



Roj: STS 2774/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2774
Id Cendoj: 28079120012016100510
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10497/2015
Nº de Resolución: 505/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
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 nueve de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **1.- Abilio Dario 2.- Anibal Jeronimo 3.- Marcelino Isidro 4.- Marcos Guillermo 5.- Borja Primitivo y Cornelio Ovidio 6.- Iñigo Gerardo 7.- Jaime Jeronimo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública, tenencia ilícita de armas y pertenencia a grupo criminal; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres.1.- Dª Cristina Gramage López 2.- Dª Lucía Gloria Sánchez Nieto (de oficio) 3.- Dª María Jesús González Díez 4.- Dª Mª Gemma Fernández Saavedra (de oficio) 5.- D. José Ramón Rego Rodríguez 6.- Dª Marta Saint-Aubin Alonso (de oficio) 7.- D. Domingo José Collado Molinero (de oficio).

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 8 de Vilanova i la Geltru, instruyó sumario con el número 1 de 2013, contra **1.- Abilio Dario 2.- Anibal Jeronimo 3.- Marcelino Isidro 4.- Marcos Guillermo 5.- Borja Primitivo y Cornelio Ovidio 6.- Iñigo Gerardo 7.- Jaime Jeronimo** y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 21ª, con fecha 30 de abril de 2.015, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Como consecuencia de investigaciones practicadas, por el Grupo II de la Sección de Estupefacientes de la Unidad de Drogas y Crimen Organizado de la Brigada provincial de Barcelona se tuvo conocimiento que los acusados Jaime Jeronimo, mayor de edad y sin antecedentes penales; Jon Pelayo, mayor de edad y sin antecedentes penales; Basilio Hugo, mayor de edad con antecedentes penales no computables en esta causa a efectos de reincidencia; Marcelino Isidro mayor de edad sin antecedentes penales; Anibal Jeronimo mayor de edad y sin antecedentes penales; Abilio Dario mayor de edad y sin antecedentes penales; Marcos Guillermo, mayor de edad y sin antecedentes penales; Borja Primitivo, mayor de edad y sin antecedentes penales; Cornelio Ovidio, mayor de edad y condenado ejecutoriamente por la Sección 44 de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 24 de febrero de 2013, firme el 11 de marzo de 2013, en la causa 98/2009 por un delito de tráfico de drogas a la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; Gumersindo Belarmino, mayor de edad y sin antecedentes penales; Segismundo Geronimo mayor de edad y sin antecedentes penales en situación irregular en España según certificado de la Brigada Provincial de Extranjería de fecha 18 de abril de 2013; Iñigo Gerardo mayor de edad y sin antecedentes penales; todos ellos, al menos desde diciembre de 2011 a abril de 2013, puestos de común y previo acuerdo, y dispuestos a obtener y compartir un sustancioso

provecho económico, fraguaron un consistente entramado dedicado a la introducción en nuestro país, para su posterior e ilícita distribución, de importantes remesas de importación de cocaína desde Sudamérica hasta las costas de Cataluña, con intención de tener una vía abierta de entrada para su utilización al menos dos veces al mes. Dada la envergadura del proyecto principal de entrada bimensual de droga los acusados Jon Pelayo , Basilio Hugo , Jaime Jeronimo , Iñigo Gerardo , Anibal Jeronimo , Abilio Dario y Segismundo Geronimo , durante los primeros tiempos iban enlazando pequeños proyectos de venta de sustancias a efectos de financiar dicha gran operación de mayor envergadura. Entre las que se encuentran búsqueda de inversores y gestiones varias entre ellas la realización de viajes a Sudamérica con "Mulas" (portadores de droga en su organismo) contactando en varias ocasiones con mujeres de mediana edad de las que intentaban aprovecharse de sus precarias situaciones económicas, a efecto de que mediante dichos viajes percibir cantidades económicas que posteriormente destinarían al yerto de entrada de sustancias a través de los puertos de Catalunya. Con la misma finalidad se dedicaron a realizar ventas de cantidades de droga que han llegado a oscilar entre cuatro y cinco kilogramos de cocaína. Finalmente los acusados consiguieron su propósito con entrada de cocaína a través del puerto de Tarragona en un container en el buque Cala Pedra.

No constando entre ellos una férrea jerarquía, si se atribuían entre ellos diversos cometidos ya formalmente asociados que se desarrollaban de la siguiente manera:

Jaime Jeronimo , persona encargada de lo que se conoce como la "entrada" disponiendo de medios necesarios para que la sustancia estupefaciente sea introducida en nuestro país sin pasar control aduanero o fiscal ofreciendo los contactos para asegurar la entrada de estupefacientes, Las carencias de los procesados denominados "nolancieses" (Marcos Guillermo , Gumersindo Belarmino , Borja Primitivo Y Cornelio Ovidio) se salvan al tener Jaime Jeronimo vía de entrada de la sustancia por el puerto de Tarragona por su contacto con el también procesado Marcelino Isidro

Marcelino Isidro , persona que debía sacar con garantía la sustancia del puerto de Tarragona. Marcelino Isidro ejercía labores de seguridad privada como trabajador de la empresa de seguridad Servaux Grupo Norte SL que agrupa empresas como PROSINTEL cuya actividad está ubicada en dicho puerto de Tarragona. Marcelino Isidro realizaba labores de logística facilitando al grupo trabajadores del puerto e interesados en participar en el operativo de sacar la mercancía del puerto organiza el operativo de extracción de cocaína del interior del contenedor del puerto. En definitiva es el encargado de sacar con toda garantía la sustancia estupefaciente del puerto de Tarragona aprovechando sus conocimientos y contactos en el citado puerto al haber desempeñado labores de seguridad en el mismo,

Jon Pelayo , persona encargada de gestiones de infraestructura y logística necesarias para que puedan culminar con éxito la operación. Es la persona que se vale de Jaime Jeronimo para entradas de droga camuflada en frutas siempre desde Sudamérica iniciando trámites en principio con una supuesta entrada desde Perú, que posteriormente aparece truncada. Jon Pelayo asesora en la logística de busca de financiación contando con colaboración de Jaime Jeronimo llegando a viajar ambos a Valencia en busca de financiación para sus ilícitos negocios. Jon Pelayo , individuo con contactos en el mundo de narcotráfico, supervisa junto a Basilio Hugo y Jaime Jeronimo la logística para la preparación de la llegada, si el barco amarra y qué containers estén descargando y confirmando la zona de descargas, utilizando en ocasiones su calidad de administrador de una empresa para la realización de gestiones con dicha tapadera.

Basilio Hugo intermediario y nexo de unión entre la;- encargada de asegurar la entrada de la droga en España, a través del puerto de Tarragona, y la propia organización. Concretamente coordinaba labores de logística que han de llevar a cabo los encargados de extraer la droga del puerto de Tarragona. Mediante su vínculo de amistad con el acusado Gumersindo Belarmino , iba comunicando al procesado Jaime Jeronimo las instrucciones o deseos de los responsables de la organización extranjera informando puntualmente tanto de la inminente llegada de los mismos, y quien entregara la documentación a Marcos Guillermo , documentación en la que se indicaba la ubicación del contenedor así como el recinto que se ha de colocar en el mismo una vez extraída la droga.

Segismundo Geronimo , aparece en la investigación el mes de mayo de 2012 junto a Iñigo Gerardo , encontrándose jerárquicamente por encima de Iñigo Gerardo , Anibal Jeronimo y Abilio Dario señalándose los encartados como persona que disponía de laboratorio para manipular la sustancia. Se trata de persona de mayor peso dentro de la infraestructura de manipulación y distribución una vez la droga está en Catalunya, contando para ello con todo lo necesario junto con Iñigo Gerardo (quien tiene establecimiento de venta de fruta) dado que les falta infraestructura del puerto y la precisa salida del mismo por lo que se valen de Jon Pelayo , y sus contactos con Basilio Hugo y Jaime Jeronimo ; a su vez, Segismundo Geronimo conoce diversas ramificaciones de holandeses que están interesados en dicho mercado ilícito. Financia parte de la

operación del puerto de Tarragona con 14A:100 E, El procesado, difícilmente identificable, utiliza diversos alias siendo inicialmente identificado como Everardo Virgilio con pasaporte de Venezuela, Dicho individuo facilitó también 1.500 E que venían desde ramificación extranjera para los trabajadores del puerto comandados por Marcelino Isidro en recompensa de haber trabajado en varios turnos. En dicho sentido es la persona que a su vez contacta con los denominados Holandeses (Marcos Guillermo , Cornelio Ovidio , Borja Primitivo Y Cornelio Ovidio) y así es la persona que soslaya las carencias de estos denominados Holandeses quienes asociándose con Segismundo Geronimo -y contando éste con Iñigo Gerardo - y Jaime Jeronimo y Basilio Hugo gestionaban la logística en nuestro país. En la entrada y Registro a su domicilio se le intervinieron en su domicilio un total de T540 E, en billetes fraccionados, que proceden de sus ilícitos negocios, de venta de droga a la que ya venía dedicándose con habitualidad.

Iñigo Gerardo responsable de varios establecimientos dedicados a compra-venta de frutas, disponiendo de varias tiendas de venta al público diseminadas por Barcelona. Siendo uno de los que realizarían labores de manipulación y distribución de la sustancia intervenida, junto con Segismundo Geronimo , Anibal Jeronimo y Abilio Dario , la cual sustancia, una vez en su poder, procede a duplicar o triplicar la cantidad adquirida, realizando mezclas de cocaína de diferentes purezas con otras sustancias y productos de corte para abastecer a sus clientes y obtener beneficios más cuantiosos. Financia la operación del puerto de Tarragona con 14.000 E al igual que Segismundo Geronimo .

Anibal Jeronimo , padre de Iñigo Gerardo , persona que proporciona acetona y amoníaco industrial para la manipulación y corte de la sustancia así como local para ocultar la sustancia estupefaciente una vez recogida del puerto, en que, según se dirá, se realizó diligencia de entrada y registro, -sito en la CALLE000 , NUM000 - NUM001 , NUM001 NUM002 y CALLE000 NUM000 planta NUM003 , puerta NUM004 ambos de Barcelona- que tuvo el resultado positivo que se expondrá posteriormente. Asimismo el acusado ayudaba a la financiación de la operación mayor del puerto de Barcelona junto a su hijo.

Abilio Dario , era el individuo de confianza de Iñigo Gerardo , que actuaba como si fuera un trabajador de sus fruterías. Abilio Dario realizaba tareas como recaudador de los clientes de venta de sustancias de Iñigo Gerardo , persona que vende la droga que le facilita Iñigo Gerardo después de haber sido manipulada. Asimismo colabora en la captación de posibles "Mulas" para la financiación del proyecto mayor presentando a mujeres a las que pretendían enviar a Sudamérica con la intención de que portasen sustancia en el interior de su organismo por lo que inicialmente deberían percibir 7,000 E.

Marcos Guillermo , persona de nacionalidad holandesa y que da nombre a la parte del grupo que se encarga de la importación desde Colombia, se trataría del máximo responsable, persona la que Jaime Jeronimo entrega el precinto de seguridad del contenedor que debe sustituir al original para no levantar sospechas, se trata por tanto del jefe de la organización siendo mencionado como " Zurdo " en alguna de las intervenciones telefónicas-. Persona que se traslada desde Bogotá, hasta Barcelona para la supervisión directa de todo el operativo tanto de embarcar la sustancia como de extracción y recepción, y entrega a los distribuidores en nuestro país.

Cornelio Ovidio persona de confianza de Marcos Guillermo máximo responsable del grupo en Espada que afincado en Barcelona, transmitía las órdenes de Marcos Guillermo al resto de los miembros, supervisaba las operaciones valiéndose de Gumersindo Belarmino y de Borja Primitivo . Se trata de individuo al que también denominaban como " Culebras " en conversaciones entre los ahora procesados o algunos de ellos.

Borja Primitivo actuaba como el hombre de confianza de Cornelio Ovidio , estando también afincado en Barcelona Es a quien Cornelio Ovidio delegaba labores de captación de infraestructura para extraer la droga con alto porcentaje de éxito, siendo la persona de mayor confianza de Cornelio Ovidio realizando las tareas que este le delega,

Gumersindo Belarmino , compatriota del anterior, ambos originados de República Dominicana y contacto de Borja Primitivo , realizando labores de mediador e interlocutor entre los miembros destacados del grupo y los encargados de la extracción de sustancia, era amigo personal de Basilio Hugo y conocedor de los vínculos de este último con el resto en concreto con Jaime Jeronimo y Marcelino Isidro poniendo en consecuencia en contacto ambas partes del grupo.

Los procesados integrantes de la trama llevaban a cabo las gestiones de sus operaciones con frecuentes contactos telefónicos, así como mediante mensajes de correo electrónico y los contactos presenciales que fueron igualmente frecuentes. Avanzadas ya las gestiones de importación de droga que fue intervenida en el puerto de Tarragona, se produjeron las siguientes actuaciones:

El día 30 de noviembre de 2012, el procesado Jaime Jeronimo , a través de su terminal NUM006 , llamó al también procesado Iñigo Gerardo , a su terminal NUM005 . y en la conversación entre ambos se hacía referencia a la inminente llegada de una remesa de sustancia estupefaciente y la necesidad de entrar en contacto cuanto antes entre los implicados a fin de proceder a la recogida de la mercancía ilícita.

El día 13 de enero de 2013, sobre las 12,49 horas, el procesado Jaime Jeronimo , desde su terminal NUM006 , llamó al número NUM007 correspondiente al también procesado Iñigo Gerardo a quien le dio el nombre de Cala Pino, Cala Pula y Cala Pedra, de barcos, que tenía controlados en el agua, en uno de los cuales debía llegar la droga; buque que estaba todavía navegando y que transportaba la mercancía, así como le facilitó la fecha de salida de aquél del puerto de origen sosteniendo que debió de salir de Bogotá el día 11.

El día 1 de abril de 2013, sobre las 15.43 horas, el procesado Marcelino Isidro , desde su terminal NUM008 , llamó al número NUM007 correspondiente al procesado Iñigo Gerardo . En la conversación, los procesados hablaron de la próxima llegada de la mercancía, así como del dinero que iban a exigir por la operación.

El día 2 de abril de 2013, se reunieron en el domicilio del procesado Jaime Jeronimo , sito en la CALLE001 , número NUM009 , de la localidad de Calafell, provincia de Tarragona, el referido morador con los también procesados Basilio Hugo y Marcelino Isidro ; reunión que tuvo por objeto concretar la recogida de la mercancía ilícita.

El mismo 2 de abril de 2013, sobre las 12.38 horas, el procesado Iñigo Gerardo , desde su terminal NUM007 llamó al número NUM006 al también procesado Marcelino Isidro . En la conversación, ambos procesados comentaron de nuevo la inminente llegada de la mercancía, así como el porcentaje de participación de cada uno en los 'beneficios procedentes de la distribución de la mercancía', en la que se deja constancia de reparto entre Jon Pelayo , quien debía dar tres uno para el procesado Jaime Jeronimo y dos para Ivana, así como que Jaime Jeronimo debía cobrar de Jon Pelayo 30.000 E, Asimismo, aluden a la ya inminente labor de Castillo consistente en la retirada de la mercancía del lugar de destino de la misma.

Al día siguiente, 3 de abril de 2013, sobre las 20,53 horas, el procesado Jaime Jeronimo desde su número NUM006 , llamó al número NUM008 de Marcelino Isidro y en la conversación se refirieron, como fecha concreta en que la mercancía había de estar en su destino, al día 5 de abril. Hablaron también de la necesidad de acudir previamente al lugar donde llegaría la mercancía referida, para hacer las comprobaciones oportunas,

El día 4 de abril de 2013, sobre las 18,43 horas, el procesado Jaime Jeronimo , desde su línea NUM010 , llamó al número NUM011 al también procesado Basilio Hugo , y en la conversación se anuncia la llegada de otros procesados con documentación necesaria para la operación

Poco después, sobre las 19.30 horas, acudieron al referido domicilio de Jaime Jeronimo , Borja Primitivo , Cornelio Ovidio y Marcos Guillermo , en un vehículo Ford Fiesta, matrícula NUM012 , propiedad del procesado Borja Primitivo , para concretar los últimos aspectos de la inminente llegada de la mercancía ilícita. Mientras tenía lugar la reunión, el procesado Jaime Jeronimo , desde su terminal NUM006 , llamó al número NUM008 , al también procesado Marcelino Isidro , y ambos procesados, en esta conversación aludían a la fecha en que esperaban la mercancía ilícita, siendo el día 5 de abril siguiente. Igualmente citaron al procesado Marcelino Isidro para que acudiera al domicilio de Bellido, a los efectos de hacerle entrega de la documentación necesaria para llevar a cabo su cometido consistente en la extracción de mercancía del lugar de destino,

El mismo día sobre las 23:19 horas el procesado Jaime Jeronimo desde el terminal NUM006 llamó al número NUM008 de Marcelino Isidro , y en la conversación, compartieron la información de que ya se había producido la llegada del buque que trasladaba el contenedor en que se hallaba la mercancía ilícita, si bien no había llegado al lugar previsto dentro del puerto de Tarragona, lo que complicaba las labores de recuperación de la droga. El procesado Marcelino Isidro puso de manifiesto la posibilidad de entrar en contacto con desconocidos colaboradores del propio puerto que intervendrían para facilitar su labor

Una vez arribado el buque a puerto, dado que el contenedor se hallaba entre los demás que constituían la carga del buque en una cuarta altura o piso, debían esperar el día en que lo bajarán al suelo, lo que, coincidiendo con el incremento de la actividad de la Guardia Civil del puerto, por razones que no consta tengan relación con la operación a que se hace referencia, significaba una mayor dificultad para llevar a efecto la descarga y extracción de la sustancia que esperaban. Ante ello se inician contactos para tratar de la estrategia a seguir a fin de lograr extraer la sustancia bien en el propio puerto, en el momento de la descarga, o bien,

alternativamente, procediendo a la sustracción del contenedor una vez fuera del recinto portuario. Así se inician nuevamente contactos ahora destinados a resolver el problema con e/ que inicialmente no contaban. El 5 de abril de 2013, sobre las 10:46 horas, el procesado Jaime Jeronimo , desde su terminal NUM006 , llamó al número NUM013 , a Jon Pelayo . En conversación, el procesado Jaime Jeronimo comunicó a Jon Pelayo que la mercancía ilícita

habría llegado al muelle equivocado por lo que no tienen acceso al mismo como hablan previsto. La cita que concertaron fue a efectos de desplazarse al puerto, para intentar acceder al lugar donde estuviera la draga, y buscar una solución in

sitar_ Tal y como habían previsto, sobre las 12:00 horas, el procesado Jon Pelayo acudió al domicilio de Jaime Jeronimo , dirigiéndose posteriormente al Puerto de Tarragona en el que permanecieron unos minutos, tratando de comprobar

personalmente la llegada de la referida mercancía en el buque, pero al no ser autorizados para acceder al recinto portuario al domicilio de Jaime Jeronimo .

