín Fábregas Romero, Ramón José Fiol García, contra la sentencia de fecha 27 de abril de 2015 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Cádiz que condenó a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública y absolvió del mismo delito a Elisabeth Marina , Cirilo Bruno , Dario Agustin y Prudencio Torcuato . Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Mixto nº 1 de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) incoó Diligencias Previas nº 376/2009 (PA nº 24/2014), contra Mauricio Cosme , Bruno Gustavo , Matias Anton , Benedicto Lazaro , David Doroteo , Cayetano Leopoldo , Elisabeth Marina , Eduardo Basilio , Dionisio Maximino , Prudencio Torcuato , Marcos David , Cirilo Bruno y Dario Agustin . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Tercera) que con fecha 27 de abril de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< A principios del año 2009 los acusados Mauricio Cosme , Matias Anton , Bruno Gustavo , Benedicto Lazaro , Eduardo Basilio , Cayetano Leopoldo y David Doroteo , formaban parte de una organización dedicada a introducir grandes cantidades de hachís procedente de Marruecos por la zona de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) para su posterior distribución entre terceras personas.

Los cuatro primeros y Marcos David , que no pertenece a la organización, han sido ejecutoriamente condenados como autores de un delito contra la salud pública de los artículos 368 , 369 y 370 del Código Penal a las penas de tres años y ocho meses de prisión los dos primeros y de un año y ocho meses los demás, en sentencia firme de fecha 1/07/14 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia provincial de Cádiz, con sede en Ceuta , por hechos cometidos el día 27 de junio de 2011, una vez fueron puestos en libertad por esta causa.

Marcos David además ha sido ejecutoriamente condenado por un delito contra la salud pública por sentencia de fecha 03/07/2000 firme el 5 de febrero de 2001, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, por el Juzgado Central de lo Penal de Madrid, condena que ha sido extinguida el 12/12/2007.

Para hacer estas operaciones de tráfico de hachís utilizaban embarcaciones neumáticas a las que dotaban de potentes motores, que una vez habían cargado con la partida de hachís correspondiente en

Marruecos, traían hasta la costa española donde la descargaban y ocultaban en lugar seguro hasta su distribución a terceros.

Mauricio Cosme era el jefe de la organización delictiva asentada en Sanlúcar. Se desplazaba hasta Marruecos para ultimar los detalles de las operaciones y partía hacia la costa española patroneando las embarcaciones cargadas de hachís.

Bruno Gustavo dirigía la organización junto con Matias Anton y era responsable de la introducción de los distintos alijos de hachís.

Matias Anton, hermano de Mauricio Cosme, pertenecía a la organización delictiva, colaboraba en los alijos de hachís que la organización introducía en España ya fuera transportando a Mauricio Cosme hasta el lugar donde cogía la embarcación o recogiendo en el mar una vez finalizado el alijo y estaba pendiente durante los alijos de transmitir información a los que participaban en él, utilizando el mismo teléfono que Mauricio Cosme en ocasiones y también se aprovechaba de las ganancias obtenidas con esta actividad.

Benedicto Lazaro, apodado " Mantecas " o " Pelirojo ", pertenecía a la organización y hacía de punto de vigilancia en la zona de Bajo de Guía (Sanlúcar), para avisar a los demás miembros de la organización si las lanchas de la Guardia Civil o del Servicio de Vigilancia Aduanera o el helicóptero estaban por la zona.

Eduardo Basilio pertenecía a la organización delictiva dando de alta como trabajadores suyos a los acusados Mauricio Cosme y Matias Anton en su empresa para que estos aparentaran desarrollar una actividad lícita, sin que en ningún caso existieran esas relaciones laborales y permitía que se pusiera a su nombre la embarcación que iba a ser utilizada por la organización para preparar el alijo de hachís que se descubrió por los agentes de la guardia civil el día 23 de mayo de 2009 en la zona conocida como la Bomba del Quiñi de Isla Mayor (Sevilla) y ayudaba a Mauricio Cosme cuando le hacía falta, como cuando éste fue a Marruecos el día 16 de mayo de 2009 a preparar el alijo de hachís de los días 22-23 de mayo y pidió a Eduardo Basilio que le enviara una documentación del vehículo ante los problemas que tenía en la aduana para entrar en Marruecos con el coche.

David Doroteo pertenecía a la organización y su papel era actuar como punto de vigilancia de la costa cuando se llevaban a cabo los alijos de hachís.

Cayetano Leopoldo pertenecía a la organización y su función era actuar como punto de vigilancia, aprovechándose del lugar privilegiado para observar el río Guadalquivir que le ofrecía el trabajar en el Restaurante "El Poma" situado en la zona de Bajo de Guía de Sanlúcar de Barrameda.

Marcos David que no formaba parte de la organización, permitía que su hijo Bruno Gustavo ocultara bienes en su domicilio. En la entrada y registro realizada en su domicilio en la CALLE003 NUM009 de Sanlúcar de Barrameda, fueron hallados 2 paquetes con 461 grs. de hachís positivo a THC con pureza 4,7% y valor de mercado 2.325 euros, 1,821 grs. positivo a THC pureza no consta valor 6 euros que tenía destinados a su venta a terceras personas. También se encontraron en este domicilio 54 billetes de 50 euros, 3 billetes de 20 euros, un billete de 10 euros (total 320 euros), ordenador clónico, con monitor, teclado, altavoces y CPU, 5 teléfonos Nokia, uno con auriculares y cargador, pequeña canana de cuero vacía, trozo de hachís, dos cajas de cartón con diversa munición (cartuchos de caza), joyero con 7 anillos, 3 juegos de pendientes de oro, prismáticos con funda, un teléfono Sharp, cargadores, un Soy Ericson, escopeta de aire comprimido, machete de grandes dimensiones GPS Garmin, una sonda marca Lagle Mafra III plus, grupo de soldadura eléctrica, embarcación de fibra, tres motores Yamaha, un motor Suzuki, embarcación neumática Quiksilver 300, un depósito de gasolina para embarcación, dos compresores y diversa documentación.

Dionisio Maximino participó como punto de vigilancia los días 22 y 23 de mayo de 2009 en la zona por donde Mauricio Cosme realizó el alijo de hachís.

El día 23 de mayo de 2009 se intervinieron en la zona conocida como la Bomba del Quiñi de Isla Mayor (Sevilla), 90 fardos de hachís con peso de 2.809.170 grs. con una pureza de THC del 10 % y valor de mercado de 3.952.263 euros cuyo transporte hasta España fue realizado por la organización liderada por los acusados Mauricio Cosme y Bruno Gustavo .

Para preparar este alijo, el acusado Mauricio Cosme en compañía de su compañera, la acusada Elisabeth Marina, se trasladó a Marruecos el día 16 de mayo de 2009, al objeto de ultimar los preparativos para la materialización del alijo de hachís que pretendían introducir por el río Guadalquivir sin que Caridad estuviera enterada de la actividad concreta que Mauricio Cosme llevaba a cabo en ese viaje en relación con el tráfico de hachís.

Dicha organización había adquirido de un tercero, Bartolome Horacio , la embarcación matrícula NUM010 que pusieron a nombre del acusado Eduardo Basilio quien sólo aparentemente la adquiría pues ni la pagó ni hizo ninguna gestión para comprar el barco y permitía poner la embarcación a su nombre para así eludir controles policiales sobre las personas que la utilizaban, siendo que en realidad la compra era para la organización.

Sobre las 12:00 horas del día 22 de mayo de 2009, los acusados Mauricio Cosme , Bruno Gustavo y Bruno Gustavo a bordo del vehículo Golf matrícula NUM011 , se dirigieron a Puerto Sherry en El Puerto de Santa María, donde aparcaron en el pantalán H y salieron los 3 a bordo de la embarcación NUM010 , que regresó sobre las 18:00 horas, con los acusados Matias Anton y Bruno Gustavo , mientras que el acusado Mauricio Cosme había hecho trasbordo a otra embarcación rumbo a Marruecos donde recogería el hachís.

Por su parte, el acusado Benedicto Lazaro , no pudo acompañar al acusado Mauricio Cosme en la embarcación que transportó los fardos de hachís que luego se incautaron, debido a un accidente donde se fracturó la tibia y el peroné, si bien estuvo permanentemente en contacto con Mauricio Cosme durante la operación así como con el proveedor marroquí para garantizar su buen fin.

La entrada del alijo a las costas españolas se demoró porque la organización fue alertada por el acusado David Doroteo en dos ocasiones acerca de que la embarcación de la Guardia Civil estaba por allí y luego cuando salió a la bocana de entrada del Río Guadalquivir.

El acusado Dionisio Maximino por su parte, advertía oportunamente y de manera constante al acusado David Doroteo de la presencia policial por la zona del río Guadalquivir.

Igualmente, el acusado Cayetano Leopoldo hizo labores como punto de vigilancia e informaba de los movimientos de la patrullera del Servicio Marítimo y del helicóptero del Servicio de Vigilancia Aduanera al acusado Mauricio Cosme y a su hermano Matias Anton , como había venido realizando en días previos.

La Guardia Civil optó entonces por sacar la embarcación del río, de lo que de nuevo el acusado David Doroteo informó puntualmente a Mauricio Cosme , optando éste por entrar sobre las 13:45 horas del día 23 de mayo de 2009, por la zona de Huelva y se introdujo en el río hasta la zona conocida como La Bomba del Quiñi, término municipal de Isla Mayor, donde ayudado por una cuadrilla de tierra, formada por terceras personas pertenecientes a la misma organización no identificadas, descargó los 90 fardos de hachís que hemos descrito más arriba y ocultaron con intención de recuperarlos más tarde.

La embarcación semirrígida patroneada por Mauricio Cosme salió al río y se inició una persecución por parte de la Guardia Civil que el acusado logró eludir, permaneciendo escondido hasta que sobre las 19:40 horas del día 23 de mayo de 2009, agentes de guardia civil observaron cómo en la zona de Las Piletas de Sanlúcar salían dos motos acuáticas, yendo en una los acusados Bruno Gustavo y Matias Anton , que habían recogido a Mauricio Cosme y éste en la otra, y vieron cómo se dirigía al vehículo marca BMW y matrícula X5 NUM012 con el que lo recogió finalmente su compañera, la acusada Elisabeth Marina , que no conocía ni estaba al corriente de la operación, trasladándose ambos al chalet de madera de Mauricio Cosme .

Con posterioridad los acusados Matias Anton , Mauricio Cosme , Bruno Gustavo y Benedicto Lazaro mantuvieron conversaciones para hacer otros alijos que no llegaron a materializarse.

El día 9 de junio de 2009 estando Mauricio Cosme en una embarcación junto a la costa de Marruecos fue abordado una patrullera de la policía marroquí cuyos ocupantes les encañonaron a él y a las personas que le acompañaban, les pegaron, les quitaron todas sus cosas y hubieron de pagarles 200.000 euros para que los dejaren en libertad. Tras lo ocurrido, el acusado Mauricio Cosme se quedó en Marruecos algunos días junto con la acusada Elisabeth Marina .

En virtud de diferentes Autos de fecha 22 de junio de 2009, se practicaron diligencias de entrada y registro en los domicilios siguientes:

En domicilios del acusado Mauricio Cosme sitios en C/ DIRECCION006 NUM013 y domicilios familiares sitios en CALLE004 nº NUM014 y NUM015 y cuartos anexos, se hallaron:

-En CALLE004 nº NUM014 : un mono de raza tití de pincel blanco (a disposición del SEPRONA), un turismo BMW MATRÍCULA NUM016 , documentación.

-En DIRECCION006 NUM013 : dinero; un billete de 200 y 6 de 100 dirhans, un billete de 10 y uno de 5 euros, tres televisores marca Samsung, mandos, 3 tarjetas de patrón de embarcación a nombre de Mauricio Cosme , 4 teléfonos móviles, 3 Nokia y uno FM 3 D, nota manuscrita con nombres y cifras, sistema

de refrigeración Midea, vehículo Suzuki Vitara con remolque sin matricular que porta una moto acuática marca Supercharger, con su documentación, proyector digital releiver visión, DVD, compresor marca Pintul Amico, juegos de llaves de vehículos intervenidos, ordenador portátil Toshiba, cargador, cargador nokia, diversa documentación, un loro gris de cola roja, joyas diversas (cadena de material dorado con inscripción marroquí), un quad Yamaja matrícula NUM017 .

En CALLE004 nº NUM015 : joyas, juego de llaves de vehículo Mercedes, dos billetes de 500 euros, dos billetes de 200 euros, un billete de 100 euros, (total 1.500 euros en efectivo) nota manuscrita con nombres y cifras, un billete de 50 euros, un billete de 20 euros, documentación, un DVD LG con mando, cordón dorado con Virgen del Rocío y diversas joyas.

En el domicilio del acusado Bruno Gustavo sito en C/ DIRECCION007 NUM013 de Sanlúcar fueron hallados los siguientes efectos:

-revolver de retrocarga marca Astra modelo Cádiz de calibre 32 al que ha sido borrado el número de identificación del armazón, figurándole grabado en la empuñadura NUM018 , en eficaz estado de funcionamiento, 6 cartuchos del calibre 32 de largo, en correcto estado de funcionamiento y cartucho de calibre 7,65 mm en peor estado, casquillos y proyectiles y otro cartucho más pequeño, 84.900 euros y billetes que resultaron ser falsos: un billete de 200 euros y otro de 50 euros. No consta que el acusado los fabricare ni que los distribuyere a terceros.

Un teléfono marca Nokia, una tarjeta de Vodafone, una carabina de aire comprimido marca gamo, cámara de vídeo JVC, mando y cargador, GPS marca GARMIN, un teléfono marca Sharp, ordenador HP, dos llaves de apertura garajes, llaves de vehículo Volkswagen, Volkswagen matrícula NUM019 , ordenador portátil Compaq, billete 200 euros falso, 50 falso, 6 dólares USA, un billete de 5 libras, un billete de 10 libras, un televisor 42 pulgadas marca Firs Une, vídeo juego Will, play station 3, un trozo hachís, un juego de wii-fit, 10 billetes de 50 euros, un billete de 20 euros, uno de 5 euros, un televisor LG, 450 billetes de 50 euros, 2 de 500 euros, 1.000 billetes de 20 euros, 414 billetes de 100 euros, un reloj de pulsera DG, un motor de embarcación marca mercury, un compresor marca Sterwins, una motocicleta marca Yamaha NUM020 , cartera de cuero con documentación personal y tarjetas de crédito, 4 bolsas de documentación.