El día 6 de abril de 2013, sobre las 11.03 horas, el procesado Jaime Jeronimo desde su terminal NUM010 recibió una llamada del teléfono NUM014 cuya usuario era Gumersindo Belarmino , en cuya conversación aludieron a que habían acudido en diversas ocasiones al puerto donde llegó la mercancía_ refiriéndose de nuevo a los problemas ocasionados por el sitio concreto en que se depositó aquella y las posibilidades existentes para su recuperación.

El mismo día 6 de abril de 2013, el procesado Basilio Hugo , sobre las 12:15 horas, acudió al domicilio de Jaime Jeronimo . Ambos se reunieron para ponerse de acuerdo en dichos extremos relacionados con la dificultad de recuperación de la mercancía del puerto.

Posteriormente, sobre las 14:03 horas, Jaime Jeronimo desde su terminal NUM010 , recibió llamada del número NUM014 de Gumersindo Belarmino quien le pasó su teléfono a Cornelio Ovidio , siendo a partir de entonces el interlocutor el también procesado Cornelio Ovidio . Jaime Jeronimo le explicó que había estado el día anterior y que volvería esa tarde mencionado que había realizado un foto para que lo vieran.

Los procesados valoraron una vez más las posibilidades para recuperar la repetida mercancía, la cual todavía no habría sido descargada. A tal efecto, concertaron una cita para desplazarse al lugar dónde estaba depositada la misma, l puerto de Tarragona.

A continuación, sobre las 14:57 horas, Jaime Jeronimo desde su terminal NUM006 llamó a Marcelino Isidro a su termina' NUM008 concertando una unión que se produjo sobre las 15 horas, en la que Basilio Hugo y Jaime Jeronimo , recogieron a Marcelino Isidro en el domicilio de éste, sito en CALLE002 , NUM015 , en la localidad de El Vendrell, provincia de Tarragona. Se unieron sobre las 16 horas, en el espigón del puerto de Tarragona, con Marcos Guillermo , Borja Primitivo , Gumersindo Belarmino y Cornelio Ovidio los cuatro acudieron a la cita en el Ford Fiesta, matrícula NUM012 , propiedad de Borja Primitivo . En dicha reunión, una vez más, discutieron el mejor método ara recuperar la mercancía ilícita.

En fecha 7 de abril de 2013, sobre las 10:23 horas, Jaime Jeronimo desde u terminal NUM006 llamó al número NUM013 a Jon Pelayo . En dicha conversación, en la que se pone de manifiesto que Jaime Jeronimo está de nuevo reunido con Basilio Hugo , se afirmó que entre las posibilidades valoradas para obtener la mercancía, se había decidido asaltar el vehículo que transporte la misma verificándolo una vez salga del recinto portuario.

En igual sentido y confirmando su disposición a atacar el transporte una vez emprendiera su recorrido, sobre las 13:22 horas del mismo día, Marcelino Isidro , desde su terminal NUM008 , llamó al teléfono NUM016 de Abilio Dario quien le indicó que el asalto debía producirse en carretera. que no se desplazara la mercancía por un túnel, indicando Marcelino Isidro que antes de preparar el asalto por carretera de/pedan esperar a que la mercancía pasara por escáner y que ello dependía de fa compañía de que se tratara.

El mismo día, 7 de abril de 2013, los procesados Basilio Hugo , Marcos Guillermo , Borja Primitivo , Gumersindo Belarmino , Cornelio Ovidio Y Jaime Jeronimo mantuvieron una reunión en el citado domicilio de este último, tras la cual se procedió a la detención de los mismos sobre las 17:00 horas.

En el cacheo de seguridad de Marcos Guillermo se encontró y se le ocupó un precinto con número de serie "00413(de la naviera Cosiamia, documentación sobre las entradas previstas al puerto de Tarragona relativas a buques mercantes, así como un croquis con la distribución de contenedores de mercancías en

transporte marítimo, Tales . efectos y documentación los poseía Arcadio Valeriano para llevar a cabo la actividad a la que la trama se dedicaba.

A su vez, se intervino a Arcadio Valeriano su terminal móvil Blackberry 8520 Curve. Tras el examen acordado por mandamiento judicial, fueron hallados diversos mensajes alfanuméricos, tratándose de comunicaciones escritas mantenidas a través del sistema "BlackBerry Messenger", relativas a la operación de importación de mercancía ilícita.

Así, en el chat número 47, del 29 de marzo de 2013, un individuo cuya identidad se desconoce preguntó a Arcadio Valeriano si el dato que piden es 'el nombre del carro y llegada', en referencia al nombre del barco que transporta la mercancía y la fecha de llegada del mismo. Arcadio Valeriano señaló "voy a ir a hablar con el amigo". Posteriormente, preguntó "el día de llegada es el cinco?", a lo que respondió afirmativamente el individuo cuya identidad se desconoce.

En el chat número 59, del 2 de abril de 2013, Arcadio Valeriano preguntó a un individuo llamado Damaso Urbano "tiene contacto en Tarragona?". Le respondió que "no, pero tengo amigos que viven en Barcelona y que bajan hasta allá". Arcadio Valeriano replicó "necesito la bajada por Tarragona en agua°".

En el chat número 63, de 2 de abril de 2013, Arcadio Valeriano preguntó de nuevo a un individuo cuya identidad se desconoce ", usted tiene bajada por Tarragona?". Le contestó que "en Barcelona" y "en Tarragona hay una opción muy buena". Belfo'. añadió "si hay algo llegando para este viernes ¿podemos hacer algo?", por lo que posteriormente añadió su interlocutor: ", tiene dificultades para sacarlo o qué?",

En el chat número 113, de 7 de abril, un individuo desconocido le preguntó ", el conductor dice que lo sacan hoy?". Confirmó que "sí, a eso vamos". El mismo terminal móvil contenía fotografías relativas a los horarios de los buques que realizan la ruta desde Colombia a Tarragona; el croquis de los contenedores que transportaba el buque en que se observa resaltado precisamente el que contenía la sustancia estupefaciente; también fotografías obtenidas en el lugar origen de la cocaína en que se ven paquetes con la sustancia estupefaciente fotografías de las bolsas precintadas que contenían los paquetes: fotografías de la numeración del contenedor y del precinto de seguridad del mismo.

El mismo día 7 de abril de 2013, cuando se produjo la detención del procesado Marcelino Isidro , se le encontró en el cacheo de seguridad una hoja con el listado de buques mercantes con entradas previstas en el puerto de Tarragona, en que se observa que el buque Cala Pedra esta resaltado en negro

Con la información antedicha se identificó el contenedor con matrícula GFRU90000787 descargado del Buque Cala Pedra de la naviera Cosirama el día 5 de abril en el muelle denominado Castilla / La Rioja (contiguos) el cual contenía la sustancia estupefaciente importada por los procesados en esta ocasión

Así pues, el día 8 de abril de 2013, en virtud de mandamiento judicial, se practicó la apertura, vaciado y registro del dicho contenedor en el referido puerto. En el interior del mismo se encontraron diversas cajas con productos perecederos, en concreto, piñas, así como dos mochilas en las que se contenía la cocaína importada por los procesados distribuida en la forma que e continuación se detalla. De tales mochilas, la primera, numerada 00-4, contenía una bolsa de plástico con quince (15) paquetes, envueltos en papel de plástico verde, con sustancia de color blanco. La segunda, numerada 00111 y 00165, contenía cinco (5) paquetes con sustancia de color blanco, envueltos en papel de plástico de color negro, y, a su vez, dentro de una bolsa, otros quince (15) paquetes envueltos en papel de plástico de color verde, con la misma sustancia, arrojando un peso neto de 35.079,329 g (treinta y cinco kilogramos, setenta y nueve gramos y trescientos veintinueve miligramos).

Respecto a los treinta (30) paquetes con envoltorio de color verde, el peso neto estimado por tableta era de 1.004, 3 g (mil cuatro gramos y trescientos miligramos), con riqueza en cocaína base del 84% ± 3%. El peso neto estimado en las treinta (30) tabletas era de 30130 g (treinta kilogramos con ciento treinta gramos), con riqueza en cocaína base del 84% ± 3%,

Respecto e ros cinco (5) paquetes restantes con envoltorio de color negro, el primero arrojó un peso neto de 980,025 g (novecientos ochenta gramos y veinticinco miligramos) con riqueza en cocaína base del 85% t3%; el segundo arrojó un peso neto de 998,279 g (novecientos noventa y ocho gramos y doscientos setenta y nueve miligramos) con riqueza en cocaína base del 85% ±3%; el tercero arrojó un peso neto de 999,641 g (novecientos noventa y nueve gramos y seiscientos cuarenta y un miligramos) con riqueza en cocaína base dei 77% ±3%; el cuarto arrojó un peso neto de 972,659 g (novecientos setenta y dos gramos y seiscientos cincuenta y nueve miligramos) con riqueza en cocaína base del 76% ±3% y el quinto arrojó un

peso de 998,725 g (novecientos noventa y ocho gramos y setecientos veinticinco miligramos) con riqueza en cocaína base del 85% \pm 3%.

Iñigo Gerardo ; Anibal Jeronimo y Abilio Dario fueron detenidos a las 8.00 horas del día 11 de abril de 2013.

Jon Pelayo fue detenido a las 10.10 horas del día ocho de abril de 2013.

Segismundo Geronimo fue detenido a las 12.45 horas del día 16 de abril de 2013.

Como consecuencia de las detenciones practicadas y con las debidas autorizaciones y mandamientos judiciales, se practicaron diversas entradas y registros con el siguiente resultado:

En fecha 8 de abril de 2013, en virtud de mandamiento judicial, practicada entrada y registro en el domicilio del procesado Iñigo Gerardo , sito en CALLE003 , NUM017 , NUM018 , en Barcelona, en el cual se intervino, entre otros efectos, una bolsa con sustancia blanca en roca y otra con sustancia en polvo; diversos útiles empleados para la manipulación de sustancia estupefaciente, en concreto, un molinillo, balanza de precisión y set con diversas útiles de la misma naturaleza (dos coladores, tres platos, seis cucharas soperas, un cucharón, un tenedor, un cuchillo, dos paletas y dos ollas con restos de sustancia) y moneda fraccionada, en concreto, 10 billetes de 50 euros, 8 billetes de 100 euros y 7 billetes de 500 euros, todo procedente de la actividad ilícita de la que se venia dedicando.

En la primera bolsa, con un peso neto de 44 g (cuarenta y cuatro gramos), se detectó cocaína y cafeína con riqueza en cocaína base del 27% + 2_ En la segunda bolsa, con un peso neto de 171,2 g (ciento setenta y un gramos y doscientos miligramos), se detectó cocaína, cafeína, fenacetina y lidocaina con riqueza en cocaína base del 3,6% + 0,9 gramas

En fecha 8 de abril de 2013, en virtud de mandamiento judicial, se llevó a cabo la entrada y registro en el referido domicilio del procesado Marcelino Isidro , interviniéndose documentación diversa, entre ella, siete folios conteniendo el manifiesto de contenedores del buque Cala Pedra. El día 7 de abril de 2013, cuando se produjo la detención del procesado Marcelino Isidro , se le encontró en el cacheo de seguridad del mismo una hoja con el listado de buques mercantes con entradas previstas en el puerto de Tarragona, en que se observa que el buque Cala Pedra está resaltado en negro

El mismo día 8 de abril de 2013, en virtud de mandamiento judicial, se produjo entrada y registro en el domicilio del procesado Anibal Jeronimo , sito en CALLE004 , numero NUM000 - NUM001 , NUM003 - NUM019 , en Barcelona, así como el almacén del mismo procesado sito en CALLE004 , NUM000 - NUM001 , planta NUM003 , pueda NUM004 , en el que se intervinieron, entre otros, moneda fraccionada, en concreto, 105 billetes de 50 euros, 1 billete de 500 euros, 10 billetes de 20 euros y 1 billete de 10 euros, metálico todo él procedente del ilícito tráfico al que se venía dedicando: 6 garrafas de 5000 mg de acetona, 4 garrafas de 5.000 mg de alcohol. 5 botellas de 1 litro de acetona, 3 botellas de 1 litro de ácido clorhídrico, 7 botellas de un litro de amoníaco, 2 recipientes de 1 kilogramo de ácido hídrico monohidratado, una botella de bicarbonato con líquido hasta la mitad; una garrafa con líquido amarillo hasta la mitad, con fuerte olor a ácido, un paquete con bolsas térmicas; una caja de una balanza de precisión y un plato con restos de sustancia de color blanco, productos útiles todos para la manipulación, tratamiento y producción de la cocaína Asimismo, en la misma vivienda se intervinieron las siguientes armas:

-Defensa eléctrica marca Galant León". Modelo Sma II Fr. Se trata de un arma prohibida, según el artículo 5.1 .c) según el vigente Reglamento de Armas . Real Decreto 137/1993;

-Escopeta semiautomática marca Franchi, modelo Orce Fest, número de serie NUM020 , con normal estado de conservación y correcto funcionamiento. Arma de fuego larga de la 3ª.2 categoría (artículo 3 Reglamento de Armas);

-Diversos cartuchos, de los cuales: 98 cartuchos sernimetálicos, que corresponden al 12-70 (12 caza) aptos para su uso y correcto funcionamiento con la escopeta Franchi intervenida

El procesado disponía de licencia, a fecha de los hechos, de tipo L, que le habilitaba para la tenencia de armas de tercera categoría.

El mismo día 8 de abril de 2013, en virtud de mandamiento judicial, se produjo entrada y registro en el domicilio del procesado Jaime Jeronimo , CALLE005 NUM015 , NUM019 ' NUM003 de la localidad de El Vendrell, en el que se hallaron efectos y armas que a continuación se dirán.

-Un fusil de asalto Cetme, modelo 58, con número de serie NUM021 , inutilizado mediante tres taladros;

- Una carabina neumática BSA, modelo GUN, número serie NUM022 , de 5.5 mm, con normal estado conservación y apta para el correcto funcionamiento. Se trata de un arma neumática de la 4 .2 categoría del Reglamento de Armas;

- Una pistola marca Star, modelo 'S', con numeración de serie borrada y correcto funcionamiento, tratándose de un arma de fuego corta de la primera categoría del vigente Reglamento de Armas, que no puede ser legalizada por tener la numeración borrada;

- Una pistola marca Kimar, modelo 85 Auto, con numeración de serie NUM023 , modificada de manera sustancial para convertirla en arma de fuego y apta para un funcionamiento correcto, siendo arma prohibida según el artículo 41 a) del Reglamento de Armas ;

- Un armazón de pistola, marca Kimar, modelo 85 Auto, con numeración de serie borrada. Presenta el cañón modificado como la pistola anteriormente referida;

-Diversos cartuchos, de los cuales: veinticuatro (24) con el troquelado "UMA 9 mm PA Knall", correspondientes al calibre 9 x 22 PA, todos aptos para su uso con la pistola Kimar intervenida y en estado de correcto funcionamiento. Veintidós (22) con el troquelado "DIRWS", de 8 mm, correspondientes al 8 mm Knall, no siendo aptos para ninguna de las armas intervenidas y sí para pistolas del referido calibre. Ochocientos (800) cartuchos neumáticos correspondientes al 5,5 mm (22), todos aptos para su uso con la carabina BSA intervenida y en estado de correcto funcionamiento. Doce (12) cartuchos, de los cuales, seis (6) corresponden al 8.8 x 17 mm Browning Court, todos aptos para la pistola Star intervenida, y los otros seis (6) corresponden al 5,56 x 16 mm Long Rifle (22 L.R.), no siendo aptos para ninguna de las armas intervenidas;

-Un cargador correspondiente a una pistola de la gama de los 9 mm; Una bocacha lanza bengalas para acople a una pistola detonadora y

-Un muelle con eje y pieza de desarme correspondientes al armazón de pistola antes referido.

En las presentes actuaciones no ha quedado debidamente acreditado el valor económico de la droga intervenida.

Todos los objetos y dinero en metálico intervenidos a los acusados y en las entradas y registro eran usados para ilícito tráfico de estupefacientes siendo el dinero producto del ilícito comercio al que se venían dedicando.

El procesado Jaime Jeronimo , se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 10 de abril de 2013,

El procesado Jon Pelayo se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 10 de abril de 2013.

El procesado Basilio Hugo se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 10 de abril de 2013.

El procesado Marcelino Isidro estuvo en prisión provisional por estos desde el 10 de abril de 2013 siendo acordada su libertad bajo fianza en fecha 23 de noviembre de 2013.

El procesado Anibal Jeronimo estuvo en prisión provisional por estos hechos desde el 13 de abril de 2013, siendo acordada su libertad bajo fianza en fecha 22 de mayo de 2013.

El procesado Abilio Dario estuvo en prisión provisional por estos hechos desde el 13 de abril de 2013 siendo acordada su libertad provisional en fecha 12 de noviembre de 2013.

El procesado Marcos Guillermo se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 10 de abril de 2013.

El procesado Borja Primitivo se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 10 de abril de 2013.

El procesado Cornelio Ovidio se encuentra en prisión provisional par estos hechas desde el 10 de abril de 2013.

El procesado Gumersindo Belarmino se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 10 de abril de 2013.

El procesado Iñigo Gerardo se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 13 de abril de 2013.

El procesado Segismundo Geronimo se encuentra en prisión provisional por estos hechos desde el 18 de abril de 2013.

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

FALLO: Que DESESTIMAMOS LAS CUESTIONES PREVIAS planteadas ,

QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS A Basilio Hugo ; Marcelino Isidro ; Jon Pelayo ; Abilio Dario ; Segismundo Geronimo ; Marcos Guillermo Borja Primitivo Y Gumersindo Belarmino , Jaime Jeronimo , Anibal Jeronimo por el delito contra la salud pública ya definido y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en cuanto les sea aplicables, así como al pago, cada uno de ellos, de una cuadragésimo octava parte de las costas procesales.

QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS a Iñigo Gerardo por el delito contra la salud publica ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE

AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN con su referida accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, en cuanto le sea aplicable; y al pago de una cuadragésimo octava parte de las costas procesales.

QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS a Cornelio Ovidio , por el delito contra la salud publica ya definido, concurriendo circunstancia agravante de reincidencia la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN con igual accesoria inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en el caso de que le fuera aplicable; así como al pago de una cuadragésimo octava parte de las costas procesales.

QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS A Basilio Hugo ; Marcelino Isidro ; Jon Pelayo ; Abilio Dario ; Segismundo Geronimo ; Marcos Guillermo , Borja Primitivo Y Gumersindo Belarmino , Jaime Jeronimo , Anibal Jeronimo ; Iñigo Gerardo y Cornelio Ovidio por delito de pertenencia a grupo criminal , ya definido, a la pena de CATORCE MESES de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena en cuanto les sea aplicable, y al pago, cada uno de ellos, de una cuadragésimo octava parte de las costas procesales,

QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS a Anibal Jeronimo , por el delito de tenencia Mona de armas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de una cuarta parte de las costas procesales.

QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS a Jaime Jeronimo por el delito de tenencia incita de armas, ya definido, a la pena de DIECIOCHO MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial fijara el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de una cuarta parte de las costas procesales.

Les será de abono a los condenados todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa a efectos de cumplimiento de las penas impuestas si no se les hubiera abonado en otra.

Al amparo de lo prevenido en los arts. 127 y 374 del Código Penal se acuerda el COMISO de la droga, dinero metálico y objetos intervenidos, lo que se dará el destino legalmente previsto.

Esta sentencia es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo, recurso que habría de prepararse mediante escrito a presentar en la Secretaria de esta Sala en el termino de cinco días.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por 1.- Abilio Dario 2.- Anibal Jeronimo 3.- Marcelino Isidro 4.- Marcos Guillermo 5.- Borja Primitivo y Cornelio Ovidio 6.- Iñigo Gerardo 7.- Jaime Jeronimo que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

Recurso de Marcos Guillermo Arcadio Valeriano

MOTIVO ÚNICO.- Lo invocó al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24.2 de, la Constitución Española , por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, quedando asimismo vulnerados por su íntima conexión, los principios de justicia y de interdicción de toda arbitrariedad, artículos 1 y 9.3 de la Constitución Española .

Recurso de Jaime Jeronimo

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- POR INFRACCIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. Por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas reconocido en el art 18.3 de la Constitución española , con sede procesal en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 11.1 de la misma Ley , procediendo la nulidad de las escuchas telefónicas y de todo lo actuado en virtud de las mismas.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.- Por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el art. 18. 2 de la constitución española , con sede procesal en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , todo ello en relación con lo dispuesto en el art.11.1 de la misma ley , procediendo la nulidad de la entrada y registro en el domicilio y pueda dar fundamento bastante a la condena de don Jaime Jeronimo , y de todo lo actuado en virtud de las mismas.

TERCER MOTIVO DE CASACIÓN.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia reconocido por el art. 24.2 de la Constitución española , con sede procesal en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por inexistencia de prueba de cargo que pueda dar fundamento bastante a la condena de don Jaime Jeronimo .

CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Por infracción de ley del número primero del ,Art. 849 de la ley de enjuiciamiento criminal , por aplicación indebida del Art. 369.1 , 5 del código penal , estimamos que se ha aplicado indebidamente al no concurrir en el caso que nos ocupa.

QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Por quebrantamiento de forma del número primero, del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , dado que la sentencia resultan manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados, en tanto en cuanto a ellos mismos como de estos con respecto a los que con clara vocación fáctica en vía de integración se consignan en los razonamientos jurídicos.

Recurso de Abilio Dario

POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL

a) El presente motivo se esgrime al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . Por infracción de los artículos 18.3 y 24.2 de la Constitución de Española : derecho de toda persona al secreto de las comunicaciones y a un procedimiento con todas las garantías.

b)El presente motivo se esgrime al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la ley de enjuiciamiento criminal , por infracción del artículo 24.2 de la constitución española : derecho de toda persona a la presunción de inocencia.

c)El presente motivo de casación tiene su fundamento en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de precepto penal sustantivo en concreto del artículo 574) ter.1 del Código Penal .

Recurso de Marcelino Isidro

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- Infracción de precepto constitucional del art. 5.4 de la ley orgánica del poder judicial en relación con el art. 18.3 de la Constitución Española al haberse vulnerado el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones personales".

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 5.4 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA AL HABERSE VULNERADO EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

TERCER MOTIVO DE CASACIÓN.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART 849.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL AL HABERSE INFRINGIDO UN PRECEPTO PENAL DE CARÁCTER SUSTANTIVO ARTS 10 Y 96 CE , 18.3 IGUALMENTE DE LA CONSTITUCIÓN Y 579 LECR, ENTRE OTROS.

Recurso de Anibal Jeronimo

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, al amparo los artículos 852 de la L.ECrim y 5.4 de la LOPJ , por infracción de precepto constitucional por vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2) en relación al tipo penal de tráfico de drogas , artículo 368 en relación con el 369.1.5 del CP .

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, al amparo de los artículos 852 de la LECrim y 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24. 2 CE), en relación al tipo penal de pertenencia grupo criminal, ex art. 570 ter. CP .

TERCER MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, con causa el artículo 849.1° de la LECrim , por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 570 ter. 1 b del código penal .

CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, con cauce en el artículo 849.1° de la LECrim , por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 368 del código penal en relación con el artículo 369.1 5 CP .

QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone al amparo del artículo 849.1° de la ley LECrim , por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 563 del código penal .

SEXTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim por conculcación del artículo 18.3 CE , derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, con ocasión del dictado del auto de 28 diciembre de 2011.

SÉPTIMO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE ; ilicitud de la prueba por infracción de precepto constitucional es en relación con el artículo 579 LECrim y 11.1 LOPJ .

OCTAVO MOTIVO DE CASACIÓN.- Por infracción de precepto constitucional, el derecho a presunción de inocencia del artículo 24 CE con cauce en el artículo 5.4 de la LOPJ y artículo 852 de la LECrim . respecto el decomiso.

Recurso de Iñigo Gerardo .

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECRIM , por conculcación del artículo 24 CE , derecho fundamental a la defensa de un proceso con todas las garantías, con ocasión de la vulneración del principio acusatorio.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por conculcación del artículo 18.3 CE , derecho fundamental al secreto las comunicaciones, con ocasión del dictado del auto de 28 diciembre 2011.

TERCERO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECRIM , por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, del artículo 24.1 CE : ilicitud de la prueba por infracción de precepto constitucionales en relación con el artículo 579 LECrim y 11.1 LOPJ , con motivo del auto de 28 diciembre 2011.

CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por conculcación del artículo 18.3 CE derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, con ocasión del dictado el auto de 29 mayo 2012.

QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECRIM , por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, del artículo 24.1 CE , ilicitud de prueba por infracción de precepto constitucionales en relación con el artículo 579 LECRIM y 11.1 LOPJ .

SEXTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone por infracción de precepto constitucional, el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE , con cauce en el artículo 5.4 LOPJ y artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal respecto el decomiso.

SÉPTIMO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, al amparo los artículos 852 de la LECrim y 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional por vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia. (Artículo 24.2 CE) en relación al tipo penal de tráfico de drogas, artículo 368 en relación con el 369.1° .5 CP .

OCTAVO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, con cauce en el artículo 849.1° de la LECrim por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 368 del código penal en relación con el artículo 369 1° .5.

NOVENO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, al amparo de los artículos 852 de la LECrim y 5.4 LOPJ por infracción de precepto constitucional por vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) en relación al tipo penal de pertenencia al grupo criminal, ex art.570 ter.1 b CP .

DÉCIMO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, con cauce el artículo 849.1 de la LECrim por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 570 ter 1. b del código penal .

UNDÉCIMO MOTIVO DE CASACIÓN.- Se interpone, con cauce el artículo 849.1 de la LECrim , por infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 66 CP , por inaplicación del atenuante prevista en el art 21.4 CP , en relación con artículo 21.7 CP .

Recurso de Borja Primitivo y Cornelio Ovidio

PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN.- Vulneración del artículo 24.2 de la Constitución. Española .

SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN.- El recurrente renuncia al mismo.

TERCER MOTIVO DE CASACIÓN.- Por quebrantamiento de forma ex ad 851.3ª en sentido de no atender a una prueba solicitada en el escrito de defensa, acordada en el auto de admisión de las mismas, no practicada, y por ende, no han surtido las consecuencias jurídicas que la misma hubiera desplegado.

CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN.- El recurrente renuncia al mismo.

QUINTO MOTIVO DE CASACIÓN.- Vulneración del principio de presunción de inocencia. Por infracción del artículo 18.3 de la Constitución Española en relación con los artículos 5.4 LOPJ y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por entender que el auto inicial adolece de los requisitos esenciales para proceder a la intervención telefónica.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veinticinco de mayo de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Jaime Jeronimo

PRIMERO: El motivo primero por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas reconocido en el art. 18.3 CE , con sede procesal en el art. 5.4 LOPJ , todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 11.1 de la nueva Ley, procediendo la nulidad de las escuchas telefónicas, por falta de motivación en la resolución inicial, auto del Juzgado de Instrucción 8 Vilanova i la Geltrú, acordando la intervención del teléfono titularidad de Jon Pelayo , e insuficiencia del control judicial, lo que afectaría al resto de las intervenciones, entre ellas el auto de 12.1.2012 relativo a los teléfonos de los que es titular el hoy recurrente, y por conexión causal de antijuricidad de otras pruebas, entre ellas, seguimientos y vigilancias policiales.

Al ser este motivo común a todos los recurrentes -excepción de Marcos Guillermo - es conveniente reproducir la doctrina de esta Sala recogida, entre otras, en SSTS. 446/2012 de 5.6 , 644/2012 de 15.7 , 301/2013 de 18.4 , 503/2013 de 19.6 , 233/2014 de 25.3 , 425/2014 de 28 , 5 , 413/2015 de 30.6 , 426/2016 de 19.5 , en el sentido de que el secreto de las comunicaciones telefónicas constituye un derecho fundamental que está garantizado en el art. 18.3 CE , mientras que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , art. 17; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 8; y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea , art. 7, constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10 2º, garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el *fundamento del orden político y de la paz social* (STC núm. 281/2006, de 9 de octubre y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre), por lo que

trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. Por ello la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse (SSTS núm. 367/2001, de 22 de marzo y núm. 1377/1999, de 8 de febrero).

El derecho al secreto es independiente del contenido de la comunicación, debiendo respetarse aunque lo comunicado no se integre en el ámbito de la privacidad (SSTC núm. 70/2002, de 3 de Abril y núm. 114/1984, de 29 de noviembre).

Pero, sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación (art. 8º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial. El propio art 18.3 CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial (STS núm. 246/1995, de 20 de febrero , entre otras muchas).

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta manera en la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales, sin la intervención imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, que tiene atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales (STS núm. 248/2012, de 12 de abril).

No puede olvidarse que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, y en segundo lugar porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, generalmente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia (STS núm. 635/2012, 17 de julio).

Sin embargo, la normativa legal reguladora de las intervenciones telefónicas es parca y carece de la calidad y precisión necesarias, por lo que debe complementarse por la doctrina jurisprudencial. Las insuficiencias de nuestro marco legal han sido puestas de manifiesto tanto por esta misma Sala, como por el TC (SSTC núm. 26/2006, de 30 de enero , 184/2003, de 23 de octubre , 49/1999, de 5 de abril) y el TEDH (SSTEDH de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo contra España y de 30 de julio de 1998 , Valenzuela Contreras contra España). La LECrim dedica a esta materia el art. 579 , en el Título VIII del Libro II, y las nuevas normas legales sectoriales no complementan adecuadamente sus insuficiencias, **que requieren imperativamente y sin más demoras una regulación completamente renovada, en una nueva Ley procesal penal que supere la obsolescencia de nuestra legislación decimonónica .**

Lo que por fin se ha producido por la reforma operada por LO. 13/2015, artículo único, apartados trece y catorce, introduciendo los nuevos artículos 588 bis apartados a) a K) y 588 ter apartados a) a i).

En cualquier caso, para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica se refiere exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica.

Elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978 ; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988; casos Kruslin y Huvig, sentencias ambas de 24 de abril de

1990 ; caso Ludwig, sentencia de 15 de junio de 1992 ; caso Halford, sentencia de 25 de junio de 1997 ; caso Kopp, sentencia de 25 de marzo de 1998 ; caso Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998 ; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998 ; caso Prado Bugallo, sentencia de 18 de febrero de 2003 , etc).

En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención (STC 253/2006, de 11 de septiembre), pero también que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 1240/98, de 27 de noviembre , núm. 1018/1999, de 30 de septiembre , núm. 1060/2003, de 21 de julio , núm. 248/2012, de 12 de abril y núm. 492/2012, de 14 de junio , entre otras), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.

Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio , 165/2005, de 20 de junio , 261/2005, de 24 de octubre , 26/2006, de 30 de enero , 146/2006, de 8 de mayo y 72/2010, de 18 de octubre , entre otras, y SSTC de 6 de mayo de 1997 , 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000 , 11 de mayo de 2001 , 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004 , 13 y 20 de junio de 2006 , 9 de abril de 2007 , 248/2012, de 12 de abril y 492/2012 , de 14 de junio, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado y emitido (STS 248/2012, de 12 de abril).

La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (STS núm. 636/2012, de 13 de julio). Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (STS núm. 248/2012, de 12 de abril), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (doctrina jurisprudencial ya citada, por todas STC 72/2010, de 18 de octubre). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes (STS núm. 722/2012, de 2 de octubre).

En la motivación de los autos de intervención de comunicaciones deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos (Sentencias de esta Sala 1363/2011, de 15 de diciembre y núm. 635/2012, de 17 de julio).

Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

Han de ser objetivos *"en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona "* (STC 184/2003, de 23 de octubre).

Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que *" permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse"* (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass , y de 15 de junio de 1992, caso Ludí) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim , en *« indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación*

de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim)" (STC 167/2002, de 18 de septiembre).

En definitiva, **el control posterior sobre la decisión que acordó la medida debe revelar que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso así como acerca de la utilidad de la intervención telefónica, de forma que quede de manifiesto que aquella era necesaria y que estaba justificada (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).**

Ahora bien, la constatación de que el Juez tenía a su alcance **datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso**, no debe ir más allá, y **no implica sustituir el criterio, la racionalidad y las normas de experiencia aplicados por el Instructor por el criterio de los recurrentes, y tampoco por el de esta Sala, que debe ser muy respetuosa con una facultad que el Constituyente (art 18 2º) otorgó al Magistrado competente**, es decir al Instructor en casos como el presente de investigaciones criminales (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

Una competencia que éste debe ejercer aplicando sus normas de experiencia en la valoración de los indicios concurrentes para ponderar razonablemente las garantías de los derechos fundamentales con las exigencias de seguridad y libertad de la sociedad y de los ciudadanos, frente a los hechos delictivos graves y la criminalidad organizada transnacional, que en un Estado social y democrático de Derecho imponen la utilización garantista, pero también eficiente, de determinadas técnicas de investigación y prueba como es la intervención de comunicaciones.

En este sentido es necesario hacer referencia a la STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 . En ella se expresa que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórrogas forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE , y que dichas exigencias deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los **elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad** y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: 1º) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y 2º) los indicios de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

"La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 .

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención de una línea telefónica se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, **y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva**, pues **el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación**, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

Sobre esa base, **el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser**, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

También ha destacado el Tribunal que *"la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que **el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa**"*.

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, la jurisprudencia constitucional admite, como ya hemos expresado anteriormente, la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

De esta doctrina puede deducirse que la resolución judicial debe contener, bien en su propio texto o en la solicitud policial a la que se remita (STS núm. 635/2012, de 17 de julio):

A) Con carácter genérico los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad.

B) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave, que deben ser accesibles a terceros.

C) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona.

D) Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva.

E) La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que la propia policía solicitante ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cual ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado.

F) El número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

Tomando en consideración estos criterios, emanados de la doctrina constitucional anteriormente referenciada, y reiterando la doctrina ya expresada en la STS núm. 635/2012, de 17 de julio , **ha de concluirse que el principio esencial del que parte la doctrina constitucional es que la resolución judicial debe explicitar los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pero obviamente la atribución constitucional de esta competencia a un órgano jurisdiccional implica un ámbito de valoración que no es meramente burocrático o mecanicista, sino de adaptación en cada caso del referido principio a las circunstancias concurrentes por parte del Juez a quien constitucionalmente se asigna la competencia.**

En consecuencia, respetándose por el Instructor los referidos principios básicos, no corresponde a esta Sala, ni a ningún otro órgano constitucional, determinar los indicios concretos que pueden o no servir de fundamento para acordar la intervención, ni pronunciarse sobre la respectiva valoración de cada uno de ellos, ni, como ya se ha expresado, sustituir los criterios valorativos del Instructor por otros diferentes, a partir de la distancia y de una experiencia diferenciada.

Por otra parte, el hecho de que el Tribunal Constitucional indique, como es lógico y natural, que no es suficiente que el propio servicio policial que interesa la intervención fundamente su solicitud en la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado, **porque es necesario que la policía actuante indique una fuente de conocimiento cuya fiabilidad el Instructor pueda valorar racionalmente**, no implica que ello exija en cualquier caso la presentación detallada al Instructor de la indagación en su integridad, identificando la absoluta totalidad de las diligencias practicadas y relacionando minuciosamente las fuentes utilizadas a lo largo de toda la investigación, pues dicha exigencia ni ha sido establecida en estos términos por el Tribunal Constitucional, ni es necesaria cuando el Instructor dispone de datos objetivos suficientes, ni es posible en todos los casos, por ejemplo en operaciones internacionales en las que han intervenido fuerzas policiales de otros países que en su mecánica

operacional habitual no acostumbran ni pueden ser obligadas a informar minuciosamente sobre sus fuentes ni a relatar detalladamente su mecánica operacional.

En definitiva, lo esencial y lo que excluye la vulneración constitucional, es que la intervención sea acordada judicialmente en una resolución que **explícite los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior.**

En el caso presente -la cuestión de la validez y legitimidad de las intervenciones telefónicas planteada como cuestión previa al inicio del juicio oral, fue resuelta por la Audiencia en el Auto de 19.2.2015 (obrante al Tomo II Rollo de la Sala, folios 704 a 715, y en la propia sentencia, fundamento de derecho primero) con argumentos que deben ser asumidos en su totalidad.