En domicilio del acusado Benedicto Lazaro sito en C/ DIRECCION008 , Edificio DIRECCION009 ng NUM021 , NUM022 de Sanlúcar: un Iphone, una cadena de oro, un rosario dorado, un reloj Lotus, 6 billetes de 50 euros, una caja roja con joyas (dos anillos, dos pares de argollas doradas, 3 pulseras), documentación, teléfono Ericsson y cargador, otro Samsung con cargador, bolsa pequeña con marihuana, GPS Garmin 175, una sonda Fishfinder 90, marca Garmin, televisor LG, consola Play station con dos mandos, un ordenador portátil HP, 13 billetes de 50 euros, 2 billetes de 50 euros, una pistola negra de cañón largo de aire comprimido, marca gamo y 3 cajas de munición marca Gamo, 30 billetes de 50 euros, 270 billetes de 20 euros, 54 billetes de 50 euros, 3 billetes de 100 euros, 2 llaves de vehículos, botiquín de embarcación Abel y Matias Anton , una pistola pequeña sin marca de fogueo, cartera negra, un billete de 50 y otro de 5 euros (en total 8755 euros en efectivo).

En domicilio del acusado Eduardo Basilio sito en CALLE005 nº NUM023 de Sanlúcar, se halló: un revolver de fogueo Norica y una pistola simulada marca Browning, un cuchillo de monte marca Aitor, unas llaves de embarcación y un sobre con la inscripción " DIRECCION010 " que contiene contrato de compraventa y fotocopia de DNI a nombre de Bartolome Horacio , libreta de ahorros, documentación, ordenador Toshiba, dos intercomunicadores marca cobra, torre de ordenador LG, pantalla LG, teclado marca NGS, impresora Lexmark, destructor papel, teléfono Nokia, sello con nombre del acusado, televisor Philip, motocicleta Yamaha, 11 billetes de 50 euros, vehículo marca Audi matrícula NUM024 y Mitsubishi matrícula NUM025 , en su interior: carpeta AZ con documentación, dos tarjetas de telefónicas, móvil, llaves de embarcación, un intercomunicador marca cobra, un juego de llaves, dos teléfonos nokia.

En el garaje sito en C/ Gumersindo Gonzalo portal NUM026 de Sanlúcar utilizado por el acusado David Doroteo , fueron halladas un total de 352 tabletas de hachís con peso 40.478 grs. positivo a THC pureza 13,3% y valor de mercado 56.669,2 euros.

Un teléfono Nokia hallado en el interior del vehículo Ford Mondeo matrícula NUM027 del acusado David Doroteo .

En poder de Benedicto Lazaro se intervino 3,05 gramos positivo a THC con pureza 17,6% y valor de mercado 15 euros.

En poder del acusado Bruno Gustavo 50,72 grs. Positivo a THC pureza 8,8% y valor de mercado 253,6 euros.

Además fueron intervenidos diversos vehículos y embarcaciones:

-Embarcación Saber Fisher 22 matrícula NUM010 de nombre DIRECCION010 cuyo titular era Bartolome Horacio pero con contrato de compraventa del acusado Eduardo Basilio . Por resolución de fecha 10/05/09 se concedió su uso a la Asociación de Minusválidos Hispanoafriicana .

Por resolución de fecha 22/01/10 se concedió autorización a la fuerza actuante para uso provisional de los siguientes vehículos:

-HUMMER H2 matrícula NUM028 propiedad de Melchor Gines que se dejó sin efecto y utilizada por Mauricio Cosme .

-BMW X5 matrícula NUM012 a nombre de Candido Celestino , padre de Mauricio Cosme y usado por éste.

-Audi A6 matrícula NUM024 a nombre de Gemma Fidela , suegra de Eduardo Basilio , usado por éste.

-Vehículo Citroen C3 matrícula NUM029 a nombre de Magdalena Otilia , madre de Benedicto Lazaro y usado por éste.

-Volswagen Golf matrícula NUM011 de Mauricio Cosme

-Ford Focus TDCI matrícula NUM027 de Mauricio Cosme .

-Volswagen Golf matrícula NUM019 de Bruno Gustavo .

-BMW 120 matrícula NUM016 a nombre de Inocencia Claudia , madre de Mauricio Cosme .

-Mercedes AMG matrícula P NUM030 de Mauricio Cosme .

-Moto acuática Yamaha Super Charged matricula NUM031 a nombre de Guillerma Nieves , hermana de Mauricio Cosme y usada por éste.

-Motocicleta Aprilia Compay 125 matrícula NUM032 a nombre de Amanda Zulima , esposa de Eduardo Basilio .

-Motocicleta Yamaha XT 600 matrícula NUM033 de Eduardo Basilio

-Motocicleta Yamaha Xcity 250 matrícula NUM020 de Benedicto Lazaro

-Motocicleta Honda CBR Corinta matrícula NUM034 de Mauricio Cosme

-Motocicleta Honda CBR matrícula NUM034 de Mauricio Cosme

-Quad Yamaha YFM 700 matrícula NUM017 de Mauricio Cosme

-Quad Yamaha YFM 700 matrícula NUM035 de Benedicto Lazaro

-Ciclomotor Kymco Vitaliti matrícula NUM036 de David Doroteo

Además fueron intervenidos otros vehículos y embarcaciones que se encuentran depositados:

-Ciclomotor piagio matrícula NUM037 de David Doroteo -Ford Focus matrícula NUM038 de Mauricio Cosme

-Moto acuática Yamaha Super charger matrícula NUM039 a nombre de Guillerma Nieves , hermana de Mauricio Cosme pero usado por éste habitualmente - Mitsubishi Sport matrícula NUM025 de Eduardo Basilio -Suzuki Vitara matrícula NUM040 de Mauricio Cosme -Renault Megane matrícula NUM041 de Reyes Veronica .

-BMW 645 matrícula NUM042 de Magdalena Otilia madre de Benedicto Lazaro .

-Embarcación DIRECCION011 , matrícula NUM043 a nombre de Candido Celestino , padre de Mauricio Cosme .

-Embarcación neumática Quiksilver propiedad de Mauricio Cosme -Embarcación fibramar 700 de 250 Cv de Bruno Gustavo

-Embarcación neumática Quiksilver propiedad de Bruno Gustavo en domicilio de Marcos David .

Efectuado contraanálisis de muestras en INT de Sevilla arrojó como resultado:

9,78 grs polvo prensado positivo THC 2,16%

9,84 grs positivos THC 1,16 % y

9,62 grs positivos THC 1,83 %>>.

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

<< Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Mauricio Cosme y Bruno Gustavo , como responsables en concepto de autores de un delito contra la salud pública antes definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis años de prisión, multa de 11.856.789 euros, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al primero también como autor de un delito de tenencia ilícita de armas ya definido a la pena de un año de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de una quinceava parte de las costas procesales el primero y dos quinceavas partes el segundo, y les abonamos el tiempo de prisión preventiva que hubieren cumplido por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Benedicto Lazaro , Eduardo Basilio , David Doroteo , Matías Anton y Cayetano Leopoldo como responsables en concepto de autores de un delito contra la salud pública antes definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años y siete meses de prisión, una multa de 7.904.526 euros con cinco meses de arresto personal a todos ellos para el caso de impago siendo la multa de 8.017.864 euros para David Doroteo , a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de una quinceava parte de las costas procesales y les abonamos el tiempo de prisión preventiva que hubieren cumplido por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Dionisio Maximino como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública antes definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, una multa de 7.904.526 euros con cuatro meses de arresto personal para el caso de impago, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de una quinceava parte de las costas procesales y les abonamos el tiempo de prisión preventiva que hubiere cumplido por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Marcos David como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública antes definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a las penas de dos años de prisión, una multa de 1.407 euros con un mes de arresto personal para el caso de impago, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de una quinceava parte de las costas procesales y le abonamos el tiempo de prisión preventiva que hubiere cumplido por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Que debemos absolver y absolvemos con todos los pronunciamientos favorables del delito contra la salud pública por el que venían siendo acusados a Elisabeth Marina , Cirilo Bruno , Dario Agustin y Prudencio Torcuato devolviéndoseles todos los objetos intervenidos y con declaración de oficio de cuatro quinceavas partes de las costas procesales.

Se declara el comiso de los comiso (sic) y destrucción de la droga incautada, así como de los bienes, medios, instrumentos y ganancias derivados del ilícito tráfico, vehículos, dinero en efectivo, teléfonos móviles y demás efectos, que les fueron en su día intervenidos en este procedimiento, a los que se dará destino legal excepto la motocicleta Aprilia Compay 125 matrícula NUM032 a nombre de Amanda Zulima , esposa de Eduardo Basilio , Renault Megane matrícula NUM041 a nombre de Reyes Veronica y la embarcación DIRECCION011 matrícula NUM043 a nombre de Candido Celestino que se ponen a disposición del Juzgado de instrucción nº 1 de Sanlúcar de Barameda que sigue la causa por blanqueo de capitales>>.

3.- Con fecha 23 de junio de 2015 se dictó Auto por el que se rectifica la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

<< Se rectifica la sentencia nº 115/15, de 27 de abril y dictada en las presentes actuaciones, en el sentido de añadir el **fallo**:

Se mantiene la situación de libertad de todos los acusados.

Donde dice que el acusado Benedicto Lazaro está defendido por el Abogado D. José A. Cuevas García, debe decir: D. Ángel R. Rovira García.

No ha lugar a la aclaración interesada por la representación de David Doroteo .

Notifíquese la presente resolución a todas las partes quedando unida a la sentencia de la que forma parte>>.

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

Motivos aducidos en nombre de Mauricio Cosme y Matias Anton .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE . **Motivo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE . **Motivo tercero** .-Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE . **Motivo cuarto** .- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE . **Motivo quinto** .- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE . **Motivo sexto** .- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECrim , en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por denegación de prueba. **Motivo séptimo** .- Por infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 368 , 369.1.2a y 6 y 370.3 CP . **Motivo octavo** .- Por infracción de ley, por inaplicación indebida de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP . **Motivo noveno** .- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Motivos aducidos en nombre de Bruno Gustavo .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) , al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) . **Motivo segundo** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. **Motivo tercero** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 84 9.1 LECrim , por indebida aplicación del art. 370.2º CP . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , por indebida inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebida como muy cualificada, arts. 21.6 º y 66. 2a CP .

Motivos aducidos en nombre de Benedicto Lazaro .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE . **Motivo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. **Motivo tercero** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 84 9.1 LECrim , por indebida aplicación del art. 369 bis CP .

Motivos aducidos en nombre de Eduardo Basilio .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción del derecho al Juez predeterminado por la ley, art. 24.2 CE , en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE . **Motivo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE . **Motivo tercero.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, arts. 24.1 CE , y a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE . **Motivo cuarto** .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , en relación con el art. 9.3 CE que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la seguridad jurídica. **Motivo quinto.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de los arts. 4 , 5 , 27 , 29 , 63 , 66 y ss, 21.7º, 127 , 368 , 369.1.2, 370.3 y 373 CP , por

indebida aplicación de los mismos. **Motivo sexto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación del art. 368 CP , en relación con el art. 369.1.2° CP , pertenencia a organización. **Motivo séptimo**.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación del art. 28 CP , e indebida inaplicación del art. 29 CP , cómplice. **Motivo octavo** .- Al amparo del art. 24.2 CE , por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, conforme al cauce de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim . **Motivo noveno** .- Al amparo del art. 851.1 LECrim , por existir contradicción entre los hechos probados y consignarse conceptos que implican predeterminación del fallo.

Motivos aducidos en nombre de David Doroteo .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 18.2 CE (nulidad intervenciones telefónicas). **Motivo segundo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849 LECrim , por indebida aplicación de los arts. 368 , 369 , y 370 CP , (pertenencia a organización). **Motivo tercero** .- Por quebrantamiento de forma, al amparo de los arts. 851.1 ° y 5.4 LOPJ , en relación con el art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, art. 24 CE .

Motivos aducidos en nombre de Cayetano Leopoldo .

Motivo primero .- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim , por conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . **Motivo segundo** . Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim , en relación con los arts. 5.4 y 11 LOPJ , por conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE en relación con el art. 24 CE . **Motivo tercero**.- Por infracción de ley por inaplicación indebida del art. 29 CP en relación con los arts. 28 , 368 y concordantes CP . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley al haberse conculcado lo dispuesto en el art. 21.6° CP por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada o, subsidiariamente, simple.

Motivos aducidos en nombre de Marcos David .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). **Motivo segundo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim ., por indebida aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia (art. 22.8 CP). **Motivo tercero** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , por indebida inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebida como muy cualificada, arts. 21.6 ° y 66.2a CP . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim , por error en la valoración de la prueba.

5.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos **impugnando todos sus motivos** ; la representación legal de D. Eduardo Basilio se **adhiera** a los recursos formulados por los demás recurrentes en lo que le favorezca; la representación legal de D. **Cayetano Leopoldo se adhiere** igualmente a los recursos del resto de recurrentes, en lo que favorezca al mismo la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día catorce de junio de 2016.

7.- Con fecha 28 de junio de 2016 se dictó Auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por un periodo de treinta días atendiendo a la complejidad de los hechos, el volumen de documentación y la pluralidad y densidad de los motivos de casación articulados.

8.- Se pasa la sentencia redactada por el ponente para firma de los demás componentes de la Sala el día 5 de septiembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En lo que es casi una constante en los procesos en que han desempeñado un papel relevante unas intervenciones telefónicas, un nutrido grupo de motivos de los ocho recurrentes se fijan como objetivo deshabilitar tales escuchas deteniéndose en bastantes de los apartados del amplio listado de requisitos o presupuestos cuya ausencia arrastra la inutilizabilidad de esta medida ingerente y, por ende, de las pruebas derivadas de una investigación que estaría viciada en su origen. Los ocho recurrentes cuestionan por razones diversas -muchas coincidentes; otras, no- la validez y regularidad legal y constitucional de las intervenciones telefónicas. Agruparemos todos esos motivos por obvias razones sistemáticas: los temas comunes reclaman un tratamiento unitario. Son los motivos primero a quinto del recurso de Mauricio Cosme

y Matias Anton ; primero de los recursos de Bruno Gustavo , Marcos David , David Doroteo y Benedicto Lazaro , y el segundo de los recursos de Cayetano Leopoldo y Eduardo Basilio).

Se aducen variadas razones que debidamente sistematizadas serían las siguientes: **a)** ilegalidad en la obtención de los números de teléfono a efectos de su intervención; **b)** ausencia de base indiciaria suficiente para adoptar tal medida; **c)** cuestionable necesidad de la medida; **d)** déficits de motivación; **e)** cuestiones ligadas a la implicación de una operadora de telefonía no nacional y consecuencias de ello; **f)** falta del exigible control judicial.