En efecto que inicio de la investigación que dio lugar a la solicitud de la primera intervención mediante oficio policial del Grupo II de la Sección de Estupefacientes de la Unidad de drogas y Crimen Organizado de la Brigada Provincial de Barcelona, de fecha 27.12.2011 (folios 1 a 17), se debiera -como se hace constar en el propio oficio- a una cooperación desinteresada y anónima, en el mes de octubre de ese año, respecto a que un grupo de individuos se dedicada presuntamente al tráfico de todo tipo de sustancias estupefacientes apareciendo el titular del teléfono, cuya intervención se solicitó, Jon Pelayo , como la persona que suministraba la droga a un tercero Miguel Prudencio , no priva de legitimidad para iniciar una investigación.

En efecto, en relación a las noticias confidenciales la Sala 2ª TS (ss. Entre otras 1047/2007, de 17-12 ; 534/2009, de 1-6 ; 834/2009, de 16-7 1183/2009, de 1-12 ; 457/2010, de 25-5 , que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989 , Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 setiembre 1997 y 4 marzo 1999 .

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.

Doctrina reiterada en las SSTS. 1488/2005 de 13.12 y 28.2.2007 que precisan que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciado, como exige el art. 268 LECrim . pero puede ser un medio de recepción de la noticia criminis que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim . elevándolas al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un

derecho fundamental. Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideren 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 STC. 8/2000 de 17.1).

En esta dirección la sentencia 416/2005 de 31.3 , ya precisó que la existencia de una información anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental a personas que ni siquiera consta su mención nominativa en aquella, pues un anónimo "no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión, STC. Pleno 23.10.2003 .

Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a "fuentes o noticias confidenciales". Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación.

Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Por lo tanto es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez.

Dicho con palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 167/2002 - cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones "lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación, o como recuerda la STS. 32/2014 de 30.1 "Es perfectamente posible iniciar una investigación policial por un delito sobre la base de informaciones confidenciales anónimas, siempre que sean razonablemente creíbles y a continuación se lleven a cabo diligencias de investigación tendentes a confirmar la sospecha, obteniendo datos objetivos indiciarios de que se está cometiendo o se va a cometer un delito".

Situación producida en las presentes actuaciones. Así en la solicitud policial a la que se somete el auto que acuerda la primera intervención se detallan Un oficio inicial) las gestiones, comprobaciones y seguimientos efectuados por la Policía durante casi tres meses desde que recibieron la información anónima hasta la solicitud de intervención telefónica, verificando la ausencia de ingresos y medios de vida de los investigados, sui falta de domicilios conocidos, al ser otros distintos de los que figuraban a su nombre y que no habitaban. Las precauciones que tomaban para no ser seguidos, haciendo continuas maniobras para ver si se producían seguimientos o para despistar a sus posibles vigilantes; los contactos entre los investigados, la utilización de vehículos o el abandono aparente de alguno de ellos, que venía a confirmar, lo referido en la confidencia relativo al viaje de alguno de ellos para proveerse de droga, y los antecedentes policiales y penales relativos al tráfico de drogas que ambos tenían, constituían datos objetivos proporcionados al Juez que justificaban la adopción de la medida inicial, al constituir doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS. 492/2012 de 14.6 , y 301/2013 de 18.4), que en el momento inicial del procedimiento en el que necesariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.

- Respecto a la petición de nulidad de la intervención telefónica del recurrente acordada por auto de 12.1.2012 (folio 70) la misma deviene inaceptable.

En el oficio policial antecedente de la petición (folios 44 a 69 Tomo I) se detallan los seguimientos y escuchas realizados al anterior investigado, Jon Pelayo y la llamada recibida del teléfono NUM006 , cuyo titular era el hoy recurrente el 2.1.2012, de la que se deduce que es parte del operativo de tráfico de drogas puesto que se habla de varias operaciones de trafico siendo Jaime Jeronimo quien le informa de que va a ver 'al bueno buenisirno" alegando Jaime Jeronimo si eso tiene que ver con día nueve apareciendo dos vías de entrada de droga, dicha conversación no es baladí ni carente de relevancia tal como pretende la defensa y ello

porque no puede aparecer sesgada de las anteriores que ya hemos manifestado que muestran las actividades ilegales a gran escala.

En el oficio se constata una detención del nuevo interlocutor la titularidad de varios vehículos y el anunciado de un vehículo de alta gama para la venta así como venta de un piso por 385.000 euros en zona de Guinardó, por lo que se llega a la conclusión de la existencia de cómo la pertenencia a una investigación por hechos similares de la Jefatura superior de Policía que también fue ratificada por el agente instructor NUM024 , así como propietario al 100% de una casa a los cuatro vientos en Altafulla y un piso en Barcelona de 90 m2 siendo asimismo administrador de empresa Contratas y Construcciones Bellmar, SL. domiciliada en su vivienda habitual, y en la que nadie consta de alta, ello es contradictorio y por ello más que sospechoso con la documentación obtenida de la tesorería de la Seguridad social en la que consta que el mismo padece una incapacidad permanente total desde el año 1994

TERCERO: 1) La alegación de la no constancia de que no mencionan los nombre ni números de identificación personal de los funcionarios que llevaron a cabo la escucha, grabación y transcripción de las conversaciones, tal como señalaba el auto de 28.1.2012, no afectaría a la validez del referido auto de la intervención acordada y tal omisión podría haber sido subsanada con la petición de la defensa de su identificación a efectos de su eventual declaración testifical.

2) En cuanto a las conversaciones telefónicas no constan su previa condición por el instructor lo que supondría falta de indispensable control judicial, resulta irrelevante.

Como hemos dicho en SSTs. 56/2009 de 3.2 , 924/2009 de 7.4 - ese control se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, lo que implica que el Juez debe conocer y controlar el desarrollo de la ejecución lo que supone que al acordar su práctica debe establecer las condiciones precisas para que tal afirmación sea real. Ahora bien, 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 ; 184/2003, de 23 de octubre ; 205/2005, de 18 de julio ; 239/2006, de 17 de julio), que es lo sucedido en el presente caso en el que con anterioridad a cada prórroga o nueva intervención, consta la remisión periódica de las transcripciones a las conversaciones más relevantes y de informes policiales, en los que se da cuenta de las incidencias que ocurren en la misma organización; explicando de forma pormenorizada los progresos de la investigación, así las operaciones realizadas y la investigación policial se detallan de forma exhaustiva en el informe policial de 21.12.2005 folios 1574 y ss. en el que se hace referencia, entre otras, a la operación llevada a cabo los días 11 y 12.11.2004 en relación al camión que circuló desde Bilbao a Valencia y que no fue interceptado por no tener la seguridad de que en su contenedor hubiera droga, pero la continuación de la investigación, aun siendo esta concreta operación fallida, no implica, por sí solo, que aquella fuera prospectiva, y puede afirmarse que el órgano judicial realizó un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo de la medida y conoció puntualmente los resultados obtenidos, sirviendo estos de base para la autorización de las prórrogas, el alzamiento de la medida (petición policial de 2.2.2005 y auto de 9.2.2005, folio 299), o la autorización de nuevas intervenciones.

Consecuentemente de lo anterior se desprende que el Juzgado tuvo siempre conocimiento del desarrollo de las intervenciones telefónicas ya autorizadas, que la remisión de las transcripciones no fuese en su inicio íntegra y que la relación se llevase a cabo por la propia policía judicial, no empece a que el control judicial anterior de los autos acordando las nuevas intervenciones o las prórrogas no fuese efectivo.

En efecto como hemos recordado en la STS. 745/2008 de 25.11 ningún precepto legal impone al Juez de Instrucción la obligación de oír las grabaciones de las conversaciones intervenidas para acordar la prórroga de las intervenciones ya autorizadas, siendo patente que el Juez puede formar criterio de tales efectos por medio de la información escrita o verbal de los funcionarios policiales que hayan interesado y practiquen la intervención (STS. 1368/2004 de 15.12).

Así se ha pronunciado esta Sala en SS. 28.1.2004 , 2.2.2004 , 18.4.2006 y 7.2.2007 , precisando que: "Desde luego es cierta la necesidad de conocer el resultado de las conversaciones, pero ni la sentencia del Tribunal Constitucional dice, ni esta Sala ha exigido, que deba oír las conversaciones directamente el juez o leer su transcripción. Lo esencial es que aquel efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad en base a los datos que la policía le facilite, si los estima suficientes. En nuestro caso, dadas las necesidades de la investigación, el juzgador estimó convincente y adecuado el informe policial petitorio, en el que se le instruía verazmente del resultado de la medida injerencial y de la necesidad de ampliarla, así como de la

marcha de las investigaciones. La credibilidad que al Instructor le merecía la labor policial, en este cometido, no carece de apoyo racional si pensamos en la especial responsabilidad que recae sobre los miembros de la policía que actúan a las órdenes y bajo la dirección del juez en la investigación de las causas penales, amén de que cualquier discordancia entre el contenido de las conversaciones, en breve tendría que aflorar cuando aquéllas se transcribieran. Siendo así, el único obstáculo que teñiría de ilicitud constitucional la ampliación de las intervenciones telefónicas sería la nulidad de las primeras, si las segundas se basaban en aquéllas. La intervención ulterior estaría viciada de ilegitimidad si estos nuevos datos o circunstancias objetivas aportadas, que pretenden fundamentar la nueva solicitud de ampliación, hubieran sido conocidas a través de una intervención telefónica ilícita."

Como tiene dicho ya con reiteración esta Sala, al margen de que los aspectos relativos a la incorporación del resultado de las diligencias a las actuaciones se refieren tan sólo a las exigencias de la eficacia probatoria de sus propios contenidos pero, sin que en ningún caso, ello pueda suponer la nulidad del material derivado de las mismas, el aludido "control" de la práctica de las intervenciones por la autoridad judicial no exige la necesaria audición personal de las cintas que, no lo olvidemos, se encuentran a su disposición, sino que, basta con que, antes de las decisiones ulteriores a propósito de la evolución de la injerencia, el Juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos, lo que, en este caso, sin duda, se produjo mediante la aportación de transcripciones e informes en apoyo de las nuevas solicitudes de autorización.

Por ello la alegación de que el Juez no ha efectuado las oportunas comprobaciones para acordar las prórrogas constituye una mera afirmación de la parte. Lo relevante es que conste en las actuaciones que el servicio policial especializado que por delegación del Instructor realiza materialmente las escuchas, ya que es obvio que éstas no se pueden materializar por el propio Juez, entregó al Instructor los elementos probatorios necesarios para poder valorar la conveniencia de la prórroga.

En este momento procesal, no se trata todavía de utilizar el resultado de las intervenciones como medio de prueba en el juicio, sino que el Juez controle el proceso de intervención y decida, conforme a su propio criterio profesional y en atención a los datos que se le proporcionan, la procedencia de la continuidad de la investigación.

Consecuentemente no deben confundirse los requisitos necesarios para que el Instructor prorrogue o amplíe una intervención telefónica con los exigibles para su utilización posterior como prueba de cargo.

3) Por último respecto al cuestionamiento del modo a través del cual la policía obtuvo los teléfonos, lo que supone injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, en STS. 454/2015 de 10.7 , hemos dicho que en cuanto a la posibilidad de que los funcionarios policiales hubieran tenido conocimiento de forma ilícita del número telefónico de la persona investigada, tal cuestión ha sido analizada por la jurisprudencia SSTS. 362/2011 de 6.5 , 83/2013 de 13.2 , 773/2013 de 22.10 , 253/2014 de 25.3 , que ha destacado, que la premisa de la que se quiere partir -implícita pero evidente- que no puede admitirse es que, en principio, hay que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario.

Ello supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse su inocencia, en tanto no se prueba su culpabilidad (art. 24.2 CE), a los Jueces y Tribunales, en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la Constitución y a las Leyes, en tanto no se prueba que han actuado conforme a Derecho. Frente a tal premisa, hemos de afirmar que en el derecho a la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo", que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las Autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos.

En efecto la nulidad de los actos procesales sólo puede basarse en algunas de las causas estrictamente reguladas en el art. 238 LOPJ . con la consecuencia de la pérdida de efectos que tratándose de la vulneración de derechos fundamentales, impone el art. 11 de la misma ley . *Sin embargo, declarar la nulidad de unas escuchas porque la legitimidad de la obtención del número telefónico no puede presumirse* , supone crear una categoría inédita en nuestro sistema procesal. Estaríamos ante la creación jurisprudencial de la creación jurisprudencial de la *nulidad presunta* , aquélla predicable de actos limitativos de derechos, aparentemente válidos, pero a los que privamos de efectos al no constar la legitimidad de otro acto precedente.

En línea de principio proclamar que la legitimidad de un acto jurisdiccional no puede presumirse no se concilia bien con los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117.1 CE). Es cierto

que la abstracta proclamación de esos principios no blindo a los actos jurisdiccionales de su condición de potencial fuente lesiva de los derechos fundamentales. También lo es -y la experiencia se encarga cada día de recordarlo- que la validez de los actos procesales no puede hacerse descansar en un voluntarioso acto de fe. Pero aceptar la petición de nulidad porque la legitimidad no puede presumirse, no resulta, en modo alguno, una exigencia de nuestro sistema de garantías.

En esta dirección las SSTS. 249/2008 de 20.5 , 940/2008 de 18.12 , señalan en casos en que se cuestionaba el modo a través del cual la Policía obtuvo los teléfonos y que ello supone injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones:

"ninguna razón se expresa ni se infiere de las actuaciones que pueda sustentar esa alegada irregular obtención de los números de los teléfonos cuya observación se solicitó y fue judicialmente autorizada..." "no existe razón o elementos que permitan sostener que los números de teléfonos cuya observación se solicita se hubieran obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que no consta acreditado que para ese fin se hubiera accedido al contenido de las conversaciones sin autorización judicial, ni se hubiera sobrepasado los límites a los que se hace mención en la sentencia citada 249/2008, de 20 de mayo , para la recogida o captación técnica del IMSI sin necesidad de autorización judicial".

Asimismo la STS. 960/2008 de 26.12 recordó: "Se alegan sospechas sobre el modo en los que se obtuvieron los primeros números de los teléfonos y del terminal móvil número ..., especialmente éste número ya que su observación fue determinante para la intervención de la droga, sin que les convenzan las alegaciones realizadas por los funcionarios policiales de que los obtuvieron de los listados de telefónica, de las intervenciones judiciales previas, de observaciones físicas al marcarlos y de gestiones en oficinas públicas y bancos.

No hay datos o elementos que permitan concluir que existieron gestiones ilícitas y vulneradoras de derechos fundamentales por parte de la policía. Los funcionarios policiales, 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 tuvieron información o no lo pudiesen precisar por el tiempo transcurrido".

La STS 492/2010, de 18 de Mayo , realiza un recorrido de la doctrina jurisprudencial' señalando que no existe una presunción de ilicitud en la obtención por la Policía de los números de teléfono de los que se solicita la intervención. Se expresa la sentencia 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".

CUARTO: El motivo segundo por infracción de preceptos constitucionales vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el art. 18,2 CE , con sede procesal en el art. 5.4 LOPJ , todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 11.1 de la misma Ley , procediendo la nulidad de la entrada y registro en el domicilio del recurrente y de todo lo actuado en virtud de la misma.

Se argumenta que con fecha 7.4.2013 tuvo entrada en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Vendrell, en funciones de Guardia, oficio del Inspector Jefe de la Sección de Estupefacientes de la UDYCO, solicitando mandamiento judicial de entrada y registro en el domicilio de Jaime Jeronimo (folios 2316 a 2318)., sito en Calafell (Tarragona), CALLE001 nº NUM009 , así como la intervención de los efectos relacionados con el delito contra la salud publica investigado en base a las diligencias policiales que constan en dicho oficio, y dicho Juzgado por auto de la misma fecha denegó la solicitud en base a que se apoyaba en sospechas que no podían ser objeto de valoración al carecer de información concreta sobre las diligencias prácticas. Así se dice tener la certeza de que la droga había llegado a Puerto y estaba oculta en algún contenedor del muelle Castilla, pero ni siquiera se indicaba el barco en cuestión, y la sospecha de que alguno de los contenedores pudiera ocultar 35 kg. De cocaína se desconocen los indicios concretos en que se apoyaba dicha sospecha.

Por tanto considera obvio que debe estimarse el motivo con la nulidad del auto y el dictado de una sentencia absolutoria.

El motivo carece de fundamento y su improsperabilidad deviene necesaria.

La denegación de la entrada y registro por el Juez de guardia en el auto de 7.4.2013, en nada empece la lícitud del registro acordado en un momento posterior, 8.4.2013, por el Juez de Instrucción 8 de Vilanova y la Geltrú, que era el competente e instructor de la causa (folio 2196 Tomo 9), y que estaba precedido de una solicitud policial (folios 2191 a 2195), más amplia y detallada que la dirigida al Juez de Guardia (folios 2311 a 2315), tal como la sentencia recurrida explicita en el fundamento de Derecho primero, señalando los indicios que fundamentaban aquella resolución, entre ellos haberse solicitado la apertura del contenedor ya identificado, y hallado el precinto y documentación por la detención de varios participantes en la reunión mantenida en el domicilio del recurrente el día anterior.

Consecuentemente la medida era legal, proporcionada y urgente por la necesidad de evitar la desaparición de pruebas y la posibilidad de la existencia de armas de fuego, máxime como se destaca en la sentencia recurrida el resultado del registro no se utiliza en el plenario como prueba preconstituida sino a través de las declaraciones de los funcionarios policiales realizadas en el juicio oral con las garantías de inmediación y contradicción, sin afectación del derecho de defensa del acusado.

QUINTO: El motivo tercero por vulneración del principio de presunción de inocencia reconocido por el art. 24.2 CE con sede procesal en el art. 5.4 LOPJ , por inexistencia de prueba de cargo que pueda dar fundamento bastante a la condena de Jaime Jeronimo .

Como consecuencia de lo sostenido en los motivos anteriores se afirma por el recurrente que las intervenciones telefónicas y el registro realizados son nulos y no pueden por ello ser valoradas como pruebas de cargo; que no se ha acreditado que las llamadas realizadas en su terminal telefónica correspondiese al acusado al no haberse practicado prueba fonométrica alguna; que en todo caso las intervenciones telefónicas no acreditan su participación en la entrada de cocaína en el puerto de Tarragona; que en las diligencias policiales (folio 2264) en la diligencia de pesaje y valoración de la droga se hable del total de "hachís" intervenido 39,5 kg, de sustancia, peso neto 35,079329 kg. "no cocaína" que en el mercado habría alcanzado el valor de 1.375.311 euros; y por último se refiere al principio jurisprudencial "in dubio pro reo", al existir una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal.