La mayoría de esos temas fueron analizados en un auto dictado por el Instructor (13 de abril de 2010: folios 2.554 a 2.556) en el que de manera fundada y tras un estudio detenido vicario en buena medida del previo y muy serio dictamen del Fiscal (folios 2505 a 2516), se rechazaban los argumentos que fueron hechos valer ya al inicio de la instrucción (folios 2219 y ss. en escrito presentado por la entonces dirección letrada de cuatro de los actuales recurrentes: buena parte de sus fragmentos aparecen reiterados, aunque debidamente ampliados y actualizados, en uno de los recursos que ahora resolvemos). También la sentencia dedica muchas páginas a refutar todas y cada una de las quejas sobre esas intervenciones (fundamentos de derecho Primero a Sexto). Procede refrendar esa doble argumentación. Eso no nos exime de abordar nuevamente las quejas; aunque el discurso de los recurrentes, utilizando un símil geométrico, parece discurrir a veces por un camino más paralelo que perpendicular. Es decir, se dedican más a reiterar argumentos ya motivadamente rechazados, que a tratar de rebatir las fundadas razones que primero la Instructora y luego la Sala de instancia han expuesto en ese auto primigenio y en la sentencia respectivamente. Desarrollan un discurso paralelo, con muchos argumentos sin incidencia directa en los razonamientos de tales resoluciones que los contestaban. Como si éstas no se hubiesen producido, se repite una cantinela muy semejante a la inicial aunque es justo admitir que también se introducen muchos matices novedosos vinculados a la prueba desplegada en el plenario.

SEGUNDO.- Examinaremos separadamente cada una de las cuestiones suscitadas.

1.- Hipotética ilegalidad de los medios utilizados por la guardia civil para obtener los datos de los teléfonos a intervenir . Se argumenta que tratándose de líneas telefónicas contratadas mediante la modalidad *prepago* , la guardia civil no pudo acceder a los números telefónicos más que por medios ilegales, al no constar autorización judicial.

Es esa una presunción de ilegalidad que no puede aceptarse como método de acercamiento al examen de esta cuestión, menos cuando los agentes aseguraron en el juicio que no consiguieron esos datos de manera ilegítima. Hay muchas formas legales para su obtención (acudir a colaboradores -como sugirieron-, o recabar información a algún particular cuando se están efectuando investigaciones y seguimientos no es nada complicado).

La STS 48/2013, de 23 de enero que es invocada en el dictamen del Ministerio Público es un buen botón de muestra de los abundantes precedentes jurisprudenciales que avalan esta estimación: "*De entrada, la validez constitucional de una medida de injerencia como la adoptada en el presente procedimiento, no puede hacerse depender de que la policía explique el origen de todas y cada una de las informaciones que los agentes ofrecen al Juez instructor. Es indudable que éste podría haber exigido esas explicaciones para el caso en que abrigara la sospecha de su ilegitimidad. Sin embargo, nada existe en la causa que sugiera la inobservancia de las reglas para el acopio de esos datos ni, por supuesto, para la obtención de las averiguaciones ofrecidas a la consideración del órgano jurisdiccional. Los números de teléfono usados por los imputados pueden ser obtenidos de muy distintas fuentes. Y no necesariamente ilícitas. Esta Sala ha señalado, es cierto, que cuando se acredita la injerencia de los poderes públicos en el ámbito protegido por un derecho fundamental, aquellos deben estar en condiciones de acreditar la legitimidad de su actuación, pues la regla general es la vigencia del derecho, y constituyendo su restricción una excepción, ésta debe estar debidamente justificada (cfr. STS 130/2007, 19 de febrero). Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no existe ningún indicio que permita afirmar razonadamente que tal injerencia se haya producido, habida cuenta que, pudiendo haberse obtenido el número de teléfono del sospechoso por múltiples vías legítimas, nada indica que la utilizada no lo haya sido. Y así como no es posible presumir la legalidad de la injerencia, obligando al afectado a demostrar que su derecho ha sido restringido indebidamente, tampoco es posible presumir la ilegalidad de dicha injerencia, si caben otras opciones respetuosas con la Constitución y la ley, como pueden ser las noticias recibidas de confidentes, agentes infiltrados, colaboradores, u otras intervenciones telefónicas. Dicho de otra forma, es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho violando normas (cfr. SSTS 751/2012, 28 de septiembre ; 596/2012, 6 de julio ; 412/2011, 11 de mayo , 309/2010, 31 de marzo y 509/2009, 13 de mayo)".*

El contexto de las investigaciones policiales como explica el Ministerio Público siguiendo una senda ya explorada en la sentencia por el órgano *a quo* hace pensar en formas muy diferentes y nada dificultosas para obtener unos números de teléfono, que, según revelarán luego las escuchas, era facilitado a terceros por razones variadas. Situaciones similares, lógicamente, se producirían antes de las intervenciones cuando la conducta de los recurrentes era ya objeto de seguimiento policial. Desde luego, es temerario, como sugiere algún recurso, hablar de una intervención policial de los teléfonos previa a la autorización judicial: eso es tanto como acusar a los agentes de la comisión de un delito grave. También la presunción de inocencia ha de amparar a los agentes policiales.

No puede darse por tanto acogida a la gratuita alegación de ilegitimidad en el procedimiento empleado por la Policía para identificar los números telefónicos. La insinuación debe ser rechazada sin más. No es admisible extender una presunción de ilegitimidad a toda la actividad policial (SSTS 85/2011 de 7 de febrero , 1003/2011 de 4 de octubre , 509/2009 de 13 de mayo ; 309/2010, de 31 de marzo). No es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono cuando no hay indicios de ilegitimidad. La validez constitucional de las escuchas no depende de la constancia documentada de los medios (hipotéticamente muy variados) a través de los que fueron obtenidos los números de teléfonos sujetos a observación (STS 751/2012, de 28 de septiembre).

Otro significativo precedente viene representado por la STS 492/2010, de 18 de mayo , que se expresa en los siguientes términos: *"Sobre este concreto particular, que es lo único que se cuestiona en el presente motivo, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1344/2009 , de 16 de diciembre, que los números identificativos con los que operan los terminales no pueden constituir, por sí mismos, materia amparada por el secreto de las comunicaciones, pues afirmar lo contrario supondría, a nuestro juicio, confundir los medios que posibilitan la comunicación con la comunicación misma. Sostener semejante criterio no supone contradicción alguna, en nuestra opinión, con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente la contenida en la Sentencia del denominado "caso Malone", ni con la del Tribunal Constitucional ni, mucho menos aún, con la de esta misma Sala, pues esa doctrina se refiere a la extensión del ámbito protegido de la "comunicación" no tanto a los números telefónicos sino al hecho de que, a través de la averiguación de esos números, se conozcan extremos como el momento, la duración y, lo que es aún más importante, la identidad de las personas que establecen el contacto. Y eso sí que puede sostenerse que forma parte, auténticamente, de la "comunicación". "Por otro lado, tampoco la clase concreta de contrato telefónico, tarjeta "prepago" en el supuesto que nos ocupa, puede, ni debe, tener influencia en una mayor o menor tutela del dato numérico desde el punto de vista constitucional, ya que o el dato es secreto y se requiere para su conocimiento la participación de la autoridad judicial, en todo caso, o, como nosotros sostenemos, no forma parte ni de la comunicación ni de la intimidad de la persona, merecedora de protección constitucional. Con similar criterio se expresa la Sentencia 356/2009, de 7 de abril en la que se declara que cuando se trata de la obtención de números de teléfono de terceros que no aparecen en las listas de las compañías telefónicas es preciso admitir que las posibilidades son variadas y no necesariamente suponen, siempre y en todo caso, la ejecución de un acto que suponga una injerencia injustificada en el ámbito protegido por el derecho fundamental. Desde la comunicación de terceros, confidentes o no, hasta el conocimiento a través de otras diligencias policiales o judiciales, como se sugiere en la sentencia impugnada, caben opciones respetuosas con las exigencias constitucionales, de manera que no puede afirmarse que el desconocimiento conduzca necesariamente a establecer la ilegalidad de la vía seguida para obtener aquel dato. Y en la Sentencia 35/2003, de 20 de enero , se expresa que la forma con que se facilita al órgano judicial el número de teléfono que se solicita ser intervenido no es un dato que esté amparado por el artículo 18.3 de la Constitución española , salvo naturalmente que se acredite su obtención por medios ilícitos. La policía en su actividad de investigación criminal puede obtener tales números por medios lícitos, que lo constituyen no solamente las guías y registros públicos, así como las informaciones administrativas, sino por informaciones testificales de referencia. En el caso, las conjeturas que se manejan en el motivo no pueden ser bastante para la estimación del mismo".*

La STC 25/2011 de 14 de marzo declara, además, que en todo caso la vulneración del derecho a la intimidad al obtener la titularidad y el número del teléfono móvil sería una injerencia en la intimidad de carácter leve *"que, con arreglo a nuestro canon constitucional podría considerarse proporcionada al constituir un medio idóneo para un fin legítimo"*.

No hay dato alguno más allá de la interesada insinuación de algunos recurrentes que permita concluir que existieron gestiones ilícitas y vulneradoras de derechos fundamentales por parte de la guardia civil. Los agentes, en sus declaraciones en el acto del juicio oral, se refirieron a modalidades perfectamente legítimas para obtener esa información, sin que pueda presumirse lo contrario porque otros funcionarios no tuvieran información o no lo pudiesen precisar por el tiempo transcurrido, (STS 551/2016, de 22 de junio).

2. Insuficiencia de los indicios aducidos para provocar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones . Coinciden todos los recurrentes, con unos u otros acentos y en general con largas y cuidadas exposiciones de la doctrina general salpicadas de referencias jurisprudenciales, en denunciar la ausencia de una base indiciaria suficiente para alzar el derecho al secreto de las comunicaciones. En su estimación el auto autorizante inicial carecería del sustento indiciario indispensable para tal injerencia en un derecho fundamental. Tal deficiencia sería también predicable de otros autos posteriores de ampliación y prórrogas de la medida.

Para que sea constitucionalmente legítima una autorización de esta naturaleza el Juez ha de verificar la presencia de unos indicios constatables por un tercero. No bastan afirmaciones apodícticas de sospecha rubricadas por la policía. El órgano judicial ha de valorar la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende investigar y la necesidad para el éxito de la investigación de realizar esa injerencia en un derecho fundamental. Pero no solo eso. Es también imprescindible que efectúe autónomamente un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas (STS 345/2014, de 24 de abril , entre muchísimas otras).

La suficiencia de los indicios para alcanzar la probabilidad de las conclusiones justificativas de las escuchas es valoración que ni puede hurtarse al Juez de Instrucción ni puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. Es necesario que éstos aporten al instructor los elementos objetivos que apoyan su juicio de probabilidad. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el grado de probabilidad derivable de los indicios. Sólo cuando éste se mueva en cotas que sobrepasan la mera posibilidad estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni confidencias huérfanas de otros apoyos. Es necesario algo más como han repetido hasta la saciedad tanto el TC como esta Sala de casación. La STC 49/1999 es un punto de referencia básico. Consideraciones concordantes pueden encontrarse en las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre , 136/2000, de 29 de mayo ó 253/2006 de 11 de septiembre .

El éxito posterior de la investigación, nunca convalida lo que en sus raíces nació podrido: hay que estar a un juicio *ex ante* (SSTC 165/2005 , de 20 de junio ó 259/2005, de 24 de octubre).

Son necesarias tanto una base indiciaria suficiente objetivable como una valoración judicial, autónoma y no puramente vicaria, de ese material indiciario. Es el Juez el llamado a ponderar esa suficiencia. No basta la indicación de la actividad delictiva. Hay que explicitar los indicios exteriorizables, en el sentido de verificables por un tercero, que alimentan la sospecha fundada de que una actividad delictiva se está llevando a cabo por unas personas concretas y que la intervención de sus comunicaciones telefónicas se revela como un medio idóneo y necesario de investigación.

En el reverso hay que recordar que no es precisa una investigación exhaustiva, ni la comprobación previa de los datos ofrecidos por la policía. No hay por qué dudar sistemáticamente de los datos "objetivables" ofrecidos por la policía (el resultado de una vigilancia, la confidencia hecha por un informador...). Eso es compatible con que tampoco haya que asumir acríticamente las deducciones policiales. Es el Juez, manejando esos datos objetivables, el llamado a realizar sus propias deducciones que podrán coincidir o no con las policiales.

Si los indicios se miden *ex ante*, por la misma razón que finalmente aparezca que el indicio era equívoco y no apuntaba en esa dirección pretendida no convierte en ilegítima la intervención. V.gr., una escucha basada en una testifical que aparece como creíble será válida y legítima. También si finalmente se acredita que el testigo no decía la verdad. La comprobación *ex post* no invalida retroactivamente las escuchas (lo que vale para no descalificar los indicios sobre capacidad económica y patrimonial por el hecho de que *a posteriori* se haya determinado que había otros titulares reales, en argumento extrapolable a las diligencias de entrada y registro domiciliario).

La locución "**autorización judicial**" no es seguramente la más apropiada para expresar lo que quiere el art. 18.3 CE . Es más expresiva la fórmula que utiliza la norma constitucional: los términos **resolución judicial** , denotan de manera más genuina que no se trata sencillamente de un *pláacet* , o de un presupuesto formal, como el visado que se estampa en una aduana. Es algo más sustancial, con contenido propio: es la Autoridad judicial la que ha de **decidir** autónomamente, con sus propios criterios y valoraciones, la procedencia y necesidad de adoptar esa medida. No es un simple *controlador* de la viabilidad de una petición policial que deba limitarse a constatar desde una posición distante y desimplicada si están cubiertos o no los requisitos y, según sea su apreciación, "autoriza" o deniega la solicitud. Sin perjuicio de las reformas que vayan a condicionar el futuro de nuestro proceso penal y de que el modelo actual pueda entenderse más o menos

necesitado de transformación, el marco legal vigente diseña un Juez de Instrucción a cargo y al frente de la investigación de los delitos. Ha de conjugar -hay algunas gotas de contradicción o riesgo de esquizofrenia, pero el equilibrio es posible- su natural papel protagonista en la protección de derechos fundamentales y las facultades de investigación que la sociedad pone en sus manos para esclarecer la comisión de delitos e identificar a los eventuales responsables. Otro órgano judicial, desde una posición más pasiva para blindar su imparcialidad, se encargará del enjuiciamiento. El Juez de Instrucción hoy en nuestro sistema no es solo un Juez de Garantías. Él es quien adopta la decisión de intervenir unas comunicaciones por considerarlo necesario. No se limita a "convalidar" la petición policial; o a hacer de filtro para repeler abusos, abandonando en la policía la investigación, y limitándose a recibir periódica cuenta "por exigencias del guión". Es él quien realiza la injerencia, el responsable de la investigación, quien ha de dirigirla, sin perjuicio de que para ello cuente con el no ya valioso, sino imprescindible, auxilio de la policía judicial. No ha de asumir el papel de ésta, pero no es un simple "observador", un "árbitro" que "deja" hacer y solo interrumpe cuando detecta una infracción o irregularidad. El Juez no puede abdicar de esa tarea que le encomienda la Constitución. Ni tampoco de la legalmente atribuida de investigar los delitos. La resolución que ordena la injerencia en el derecho fundamental es **judicial**. Eso exige que la valoración sobre el nivel de los indicios haya de efectuarla **el juez**; que las deducciones o inferencias, que tienen que ir precedidas de una cierta reflexión y valoración al no ser autoevidentes, corresponden al **juez de instrucción** que no puede ni delegarlas ni asumir acríticamente las realizadas por otros. No desconfiar por sistema de la policía judicial -ninguna razón existe para ello- no significa abandonar en ella una tarea que es primordialmente judicial.

A.- Todo esto es perfectamente predicable del **Auto inicial** fechado el 21 de abril de 2009 que obra a los folios 49 a 55 del tomo I. No se limita el Instructor a una perezosa remisión al oficio policial. Recoge y expone (aunque de forma muy sintética: el informe policial era muy extenso y rico en datos) esos elementos facilitados por la policía; incluye una motivación fáctica autónoma; contrasta con los requisitos legales y constitucionales exigidos para legitimar una medida de esta naturaleza que igualmente se preocupa de referir sintéticamente y acaba por entender justificada la medida respecto de cuatro personas.

El examen de los antecedentes que preceden y justifican el auto habilitante fechado el veintiuno de abril de 2009 revelan un cuadro indiciario más que sobrado para la inicial intervención telefónica. La solicitud policial obra a los folios 3 a 48.

¿Qué datos objetivos avalaban las escuchas?:

Veamos:

i) Se expresa que han recibido **informaciones** que apuntan a varios de los investigados (Matias Anton e Mauricio Cosme , Bruno Gustavo y Romualdo Roberto) como implicados en actividades de tráfico de drogas. Se da cuenta igualmente de un sentir que ha calado en la población de Sanlúcar sobre la proliferación de conductas ligadas al narcotráfico con continuos alijos de haschis. Esa remisión a informaciones que emanan de fuentes anónimas es por sí sola insuficiente para decretar unas escuchas; pero es apta para desencadenar una investigación. Si de ella resultan elementos de mayor fuste, la misma información anónima puede ser utilizada como elemento de refuerzo de esos indicios. Así viene expresado en una consolidada jurisprudencia de la que es buena muestra la STS 339/2013, de 20 de marzo : las informaciones anónimas e indeterminadas iniciales no son despreciables en cuanto han sido contrastadas con una investigación a través de vigilancias que revelaron signos indirectos de esa posible dedicación. La credibilidad de las vagas y genéricas informaciones recibidas se ve robustecida y apuntalada por la comprobación de que en efecto hay manifestaciones externas objetivas y objetivables que sugieren una actividad persistente de importación de drogas por parte de los sospechosos.

Las SSTS 1497/2005, de 13 de diciembre y 55/2006, de 3 de febrero recuerdan que: "*las noticias o informaciones confidenciales, ... aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido la S.T.C. 8/2000 de 17.1). [...]*". No basta con una remisión a ese tipo de fuentes huérfana de cualquier otro aditamento para cumplir los cánones mínimos que exigen jurisprudencia constitucional y ordinaria. Es indispensable filtrar y contrastar. Sin ese complemento son insuficientes. Pero pueden utilizarse como indicio justificativo de las escuchas si aparecen corroboradas por una investigación en la que se acopien otros significativos indicios.

Esto se ha hecho aquí: las informaciones de ese tipo son en un principio utilizadas como desencadenante de una comprobación mediante investigaciones ulteriores que vendrán a confirmar la

credibilidad de esas noticias. No son elemento nuclear del cuadro indiciario sino muy accesorio. Pero una vez extraídos otros datos objetivos de mucha mayor potencialidad, sí que vienen a reforzar a éstos.

Muchas veces, las informaciones confidenciales son finalmente sustituidas a efectos de reclamar la intervención por un conglomerado de elementos objetivos que se han recabado en unas indagaciones previas (SSTS 578/2012, de 26 de junio o 658/2012, de 13 de julio). En otras ocasiones, informaciones confidenciales y comprobaciones ulteriores interactúan complementándose recíprocamente. En el presente supuesto, se produjo una prolongada actividad policial de depuración en la que se obtuvieron otros muchos elementos que a continuación se expondrán a los que pueden sumarse esas informaciones confidenciales cuya fiabilidad ha quedado así corroborada.

ii) A raíz de tales informaciones se activa una investigación sobre los aludidos. Una de las líneas consiste en indagar sobre su **situación patrimonial** comprobándose que no desarrollan actividad laboral alguna (aunque dos de ellos están dados de alta ficticiamente en la empresa de Eduardo Basilio). Pese a ello, manejan varios vehículos y gozan de una capacidad económica no estrecha (folios 7 a 11).

iii) Se constata que algunos de ellos han sido anteriormente detenidos por delitos contra la Salud Pública. Las fechas no son cercanas. Eso disminuye la fuerza del indicio, pero no llega a anularla: es un elemento más, insignificante por sí solo, pero que cobra mayor relevancia en el contexto: las personas que han sido señaladas como implicadas en esas actividades y que conciertan reuniones sospechosas, aparecen ya anteriormente relacionados con acciones de esa naturaleza.

iv) Se comprueba que algunos han efectuado desplazamientos a Ceuta desde Algeciras o a Marruecos. Se reseñan fechas. En Marruecos el lugar habitual de procedencia del haschis en aquella zona.

v) Bruno Gustavo fue visto e identificado cuando pilotaba una moto acuática sin matrícula por la zona y en los momentos en los que según fuertes indicios se había podido llevar a cabo un alijo (4 de julio de 2008).

vi) En los seguimientos y vigilancias desarrollados durante varios meses: se comprueban los contactos y relaciones entre ellos y con otros individuos también vinculados al tráfico de drogas (entre otros, Ezequias Isidro , así como otras personas de las que se reseñan sus antecedentes policiales y su involucración en diligencias incoadas por delitos contra la salud pública).

vii) Particular relevancia tienen los diálogos que logran captar en alguna vigilancia y que se detallan en el oficio (folios 16 y ss). Son tremendamente sugestivos de referirse a cuestiones relacionadas con el tráfico de drogas. La actitud de algunos de los participantes en la reunión así como sus antecedentes policiales refuerzan esa estimación bien fundada. Es verdad que en esa reunión solo estarán presentes Romualdo Roberto y Bruno Gustavo . Pero los seguimientos y vigilancias demuestran las relaciones y el consorcio entre éstos y los hermanos Matias Anton Mauricio Cosme .

viii) Se detectan contactos en el puerto de Algeciras de Bruno Gustavo y Romualdo Roberto que han viajado juntos allí con dos personas el 31 de diciembre de 2008. Una de ellas, Rogelio Victor , sería detenida poco después, el 24 de febrero de 2009, participando activamente en un alijo de haschís con origen en Marruecos.

ix) El desembarco el 10 de febrero desde Tánger de Mauricio Cosme y Matias Anton junto con Eduardo Basilio y Roberto Rafael , quien sería detenido el 31 de marzo siguiente con motivo de la ocupación de 961 kgr. de haschís, es otro elemento muy elocuente.

Es innecesario recoger todo el detallado informe reflejando las vigilancias, seguimientos y deducciones. Lo decisivo es comprobar como de su lectura surge la idea fundada de que existían muy buenas razones para considerar que las personas cuyos teléfonos se intervinieron y que habían sido apuntadas por las iniciales informaciones venían dedicándose coordinadamente a esas actividades de tráfico de drogas y no desempeñaban ningún trabajo. Esa hipótesis explicaba perfectamente su nivel de vida, la ausencia de actividad laboral, las reuniones, sus viajes con un concreto destino, sus desplazamientos, el contenido de algunos diálogos, sus relaciones con personas comprobadamente implicadas en el tráfico de drogas. Algunos alijos se producen mientras se están llevando a cabo las vigilancias. No es éste o aquél indicio el que funda la estimación: son todos entrelazados los que conforman ese cuadro: informaciones previas, antecedentes policiales, reuniones, falta de actividad laboral, capacidad económica, diálogos, viajes... No es dable fragmentar el conjunto para argumentar diseccionando aisladamente cada uno de los indicios y concluir que sería insuficiente. Es verdad que por separado ninguno sostendría la medida. Pero interrelacionados forman una tupida red sobre la que se asienta legítimamente la medida de intervención telefónica adoptada en el Auto de 21 de abril de 2009.

El fundamento de derecho tercero de la sentencia detalla bien el conjunto de indicios que fundaron el acuerdo de iniciar las escuchas.

B.- En cuanto a las ampliaciones y prórrogas la valoración no puede ser diferente.

i) La intervención de otros teléfonos a los pocos días de la primera medida aparece más que fundada a la vista de las escuchas. Está razonada minuciosamente en el fundamento derecho tercero de la sentencia. Conviene reproducirlo pues relata detalladamente lo que justificó esas nuevas intervenciones:

*"La llamada que se realiza al teléfono de Matias Anton con número NUM044 por una persona que se identifica como " Onesimo Urbano " de la tienda de motos permitió lo siguiente: tener la certeza de que ese número de teléfono es el de Mauricio Cosme , pues el tal Onesimo Urbano se refiere a su interlocutor como Mauricio Cosme , y es Matias Anton quien le dice que no, que Mauricio Cosme no está, siguiendo con normalidad el del taller hablando con Matias Anton a quien llama por su nombre con relación al quad de Mauricio Cosme . También permite identificar la voz de Matias Anton y concluir que Matias Anton e Mauricio Cosme se intercambian los teléfonos cuando les hace falta, y por lo que más tarde se escucha, cuando están desarrollando una operación y que esto es conocido por terceros que actúan con normalidad ante esa situación, lo que también es un indicio de que pertenecen a una organización con otros muchos más que se irán relatando a lo largo de esta sentencia, pues existen unos medios materiales al servicio de la organización que van utilizando sus miembros según vaya haciendo falta. También nos permite saber que aunque Matias Anton no tiene un trabajo, tiene medios económicos para tener un quad. Otro indicio de que Matias Anton pertenece a la organización es que le llama un tal " Bigotes " para saber si el " Gamba " ha salido ya y al que luego Matias Anton le dice que "Todo para Atrás" y que dice a Matias Anton que es el Bigotes , el que ha estado antes con él. Luego si le llama para preguntar como están las cosas del "negocio" que se traen entre manos, es porque están organizados, se reúnen y cada uno tiene su papel. Del contenido de las conversaciones también se ve cual es el rol de cada uno. Así, los usuarios de los teléfonos NUM045 y NUM046 , que entonces estaban sin identificar pero que a lo largo de las investigaciones se supo que eran Cayetano Leopoldo (folio 796 conversación día 20-05-29 a las 4.57.56) y Cirilo Bruno respectivamente, se percibe que son las personas que realizan las vigilancias de los movimientos de las embarcaciones policiales que vigilaban el río, pues en conversaciones con dice el primero "va pa dentro", "los malos" eso pa dentro tío", "la fina" y el usuario del número NUM046 "el de arriba loco perdido y la otra no la he visto la he escuchado, pero va detrás de otra", "si se ve que son dos una por delante va a fondo y la otra por detrás", (fol. 69, 70, 71,72) en conversaciones con Matias Anton usuario del teléfono de Mauricio Cosme NUM044 mantenidas el día 21 de abril de 2009 21:25 h. y las 23:54, **manifestando los agentes actuantes que se comprobó como al tiempo de mantenerse esas conversaciones las embarcaciones de los servicios de vigilancia marítimos estaban en el río Guadalquivir, o la fina en referencia a una embarcación del SMP que tiene la silueta fina, habiendo también detectado el desconocido el helicóptero policial que según los mismos agentes estaba allí.** Así se observa que Matias Anton esta recibiendo llamadas que le dicen como va la operación, que hay personas vigilando la costas, que el " Bigotes " llama también para ver qué pasa y Matias Anton le informa de que todo va para atrás, de que Mauricio Cosme cuando coge este teléfono NUM044 después de haber estado donde fuere, presuntamente pilotando una embarcación por lo que diremos más adelante, tomó las riendas del operativo y comienza a decir a las distintas personas con las que habla les pregunta dónde están, para luego decir "voy pa bajo", "voy pa ya", en clara alusión a que está dirigiendo los movimientos de los distintos participantes en esta operación. **Por el sentido de la conversación también se aprecia que la persona usuaria del teléfono NUM047 , que más adelante es identificado como Benedicto Lazaro , sería la que va en la embarcación como antes había ido Mauricio Cosme pues éste le pregunta "donde está" y que si "has escuchao eso lo de arriba" y que "para donde va" y el desconocido le contesta que "pa donde nosotros íbamos", e Mauricio Cosme le responde "venga po tu estas abajo ya", "venga voy pa bajo" se desprende que Mauricio Cosme también pilotaba una barca al igual que el usuario del teléfono NUM047 y que dirige la operación.** Estas conversaciones justificaban la intervención de estos nuevos teléfonos que se interesaban pues podían interpretarse y eran indicativas de que las personas que las mantenían estaban organizadas y podían estar tratando de realizar un alijo de droga que no pudieron llevar a cabo dada la presencia policial en el río. Sin embargo, no podemos concluir sin ningún género de duda que cuando las personas que se escuchan mantienen estas conversaciones tuvieran la disposición del hachís que dice el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación y no que se decidieran a echar para atrás la operación antes de recogerlo, ni tampoco si tenían posibilidad real de hacerse con esa sustancia y cuando no habrían pasado en la ejecución de su plan más allá de lo que serían los actos preparatorios impunes. Por ello no estimamos probado el HECHO UNO del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, pero sí consideramos probado que las personas que mantienen estas conversaciones se dedicaban a*

una actividad probablemente ilícita y probablemente de tráfico de hachís, que se suele traer desde Marruecos en embarcaciones y que los cuerpos y fuerzas de seguridad vigilan la costa y el río Guadalquivir para impedirlo, tanto con embarcaciones como con helicópteros. Por ello tenían esa forma encriptada de hablar, evitaban la presencia policial, actuaban organizados y constituían un grupo estable porque mas adelante se aprecia como participan en otras operaciones, lo que tendremos en cuenta para aplicar la agravación de actuar en el seno de una organización en el delito por el que condenamos. Resulta, legítimo, desde la interesada posición de la defensa descontextualizar cada diálogo para explicar que la alusión a los malos; o las frases se ve que son dos una por delante va a fondo y la otra por detrás o Has escuchao es, lo de arriba o Todo para atrás son absolutamente inocentes. Analizadas por sí solas podrían referirse a mil cuestiones distintas, la mayoría de ellas totalmente inocentes. Pero si se conectan con los datos concomitantes, cobran un sentido que sería ingenuo ignorar: **i)** una investigación por delitos consistentes en el transporte en embarcaciones de Haschís; **ii)** son los sospechosos cuyos teléfonos están intervenidos los que participan en esas conversaciones; **iii)** hay presencia policial patrullando en el río por donde se adentran los alijos, así como un helicóptero realizando ese tipo de tareas; **iv)** la expresión *Todo para atrás* encaja perfectamente interpretada como señal de que la operación debe abortarse precisamente por la presencia policial de que alertan los comunicantes...