El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

1. Como hemos explicado en SSTS. 210/2012 de 15.3 , 503/2013 de 19.6 , 454/2015 de 10.7 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación

en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar" el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

La sentencia de esta Sala Segunda nº 131/2010 de 18.1 , hace un compendio de la doctrina jurisprudencial sobre el control casacional de la valoración probatoria, en el sentido de que "ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia". Al objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas válidas y lícitas, de contenido incriminatorio, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes -lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento subjetivo, que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es

necesario que concorra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba".

2. En el caso presente la sentencia de instancia en el fundamento derecho segundo, bajo la rúbrica "Motivación de la prueba", señala las pruebas tenidas en cuenta por la Sala para tener acreditada la participación del recurrente -concretada en el factum como "persona encargada de lo que se conoce como la entrada disponiendo de medios necesarios para que la sustancia estupefaciente era introducida en nuestro país sin pasar control aduanero o fiscal ofreciendo los contactos para asegurar la entrada de estupefacientes. Las carencias de los procesados holandeses - Marcos Guillermo , Gumersindo Belarmino , Borja Primitivo y Cornelio Ovidio , se salvan al tener Jaime Jeronimo vía de entrada de la instancia en el puerto de Tarragona por su contacto con el también procesado Marcelino Isidro - en concreto las testificales de Agentes del Cuerpo Nacional de Policía nº NUM025 , NUM026 , NUM027 , NUM028 , NUM029 , NUM030 y NUM031 , siendo particularmente relevantes las de los dos primeros, cuyo contenido de forma detallada es descrito en la sentencia sobre sus intervenciones en vigilancias, transcripciones de conversaciones y entradas y registros, y el contenido de las numerosas conversaciones telefónicas, entre ellas las mantenidas por Jaime Jeronimo con varios de los acusados, que son transcritas en dicho fundamento, conversaciones telefónicas que al ser legítimas -tal como se ha razonado más arriba- pueden ser valoradas por la Sala.

En efecto de una parte, como destaca la sentencia recurrida, las defensas renunciaron a su audición en el plenario, dando por bueno su contenido, lo que es conforme con la doctrina de esta Sala, SSTS. 680/2014 de 21.10 , y del TC. 26/2001 de 27.4 , que la audición de las cintas no es requisito imprescindible para su validez como prueba, sino que el contenido de las conversaciones puede ser incorporado al proceso bien a través de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas, bien a través de su transcripción mecanográfica -como documentación de un acto sumarial previo- (STC 166/99, de 27-9 , FJ 4; 122/2000 de 16-5 ; FJ 4, 138/2001, de 18-6 , FJ 8) y también hemos concluido que para dicha incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el auto del juicio, siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las demás garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa. Así nos hemos pronunciado ante supuestos similares al presente, tales como los resueltos en el ATC 196/92, de 1-7 , o en la STC 128/88, de 27-6 . En la primera de las resoluciones citadas afirmamos que "la no audición de las cintas en el juicio, así como que el Secretario no leyera la transcripción de las mismas, no supone, sin más, que las grabaciones no puedan ser valoradas por el tribunal sentenciadora. En efecto, las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico) por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio pueda hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y someterse a contradicción- bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones-, no significa, como pretende la recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiese la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral "(FJ. 1). Y ya en la citada STC 128/88 , de FJ.3 alegamos a idéntica conclusión bajo el argumento de que "no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas y habiéndose dadas por reproducidas, no se le pueden negar valor probatorio a tales transcripciones. No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de más unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido".

3. De otra parte en cuanto a la falta de acreditamiento de que sea el recurrente el interlocutor en alguna de las conversaciones por falta de prueba sobre la voz que la doctrina de esta Sala, por ejemplo SSTS. 362/2011 de 6.5 , 406/2010 de 11.5 , 924/2009 de 7.10 , tiene declarado que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar dicha

prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad (SSTS. 3.11.97 , 19.2.2000 , 26.2.2000). Sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial, caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS 17.4.89 , ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adverbación por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1 .

En definitiva, en relación al reconocimiento de voces, el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia, o mediante prueba corroboradora o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones.

En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente, si el Tribunal ha dispuesto de los términos de comparación necesarios o de otras pruebas legítimas que corroboren el contenido de lo grabado, (SSTS. 163/2003 de 7.2 , 595/2008 de 29.9 , que recuerda "en cuanto a la identificación de la voz, baste decir que no constituye una diligencia obligada en el desarrollo del proceso, por cuanto -con independencia de que cuando las cintas son oídas en el juicio oral, como es el caso, el Tribunal puede llevar a cabo su particular valoración sobre dicha cuestión-, la identificación de las personas que intervienen en las conversaciones intervenidas puede llevarse a cabo por otros medios distintos de las pruebas fonográficas, como pueden ser los seguimientos policiales que sean consecuencia de dichas conversaciones, e, incluso, por el propio reconocimiento explícito o implícito, del propio interesado, al dar las explicaciones que estime pertinentes sobre su contenido", o STS. 2384/2001 de 7.12 , en el sentido de que: "el recurrente está criticando y negando la posibilidad de que la Sala sentenciadora efectúe por sí misma, en virtud de la inmediación propia del Plenario valoraciones y alcance conclusiones relevantes para la resolución del caso. Es evidente que la inmediación no es solo estar presente, sino entender, percibir, asimilar, verificar en definitiva formar opinión en conciencia y en el conjunto sobre todo lo dicho, notando las reacciones y gestos de todos, singularmente de los inculpados, por ello, lo que se critica supone precisamente la manifestación más propia de la inmediación judicial como es verificar que la voz escuchada en una cinta, coincide con lo escuchado directamente de una persona en el Plenario, y concluir con la afirmación de pertenecer a la misma persona. Ello sin perjuicio de que pudiera haberse propuesto la pericial de reconocimiento de voz, lo que no se efectuó por ninguna de las partes ni en concreto por la defensa de la recurrente".

En el caso presente al haber renunciado las partes a la audición de las grabaciones en el juicio oral, el tribunal de instancia no ha tenido ocasión de comparar la voz del acusado con la de las grabaciones, pero si contó con las testificales de los agentes policiales nº NUM032 , NUM033 , y NUM034 que intervinieron en las intervenciones telefónicas, realizando personalmente la audición y transcripciones de las conversaciones.

Queja del recurrente que resulta por ello, inatendible.

4. En cuanto a la alegación del recurrente de que en el oficio 2263, que consta el oficio policial se habla de hachís y no de cocaína, tal afirmación, como señala el Ministerio Fiscal en su documentado escrito de impugnación del motivo, resulta difícil de entender, en primer lugar, porque ni este recurrente ni el resto de las defensas ha cuestionado que la sentencia intervenida fuera cocaína, ni su análisis, peso o pureza, por lo que sería una cuestión nueva no aceptable en casación; en segundo lugar, porque así fuera se trataría evidentemente de un error mecanográfico, y en tercer lugar porque al realizar tal afirmación, no dice el recurrente la verdad, pues examinado el referido folio 2264, consta oficio policial en el que los agentes realizan una diligencia de pesaje y valoración aproximada, según la Tabla de Precios y Pureza Medias de la droga en el mercado ilícito, perteneciente al primer semestre de 2013, publicada por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes, y en él se habla de la sustancia "al parecer cocaína" con un peso bruto de 39,5 kgs., sosteniendo que el precio del kilogramo de cocaína en el mercado ilícito al 65% se estimaba en 34.818 E, por lo que teniendo en cuenta el total intervenido, su valor habría alcanzado 1.375.311 E, por tanto no aparece ni por equivocación la palabra hachís, solo se habla de cocaína.

5. Por último, en cuanto a la alegación del recurrente sobre la infracción del principio "*in dubio pro reo*", éste presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECrim .).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del *"in dubio pro reo"* es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria ; *presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminador* , pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio *in dubio pro reo*, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS. 45/97 de 16.1).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, *practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia*, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir *"en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda"* (SSTS. 70/98 de 26.1 , 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio *in dubio pro reo* no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio *in dubio pro reo* forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 999/2007 de 12.7 , 677/2006 de 22.6 , 1125/2001 de 12.7 , 2295/2001 de 4.12 , 479/2003 , 836/2004 de 5.7 , 1051/2004 de 28.9). Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio . Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el Tribunal , a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado , pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado .

"Con relación a la primera vulneración alegada debe precisarse, antes de nada, que, con la perspectiva constitucional, el principio *in dubio pro reo*, «en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial», ni está dotado de la protección del recurso de amparo, «ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas» (SSTC 63/1993, de 1 de marzo, F. 4 ; 103/1995, de 3 de julio, F. 4 ; 16/2000, de 16 de enero, F. 4 ; 209/2003, de 1 de diciembre, F. 5 ; 61/2005, de 14 de marzo, F. 4 ; y 137/2005, de 23 de mayo , F. 3).

"El principio *"in dubio pro reo"* nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cago suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5 ; 1667/2002, de 16-10 ; 1060/2003, de 25-6). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11 , con cita en la STS 939/98 de 13-7 , que recordaba que "el principio *in dubio pro reo* no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECrim ., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio *in dubio pro reo* sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio *in dubio pro reo* no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12)".

En el caso presente ninguna duda ha albergado el tribunal sobre la concurrencia de todos los elementos del tipo penal y la participación del recurrente, por lo que la invocación del principio in dubio pro reo resulta inviable.

SEXTO: El motivo cuarto por infracción de Ley art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 369.1.5 al no concurrir en el caso que nos ocupa.

Sostiene el recurrente que la sentencia recurrida, en el fundamento jurídico sexto, razona la concurrencia del subtipo agravado del art. 369.1.5 CP , cuando los hechos descritos en el factum forman parte del tipo básico y no tienen por qué encuadrarse en el subtipo agravado, exacerbando la pena. A continuación refiere frases y conceptos integrados en el factum que constituyen juicios de valor predeterminantes del fallo, como "que pertenecían a una organización con el fin de cometerlo, señala los requisitos que la jurisprudencia exige para la existencia de la organización, tal es así que el Ministerio Fiscal en su informe de conclusiones definitivas dudó de que fuera una organización, concretando que a lo más sería un grupo, por ello considera infringido aquel precepto toda vez que la pena de 7 años de prisión resulta excesiva al poder imponerse perfectamente la pena de 3 años "que era el límite mínimo de la mitad superior que obligaba la Ley, por mor de lo dispuesto en el referido numero primero del art. 66 CP, y no dice ni razona el porqué de tan drástica exacerbación, con clara vulneración del razonamiento obligado como dispone el art. 120.3 CP ."

El motivo debe ser desestimado.

La sentencia no aplica el subtipo agravado del art. 369 bis (organización criminal), ni el art. 369.1.2 (el culpable participase en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito), sino, tal como resulta del contenido del fundamento de derecho tercero, por un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancia que causa grave daño a la salud de los arts. 368.1 CP , en la modalidad agravada del art. 369.1.5 (cantidad de notoria importancia), dado el peso neto de la cocaína intervenida, más de 35 kg. y el acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19.10.2010, que fijo el límite de la notoriedad en 750 gramos para la cocaína. Partiendo de tal subtipo agravado en el fundamento de derecho sexto razona sobre la individualización de la pena.

En este punto debemos recordar La legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites más o menos amplios, dentro de los cuales "el justo equilibrio de ponderación judicial", actuará como límite calificar de los hechos jurídico y socialmente.

Es decir que el arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado, es algo que solo al Juzgador de instancia compete. Ciertamente el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual, además deberá quedar constatado en la sentencia. Otra cosa convierte el arbitrio en arbitrariedad, pues el uso de tal preciada facultad, al no hacer de la medida, razón y proposición, se convierte en irracional, desmesurado o desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales.

Por ello en la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena depende del arbitrio del Tribunal. Sin embargo, tales expresiones, sin embargo, no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales estará en su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercido con arreglo a los principios jurídicos.

El Tribunal Supremo en la sentencia 1426/2005 de 7.12 , y 145/2005 de 7.2 , tiene dicho que la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

Consecuentemente, en lo que se refiere a la motivación de la pena concretamente impuesta, el Tribunal Supremo ha insistido con reiteración en la necesidad de expresar con la suficiente extensión, las razones que el Tribunal ha tenido en cuenta en el momento de precisar las consecuencias punitivas del delito. Las penas máximas sanciones del ordenamiento, suponen siempre una afectación a alguno de lo de los derechos que forman el catálogo de derechos del ciudadano, cuando se trata de penas preventivas de libertad, derechos fundamentales.

Es por eso que, con carácter general, es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley, con o sin el establecimiento de criterios orientadores.

En este sentido el actual art. 66.1.6º CP , permite a los Tribunales cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, recorra toda la extensión de la pena prevista para el delito concreto de que se trate, debiendo fijar su extensión atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

La individualización corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (SSTS 21.11.2007 , 390/1998 , de 21 de marzo).

También ha de señalarse que, aunque la necesidad de motivación del artículo 120.3 de la Constitución alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen, - y que no precisa justificación o motivación alguna, STC. 57/2003 de 24.3 FJ.5- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de Ley (STS 1478/2001 , de 20 de julio y 24.6.2002).

Por ello este deber de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación jurídica alguna al respecto o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta, y no hay datos en la sentencia recurrida de los que pudiera deducirse esa elevación de penas, esto y cuando el Tribunal de casación no puede inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulnera el principio de proporcionalidad, este Tribunal es quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos y ante aquella ausencia de datos la pena no deberá ser otra que la mínima dentro del mínimo legal. (SSTS. 2.6.2004 , 15.4.2004 , 16.4.2001 , 25.1.2001 , 19.4.99).

En esta dirección el nuevo art. 72 CP . reformado por LO. 15/2003, con entrada en vigor el 1.10.2004, ha introducido en el Texto punitivo la necesidad de motivación, señalando que los Jueces y Tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta. Se trata pues, dice la STS. 1099/2004 de 7.10 , de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley (art. 849 LECrim .), pero su inexistencia no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente".

En definitiva la jurisprudencia ha declarado la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, presionando de esta forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta están expresadas en la propia resolución de que se trate (SSTS. 31.3.2000 , 21.1.2003 , 30.6.2004 , 10.7.2006).

En el caso presente la sentencia recurrida parte de la pena establecida para el tipo básico en el art. 368, tratándose de sustancia que causa grave daño a la salud -3 a 6 años y multa del tanto al triplo); y como el art. 369 para las modalidades agravadas, prevé la imposición de la pena superior en grado, esto es 6 años

y 1 día a 9 años y multa del tanto al cuádruplo, considera en cuanto a la concreta pena de prisión a imponer en este marco punitivo que los hechos son graves, pues hay que valorar la extraordinaria importancia de la cantidad de droga intervenida, peso neto de 35.079,392 gramos.

Motivación que debe entenderse suficiente y en todo caso la pena impuesta 7 años de prisión, esto es en la mitad inferior, 6 años y 1 día a 7 años y 6 meses, adecuada a la gravedad de los hechos, al exceder en mucho la cantidad intervenida el límite de la notoria importancia y la extraordinaria pureza de la misma 84%.

SEPTIMO: El motivo quinto por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim , dado que de la sentencia resulta manifiesta contradicción entre los hechos que se consideran probados en tanto en cuanto a ellos mismos como de estos con respecto a los que con clara vocación fáctica en vía de integración se consignan en los razonamientos jurídicos, e insiste en lo que respecta al subtipo de pertenencia a organización defensiva prevista en el art. 369.1.2 CP , ni existe prueba de ello ni concurren los requisitos exigidos por la doctrina para su apreciación.

El motivo debe ser desestimado.

1. En cuanto a la contradicción denunciada, constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala (STS 253/2007, de 26-3 , 121/2008, de 26-2), tiene afirmado que la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que por ser antitético resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4.3).

Así doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS. 1661/2000 de 23.11 , 776/2001 de 8.5 , 2349/2001 de 12.12 , 717/2003 de 21.5 , y 299/2004 de 4.3), señala que para que pueda prosperar este motivo de casación son necesarios los siguientes requisitos: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual; b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos; d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma; f) que sea esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

Así en STS 1250/2005, de 28-10 , "...como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causas y determinantes de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas".

En el caso presente el recurrente no señala en qué consisten las contradicciones del factum en el que se describe la conducta imputada a cada acusado y todos los elementos de los tipos delictivos por los que han sido condenados.

Y en relación a la alegación de falta de prueba de la existencia de organización del art. 369.1.2 CP , con independencia de que tal alegación es impropia de esta vía casacional por quebrantamiento de forma, dicho precepto en la redacción vigente en el momento de los hechos, es de aplicación, cuando "el particular participara en otras actividades organizadas o cuya ejecución se va facilitada por la comisión del delito". No obstante su defectuosa redacción, pues la doctrina señala que con éste, introducida por LO. 15/2003, podría llegarse al absurdo al no determinarse el carácter de las actividades organizadas en las que participa el culpable, cabría la aplicación del mismo hasta el caso de actividades "lícitas". Esta conclusión no se entiende cuanto antes de la LO. 15/2003, el legislador en el anterior nº 7 del precepto recogía correctamente que debía

tratarse de "actividades delictivas organizadas". Y esta agravación no era si transposición a la legislación nacional del Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas aprobado en Viena el 20.12.98, que en su artículo 3.5 párrafo b) y c) establecen como circunstancias agravantes:

b) la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.

c) la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

Debido a esta redacción la propia Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2005, indicó que únicamente deberá aplicarse esta agravante si queda acreditada la participación en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito contra la salud pública.

El ámbito de aplicación de esta circunstancia se circunscribirá por tanto a aquellos supuestos en los que el culpable participa en "otras" actividades delictivas organizadas, es decir, que pertenezca a organizaciones que se dediquen a cometer delitos distintos del tráfico de drogas, y en cuyo ámbito de actuación se realicen algunas de las modalidades de conducta previstas en el art. 368 CP , de modo secundario. La agravación se aplicara por ejemplo al miembro de una organización dedicada al tráfico ilegal de personas que permite el pago de sus servicios de manera excepcional mediante la entrega de una cantidad de drogas.

El último inciso de la agravación, hace mención a otras actividades delictivas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito contra la salud pública. Este supuesto se aplicará a supuestos en los que, por ejemplo, el miembro de una red de prostitución proporciona el consumo de drogas a las prostitutas para que en ese estado de drogadicción éstas no sean capaces de abandonar el ejercicio de la prostitución, al carecer de voluntad propia. De esta manera los fines de la organización resultan más fáciles de mantener y de ejecutar.