No puede discutirse sensatamente que esas conversaciones justificaban la intervención de esos cuatro nuevos teléfonos (además de otro usado por Bruno Gustavo) lo que se hizo en el Auto de 24 de abril de 2009 (folios 78 a 83). El apartado cuarto de sus antecedentes es más que expresivo.

ii) En cuanto a las demás ampliaciones y prórrogas, la lectura de las consideraciones que la sentencia vierte sobre ellas, contrastadas con la causa, permiten llegar a igual conclusión: no se aprecian irregularidades relevantes capaces de quebrar la legitimidad de la secuencia de intervenciones. Recoge una detallada relación el informe del Fiscal obrante en las diligencias (folios 2510 y ss.). Procede remitirse al Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia aún a riesgo de que padezca todavía más la ya muy maltrecha brevedad. Pero es que su lectura evidencia la sinrazón de las quejas y el rigor con que la Audiencia resolvió esas cuestiones previas:

" Después de los dos autos de 21 y 24 de abril de 2009 acordando las escuchas antes referidas, en oficio de 27 de abril de 2009 se daba cuenta del resultado de las mismas. De estas conversaciones, cuya transcripción se entregaba se deducía que la noche del 25 al 26 de abril una embarcación con Mauricio Cosme y el apodado " Chiquito " que luego se supo que era Prudencio Torcuato a bordo, habrían partido rumbo a Marruecos y de vuelta alijado su carga en las proximidades de Trebujena, aunque no pudo ser aprehendido el alijo, mientras que otra embarcación en la que irían " Pelirojo " que luego fue identificado como Benedicto Lazaro y un tal " Pitufo " que no se llegó a identificar, no habrían podido culminar la operación porque habrían sufrido una avería. Bruno Gustavo estaría también al tanto de la operación y se puso en contacto con la novia de Mauricio Cosme , la acusada Elisabeth Marina , para pedirle ropa para Mauricio Cosme cuando fuera a recogerle. Así en la conversación del día 24/04/09 a las 15:00:43 Mauricio Cosme desde el NUM044 habla con Bruno Gustavo que utiliza el NUM048 y le dice que está allí el " Raton " con los chavales para hablar con él, contestándole Mauricio Cosme que hable él (Matias Anton) con ellos y que les diga que si no traen sus cosas que no se arregla nada más, (fol. 105); en otra conversación ese día a las 20:40:19 Mauricio Cosme habla con un tal Cayetano Leopoldo de que va a comprar eso y que Mauricio Cosme va con el " Chiquito "; el 24-04-09 a las 22:38:26 Bruno Gustavo habla con el " Pelirojo " que utiliza el número NUM047 que le pregunta a que hora van a salir de paseo, contestando Matias Anton que a las 11 horas. Después a las 22:51:55 Mauricio Cosme desde el NUM044 habla con el número NUM049 utilizado por " Chiquito " y este le pregunta que se lleva para el camping, contestando Mauricio Cosme que ropa calentita, que la comida la pone él, que "coja pastillas para el mareo"; en otra conversación el día 25 de abril a las 21:48:27 entre Bruno Gustavo y Elisabeth Marina se refiere a la ropa que Elisabeth Marina le tiene que entregar a Matias Anton de Mauricio Cosme , pues se supone que una vez realizada la descarga Matias Anton recogía a Mauricio Cosme , y efectivamente la guardia civil ve salir una embarcación del río con dirección Marruecos que podría ser la que habría hecho el alijo, pero no fue posible identificar a las personas que la pilotaban ni se aprehendió sustancia alguna. Hay una conversación el día 26:04:09 a las 00:19:28 horas en que Mauricio Cosme habla con el "risita" donde este le dice que esta aburrido de todo el mundo, Mauricio Cosme le dice que le llame con "uno de los del pueblo ese", lo que puede interpretarse con un teléfono marroquí; otra conversación el día 26:04:09 a las 8:50:20 entre Matias Anton e Mauricio Cosme en que le dice que el "Risita" se esta ahogando y que lo saque de allí, Mauricio Cosme le pregunta que donde esta y termina diciéndole que le va a llamar.

De estas conversaciones cuyas transcripciones están a los folios 104 y siguientes de las actuaciones, se desprende la relación que tienen los que en ellas intervienen, que son Mauricio Cosme , Bruno Gustavo , el llamado " Chiquito " que después fue identificado como Prudencio Torcuato , " Pelirojo " , después identificado como Benedicto Lazaro y Elisabeth Marina , que Mauricio Cosme y Bruno Gustavo son

los que organizan las operaciones, que posiblemente se dedican a algún negocio ilícito a dada la forma encriptada y poco clara que tienen de comunicarse, dándose números de teléfono a través de otro, o no queriendo decirlos enteros por teléfono, haciendo alusión a que se llamen desde determinados números de teléfono que podrían ser marroquíes cuando se habla de un número como "el largo" y que están organizados, pues hay que ponerlas en consonancia con las actividades descritas en los fundamentos anteriores, que si bien no son suficientes para considerar probados los hechos que el Ministerio Fiscal describe como HECHO DOS de su escrito de acusación, pues como decíamos al referirnos al HECHO UNO, no hay constancia de que traspasaran el límite de lo que son actos preparatorios impunes, sí reflejan la relación entre todos los que en ellas intervienen y que llevan cabo actividades juntos y sobre todo, justifican que se continúe con la investigación y las intervenciones de los teléfonos que se solicitan utilizados por las personas desconocidas que aún no se habían identificado y que aparentemente participaban de las actividades posiblemente ilícitas de las personas investigadas consistentes en traer cantidades de hachís desde Marruecos a España utilizando embarcaciones e introduciéndolas a lo largo del río Guadalquivir.

A las daciones de cuentas de las diligencias llevadas a cabo por los agentes de la guardia civil conforme a lo que les había ordenado por el juez de instrucción y en los plazos marcados por éste, siguieron otros autos de fechas 28 de abril de 2009 autorizando la intervención de los teléfonos de las personas que en esta operación intervenían (fol. 147 y sig.) y 5/5/09 (folios 176 a 182) que estaban plenamente justificadas, recogiéndose en estos autos de un modo motivado la interpretación que hacía el instructor de la información facilitada por la guardia civil, y considerando necesaria la práctica de las nuevas intervenciones que acordó.

Por oficio de 6 de mayo de 2009, tras la dación de cuentas de las labores de investigación que han estado llevando a cabo, los agentes de la guardia civil interesan la intervención de un nuevo número de teléfono de Mauricio Cosme y de otros desconocidos que habrían estado participando en las operaciones presuntamente ilícitas que se desprendía de dichas conversaciones que llevaban a cabo, así como el cese de la intervención de números antes utilizados por las personas investigadas que ya habían dejado de hacerlo, siendo la práctica habitual utilizar números de teléfono para una operación de tráfico de drogas y ya no utilizarlos más, siendo números de seguridad que se usan sólo para una operación.

Así se dicta el auto de 7/5/09 (folios 423 a 430) en el que se autorizaba la intervención de otro teléfono utilizado por Mauricio Cosme y de dos personas desconocidas que parece podrían colaborar con él en sus negocios ilícitos siendo uno de ellos el que podría estar encargado de guardar la droga que traían de los distintos alijos tal como se infiere de las conversaciones mantenidas entre Mauricio Cosme y Bruno Gustavo (Anexo 58 del teléfono NUM044), y que pone también de manifiesto las relaciones entre Mauricio Cosme y Bruno Gustavo y que son estos los que dirigen las operaciones, así otras muchas conversaciones entre Mauricio Cosme desde el NUM044 habla con el conocido como "Palillo" que utiliza el teléfono NUM045 y que le va dando explicaciones de donde están las lanchas de los servicios de vigilancia marítima, este "Palillo" se supo más adelante que se trataba de Cayetano Leopoldo, que como trabajaba en el Restaurante El poma en Bajo de Guía, tenía una posición privilegiada para observar el río que le permitía apreciar con facilidad donde estaban las embarcaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad que se dedicaban a la vigilancia de éste, lo que pone de manifiesto una vez más el entramado de la organización, con el papel que desempeña cada uno de sus miembros, el que recibe y canaliza la información que es Mauricio Cosme que toma sus decisiones con Bruno Gustavo, que es con quien discute que van a hacer con la droga que está en la "guardería".

Así se van sucediendo distintos oficios explicativos por parte de la guardia civil explicando cuales eran sus labores de investigación, las conclusiones que extraían de sus vigilancias y de las escuchas telefónicas, pidiendo la intervención de nuevos teléfonos y el cese de otros que siempre, tras el debido examen por el instructor, tal como se desprende de los exhaustivos razonamientos de sus resoluciones, fue acordando en autos de 11/5/09 (folios 447 a 454); 15/5/09 (folios 462 a 469); 15/05/09 (folios 476 a 484); 19/05/09 (fol. 645 a 655); 26/05/09 (fol. 672 a 681); 1/06/09 (folios 1070 a 1082); 5/06/09 (folios 1096 a 1108); 11/06/2009 (folios 1118 a 1131); 16/06/09 (folios 1357 a 1371) y 03/07/2009 (folios 1955 a 1958) que cumplen con todos los requisitos de motivación, necesidad y proporcionalidad que la jurisprudencia exige y que enumerábamos más arriba.

Así pues concluimos que las intervenciones telefónicas autorizadas y sus prórrogas estaban suficientemente justificadas. Ello se desprende de las investigaciones que, con carácter previo a que fueran acordadas, realizaron los agentes de la guardia civil sobre las distintas personas cuyos teléfonos interesaban que se intervinieran. A partir de aquí, los agentes investigadores fueron dando cuenta a la juez instructora dentro de los plazos por esta establecidos, de los resultados de sus investigaciones y de las escuchas. Siempre

existió por tanto control judicial de las intervenciones y cada vez que una nueva era autorizada, o prorrogada una existente, iba precedida de la correspondiente justificación y explicación de las investigaciones previas que la sustentaban y aportación de transcripciones, que resultaron convincentes a la juez instructora para considerar necesaria la intervención telefónica en orden a continuar con la investigación. No puede hablarse ni de falta de motivación de de falta de control judicial, así pues, no hay quiebra las garantías constitucionales. Formalmente hay una resolución judicial; el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se limita por tiempo determinado, y ante razones fundadas de existencia de un delito grave. Las citadas intervenciones se llevaron a cabo regularmente sin quiebra de derechos fundamentales. Se estaba en presencia de datos objetivos y concretos que se referían a la posible comisión de un delito de tráfico de drogas y a la posible implicación de las personas investigadas en el mismo".

iii) Se hace conveniente una referencia específica a la intervención del teléfono NUM050 que resultaría ser utilizado por Eduardo Basilio dado que en su recurso cuestiona de manera específica la corrección de la intervención de ese teléfono que se llevaría a cabo mediante el auto de 7 de mayo de 2009 (folios 423 y ss) cuyo fundamento de derecho octavo contiene una concreta exposición de las causas que motivan esa intervención y que derivan del extenso oficio policial obrante a los folios 193 a 238. Ciertamente sí, como hace el recurrente, se entresacan y aíslan las conversaciones telefónicas sostenidas desde ese teléfono con Mauricio Cosme , solo vamos a encontrar breves diálogos poco inteligibles para un tercero. Pero enmarcadas en la investigación y en las conversaciones que las preceden y las siguen y reforzadas por las averiguaciones extraídas de otras escuchas y de seguimientos, sí permiten entender que las relaciones entre el investigado Mauricio Cosme y el titular de ese teléfono respondían a tareas relacionadas con la dedicación de aquél. Las alusiones al *caballo*, a la necesidad de acudir a una *guerra*, la indagación sobre la llamada de un tercero, una cita que según el contexto estaba relacionada con un aparato; así como las referencias a unos arreglos que exigirían poner un *tubito* encajan perfectamente en ese contexto en el que adquieren una significación menos inocente de lo que pretende el recurrente. El encargo de ver a un tal Raton o las alusiones al " Bigotes " que antes habían aparecido en otras conversaciones siempre enmarcadas en ese escenario de tareas conjuntas relacionadas con el tráfico de haschis también iluminan esa significación.

Estaba justificada la intervención de ese teléfono.

No es justo en definitiva utilizar este caso, como hiperbólicamente se hace en algunos recursos, para ejemplificar sobre una supuesta laxitud mas o menos generalizada a la hora de alzar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: bastaría -se dice- un informe abultado y rico en expresiones retóricas, pero vacío de contenido. No es así: la consulta de cualquier repertorio de jurisprudencia evidencia que no es infrecuente la declaración de ilicitud de escuchas telefónicas al haberse situado alto el listón de las exigencias constitucionales. Ese estándar está aquí holgadamente sobrepasado.

Un apunte final para responder a otra de las alegaciones. No es necesario poner en conocimiento del juzgado todos los datos de todos y cada uno de los seguimientos. Es lógico que se seleccionen los relevantes y se desechen los intrascendentes y, que haya un cierto filtro. Obviamente habrá vigilancias y seguimientos que no arrojen ningún elemento significativo. El vigilado con toda seguridad continuaría con sus tareas cotidianas: -v.gr. comprar el pan, ir al cine, dar un paseo...-. Sería absurdo exigir que de todo eso se diese cumplida cuenta. Son datos neutros que no aportan nada.