Situaciones que no son las del caso y de ahí que tal agravación no haya sido aplicada.

RECURSO INTERPUESTO POR Marcos Guillermo .

OCTAVO: El motivo único al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción del art. 24.2 CE , por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, quedando asimismo vulnerados por su íntima conexión, los principios de justicia y de interdicción de toda arbitrariedad, arts. 1 y 9.3 CE .

El recurrente, sin cuestionar la validez de las pruebas practicadas e incorporadas al juicio, se limita a señalar que las pruebas valoradas por el tribunal a quo son insuficientes para sustentar en ellas la declaración de culpabilidad del acusado, afirmando que dichas pruebas no son más que conjeturas o simples indicios que no pueden tener la consideración de prueba de cargo.

Dando por reproducida la doctrina expuesta sobre el alcance de la presunción de inocencia en casación, la sentencia recurrida considera en el factum a este recurrente como la "persona de nacionalidad holandesa y que da nombre a la parte del grupo que se encarga de la importación desde Colombia, se trataría del máximo responsable, persona a la que Jaime Jeronimo entrega el precinto de seguridad del contenedor que debe sustituir al original para no levantar sospechas... Persona que se traslada desde Bogotá hasta Barcelona para la supervisión directa de todo el operativo, tanto de embarcar la sustancia como de extracción y recepción y entrega a los distribuidores en nuestro país".

Conclusión a la que llega: a) por el contenido de las conversaciones telefónicas, cuya legitimidad no cuestiona -en las que el recurrente es mencionado como jefe en alguna de ellas, y gracias a su contenido se montó un dispositivo policial con seguimientos de los acusados que culminaron con la detención de los mismos y la ocupación de la droga.

b) declaraciones en el acto del juicio oral del agente policial instructor de las diligencias y de los que participaron en las escuchas, seguimientos efectuados, detención y ocupación de los objetos que este recurrente llevaba consigo en el momento de su detención (precinto para sustituir el del contenedor que llevaba la droga, documentación relativa al tráfico de buques mercantes, croquis sobre los contenedores).

c) ocupación en el momento de la detención de un terminal móvil BlackBerry 8520 que examinado con autorización judicial, cuyo contenido se detalla en los hechos probados, no solo los chat de inequívoco signo incriminatorio, sino fotografías relativas a los horarios de los buques que realizan la ruta desde Colombia a Tarragona, el croquis de los contenedores que transportaba el buque en que se observa resaltado precisamente el que contenía la sustancia estupefaciente, también fotografías obtenidas en el lugar origen de

la cocina en que se ven paquetes con la sustancia estupefacientes; fotografías con las bolsas precintadas que contenía los paquetes, fotografías de la numeración del contenedor y del precinto de seguridad del mismo.

El Tribunal, además de las pruebas anteriores, analiza la explicación de descargo efectuada por el acusado en el plenario y las considera no creíbles al estar en abierta contradicción con el resto de las pruebas y carecer de cualquier dato corroborador.

En este extremo conviene recordar la STS. 573/2010 de 2.6 , que preciso "En efecto con respecto a la cuestión de los contraindicios el TC nº 24/97 de 11-12 , ha precisado que la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el Juzgado ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulta convincente o resulta contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable, pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente (STC 221/88 y 174/85).

Y en la STC 136/1999, de 20 de julio , se argumenta que "en lo concierne a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, importa recordar los siguientes extremos:

a) la versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado (SSTC 174/1985 , 24/1997 y 45/1997).

b) Los denominados contraindicios -como, vgr., las coartadas poco convincentes-, no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 229/1998 y 24/19997), aunque si pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.dr. SSTC 76/1990 y 220/1998).

d) La coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan, pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v.gr. SSTC 197/1995 , 36/1996 y 49/19998, y ATC 110/19990). En otras palabras: la carga de la prueba de los hechos exculpatorios recae sobre la defensa".

Por su parte, esta Sala tiene establecido que "las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquélla en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto". (SSTS 97/2009, de 9-2 ; 309/20009, de 17-3; y 1140/2009, de 23-10).

Por su parte en STS 528/2008 de 19-6 hemos dicho que "nada se opone desde la lógica a que la desarticulación positiva de una coartada, porque exista una fuente probatoria que permite sostener un hecho incompatible con la misma, resta fuerza argumental a la conclusión final, sino que la refuerza en la medida que se añade al indicio principal la inveracidad del contraindicio que deja sin fuerza la versión de quien lo sustenta".

En efecto se debe insistir en que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatorias de la acusada, no implica invertir la carga de la prueba, no implica invertir la carga de la prueba, cuando existen otros indicios relevantes de cargos. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, que en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada (STS 29.10.2001).

En definitiva el tribunal a quo ha dispuesto de suficiente prueba de cargo de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respecto a los derechos fundamentales y a las normas que regulan su práctica, que acredite la realidad de los hechos y la participación de este recurrente, prueba que ha sido explicitada y valorada Racionalmente, por lo que no puede apreciarse vulneración alguna del principio de presunción de inocencia.

RECURSO INTERPUESTO POR Abilio Dario

NOVENO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ , y art. 852 LECrim , por infracción de los arts. 18.3 y 24.2 CE : derecho de toda persona al secreto de las comunicaciones y a un procedimiento con todas las garantías.

Se argumenta en síntesis, que la sentencia objeto del presente recurso condena al recurrente teniendo en cuenta una serie de pruebas obtenidas, directa e indirectamente, con vulneración de los derechos fundamentales denunciados. Estas infracciones provienen por un lado del auto de intervención inicial de fecha 28.12.2012 y 15.12.2012, así como sus prórrogas y posteriores intervenciones telefónicas que traen causa de éstas. La inicial intervención se acuerda a pesar de una inexistencia total y absoluta de indicios para acordar la injerencia en el derecho fundamental.

El motivo debe ser desestimado.

En relación al auto inicial de 28.12, nos remitimos a las alegaciones ya expuestas en el análisis del motivo primero del recurso del recurrente Jaime Jeronimo para evitar repeticiones innecesarias.

Y en cuanto a la nulidad del auto que acordó la intervención del teléfono de Abilio Dario , de fecha 15.11.2012 (folios 1639 y ss. Tomo VII), tal intervención viene precedida de una solicitud policial en la que se manifiesta que este recurrente colabora con otro investigado Iñigo Gerardo en la distribución de la droga y últimamente en la captación de "mulas", asumiendo un papel relevante, y va acompañada de la transcripción de conversaciones relativas a la participación del recurrente en la secuencia delictiva (folios 1515 a 1639 Tomo VII). Sin olvidar que ya existían referencias respecto a Abilio Dario en el auto de 24.7.2012 (folio 1003 y ss. Tomo V), en el que se acompaña a la solicitud policial de identificación del titular del teléfono utilizado por el recurrente, transcripciones de las conversaciones mantenidas con Iñigo Gerardo relativas al ilícito tráfico (folios 969 a 973).

DECIMO: El motivo segundo al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , y art. 852 LECrim . Por infracción del art. 24.2 CE , derecho de toda persona a la presunción de inocencia.

Se afirma de un lado que la condena del recurrente se sostiene en medios probatorios, conversaciones telefónicas, obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a un procedimiento con todas las garantías, y al secreto de las comunicaciones. Esta circunstancia implica vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y de otro que no existe prueba de cargo que acredite la participación del recurrente en los hechos que se le imputan.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida considera probado que Abilio Dario era el individuo de confianza de Iñigo Gerardo , que actuaba como si fuera un trabajador de sus fruterías. Abilio Dario realizaba tareas como recaudador de los clientes de venta sustancias de Iñigo Gerardo , persona que vende la droga que le faculta Iñigo Gerardo después de haber sido manipulada.

Asimismo colabora en la captación de posibles mulas para la financiación del proyecto mayor presentando a mujeres a las que pretendían enviar a Sudamérica con la intención de que portasen sustancia en el interior de su organismo por lo que inicialmente deberían percibir 7.000 E.

El recurrente cuestiona la prueba que avala su participación en la importación de la cocaína, considerando insuficiente la prueba al no reunir los indicios los requisitos exigidos jurisprudencialmente.

Como hemos dicho en STS. 391/2010 de 6.5 , también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- 1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.
- 2) Los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.
- 3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.
- 4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre , (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 , y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto

desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12 , FJ. 24).

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007 , partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4).

En definitiva el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia -se dice en la STS 1373/2009 de 28-12 - se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000; 4-6-2001 , 28-1-2002 , STS 1171/2001 ; 6/2003 ; 220/2004 , 711/2005 ; 476/2006 ; 548/2007 , entre otras-.

Por tanto, no es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro tribunal justifique su decisión, es decir, la función casacional no consiste en seleccionar, entre las distintas versiones sometidas a la consideración de la Sala, cuál de ellas resulta más atractiva, ni siquiera se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama el Tribunal de instancia y la que con carácter alternativo formula el recurrente, sino si en esa valoración la Sala ha respetado las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos.

En el caso presente la sentencia impugnada valora las testificales de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía NUM025 y NUM024 , que explicaron cual era la labor de Abilio Dario (pág. 25 y 26 sentencia), y siendo válidas y legítimas las conversaciones telefónicas, las obrantes a los folios 2100 y 2121 y 2126 mantenidas por Abilio Dario con el acusado Marcelino Isidro , y las de los folios 2122 a 2123, 2128 a 2131 y 2132 a 2133, con Iñigo Gerardo , y de cuyo contenido no puede considerarse que la conclusión de la Sala sea absurda, ilógica o arbitraria y abiertamente contraria a la lógica y a la experiencia.

DECIMO PRIMERO: El motivo tercero por infracción de precepto legal, art. 849.1 LECrim , en concreto del art. 570 ter.1 del CP .

Se sostiene en el motivo que la propia sentencia reconoce la inexistencia de organización por no concurrir, de forma conjunta, los requisitos de permanencia, estabilidad, reparto de funciones y jerarquía.

Y en otro orden de cosas no concurren las notas exigibles para entender que existe grupo criminal. No se hace mención alguna a la jerarquía predicable de cualquier grupo organizado, estando, en el peor de los casos, en un supuesto de coautoría.

Partiendo de que la sentencia condena al recurrente por pertenencia a grupo criminal, art. 570 ter 1 b) y no por los arts. 570 bis , 369 bis ó 370 CP , que se refieren a organización criminal, el motivo debe ser desestimado.

Como decíamos en SSTs. 337/2014 de 16.4 , 577/2014 de 12.7 , 454/2015 de 10.7 , entre las novedades, introducidas por la reforma operada en el CP por la LO.5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el T . XXII del L. II, que comprende los arts .570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales", y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente "todas las formas de criminalidad organizada", y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE. en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el "Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada", que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba , en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Por ello en la Exposición de Motivos de la referida LO. 5/2010 de 5.6, como recuerda la STS. 271/2014 de 25.3 - se expone, para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que " *Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes*".

"*La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas*".

Asimismo en recientes sentencias 513/2014 de 24.6 , 371/2014 de 7.5 , la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 , contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.

El art. 570 bis define a la organización criminal como: " *La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*".

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como " *la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas*".

Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.

Por tanto el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos

notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal.

La jurisprudencia se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal, entre ellas las SSTs. 309/2013 de 1.4 , 855/2013 de 11.11 , 950/2013 de 5.12 , 1035/2013 de 9.1.2014 .

En las STS nº 855/2013 y 950/2013 , se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles "1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis. 2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter". Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que hacían a las respectivas conductas acreedoras a distinta gravedad en la sanción penal. No debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo supuestos más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

Por ello la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, como, concretamente, respecto del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal , se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan. (STS. 1035/2013). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente (STS. 950/2013).

Por su parte la STS. 309/2013 de 1.4 , incide en la necesidad de distinguir, entonces, el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el caso presente en el hecho probado -cuyo respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim - contiene los presupuestos fácticos que permiten la concurrencia del grupo criminal. Así se detalla como este acusado en unión de Jaime Jeronimo , Jon Pelayo , Basilio Hugo , Marcelino Isidro , Anibal Jeronimo , Abilio Dario , Marcos Guillermo , Borja Primitivo , Cornelio Ovidio , Gumersindo Belarmino

, Segismundo Geronimo e Iñigo Gerardo , todos ellos, al menos desde diciembre de 2011 a abril de 2013, puestos de común y previo acuerdo, y dispuestos a obtener y compartir un sustancioso provecho económico, fraguaron un consistente entramado dedicado a la introducción en nuestro país, para su posterior e ilícita distribución, de importantes remesas de importación de cocaína desde Sudamérica hasta las costas de Cataluña, con intención de tener una vía abierta de entrada para su utilización al menos dos veces al mes. Dada la envergadura del proyecto principal de entrada bimensual de droga los acusados Jon Pelayo , Basilio Hugo , Jaime Jeronimo , Iñigo Gerardo , Anibal Jeronimo , Abilio Dario y Segismundo Geronimo , durante los primeros tiempos iban enlazando pequeños proyectos de venta de sustancias a efectos de financiar dicha gran operación de mayor envergadura. Entre las que se encuentran búsqueda de inversores y gestiones varias entre ellas la realización de viajes a Sudamérica con "Mulas" (portadores de droga en su organismo) contactando en varias ocasiones con mujeres de mediana edad de las que intentaban aprovecharse de sus precarias situaciones económicas, a efecto de que mediante dichos viajes percibir cantidades económicas que posteriormente destinarían al yerto de entrada de sustancias a través de los puertos de Catalunya. Con la misma finalidad se dedicaron a realizar ventas de cantidades de droga que han llegado a oscilar entre cuatro y cinco kilogramos de cocaína. Finalmente los acusados consiguieron su propósito con entrada de cocaína a través del puerto de Tarragona en un container en el buque Cala Pedra. No constando entre ellos una férrea jerarquía, si se atribuían entre ellos diversos cometidos ya formalmente asociados que se desarrollaban de la siguiente manera.

Concretando seguidamente la actividad de cada uno de ellos.

De tal relación fáctica los elementos constitutivos del grupo criminal no pueden cuestionarse.

RECURSO INTERPUESTO POR Marcelino Isidro

DECIMO SEGUNDO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 18.3 CE , al haberse vulnerado el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones.

El recurrente cuestiona, al igual que anteriores recurrentes, la falta de datos objetivos en el oficio policial de 27.12.2010, que sirvió de base al auto inicial de 28.11.2011, de intervenciones telefónicas, e igualmente el auto de 29.5.2012 que dio lugar a la intervención del teléfono de este recurrente, dado que en la solicitud policial se refieren una serie de datos que no son ciertos -el estar dado de alta en la empresa Servaux Grupo Norte SL, cuando Marcelino Isidro es pensionista y no está dado de alta en empresa alguna.

Y el auto acuerda la intervención sin motivación alguna al no contar en el mismo datos objetivos susceptibles de integrar indicios de la comisión del delito, interesando la nulidad del mismo y de todas las pruebas derivadas en conexión causal de antijuricidad.

El motivo deviene inaceptable.

En relación a la nulidad de la inicial intervención acordada por auto de 28.11.2011, nos remitimos a las alegaciones efectuadas al analizar idéntico motivo de los anteriores recurrentes y respecto a la concreta impugnación del auto de 29.5.2012, que acordó la intervención del teléfono del recurrente (folios 705 a 712 Tomo III), el referido auto viene precedido de la correspondiente solicitud policial, (folios 637 a 704) acompañando no sólo las transcripciones efectuadas de las conversaciones mantenidas por el mismo, de los que evidentemente se deduce su participación en la secuencia delictiva investigada, sino también de todas las diligencias efectuadas, relativas al seguimiento e identificación del recurrente, cumpliendo el referido auto, todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para su validez.

DECIMO TERCERO: El motivo segundo por infracción de Ley, del art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 24.2 CE , al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Se afirma por el recurrente que las transcripciones que cita el Ministerio Fiscal relativas a las conversaciones telefónicas con el coacusado Iñigo Gerardo , en concreto las nº NUM035 y NUM036 son erróneas, dado que el usuario del teléfono NUM006 es otro acusado Jaime Jeronimo y no Marcelino Isidro , cuyo teléfono es el NUM008 , que las transcripciones son sesgadas y no aportan elementos incriminatorios y que el testigo NUM024 solo contesto que la única función de Marcelino Isidro era sacar la droga del Puerto.

El motivo no puede tener favorable acogida.

1º. La sentencia recurrida considera probado que Marcelino Isidro era "persona que debía sacar con garantía la sustancia del puerto de Tarragona. Marcelino Isidro ejercía labores de seguridad privada como trabajador de la empresa de seguridad Servaux Grupo Norte SL que agrupa empresas como PROSINTEL

cuya actividad está ubicada en dicho puerto de Tarragona. Marcelino Isidro realizaba labores de logística facilitando al grupo trabajadores del puerto e interesados en participar en el operativo de sacar la mercancía del puerto organiza el operativo de extracción de cocaína del interior del contenedor del puerto. En definitiva es el encargado de sacar con toda garantía la sustancia estupefaciente del puerto de Tarragona aprovechando sus conocimientos y contactos en el citado puerto al haber desempeñado labores de seguridad en el mismo".

Y para llegar a tal convicción en el repetido Fundamento de Derecho Segundo "Motivación de la prueba" valora las testificales no solo del agente nº NUM037 , en el sentido de que Jaime Jeronimo conocía a quien acudir para sacar la sustancia del puerto con garantía de existir, y era este recurrente Marcelino Isidro que trabajaba en una empresa de seguridad del puerto aun cuando estaba de baja, sino la del agente nº NUM025 quien, entre otros extremos refirió que Iñigo Gerardo , Segismundo Geronimo , Jaime Jeronimo y Jon Pelayo , ante el problema de quien debía entrar a sacar la sustancia y la forma de cortar el precinto del contenedor y volver a colocar otro precinto sin levantar sospechas, para la extracción del puerto hablan con Marcelino Isidro quien sabía como actuar en el puerto.

Asimismo detalla las conversaciones telefónicas mantenidas desde el teléfono NUM008 , y por tanto no cuestionadas como del recurrente, así la nº NUM038 (folios 3145 a 3147 con Iñigo Gerardo , la nº NUM039 (folios 3150 a 3151) con Iñigo Gerardo , la NUM040 (folios 3142 a 3153) en la que el procesado Jaime Jeronimo llama al recurrente, la nº NUM041 (folios 3156 a 3159) entre Jaime Jeronimo y Marcelino Isidro , la nº NUM042 (folios 3164 a 3166) en la que Jaime Jeronimo habla con Marcelino Isidro , la nº NUM043 (folios 3173) en la que Jaime Jeronimo llama al teléfono del recurrente, la nº NUM044 (folios 3176-3177) en la que Jaime Jeronimo llama al teléfono del recurrente, la nº NUM044 (folios 3176-3177) entre los mismos interlocutores; la obrante a los folios 3180 a 3182, en la que el recurrente llama al también procesado Abilio Dario , la nº NUM045 (folio 3183), en la que Jaime Jeronimo contacta con Marcelino Isidro , siendo el contenido de las mismas (pág. 42 a 51 de la sentencia) claramente incriminatorio, y confirmado por el hecho de que en el momento de la detención del recurrente en un cacheo superficial se le ocupó una hoja con el listado de buques mercantes con entradas previstas en el puerto de Tarragona, pudiéndose observar con el Buque Cala Pedra, está resaltado en negro.

Siendo así ha existido prueba de cargo, obtenida legítimamente acreditativa de la participación del recurrente en los hechos que se describen en el relato fáctico.

2º. En cuanto a la petición alternativa de que en el caso de que se estimase que la actuación del recurrente es subsumible en el tipo penal del art. 368 CP , su participación sería en calidad de cómplice y no de autor al no estar acreditada su participación en ningún acto preparatorio del viaje no habría llevado ningún acto necesario e imprescindible para la consumación del delito, no era el receptor de la mercancía y no tendría poder de disposición sobre la mercancía o su posterior venta; aparentando incluso que los presumibles actos de complicidad estaban siendo controlados en todo momento y era imposible la disposición para el tráfico de la sustancia estupefaciente, no puede ser aceptada.

En efecto en cuanto a la consideración de que su participación sea considerada como de complicidad, hemos dicho en SSTs. 821/2012 de 31.10 , 115/2014 de 25.2 , 425/2014 de 28.5 , 689/2014 de 21.10 , en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS. 89/2006 de 22.9).

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10).

En la STS. 699/2005 de 6.6 , se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia , la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que

hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2 , la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

La complicidad - dice la STS. 1216/2002 de 28.6 -, requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos, de mera accesoriadad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98 , 24.4.2000).

Ahora bien, en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS. 10.3.97 y 6.3.98). Por ello la doctrina de esta Sala STS. 1069/2006 de 2.11 , ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP . y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25.2.2003 que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14.6.95 , la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

En el caso actual existía un reparto de papeles para la importación desde Colombia de la cocaína, correspondiendo al recurrente la realización de una tarea tan importante como ser la persona encargada de sacar la droga del contenedor del barco, dados sus contactos en el puerto por haber desempeñado labores de seguridad en el mismo, es decir, participación desde el comienzo al tener comprometida su actuación de antemano lo que le convierte en coautor.

3º. Y en relación a la posibilidad de la tentativa, como decíamos en SSTs. 24/2007 de 25.1 , 457/2010 de 25.5 , 345/2010 de 15.6 y 877/2014 de 22.12 , la posibilidad de que los delitos de narcotráfico puedan cometerse en grado de tentativa ha sido siempre una cuestión debatida en la doctrina y muy matizada en la jurisprudencia de esta Sala. Esa jurisprudencia ha venido manteniendo un criterio general opuesto al reconocimiento de las formas imperfectas de éste tipo de delitos (ver STS. 4.3.92 , 16.7.93 , 3.4.97 , 7.12.98 , 29.9.2002 , 23.1.2003 , 3.6.2005). El tráfico de estupefacientes se configura estructuralmente como delito de peligro abstracto y consumación anticipada cuya punibilidad se asienta en la situación de eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figura penal. La consumación delictiva se sitúa en cualquiera de las acciones típicas descritas en el art. 368 CP como la posesión o el transporte de droga con finalidad de tráfico, en los que el momento consumativo se anticipa, adelantando la barrera penal hasta comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico (STS. 1309 (2003 de 3.10).

El tráfico real o efectivo se sitúa más allá del área de la consumación y la obtención de lucro es ajena al tipo (STS. 1160/2004 de 4.10).

Por ello, el delito en general solo admite formas consumadas y así se excluye la aplicación del art. 16.1 CP . cuando el autor no ha conseguido la finalidad perseguida. En tales casos, se ha dicho que el alcance de metas que van más allá de la mera tenencia no condiciona la consumación, sino que pertenece a la fase de agotamiento.

Es relevante a estos efectos, la disponibilidad de la droga, comorte o no tenencia física o material directa, pues en ella radica el peligro que para la salud de los terceros posibles destinatarios, la posesión representa. De otro modo, -como tantas veces ha dicho esta Sala- quedarían paradójicamente fuera del campo penal los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, de télex, de documentos y otros medios sofisticados y clandestinos y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan (SS de 7 de enero de 1999 , y otras posteriores como la 19.1.2001 , recordaban la doctrina de la de 1.2.95 , según la cual "en los envíos internacionales de drogas desde que el estupefaciente es remitido..... desprendiéndose de él el suministrador y entrando en el circuito de transporte, se ha consumado el delito, tanto respecto del último como del destinatario, aunque finalmente no llegue a su poder por el seguimiento e intervención policial (SSTs. 19.4.88 , 18.4.89 , 6.390, 2.11.92 , 15.2 , 8.3 , 29.6 , 26.11 y 23.12.93 , 24.1 y 23.2.94).

El delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que la droga -en virtud del acuerdo- quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera materializado una detención física del producto, si es patente su preordenación al tráfico (SSTs. 28.2.2000 , 3.12.2001 , 20.5.2003). El tráfico existe desde el momento en que una de las partes ponen en marcha los mecanismos de transporte de droga que el receptor habría previamente convenido (STS. 4.10.2004), ya que puede considerarse "a disposición del destinatario final y todos sus intermediarios, pues a ellos está avocada".

En el caso presente el recurrente, de acuerdo con los destinatarios de la droga, tenía como misión facilitar la entrada y salida por el puerto de Tarragona. La consumación no se excluye porque en un momento del trayecto que el transporte sigue, el logro de la llegada al destinatario final, haya sido abortado. Iniciado el transporte, la consumación se habría producido. Por ello ha podido establecerse que el hecho de que la policía tuviese conocimiento de la operación y estuviera vigilando a los otros acusados no sitúa necesariamente el delito en la fase de la tentativa ya que, como precisa la STS. 953/2008 de 18.12 , durante un tiempo se realizó íntegramente el tipo penal y la intervención de la policía pudo fracasar, por lo que no se puede escudar en un hecho ajeno a la conducta del autor para introducir un factor externo como interruptivo de la comisión (ver SSTs. 6.5.2010 , 23.3.2010 , 30.1.2008).

El motivo por lo expuesto se desestima.

DECIMO CUARTO: El motivo tercero por infracción de Ley del art. 849 LECrim , al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo, arts. 10 y 96 CE , 18.3 CE y 579.1 LECrim , entre otros.

El motivo reproduce por esta vía inapropiada -dada que los preceptos que cita no son preceptos penales de carácter sustantivo- cuestiones ya analizadas como si trabajaba o no en la empresa Servaux Grupo Norte SL, cuando lo esencial es si los contactos que tenía en el Puerto le posibilitaban cumplir su cometido dentro del grupo, o la injerencia en el derecho al secreto de comunicaciones, si bien destaca como su teléfono fue intervenido por auto de 29.5.2012, que tras prórrogas sucesivas se acordó el cese de tal intervención el 29.9.2012 (folios 1212 a 1220 Tomo V), y resulta que el acta de transcripción nº 398 es de fecha 31.12.2012,

por lo que no debería ser valorada, dado que no volvió a solicitarse por la policía nueva autorización de intervención de las comunicaciones de Marcelino Isidro hasta el 1.12.2013, lo que implica que se realizó sin autorización judicial.

El motivo no debe ser estimado por cuanto el recurrente incide en el error de afirmar que hasta el 1.2.2013 no volvió a solicitarse referida intervención.

Así consta a los folios 1774 y 1782 del Tomo VII que con fecha 12.12.2012, se dictó nuevo auto acordando de nuevo la intervención del teléfono NUM008 por lo que la conversación a que se refiere el recurrente se habría amparado por auto habilitante.

RECURSO INTERPUESTO POR Anibal Jeronimo

DECIMO QUINTO: El motivo primero al amparo de los arts. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación al tipo penal de tráfico de drogas, art. 368 en relación con el art. 3659.1.5 CP .

Se argumenta que la sentencia da por probado que Anibal Jeronimo incurrió en 6 conductas constitutivas de tráfico de drogas.

- 1) Organizar entramado para la introducción de cocaína que finalmente llegó al Puerto.
- 2) Venta de sustancias para financiar la operación.
- 3) Gestiones para la organización de viajes de "mulas".
- 4) Proporcionar precursores.
- 5) Ofrecer local para ocultar la sustancia.
- 6) Ayudar en la financiación de la operación del puerto.

Y sin embargo los tres medios probatorios invocados por la Sentencia para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente (un testigo, agente nº NUM025 que se desconoce qué actuación tuvo en relación al Sr. Anibal Jeronimo , tres conversaciones con su hijo, y registro en su casa, encontrándose en el cuarto trastero de la planta sótano efectos para manipular sustancia estupefaciente, son medios probatorios no directos, sino prueba indiciaria de los que no desprende que el recurrente desarrollara las seis conductas anteriores constitutivas del tráfico de drogas y además se omite la prueba de descargo de que el Sr. Anibal Jeronimo no intervino en la operación del puerto.

1) Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el análisis del motivo primero del recurso interpuesto por el coprocesado Jaime Jeronimo , debemos recordar que el ámbito de conocimiento de la Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitada por estos tres aspectos:

1) la comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima, para dictar un fallo condenatorio. Esto integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una «probatio diabólica» de los hechos negativos;

2) la comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría invalidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto de los principios procesales de inmediación y contradicción; y

3) la constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria. Y el límite de control casacional en materia de presunción de inocencia (STS. 1231/2000 de 3.7) está precisamente en el intento de nueva valoración de la prueba, lo que pertenece en exclusiva al tribunal sentenciador.

Por ello no cabe confundir la presunción de inocencia con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por la Sala. Como recordó la STS. 36/83 : "cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por el órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el juzgador....".

El auto 338/83 del Tribunal Constitucional , reitera la misma doctrina, al señalar que "no equivale (el derecho a la presunción de inocencia) a que en cualquier caso y situación el Tribunal Constitucional, y lo mismo puede decirse del Tribunal Supremo, cuando se analiza en vía casacional la vulneración de dicho principio constitucional, pueda valorar pruebas efectivamente practicadas, primando unas o menospreciando otras, hasta concluir un pronunciamiento concordante o dispar del aceptado por el Tribunal de lo Penal, ya que ello es atribución privativa de éste por mandato ex art. 741 LECrim . y esta vía constitucional -o casacional- ha de mantenerse distante de una nueva instancia o revisión de lo tratado y resuelto por la jurisdicción ordinaria.

En igual sentido la STC. 205/98 de 26.10 , recuerda que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria, sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia pues "no corresponde a este Tribunal revisar la valoración y apreciación que de las pruebas practicadas hacen los órganos judiciales una vez verificada, como ocurre en este caso, la existencia de la actividad probatoria directa respecto de los hechos objeto de condena y de la participación del condenado en los mismos (entre otras SSTC. 17/84 , 150/89 , 82/92 , 70/94 y 82/95).

2) Asimismo esta Sala en relación a la prueba indiciaria viene señalando 260/2006 de 9.3, 487/2006 de 17.7, 56/2009 de 3.2, 877/2014 de 22.12) el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan respectivamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarles del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza convectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (STS. 19.10.2005).

Insistiéndose en las SSTS. 33/2011 de 26.1 , 5883/2009 de 8.6 , 527/2009 de 25.5 , que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

Bien entendido -hemos dicho en SSTS. 732/2013 de 16.10 , y 700/2009 de 18.6 - que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal *a quo*, que no toda inferencia que vaya del *hecho conocido* al *hecho ignorado* ofrece, sin más, la prueba de éste último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamenta sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis éste dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez

probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

Consideraciones las expuestas aplicables al recurrente Vidal al que la sentencia recurrida, tras estimar probado su integración en el grupo dedicado a la introducción de importantes remesas de cocaína desde Sudamérica a las costas de Cataluña, determina su misión como la persona que proporciona acetona y amoniaco industrial para la manipulación y corte de la sustancia así como local para ocultar la sustancia estupefaciente una vez recogida del puerto...Asimismo el acusado ayudaba a la financiación de la operación mayor del puerto de Barcelona junto a su hijo (el también acusado Iñigo Gerardo), y llega a tal conclusión tras valorar las pruebas que practicadas en el plenario que de forma detallada explicita en el fundamento jurídico segundo "Valoración de la prueba": declaraciones testimoniales de los agentes policiales, en particular el nº NUM025 , que se refiere al recurrente como el padre de Iñigo Gerardo , persona que facilita grandes cantidades de sustancias químicas para el corte así como llegar para el almacenamiento en su trastero garaje de su domicilio, una vez tengan la sustancia estupefaciente, así como de los investigados aparece que también realiza diversos transportes de droga, el contenido de las conversaciones telefónicas que mantiene con su hijo, siendo relevante las dos.

La de fecha 12.12.12 (folios 1845 a 1847, transcripciones nº 371 y 372) en la que Iñigo Gerardo le comenta a su padre a ver si sale lo del barco y el padre le comenta que Segismundo Geronimo le dijo que eso estaba hecho -lo que acredita que Anibal Jeronimo tenía contactos con otros miembros del Grupo- y en la segunda Iñigo Gerardo le dice que ha tenido que ir a su casa a buscar un papel que le tiene que dar a Jaime Jeronimo , - otro de los acusados- que son los nombres de los containers, que lo tiene él, y una tercera fecha 20.2.2013 (folios 2085 a 2086, transcripción nº 436), en la que Iñigo Gerardo habla con su padre, Anibal Jeronimo , al que manda a ver al colombiano Segismundo Geronimo y que le lleve los 1.000E, que él le llevará después los 500E, el padre le pregunta por lo del barco e Iñigo Gerardo contesta que "se ha caído todo, que no se hace nada, que es mejor comprar y vender aquí, que es más caro pero se dobla (se corta la sustancia)". Pruebas estas acreditativas de su participación en los hechos en cuanto hacen referencia al barco como medio de transporte, identificación del container, pago de cantidades y el corte de la droga, que se ven corroboradas, de una parte, por el resultado de la entrada y registro en su domicilio en el que, además de dinero y otros objetos, se intervinieron 6 garrafas 1 litro de acetona, 3 botellas de 1 litro de ácido clorhídrico, 7 botellas de un litro de amoniaco, 2 recipientes de 1 kilogramo de ácido hídrico monohidratado, una botella de bicarbonato con liquido hasta la mitad; una garrafa con líquido amarillo hasta la mitad, con fuerte olor a ácido, un paquete con bolsas térmicas; una caja de una balanza de precisión y un plato con restos de sustancia de color blanco, productos útiles todos para la manipulación, tratamiento y producción de la cocaína.

3) Deducir de tales pruebas la participación de este recurrente no puede tacharse de ilógica o arbitraria, sin olvidar -como destaca el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, que el recurrente en el acto del juicio oral se acogió a su derecho a no declarar y contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal -solo lo hizo a las preguntas de su defensa- y en este extremo respecto al valor probatorio del silencio del acusado haciendo uso de su derecho a no declarar, esta Sala en SSTs. 455/2014 de 10.6 y 487/2015 de 20.7 , ha destacado, como el TEDH, en sentencia 8.2.96 (conocida como el caso Murray), enjuició el supuesto de un ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente el juez, valorando las pruebas presentadas por el fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.

El señor Murray acudió ante la Comisión y denunció la violación de los arts. 6.1 y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, alegando que fue privado de su derecho a guardar silencio en el procedimiento penal contra él. Adujo que el Tribunal británico extrajo importantes consecuencias derivadas de su permanencia en silencio, tanto en el interrogatorio policial como durante el proceso, en aplicación de la Ordenanza de 1988 sobre la prueba criminal en Irlanda del Norte. Esas deducciones -señaló- fueron decisivas para determinar su culpabilidad, enervando así el principio de presunción de inocencia e invirtiéndose la carga de la prueba.

El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Solo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado -dice el TEDH- le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

El Tribunal Constitucional ha examinado la doctrina del "Caso Murray" en diferentes ocasiones en que le fue alegada en amparo por sujetos condenados en la vía penal.

Y así, en la *sentencia 26/2010, de 27 de abril* el Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente: - pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentados del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que "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 20212000, 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 SIC 220/1998, de 16 de noviembre).

En la *sentencia 155/2002, de 22 de julio*, el Tribunal Constitucional estableció que '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 2204998, 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 : 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... '.

Por último, el TC arguye en la *sentencia 202/2000, de 24 de julio* . que "este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art. 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex art. 24.2 CE (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre ; 100/1996, de 11 de junio ; 21/1997, de 10 de febrero), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke ; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray ; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (STC 1611997, de 2 de octubre).

"Pues bien, prosigue diciendo la *sentencia* precitada, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997 , ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación".

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del *Caso Murray* se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado la *suficiencia probatoria* ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "*suficiente*" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado.

De lo contrario advierte reiteradamente el Tribunal constitucional se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal, de modo que, tal como señala el supremo interprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador a su culpabilidad, pero no para suplir la insuficiencia de la prueba de cargo contra él.

En definitiva es necesario constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado y a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, las manifestaciones del acusado, en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada.

Por último en cuanto a la no valoración de la prueba de descargo como hemos dicho, - SSTS. 1081/2009 de 11.11 ; 56/2009 de 3.2 , 433/2007 de 23.5 -, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquélla por la que se conoce el proceso de convicción del Órgano Jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el Órgano Jurisdiccional que ha percibido la prueba con la inmediatez derivada de la práctica de la misma.

Pero también hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar - como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2006 , según la cual *la sentencia debe expresar un estudio <<lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva* , la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.

Tal planteamiento, no podía ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3º de la C.E .

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998 , entre otras muchas-, para una decisión absolutoria basta la duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.

Así, a modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de esta Sala 2027/2001 de 19 de noviembre , en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa.

En dicha sentencia, esta Sala estimó que "... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión , *porque se ha discriminado indebidamente y de forma irrazonable toda la prueba de*

descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo ... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-judicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada".

Ahora bien ello no comporta que el Tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas pues cuando se trata de la motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1 , la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico, pero debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es del todo punto necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas.