3.- La necesidad de la medida, en el sentido de que no existiesen otras vías de investigación menos gravosas e igualmente eficaces, también concurre aquí: ha de examinarse tal requisito con idéntica óptica, es decir, en un juicio *ex ante* . No parece que las vigilancias, dificultosas e infecundas en cuanto a su capacidad para averiguar unas concretas coordinadas espacio temporales de una operación de alijo de haschis, pudiesen por sí solas ser aptas para esclarecer cada eventual operación y el conjunto de personas implicadas. Es más esos seguimientos laboriosos habían llegado a demostrar que muy posiblemente se estaban llevando a cabo operaciones mientras persistían las vigilancias sin que con ellas solas pudiesen ser abortadas. Los seguimientos iban engordando el nivel de indicios pero se revelaban incapaces de alcanzar pruebas más tangibles. El objetivo de una investigación de esa índole no es detener a algunos implicados en los primeros momentos, o incautar alguna muestra de droga; sino realizar indagaciones que permitan identificar al máximo número de partícipes y abortar la distribución de la mayor cantidad de droga posible. Desde ese punto de vista en un juicio previo la intervención telefónica se revelaba como medida muy adecuada. Más vigilancias, más seguimientos se antojaban estériles: recabar más y más datos y más y más indicios pero sin capacidad para obtener auténticas pruebas y desarticular la organización. En ese momento las escuchas se presentaban como el método más idóneo para esos legítimos objetivos: no solo detener a algunos presuntos implicados, sino hacer fracasar alguna operación de distribución de drogas a mayor escala. Siempre serán

posibles en abstracto más vigilancias, otras indagaciones; tratar de recabar más datos... Pero de lo que se trata es de comprobar si situándonos en esos momentos previos una intervención telefónica se revelaba como método proporcionado de investigación y podía pronosticarse que con otro tipo de investigaciones difícilmente se alcanzaría éxito.

La medida era así pues necesaria

En relación a la intervención el 24 de abril de 2009 del teléfono (NUM045) utilizado por Cayetano Leopoldo (" Palillo ") no se trataba solo de obtener la identidad del usuario (como parece presumir en su argumentación el citado recurrente), para lo que efectivamente cabían otros medios de investigación menos invasivos; sino sobre todo de esclarecer esa actividad de colaboración en operaciones de tráfico de drogas mediante vigilancias y alertas. Para tal fin la medida era adecuada y proporcionada, tanto en un juicio *ex ante*, como también en un juicio *ex post*, según quedó demostrado .

4. **Motivación extrínseca del auto** de 24 de abril de 2009 . El auto (folios 50 a 55) recoge en síntesis todas las referencias del oficio: no hacía falta más. Ese resumen más la remisión que contiene a la solicitud colma el estándar de motivación que legitima la intervención. Es deseable y aconsejable una motivación autónoma y autosuficiente que no precise de heterointegración. Pero es conocida la jurisprudencia, constitucional y ordinaria (por todas, SSTS 25/2008, de 29 de enero ó, 56/2009 de 3 de febrero), que considera suficiente la motivación por remisión: la resolución no reitera por ser innecesario las razones ya expuestas en la solicitud policial que hace suyas. La motivación es contextual: el auto en ese marco procesal se apoya explícita e implícitamente en las referencias del oficio, que como se ha visto, son extensas y sobradas.

Igual cabe decir del resto de autos acordando prórrogas y ampliaciones. Se apoyan en los diferentes oficios policiales. Cuando se trata de un nuevo teléfono usado por el mismo investigado, por otra parte, no se precisa obviamente mayor motivación.

5.- **Intervención de una operadora Marroquí.-** Lo decisivo a efectos procesales y de legitimidad de la medida es que se cuente con autorización judicial para efectuar las escuchas. Las formulas técnicas o la determinación de qué operadoras han de verse concernidas para cumplir esa orden judicial es indiferente. Carece de la trascendencia pretende atribuirle alguno de los recurrentes. El informe obrante a los folios 2.534 a 2.543 realizado en el Departamento del Servicio de SITEL es suficientemente expresivo. No basta con impugnar genéricamente un informe para despojarle de todo valor. Es un informe oficial. Quien lo remitió dió cuenta de su procedencia.

Se exponen en él las incidencias que surgen cuando se utiliza el servicio Roaming, lo que da perfecta explicación de la variación de los números: son dígitos virtuales asignados por la operadora con cifras aleatorias. Eso justifica cumplidamente las anomalías que se creyeron descubrir por las divergencias de números. No es que se hayan escuchado teléfonos no intervenidos; es que al estar enlazados por el servicio Roaming se produce necesariamente esa incidencia que en un principio puede despistar.

Lo que resultaría absolutamente inverosímil por ser contrario a la más elemental lógica es pensar que se escucharon teléfonos diferentes a aquellos cuya intervención se había autorizado y que casualmente (!) eran usados por las mismas personas investigadas; o, en un alarde todavía más asombroso de coincidencias, que eran otras líneas pertenecientes a terceras personas cuyas conversaciones, sin embargo, se acomodaban perfectamente a la actividad de los aquí investigados. Y no solo eso: además contactaban con otros investigados (y es que, como también argumenta la sentencia, son diálogos en su mayoría, en que están intervenidos tanto el teléfono llamante como el que recibe la llamada)

Tras la claridad de ese informe -es indiferente que se refiera a un único número: sus conclusiones son extrapolables perfectamente- son absurdas otras especulaciones. Es reiterativo dar más vueltas a esa cuestión insinuando hipótesis todas descabelladas.

6.- **Control judicial de las intervenciones** . Hay otro argumento que aparece en alguno de los motivos objeto de análisis conjunto bajo el denominador común de las escuchas telefónicas: la supuesta ausencia de control judicial privaría de legitimidad a las prórrogas o nuevas intervenciones. Mientras no cesa la intervención, las deficiencias en el control de las escuchas pueden incidir en el derecho al secreto de las comunicaciones (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de ó 220/2006, de 3 de julio), máxime cuando se acuerdan prórrogas basándose en anteriores escuchas no controladas.

Late un error de planteamiento en el razonamiento desplegado en algunos recursos bajo esa rúbrica. No puede equipararse control judicial con audición y transcripción de todas las grabaciones previa a cada prórroga ni con un conocimiento puntual de absolutamente todas las conversaciones o con la recepción inmediata de

las cintas originales. Control judicial no significa transcripción en sede judicial de las escuchas (STS 1077/2012, de 28 de diciembre). Ni tampoco cotejo judicial de grabaciones y transcripciones como parecen pretender algunos recurrentes aludiendo a las divergencias observadas en una conversación transcrita al folio 1.239. No: no es necesario que el Instructor oiga directamente las conversaciones antes de acordar una prórroga basada en las escuchas anteriores de las que da cuenta la policía.

Así lo razona la STC 26/2010 de 27 de abril : *"Denuncia también la demandante la falta de control judicial en el seguimiento de la intervención. Al respecto, hemos afirmado que para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5 ; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12 ; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4 ; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4 ; 197/2009, de 28 de septiembre , FJ 6), que sin lugar a dudas es lo que acontece en el presente supuesto, en el que, como ya se ha afirmado, el oficio policial en el que se solicita la prórroga, además de contener la información referida a los resultados de la investigación, se acompaña de las transcripciones de las conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos. Por ello, puede afirmarse que por el órgano judicial se ha efectuado el pertinente seguimiento de la medida"*.

Para acordar la prórroga de unas escuchas no se impone la audición de las ya efectuadas: basta con que el Instructor haya podido valorar a través del informe policial los resultados de las practicadas hasta ese momento, sus vicisitudes en sus datos esenciales y no en todos y cada uno de sus pormenores. Los informes de quienes están materialmente realizando las escuchas y la exposición de las conversaciones más relevantes son suficientes a tal fin. Siempre queda a salvo la facultad del instructor de exigir explicaciones, aclaraciones o concreciones (vid. SSTC 82/2002, de 22 de abril ó 205/2.05 , de 13 de Julio).

Tampoco la motivación por remisión de los autos de prórroga implica una dejación de ese necesario control. Es absurdo reiterar. Las prórrogas se acuerdan en teléfonos ya razonadamente intervenidos y a la vista de unos informes policiales que dan cuenta de la marcha de la investigación y confirman las sospechas o, al menos, no las disipan. Que en esos informes se dé razón exclusivamente de las conversaciones significativas es lógico. Lo relevante es que no se oculten algunas aunque solo se resalten en los informes las determinantes y no las intrascendentes.

Los diez motivos analizados han de ser desestimados.

TERCERO.- El motivo sexto del recurso conjunto de Mauricio Cosme y Matias Anton invoca el art. 850.1 LECrim por haberse rechazado una diligencia de prueba: comisión rogatoria al Reino de Marruecos para recabar datos de la operadora antes mencionada.

De lo expuesto se deduce la despreciable utilidad de esa prueba. Ya estaba aclarado lo que se buscaba a través de ella. Lo relevante es que las escuchas cuenten con una autorización judicial y aquí contaban con ella. El extenso informe antes aludido (folios 2.534 a 2.543) convertía en superflua e innecesaria esa prueba.

Para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no solo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad. La prueba debe aparecer como imprescindible para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La **necesidad** es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim . Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria", a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no puede prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "necesidad" o, más aún, "indispensabilidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón (STS 545/2014, de 26 de junio).

Así pues, para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no pueden influir en su parte dispositiva. El art. 850.3 ° y 4º LECrim exige para la estimación del recurso de casación por denegación de preguntas que las rechazadas fueran no solo pertinentes; sino también verdaderamente necesarias o de indudable influencia en la causa. Pues bien, es inherente al espíritu del art. 850.1º idéntico canon explícitamente formulado en materia de preguntas.

No se da aquí tal estándar. Si la prueba solicitada aunque reiterativa y superflua habría podido considerarse pertinente, resulta ahora totalmente prescindible. Resulta hipótesis totalmente inverosímil pensar que la guardia civil escuchó teléfonos no intervenidos sin tomar ni siquiera la precaución de esconder esa

conducta delictiva!. La explicación a esas discordancias numéricas hay que buscarla en el informe unido a la causa. Tampoco en la hipótesis sugerida por la parte (intervenciones delictivas) se desbarataría la prueba pues en las conversaciones decisivas siempre hay un teléfono intervenido radicado en España.

El motivo es improsperable.

CUARTO.- En el primero de los seis motivos que integran su recurso Eduardo Basilio cuestiona la **competencia** objetiva y territorial. El delito se habría producido en Coria del Río, lugar donde se produjo la ocupación del haschis. Eso determinaría la competencia de la Audiencia Nacional (por extenderse los efectos a más de una provincia) o en su caso de la Audiencia de Sevilla.

Es una alegación absolutamente extemporánea (arts. 19 y 666 y ss. LECrim) además en casación es cuestión nueva que debe ser repelida sin más (art. 11 LOPJ). No puede la parte guardar silencio sobre tal cuestión para alejarla solo cuando se encuentra con una sentencia condenatoria.

Además, tampoco se puede tachar de incorrecta la forma en que se ha asignado la competencia.

En cuanto a la Audiencia Nacional, de un lado, porque la producción de efectos en más de una provincia significa algo más que la mera incautación de la droga en un punto geográfico concreto. De otro, porque el concepto de grupo organizado que maneja el art. 65 LOPJ tiene una significación más estricta (requiere mayor estabilidad) que la vieja agravación del art. 369.1.2º, donde se contemplaban también las organizaciones de carácter transitorio.

En cuanto a la competencia territorial no podemos olvidar que el enjuiciamiento se extendió a otras operaciones diferentes por las que también acusaba el Fiscal y que tenían otras coordenadas geográficas; ni que también se intervino haschís en algunos de los registros realizados en Sanlúcar. El Juzgado de esta localidad inició y pilotó toda la investigación (art. 18 LECrim).

A las razones procesales se unen por tanto otras de fondo para **repeler el motivo** .

QUINTO.- En el motivo primero de su recurso Benedicto Lazaro cuestiona también la regularidad del registro de su domicilio. Después de la operación llevada a cabo era una elemental medida esa diligencia, que en el contexto en que recae no necesita una motivación específica extensa: saltan a la vista las razones. Pero es que además el auto dictado es modélico en cuanto a la exposición de esas razones (folio 1.425 a 1.429).

Es improsperable también esta petición aneja al primer motivo de este recurrente.

SEXTO.- El motivo séptimo del recurso de los hermanos Matias Anton e Mauricio Cosme , con sustento en el nº 1º del art. 849 LECrim , denuncia aplicación indebida de los arts. 368 , 369.1 y 2 y 370.3 CP .

Su lectura revela que lo que se denuncia realmente no es tanto la incorrección de la subsunción jurídica cuanto la insuficiencia de la prueba para estimar acreditados los hechos que justifican esa calificación penal.

Desde ese punto de vista se impone el "reformato" del motivo para analizarlo con esa óptica (con lo que se conecta con el motivo octavo y último que se remite a los anteriores): presunción de inocencia. Traeremos aquí también el estudio de los motivos similares de los demás recurrentes con excepción de Marcos David cuya posición a estos efectos es distinta y singular. De hecho no articula un motivo específico por presunción de inocencia.

Desde la perspectiva de la presunción de inocencia se puede verificar en casación:

- a) la existencia de prueba incriminatoria,
- b) su suficiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio, en el sentido de que de ella puede deducirse de forma racional y concluyente (con exclusión de hipótesis alternativas igualmente probables) la participación del acusado en hechos delictivos.
- c) su validez en la doble perspectiva de que haya sido practicada con todas las garantías y de que se haya obtenido sin violación de derechos fundamentales, y
- d) su motivación, lo que sirve para testar su suficiencia (es decir la racionalidad del proceso deductivo seguido por el Juzgador y la refutabilidad de otras explicaciones aducidas hipótesis que fuesen igualmente plausibles).

Ya se han disipado (fundamentos de derecho segundo, cuarto y quinto) todas las dudas suscitadas sobre la validez o licitud de toda la prueba (salvo la queja sobre la corrección del registro domiciliario en la vivienda de Marcos David en cuyo examen entraremos luego). Ahora hay que examinar lo medular de la

presunción de inocencia; es decir, determinar si la prueba de cargo lícita y practicada con todas las garantías es o no idónea para soportar la convicción que la Sala ha reflejado en los pronunciamientos de culpabilidad. Obviamente decae por sí toda la argumentación impugnativa que se basaba en la nulidad de las escuchas y la conexión de antijuridicidad que con aquéllas guardaría el resto de pruebas (motivo segundo del recurso de Bruno Gustavo).

Analicemos la cuestión individualizadamente, aunque de forma somera: esta Sala asume íntegramente la motivación fáctica, detenida, y rigurosa que efectúa la Audiencia Provincial; bastaría transcribir aquí algunos fragmentos de la sentencia para comprobar la inviabilidad de todos y cada uno de los motivos articulados al amparo de la presunción de inocencia. Sea suficiente esta remisión global, sin perjuicio de algunos comentarios específicos.

a) Respecto de Mauricio Cosme la declaración del guardia civil TIP NUM051 es concluyente. No puede cuestionarse en casación la credibilidad del testigo que en combinación con las escuchas (ver fundamento de derecho décimocuarto) y ocupación de la droga conforman un cuadro probatorio apabullante.

b) Benedicto Lazaro (motivo segundo) se limita en su recurso a consignar distintos pasajes de sentencias recogiendo la trascendencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Debe bastar aquí con una remisión genérica al fundamento de derecho décimo cuarto de la sentencia donde se consignan las conversaciones telefónicas de las que se desprende de manera inequívoca su integración en la organización, más allá de que una lesión le impidiese participar con presencia física en la operación concreta. " Limpiabotas " también le pide explicaciones a él tras la incautación del Haschís.

c) David Doroteo no desarrolla un motivo específico por presunción de inocencia.

d) Matias Anton tampoco dedica un razonamiento específico de su recurso a intentar desmontar la prueba que le señala como partícipe del delito. Las vigilancias y seguimientos (algunos avalados por reportajes fotográficos) combinadas con los diálogos de que es protagonista tal y como razona la sentencia (fundamento de derecho décimo cuarto, que puede completarse con fragmentos de otros anteriores) suponen un soporte robusto de la declaración de culpabilidad.

e) Varias conversaciones permiten concluir de forma rotunda que Cayetano Leopoldo (motivo primero) realizaba labores de vigilancia para minimizar los riesgos cuando estaba en marcha un alijo, alertando desde su privilegiada posición de la presencia policial.

f) Eduardo Basilio (motivo tercero) aparece como algo más que un mero testaferro (lo que en su discurso le haría meramente responsable en todo caso de un delito de blanqueo de capitales por el que no fue acusado). Las conversaciones con Mauricio Cosme en el contexto de un viaje de este a Marruecos (por razones de "trabajo", entendiéndose por tal la búsqueda de haschís: "Po hijo mío, ¡vaya trabajo!") en que aquél le pide ayuda para una gestión concreta no se explican bien si no es por la implicación del citado en toda la actividad. El entendimiento inmediato y con pocas palabras revela sintonía y confianza: no son necesarias demasiadas explicaciones. La contratación ficticia de dos de los coacusados refuerza esa estimación que además está avalada por ser quien había adquirido una de las embarcaciones. Sus reticencias a figurar como titular formal, aún ficticio, son reflejo de que conocía que eso podría traerle complicaciones por poder utilizarse como una prueba de su compromiso con la organización. No es pensable con ese grado de implicación que fuese ajeno a la actividad de los otros. Significativa es también su identificación el 10 de febrero de 2009 junto con Mauricio Cosme en Tarifa procedentes de Tánger en unión de Roberto Rafael (encartado pocas semanas después por su participación en un alijo detectado el 31 de marzo siguiente), Benedicto Lazaro (jefe de su empresa) y Cirilo Bruno (condenado el primero; e investigado el segundo en esta causa). En el informe de impugnación de su recurso de reforma el Fiscal sintetiza las quince conversaciones telefónicas que acreditan la integración de este recurrente en el entramado de la organización.

g) La implicación de Bruno Gustavo está también fuera de toda duda a la vista de la abrumadora prueba de cargo que milita en su contra. Las escuchas telefónicas no dejan el más mínimo espacio para la duda: otra vez en el fundamento de derecho décimo cuarto se da buena cuenta de ellas. Eso seguramente explica que el segundo de sus motivos se base más en resaltar la conexión de toda la prueba con las escuchas, que en refutar la prueba de cargo. Habiendo fracasado su pretensión de anular las escuchas toda esa actividad probatoria avala su culpabilidad.

Respecto de Bruno Gustavo hay que introducir otro tema: la invocación de la presunción de inocencia se extiende a la condena por un delito de tenencia ilícita de armas. La ocupación de un arma en su domicilio se erige en prueba suficiente de cargo no desvirtuada (fundamento de derecho décimo quinto) al no ofrecerse

explicación alternativa su presencia allí. Las *reglas Murray* han sido recepcionadas por nuestro TC y por esta Sala. La STC 26/2010, de 27 de abril lo expresa así: "**ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria**" (SSTC 202/2000, de 24 de julio ; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, **tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado**" (STC 155/2002 , citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre). De la STC 155/2002, de 22 de julio proviene esta otra reflexión: "...nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido , ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 220/1998 , dijimos que '**so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes**' ; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio , precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que '**según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria...**' .

La ocupación de la pistola en el domicilio se erige por ello en prueba suficiente para la condena por el delito del art. 564 CP .

Todos los motivos analizados decaen.

SÉPTIMO.- Bruno Gustavo en el tercer motivo de su recurso protesta por la atribución de la condición de **Jefe** (art. 370.2º CP)

No tiene mayor interés el alegato por cuanto:

a) Hay datos para entender que ocupaba ese papel directivo que le atribuye justificadamente la sentencia: "*En el presente caso se da esta circunstancia de pertenencia a una organización en los acusados que hemos dicho y Bruno Gustavo e Mauricio Cosme eran además los jefes de la misma. Así, estos dos últimos ponían a disposición de la organización la infraestructura para la entrada de la droga en España movilizando los medios materiales y humanos, tomaban las decisiones como se observa en las escuchas que más adelante referiremos en que se aprecia como las demás personas que están haciendo vigilancias reciben instrucciones de a que hora se va a realizar el alijo, o de que se vayan de donde están porque la operación se ha demorado, pero no Mauricio Cosme ni Bruno Gustavo que son quienes controlaban que droga había de comprarse, para eso Mauricio Cosme se desplazó a Marruecos el día 16 de mayo de 2009 y se entrevistó con el " Limpiabotas " , el suministrador en Marruecos. Durante este viaje estaba en permanente contacto con Bruno Gustavo . También Mauricio Cosme habla con un desconocido y le dice que era el dueño de la mitad de la droga que ha perdido, como veremos más adelante. Una vez producido el alijo, Bruno Gustavo está en permanente contacto con Mauricio Cosme y le va diciendo las numerosas llamadas que recibe de " Limpiabotas " , signo evidente de que Bruno Gustavo también ostenta un puesto de jefatura pues aquel, " Limpiabotas " le pide aquellas explicaciones de lo que ha ocurrido y le insiste en que quiere hablar con Matías Anton , pero no se las pide a los demás, signo claro de que estos son los que mandan aquí en España".*

Y, más adelante: "*El hecho de que el llamado " Limpiabotas " con quien se entienda sea con Bruno Gustavo y con Mauricio Cosme , pone de manifiesto que son los jefes de la organización, como también se ha visto a lo largo de la operación en que los otros hacen funciones que les mandan estos, como ponerse en determinados sitios a observar o marcharse porque el alijo se ha demorado, o a Eduardo Basilio , hacer gestiones con los papeles del coche o poniendo a su nombre el barco, pero siempre según las instrucciones que transmiten Bruno Gustavo e Mauricio Cosme . Mauricio Cosme (NUM052) habla con Bruno Gustavo (NUM048) y una vez más se pone de manifiesto la relación entre Mauricio Cosme y Matías Anton , que se intercambian el teléfono, con el que se mantienen estas conversaciones desde el mismo teléfono con Bruno Gustavo (fol. 1026,1027,1028) Benedicto Lazaro (fol. 1031) y " Limpiabotas " (fol.1030) o Elisabeth Marina (fol.1032)".*

b) La atribución de la condición de jefe a la vista del art. 370 no ha supuesto agravación legal penológica. Se superponen varias agravaciones (cantidad de sustancia y jefatura). Basta con una para el efecto agravatorio del art. 370 CP. Otra cosa es que ese papel directivo -sea de Jefe en sentido estricto o no- pueda tomarse en consideración ex art. 66. Aunque llegásemos a la conclusión de que no es jefe a los efectos del art. 370 su rol más protagonista invitaría a esa diferenciación penológica que la Sala de instancia realiza fijando una pena superior por ser mayor su protagonismo y más intensa su implicación.

De ahí se deriva que el motivo, además de carece de fundamento, carecería de practicidad.

Igual queja articulará Mauricio Cosme pero como puro corolario de su discrepancia con la consideración de que estamos ante una organización. Si no hay organización, no hay jefes. Se analizará su motivo *infra*.

No puede prosperar la queja.

OCTAVO.- El recurso de Cayetano Leopoldo (motivo primero), además de otros puntos ya analizados, se queja por lo que considera **motivación insuficiente**. El defecto se proyectaría tanto en relación a la prueba que fundamenta la convicción de la Sala como en cuanto a la penalidad elegida.

La lectura de la sentencia, muy elaborada, desmiente ambas quejas:

a) La motivación probatoria existe aunque esté en parte como anticipada: se expresa al analizar la legalidad de las escuchas y la base indiciaria que la sustenta así como sus progresivos resultados (fundamento de derecho tercero). Allí se recogen las llamadas que son valoradas para considerar que este recurrente asumía labores de vigilancia para alertar a quien trasportaba el alijo. Más adelante en el fundamento de derecho décimocuarto se detalla todavía más: (conversaciones del 23 de mayo).

b) La penalidad concretamente impuesta se justifica en el fundamento de derecho vigésimo, aunque sea agrupando a este recurrente con otros que han desempeñado tareas equiparables o asimilables. Se razona por qué procede la imposición de la pena superior en dos grados (era imperativa la subida en un grado; facultativa la subida en dos) por razones de proporcionalidad. Se diferencia a los que desempeñan un rol directivo a los que se impone una pena muy superior. Dentro del marco penal elegido se supera en muy escasa medida (un mes) el mínimo legal. La existencia de otras operaciones frustradas (por las que no se condena pese a lo dispuesto en el art. 373 CP), y el carácter organizado del grupo que se superpone a la cantidad superlativa justifican suficientemente la opción penológica.

El motivo es rechazable.

NOVENO.- Tampoco podemos acoger la protesta de los motivos cuarto y quinto de Eduardo Basilio buscan apoyo en el art. 5.4 LOPJ (tutela judicial efectiva) y en el art. 849.1º (aplicación indebida de los tipos penales que determinan su condena).

Pueden agruparse ambos motivos a efectos de contestación: no se le condena por tener dos trabajadores ficticios, o haber figurado como comprador de una embarcación, o ayudar a unas gestiones con motivo de las dificultades de un amigo para atravesar la frontera. Se le condena porque con la base probatoria que antes se ha indicado la Audiencia llega a la convicción que reflejan los hechos probados de que era un activo participante en la actividad continuada de importación clandestina de Haschís desde África por vía marítima que requería un grupo de personas actuando coordinadamente con funciones diversas.

Los motivos son inatendibles.

DÉCIMO.- Eduardo Basilio (motivo séptimo) y Cayetano Leopoldo (motivo tercero; primero de los interpuestos por infracción de ley) sostienen que sus aportes no merecerían un rango de participación superior al de la mera complicidad. El art. 849.1º LECrim sirve de soporte a la petición semejante de ambos.

No es planteable hablar de complicidad para referirnos a quienes aparecen como claros coautores; menos en un delito que reserva espacios muy reducidos a esa forma secundaria de participación (SSTS 1073/2012, de 29 de noviembre o 184/2013, de 7 de febrero, entre muchas).

La conducta de Cayetano Leopoldo desborda los singularísimos supuestos en que puede considerarse viable la complicidad en un tipo tan abierto como es el art. 368. Sin su valiosa colaboración lo demuestran las propias vicisitudes de la operación- no eran factibles esos alijos. Es el suyo un aporte cualificado.

Tampoco puede acogerse la petición de Eduardo Basilio que según se ha expresado ha sido considerado con razón como uno de los integrantes de la organización. No es un colaborador externo con acciones más o menos relevantes (y lo son algunas, como las relativas a la embarcación); es un miembro del colectivo organizado cuya presencia no es esporádica o puntual.

Los motivos carecen de aptitud para prosperar.

UNDÉCIMO.- Se cuestiona en otros apartados (motivo sexto del recurso de Mauricio Cosme y Matias Anton motivo segundo de David Doroteo ; tercero de Benedicto Lazaro y sexto del recurso de Eduardo Basilio) la corrección de la calificación jurídica y en concreto la aplicación del art. 369 (que no el nuevo art. 369 bis como erróneamente indica algún recurso: el art. 369 bis actual resultaría más perjudicial y la jurisprudencia recaída alrededor de este precepto no es aplicable en puridad al anterior art. 369.1.2). Pero al margen de que el art. 369.1.2 abarca más supuestos que el actual art. 369 bis, está claro que hay una distribución de funciones entre una pluralidad de personas coordinada y con cierta vocación de permanencia. No puede discutirse seriamente la apreciación de ese subtipo agravado que es cumplida y convicentemente razonada por el Tribunal *a quo* . Pero es que, por otra parte y además, el debate resulta intrascendente y estéril desde el momento en que ya solo por la cantidad ocupada se llega a las penas del art. 370, sin necesidad de que los hechos encajasen también, que encajan, en el art. 369.1.2. derogado. Aunque la condena se centre en un concreto alijo se dan por acreditadas otras tentativas lo que demuestra esa vocación de persistencia. Nótese en todo caso que el art. 369.1.2 hablaba de organización incluso **transitoria** .

Las quejas decaen frente a estas consideraciones.

DUODÉCIMO.- Es también motivo común a todos los recursos la reivindicación de la atenuante de **dilaciones indebidas**, con el carácter de cualificada (motivos tercero de Cayetano Leopoldo y David Doroteo , segundo de Bruno Gustavo , y octavo de Mauricio Cosme y Matias Anton y de Eduardo Basilio).

La STS 236/2015, de 20 de abril es uno de los abundantes referentes jurisprudenciales sobre esta atenuante que durante muchos años tuvo que ampararse en la analogía del art. 21.6º CP . A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación legal expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, contempla como tal la *dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 justificaba la conveniencia de otorgar carta de naturaleza legal a la nueva atenuante en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial extendida. Como es bien sabido, la atenuante es de creación jurisprudencial. Sus perfiles fueron ajustándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. Desde 2010 existen unos requisitos legales que se corresponden con lo establecido por esa jurisprudencia que la exposición de motivos de la reforma proclamaba querer respetar. No hay variaciones significativas entre las exigencias jurisprudenciales anteriores a la reforma legal, y lo plasmado en esta. Por tanto no hay cuestión sobre la normativa a aplicar. Podemos manejar la legislación actual aunque los hechos sucedieran antes de su entrada en vigor.

Según la literalidad del art. 21.6 CP la atenuante exige la concurrencia de una serie de elementos constitutivos: **a)** que tenga lugar una **dilación indebida** en el sentido de **no justificada** ; **b)** que sea **extraordinaria** , en el sentido de relevante, de fuste; **c)** que ocurra durante la **tramitación** del procedimiento; **d)** que esa demora o retraso **no sea atribuible al imputado** ; y **e)** que la dilación no guarde proporción con la **complejidad** del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean *indebidas* .

Junto a ello, siendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la pena, se ha dicho con razón que es requisito inmanente que aquel que postula su aplicación no haya sido beneficiario de las dilaciones, más allá de que no le sean imputables. El perjuicio en principio ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación *apud acta...*) acarrear molestias y padecimientos que se acrecientan a medida que el proceso se prolonga. Dicho de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto que, paradójicamente no obtendrá contrapartida alguna por lo general). Ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (al margen de otras posibles a través de instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 CP).

El tiempo de duración de este proceso ha sido quizás excesivo. Pero solo las dilaciones *extraordinarias* , es decir las que están "fuera de toda normalidad", abren paso a la atenuante. Si observamos sus vicisitudes no sucede así en esta causa.

La Audiencia rechazó la atenuación (fundamento de derecho décimo octavo) por considerar que la complejidad de la causa con gran número de imputados, las incidencias procesales derivadas de los recursos

interpuestos, y la necesidad de las diligencias que fueron practicándose no permiten hablar de duración extraordinaria en este concreto contexto. Son correctas esas apreciaciones. A ellas hay que unir otras consideraciones como la que resulta de los innegables beneficios indirectos que ha reportado a cuatro de los recurrentes ese retraso: han podido eludir la aplicación de la agravante de reincidencia en los hechos perpetrados en 2011 y ya enjuiciados de que da cuenta el *factum* .

Los recurrentes se esfuerzan en casación por explicitar, ajustándose así a una exigencia presente en la jurisprudencia, los momentos procesales en que se descubren paralizaciones o retrasos infundados. Entre ellos se fijan singularmente en el período transcurrido entre febrero de 2012 y 11 de marzo de 2013, en el que la actividad procesal estuvo centrada en temas accesorios como es la decisión sobre el uso de vehículos y otros bienes intervenidos. Se aduce que los recursos contra el auto de transformación carecen de efectos suspensivos. Se destacan también los nueve meses invertidos en la toma de declaración del nuevo imputado que había reclamado el Fiscal.

Varios datos se añan para **desestimar la petición** . Eran muchos los imputados, hasta trece, lo que hace inevitable cierta ralentización de la tramitación. Y eran varias las operaciones aunque finalmente la condena se haya focalizado en una. La encomiable actividad procesal de las defensas (peticiones de nulidad, recursos de reforma, queja, y apelación, solicitud de diligencias a veces no necesarias -alguna identificación de voces-...) justifican algunos tiempos procesales. La debida respuesta a muchas de esas incidencias - legítimas, pero que no pueden obviarse a la hora de catalogar como *indebidos* los periodos invertidos en la tramitación- exigía un estudio detenido del abundante material obtenido en la investigación, que debía efectuar tanto el Ministerio Fiscal (al informar o impugnar los recursos) como la Instructora (v.gr.: el denso recurso que plantearía Eduardo Basilio contra el auto de transformación retrasó hasta mayo de 2011 el avance del procedimiento, situándonos en el mes de junio siguiente como consecuencia de la tramitación de la subsiguiente apelación interpuesta por separado).

Hasta febrero de 2012 no se recibiría un informe de cotejo de voces que era indispensable para avanzar en la tramitación y decidir sobre una de las imputaciones.

Es verdad que las actuaciones encaminadas a decidir sobre el uso de ciertos bienes son accesorias y que entre marzo de 2012 y marzo de 2013 solo diligencias de ese tipo llenaron los tiempos. Pero también lo es que no se puede hablar de paralización, que eran peticiones que exigían una respuesta cuidada y que todavía pendía una diligencia esencial como es la declaración como imputado de Cirilo Bruno reclamada por el Fiscal el 11 de marzo de 2013 (folio 3127) que tuvo que ser localizado (folio 3265), no pudiendo llevarse a cabo la declaración hasta el 21 de junio de 2013.

Los tiempos invertidos en el escrito de acusación, auto de apertura del juicio oral, notificaciones y evacuación de los escritos de defensa también entran dentro de lo razonable aunque se dilataron más de lo debido por la situación de prisión por otra causa de algunos de los recurrentes, por ser interrumpidos por otras peticiones accesorias sobre uso de bienes, y por la fundada petición de alguna de las defensas para que se prorrogase el término para evacuar su escrito (folio 3486), lo que obligó a escanear el procedimiento para allanar las tareas de la defensa. Esos trámites nos sitúan en julio de 2014. La necesidad de nombrar algunos profesionales supuso que el señalamiento no pudiese hacerse hasta unos meses después .

Puede hablarse ciertamente de premiosidad en muchas fases de la instrucción. Pero atendido ese conjunto de circunstancias no podemos estimar que se trate de dilaciones extraordinarias, injustificadas y fuera de toda normalidad presupuesto necesario de la atenuante reclamada.

Los motivos son desestimables.

DÉCIMO TERCERO.- Dos quejas por quebrantamiento de forma del art. 851 LECrim agrupadas en un único motivo (noven)cierran el recurso de Eduardo Basilio .

a) Denuncia, de una parte, **contradicción**. Entiende que la alusión a la titularidad formal de la embarcación sería contradictoria con el comentario que se recoge en la fundamentación jurídica relativo a las reticencias mostradas para asumir esa titularidad. No existe contradicción gramatical. Es compatible que el recurrente apareciese como comprador de la embarcación con el hecho de que posteriormente alguna actitud suya pudiese ser interpretada por otras personas como expresión de cierto recelo para figurar como titular.

b) Por otro lado considera que hay **predeterminación** cuando se le asigna el papel de *perteneciente* a la organización. No hay tal. La sentencia no se limita a hablar de *organización* en el hecho probado, sino que describe el entramado, las funciones, las relaciones, los hechos que se van sucediendo y la actividad que desarrolla cada uno de los implicados. Al margen de que ambos términos -"perteneciente" y "organización"-

se comprenden sin necesidad de conocimientos jurídicos especiales, es cristalino que no se utilizan para esconder una auténtica y completa narración que ha permitido debatir sin limitaciones ni condicionantes lingüísticos sobre la correcta subsunción jurídica. Esas palabras no han impedido al recurrente razonar por qué en su estimación no es aplicable el subtipo del art. 369.1.2º antiguo; ni debatir sobre la suficiencia de la prueba que ha llevado a la Audiencia a considerar que tal agravación -penológicamente inocua: art. 370-le es aplicable a él.

El motivo -que encierra realmente dos- no es prosperable.

DÉCIMO CUARTO .- Marcos David , introduce en su recurso, al margen de otros ya analizados (intervenciones telefónicas -motivo primero- y dilaciones indebidas -motivo tercero-), dos temas novedosos.

De una parte (motivo primero) la legitimidad de la diligencia de entrada y registro en su domicilio, autorizada por Auto de 22 de junio de 2009 de acuerdo con la solicitud policial que obra a los folios 3141 a 3143 (ver folios 1854 a 1869). El informe patrimonial aludido como justificativo de la entrada y registro hacía referencia a bienes. El recurrente desmonta esos datos explicando que no eran reveladores de una situación patrimonial sospechosa. Pero no se puede olvidar que para la autorización judicial se requiere una evaluación *ex ante* y no *ex post*.

Con el Fiscal hay que convenir que el Instructor contaba con buenas razones para acordar esa medida no basada exclusivamente en esas averiguaciones patrimoniales: las rápidas visitas de su hijo Matias Anton a ese domicilio y la conversación mantenida entre éste y su padre dando a entender que en esa casa se guardaban objetos que podrían ser ilícitos justificaba el registro que además resultó fecunda a la vista de los hallazgos. Tanto la petición como el auto dictado (folios 3144 a 3147) aluden no solo al delito de blanqueo de capitales sino también a efectos relacionados con el delito de tráfico de drogas.

El motivo fracasa.

DÉCIMO QUINTO.- La segunda cuestión aparece desarrollada en los motivos segundo y cuarto, que son complementarios entre sí. A través del art. 849.2 LECrim (motivo cuarto) se pretende con la base de la hoja histórico penal obrante a los folios 128 a 132 del rollo de Sala, hacer constar que la condena previa que recogen los hechos probados estaba extinguida por prescripción de la pena; prescripción que habría llegado con anterioridad a la declaración oficial de tal extinción realizada mediante auto de 12 de diciembre de 2007.

El motivo segundo (art. 849.1º LECrim) extrae la pertinente consecuencia jurídica en orden a la cancelabilidad del antecedente penal (art. 136 CP).

Tiene razón el recurrente.

a) El examen de la hoja penal acredita que la causa de extinción de la condena fue la prescripción de la pena (folio 130 del rollo de Sala).

b) Ese nuevo dato combinado con los ya recogidos en el hecho probado permiten concluir que el **antecedente era cancelable** .

La pena prescribe una vez ha transcurrido sin interrupciones el plazo legalmente establecido. Cosa diferente es la fecha en que se declare judicialmente esa prescripción. La prescripción es un hecho jurídico. No necesita la declaración judicial para su eficacia. La resolución judicial que proclama la prescripción lo hace con efectos *ex tunc* y no *ex nunc*; es decir, no tiene eficacia constitutiva, sino declarativa: declara que la prescripción se produjo en el momento en que llegó el *dies ad quem*. Lo mismo sucede con la prescripción del delito: se produce en el momento en que se cumplió el plazo con independencia de que la constatación judicial de que es así pueda llegar después.

La prescripción de la pena se produjo cuando transcurrieron cinco años desde la firmeza. Si ésta hay que datarla el 5 de febrero de 2001, el 6 de febrero de 2006 estaría prescrita la pena. En ese momento ha de comenzar el cómputo del plazo de cancelación del antecedente penal que sería de tres años (art. 136 CP según la redacción vigente en el momento de los hechos). Eso nos sitúa en el 5 de febrero de 2009 (tres años después). Si la cronología de la actividad delictiva enjuiciada de este recurrente se enmarca en junio de 2009 hay que convenir que el antecedente era cancelable y que debe suprimirse la reincidencia (art. 22.8 CP).

La condena posterior de fecha 1 de julio de 2014, no altera este cómputo en tanto que se refiere a hechos cometidos el 27 de junio de 2011, cuando el antecedente ya era cancelable,

Ambos motivos son **acogibles lo que nos llevará a casar la sentencia en ese particular** para dictar segunda sentencia congruente con esta apreciación.

DÉCIMO SEXTO.- La estimación parcial del recurso de Marcos David aboca a la declaración de oficio de las costas procesales derivadas del mismo. Los demás recurrentes deberán cargar con las costas de sus respectivos recursos totalmente desestimados (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- **ESTIMAR** parcialmente el recurso de casación interpuesto por **Marcos David** , contra la sentencia de fecha 27 de abril de 2015 dictada por la Sección Tercera de la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Provincial de Cádiz , por un delito de contra la salud pública, **por estimación de los motivos segundo y cuarto de su recurso; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

2.-DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Matias Anton , Mauricio Cosme , Eduardo Basilio , Bruno Gustavo , David Doroteo , Cayetano Leopoldo , y Benedicto Lazaro , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas condenándoles al pago de las costas causadas en sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Pablo Llarena Conde

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 catorce de Septiembre de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado Mixto nº 1 de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), fallada posteriormente por la *Sala de lo Penal* de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Tercera), y que fue seguida por un delito contra la salud pública contra Mauricio Cosme , Bruno Gustavo , Matias Anton , Benedicto Lazaro , David Doroteo , Cayetano Leopoldo , Elisabeth Marina , Eduardo Basilio , Dionisio Maximino , Prudencio Torcuato , Marcos David , Cirilo Bruno y Dario Agustin , se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la sentencia de instancia con la única adición de hacer constar que las penas impuestas a Marcos David en sentencia de 3 de julio de 2000 , que adquirió firmeza el 5 de febrero de 2001 , quedaron extinguidas por prescripción lo que sería reconocido en resolución judicial fechada el 12 de diciembre de 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- No es apreciable en Marcos David la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP pues el antecedente era cancelable conforme a lo dispuesto en el art. 136 CP (en la redacción anterior a la reforma de 2015) al haber transcurrido cuando cometió el delito el plazo de tres años desde la extinción por prescripción de la pena anterior.

Si la sentencia adquirió firmeza el 5 de febrero de 2001 , la pena impuesta era de cuatro años y seis meses, y prescribió se puede alcanzar la conclusión muy probable, rayana en la certeza, de que quedó extinguida cinco años después, es decir en febrero de 2006; pues el plazo de prescripción de tal pena es de cinco años. Hay que desechar por altamente improbable otra hipótesis (inicio del cumplimiento y fuga posterior momento en que se situaría el *dies a quo*: art. 134 CP).

La expulsión de la reincidencia (art. 22.8 CP) no obsta a que por la vía del art. 66 podamos tomar en consideración la persistencia en el delito, ya sin la consideración formal de agravante: Marcos David había sido condenado por un delito contra la salud pública en el año 2000, consiguiendo eludir el cumplimiento de las penas; y ha vuelto a ser condenado en 2014 por hechos semejantes sucedidos cuando se tramitaba esta causa. Eso demuestra un desprecio a la legalidad y persistencia en la actividad criminal ponderables a la hora de graduar la pena (art. 66 CP) que se impondrá en consecuencia por encima del mínimo, aunque sin llegar a la mitad superior.

En todo lo restante se dan por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.-SUSTITUIR la duración de la pena de prisión impuesta por el delito contra la salud pública definido en la sentencia de instancia sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a Marcos David por la de **UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN** , con la accesoría de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene la multa en la forma que quedó fijada.

2.- En lo demás se mantienen todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro **Antonio del Moral Garcia Pablo Llarena Conde**

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