"En similar sentido la STS. 258/2010 de 12.3 precisa que "...la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto sine qua non para la racionalidad del desenlace valorativo". Su toma en consideración por el Tribunal a quo es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso.

En palabras del Tribunal Constitucional exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (SSTC. 148/2009 de 15.6 , 187/2006 de 19.6).

Situación que no se produce en el caso que nos ocupa en el que la prueba que el recurrente considera de descargo es su subjetiva interpretación de declaraciones testificales y conversaciones telefónicas valoradas por la Sala en sentido contrario a sus pretensiones.

DECIMO SEXTO: El motivo segundo al amparo de los arts. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional por vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación al tipo penal de pertenencia a grupo criminal, ex art. 570 ter 1.b CP .

Se cuestiona en el motivo la existencia de prueba de cargo en cuanto a su pertenencia al grupo criminal por el que también ha sido condenado dado que las conversaciones telefónicas, solo tres, acotan su aparición en dos meses, desde el 12.12.12 al 20.2.2013, y tales contactos telefónicos son siempre con su hijo Iñigo Gerardo , no hay constancia de vigilancias ni seguimientos a Anibal Jeronimo , ni de que conozca a nadie más que a su hijo Iñigo Gerardo y Segismundo Geronimo que trabaja en las Fruterías. Asimismo hay que tener presente que cuando haya varios condenados por un delito contra la salud pública, no necesariamente todos ellos se integran en un grupo criminal.

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto -y así lo hemos dicho en STS, 513/2014 - que o resulta fácil, aunque no sea imposible, concebir una operación de transporte de droga de tanta importancia, sin contar con una previa estructura organizativa que permita los necesarios contactos con los proveedores. La misma organización del transporte desde Sudamérica a España, supone la utilización de medios de importancia, la recepción de la mercancía, su almacenamiento y su posterior distribución a terceros, supone todo ello supone en la mayoría de los casos una trama mayor o menor, más o menos compleja que lo haga posible.

Por ello una operación consistente en la importación a España de una importante cantidad de cocaína procedente de Colombia por vía marítima, en forma clandestina, exige la dirección de proveedor, la forma de financiación, tanto de la sustancia como del transporte, la forma de sacar el contenedor del puerto, así como el plan y medios de distribución, que no se conciben sin la existencia de una cierta organización, SSTS. 899/2004 de 8.7 , 1115/2005 de 8.11 .

En estos casos la existencia de un grupo puede presumirse pero no la integración en el mismo de alguno de los acusados, en los casos de una colaboración puntual u ocasional.

En efecto la pertenencia a una organización o a un grupo constituye lo que modernamente se denomina un delito de status y configura un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual del grupo. Dicho de otra manera: la calidad de partícipe en un delito programado por una organización o grupo no convierte necesariamente al partícipe en miembro de una o de otro. "La pertenencia a grupo u organización" es una circunstancia subjetiva y personal no extensible ni comunicable a los meros partícipes, y lo que determina, a su vez, que toda persona que pertenece a un grupo u organización no puede ser en ningún caso cómplice, aunque la pena que se le imponga deba ser proporcionada a su posición dentro de la organización (STS. 454/2015 de 10.7).

No obstante lo anterior en el caso actual la prueba tenida en cuenta para acreditar la participación de Iñigo Gerardo en la trama delictiva del resto de los acusados en la operación concreta de la importación de los 35 kg. De cocaína revela la existencia del grupo criminal con distribución de funciones y tareas siendo la de Anibal Jeronimo la de proporcionar sustancias para el corte de la droga recibida y un lugar donde depositarla y esconderla, lo que resulta acreditado no solo con las conversaciones mantenidas con su hijo relativas al transporte de la droga en el barco, sino que de las conversaciones de su hijo con otros integrantes del grupo y del resultado de la entrada y registro practicada en su domicilio, se deduce de manera inequívoca que la cocaína iba a ser ocultada y cortada en el domicilio y lugar proporcionado por el mismo, según lo concertado previamente con el resto.

DECIMO SEPTIMO: El motivo tercero con cauce en el art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 570 ter 2 b del CP .

Se sostiene en el motivo que en el supuesto de no estimarse los motivos primero y segundo, la sentencia incurriría en error iuris, pues de los hechos probados nos encontraríamos ante una mera codelincuencia al no incluirse la existencia de ese grupo que de manera concertada se dedicase a hacer llegar remesas de sustancias estupefacientes, por lo que estaríamos ante una coautoría.

La cuestión relativa a la existencia de un grupo ya ha sido analizada en el motivo tercero del recurso interpuesto por el coacusado Abilio Dario , por lo que nos remitimos a lo ya argumentado en aras a la brevedad, para evitar repeticiones innecesarias.

DECIMO OCTAVO: El motivo cuarto con causa en el art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 368 CP , en relación con el art. 369.1.5 CP , y en su caso, indebida inaplicación del art. 371 CP .

Se afirma que en el motivo que para el caso de que no se estiman la petición principal del motivo primero, las sustancias y elementos intervenidos en el almacén del que es titular, detallados en la pág. 17 y 18 de la sentencia y la conducta discreta en la misma de facilitar sustancias para el corte y manipulación de sustancias estupefacientes constituye un delito de tráfico de drogas en la modalidad de precursores, del art. 371 CP , que contiene una pena menor que el delito por el que ha sido condenado, art. 369.1.5 CP , y tal condena no infringiría el principio acusativo al ser delito homogéneo.

Con carácter previo esta Sala no puede sino asumir las alegaciones del recurrente sobre la admisibilidad de cuestiones nuevas en casación, y en relación a los desajustes formales entre el recurso anunciado y el recurso formalizado.

1. En efecto en relación a la primera como dice en la STS. 344/2005 de 18.3 , el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este trámite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario, ni por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, o habiéndose sometido a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interceptación pretensión de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes SSTS. 545/2003 de 15.4 , 1256/2002 de 4.7 que precisa "Como con razón denuncia el Fiscal, lo suscitado es en este momento una cuestión nueva, no planteada en la instancia. Y es jurisprudencia consolidada de esta sala que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin

que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994).

La doctrina jurisprudencial (STS. 707/2002 de 26.4) admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no costa en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor.

En el caso presente nos encontraríamos en el supuesto de la segunda excepción:

a) se trata de infracción de precepto penal sustantivo (indebida inaplicación del art. 371 CP).

b) su subsanación beneficiaría al reo al conllevar el art. 371 CP , un marco penológico inferior al del art. 369.1.5 CP , y se trata de delitos homogéneos.

2. Y en cuanto a la segunda alegación como acertadamente expone el recurrente acerca de la congruencia entre el anuncio del recurso y la formalización del mismo, este Excmo. Tribunal ha apuntado que "no puede exacerbarse esa irregularidad, menos en un supuesto como el presente en que el recurrente se ha acogido a la defensa de oficio con la consiguiente dualidad de profesionales: uno para cada instancia. Esa sucesión en la dirección técnica explica y disculpa la asimetría. Anudar alguna repercusión negativa a ese defecto menor significaría sacrificar en el altar de las formas derechos de trascendente significado como el que corresponde a todo condenado para que el pronunciamiento sea revisado por un Tribunal Superior. El Estado, por otra parte, sin poder inmiscuirse en la relación letrado-defendido, y sin que deba asumir necesariamente responsabilidad por cualquier eventual deficiencia en la actuación del abogado designado de oficio, sí ha de tener una mayor implicación en esos supuestos lo que comportaría, en su caso, una respuesta más indulgente frente a posibles deslices formales o de estrategia (STEDH de 14 de enero de 2003 (TEDH 2003, 4), asunto LAGERBLOM)". (STS 793/2012, de 18 octubre y STS 705/2012, de 27 de septiembre)

No hay que minusvalorar los requisitos formales. Obedecen a finalidades dignas de ser atendidas (STS 705/2012, de 27 de septiembre). Pero debe indagarse sobre su funcionalidad para que no degeneren en meros obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido, lo que contrariaría el principio pro *actione* (art. 11.3 LOPJ). En un recurso extraordinario como es la casación pueden tener más espacio esas exigencias de naturaleza adjetiva, pero siempre vinculadas a fines materiales. Aunque la jurisprudencia felizmente ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación (por todas, STC 123/1986, de 22 de octubre), no puede dejar de reseñarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera lógico y conforme con las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos un mayor rigorismo formal en recursos extraordinarios como la casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; y Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia). Pero en nuestro Derecho Procesal vigente la casación, hoy por hoy y en tanto no plasmen legislativamente las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la generalización de la apelación en materia penal, es el único recurso del que dispone el condenado por una Audiencia Provincial.

En congruencia con estas ideas, el principio de unidad de alegaciones se ha dulcificado hasta casi ser abandonado cuando se trata de un recurso de las partes pasivas. El ensanchamiento de que ha sido objeto el recurso de casación coadyuva a esa flexibilización. Si en épocas pretéritas era necesaria esa formalidad para una correcta identificación de los trámites a seguir (diferentes en el caso del art. 849.2º, o del art. 850 en los que se imponía la remisión de ciertas actuaciones), en la actualidad la frecuente invocación del principio de presunción de inocencia con la consiguiente necesidad de consultar el material probatorio para decidir el recurso, ha generado una praxis muy generalizada de elevación de todas las actuaciones a este Tribunal, salvo casos excepcionales. Con eso ha perdido en gran parte su fundamento esa exigencia formal. No cabe derivar por tanto ninguna consecuencia de esa irregularidad formal".

A tenor de las Sentencias citadas, y visto la dualidad de profesionales que han intervenido en las dos instancias, habiéndose designado letrado de oficio, de renuncia de la dirección letrada en primera instancia, es por lo que en tendemos, que el desajuste que pudiera apreciar esta exima. Sala entre el motivo de casación anunciado y el presente motivo formalizado, no constituye una irregularidad formal tal que deba impedir el conocimiento y resolución del mismo por este Excmo. Tribunal"

DECIMO NOVENO: Analizando, en consecuencia el motivo su desestimación deviene necesaria.

En STS. 940/2011 de 27.9 , ya dijimos que se considera "precursor" toda materia que sirve de manera específica y esencial para la fabricación de un producto químico determinado. Se incorpora a la molécula de droga (producto final) y entra a formar parte de la estructura molecular final de la sustancia. Los precursores son utilizados como reactivos, disolventes o catalizadores en los distintos procesos químicos necesarios para la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. A fines ilustrativas el Servicio Central de Analítica de la Comisaría General de la Policía Científica estableció una relación en la que se definen tres categorías de sustancias químicas catalogadas o sujetas a fiscalización, que se identifican con los mismos 1, 2 y 3 en función del grado de control a que ha de ser sometido el producto por parte de los órganos de inspección e investigación; en la "categoría 1" se incluyen sustancias químicas tales como la edefrina, la ergometrina, la ergotamina, el esosaftol, el piperonal, el safrol y la noroefedrina entre otras. En la "categoría 2" se incluyen el anhídrido acético, el ácido antranílico, el ácido fenilacético, la piperidina y el permanganato potásico entre otros. Por último en la "categoría 3" se incluyen la acetona, el éter etílico, el tolueno, el ácido sulfúrico y el ácido clorhídrico.

Pues bien el llamado delito de tráfico con precursores constituyó una de las novedades de las reformas realizadas por L.O. 8/92 con la introducción del art. 344 bis g en el antiguo CP 1973 . El art. 1.10.1 de la ley de contrabando define como "precursor" las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas enumeradas en los cuadros I y II de las Convención de Naciones Unidas hecha en Viena el 20-12-1988 y cualquiera otras adicionales al mismo convenio o en otros futuros convenios ratificados por España.

El tipo básico del artículo 371 CP 1995 castiga " *el que fabrique, transporte, constituya , comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la convención de Naciones Unidas, echa en Viena el 20-12- 1998, como el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo convenio o que se incluyan en otros futuros convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para estos fines "* , por lo que constituye realmente un acto preparatorio punible del delito del art. 368, en cuyo ámbito, podrían encontrar acomodo dichas actividades.

Las STS 14-4-99 y 26-3-2001 afirman que el tipo delictivo es de mera actividad puesto que el elemento objetivo se realiza por el mero medio de tener en propio poder los equipos, materiales y sustancias referidas, en el que el dolo no solo cubre la acción típica, sino otras a las que sirve de antesala o propósito a esto se refiere el precepto cuando exige para la integración del tipo que el poseedor actúe a "sabiendas".

No estamos ante un delito de sospecha porque la mera posesión, aun no autorizada, no es suficiente para la incriminación, es un tipo en el que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de los actos meramente preparatorios, adelantando las barreras de intervención penal, así como la posesión de drogas es punible cuando va acompañada del propósito de difundirlas, la posesión de los precursores solo lo es cuando se tiene conciencia de que van a ser ilícitamente utilizados en el cultivo, la producción o fabricación de drogas (STS. 34/2013 de 18.1).

Contrario con lo expuesto es que si el poseedor de sustancias o productos considerados como " precursores " está a su vez, integrado en un grupo organizado dedicado a la elaboración y distribución de la sustancia estupefaciente, siendo su papel dentro del grupo, precisamente el suministro de aquellos productos, el delito del art.371, como acto preparatorio, queda absorbido por el delito del art. 368 Código Penal , en virtud del artículo 8, CP como aconteció en el caso presente a la que fueron intervenidos más de 35 kg. de cocaína.

El motivo, por lo expuesto, debe ser desestimando.

Situación que sería la contemplada en el caso presente, del factum se desprende de manera evidente que la tenencia de las sustancias para el corte no constituían una conducta autónoma sino la función que le había correspondido al recurrente de guardar y cortar la cocaína importada dentro del contenedor vía marítima desde América, en el reparto previo de papeles dentro del grupo.

VIGESIMO: El motivo quinto se interpone al amparo del art. 849.1 LECrim , infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 563 CP .

Se afirma en el motivo que los hechos descritos en relación a la tenencia de defensa eléctrica del Sr. Anibal Jeronimo no son subsumibles en el tipo penal de tenencia de arma prohibida del art. 363 CP , al no bastar para la realización del tipo penal, la consideración de arma prohibida conforme el Reglamento de Armas, sino que es determinante su especial potencia lesiva y su peligrosidad para la ciudadanía, lo que no consta en el relato de hechos probados.

El motivo debe ser estimado.

Como hemos dicho en SSTs. 811/2010 de 6.10 que el art. 563 CP *en su primer inciso* no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas.

Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de *armas* , excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos "instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse", por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.

En segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi* , la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de *ultima ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las *conductas más graves e intolerables* , debiendo acudirse en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una *especial potencialidad lesiva* y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en *especialmente peligrosa* para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad *del arma y de las circunstancias de su tenencia* debe valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión.

Recapitulando, a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente *son, exclusivamente, aquellas* que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean *materialmente armas* (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo *excluirse* del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se *introduzcan* en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas, mediante *una Orden* ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en materia penal; en tercer lugar, que posean una *especial potencialidad lesiva* y, por último, que la tenencia se produzca *en condiciones o circunstancias* que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio).

A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución. Todo

ello sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal."

Por su parte esta Sala, STS. 245/2016 de 30.3 y 1271/2006 de 19.12 , advertía que dada la necesaria remisión de normas reglamentarias, el carácter genérico de algunas de sus normas y las exigencias inherentes a toda norma penal (certeza, precisión y taxatividad), para la aplicación de la norma en blanco, es menester: a) rechazar toda posibilidad de interpretaciones analógicas y extensivas; 2) que se trate materialmente de "armas"; y 3) que concurra una situación objetiva de riesgo solo así este tipo penal "resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio.

En la STS nº 811/2010, de 6 de octubre , se examinaba un supuesto de tenencia de una defensa eléctrica, y sobre la base de la ausencia de acreditación del elemento relativo a la especial potencialidad lesiva, se negó tal carácter, acordando la absolución del acusado. Se ponía entonces de relieve que *solo consta al folio 25 una diligencia de intervención de "una defensa eléctrica, rectangular, de color negro, STUN MAX de 600 Voltios", sin que se haya practicado prueba pericial o informe de los equipos especializados de la Policía judicial sobre sus características técnicas, funcionamiento y potencialidad lesiva, al contrario de los otros casos analizados en la jurisprudencia , que eran todos supuestos distintos del presente en el que solo consta el voltaje de la defensa, 600 voltios, notablemente inferior al de otro tipo de defensas eléctricas -y no su virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad física de terceros-. No acreditada la situación objetiva de riesgo y de lesión del bien jurídico, la tenencia de la referida defensa eléctrica no debe caer dentro del injusto típico previsto en el art. 563 CP .*

2. El recurrente no plantea ninguna cuestión relacionada con la naturaleza del precepto como norma penal en blanco. Se limita a afirmar que no ha quedado acreditado que se trate de un arma prohibida y que se cumplan los elementos del tipo penal.

En los hechos probados de la sentencia impugnada se dice que, la entrada y registro en el domicilio... y almacén del procesado -se intervinieron entre otros: defensa eléctrica marca Galant Lion Modelo Small Fry. Se trata de un arma prohibida, según el art. 5.1 c, del vigente Reglamento de Armas , Real Decreto 137/93. En la fundamentación jurídica en el segundo "motivación de la pena", se señala que fue objeto de pericia **la defensa** eléctrica que fue intervenida en diligencia de entrada y registro en el domicilio del acusado, folios 2782 y siguientes, que fue remitida a la Brigada provincial de la Policía científica, del Cuerpo Nacional de Policía, laboratorio forense de balística de Barcelona, que elaboro informe pericia de Balística, nº NUM046 , de fecha 15 de mayo de 2013, unido a fas actuaciones (folios 3332y siguientes), Los agentes NUM047 y NUM048 ratificaron en su informe , exponiendo sus conclusiones, en el sentido de que se trataba de una defensa eléctrica marca "Gallant León", modelo Small Fry. Se trata de un arma prohibida, según el artículo 5.1 .c) según el vigente Reglamento de Armas , Real Decreto 13711993 (prohibida la publicidad, compraventa tenencia y uso de las defensas eléctricas salvo por funcionarios especialmente habilitados). Se trata de defensa eléctrica que presenta un normal estado de conservación acompañada de 3 pilas alcalinas Gallant León, de 3 voltios cada una, con fecha de caducidad en el año 2016.

No se contiene, pues, en la sentencia impugnada ninguna referencia a las características, intensidad o voltaje de sus descargas, ni tampoco a sus posibles efectos en las personas. En otras resoluciones de esta Sala se tuvieron en cuenta esas características de la defensa eléctrica. Como se recuerda en la STS nº 372/2011, de 10 de mayo , esta Sala *en sentencias - algunas de las cuales ha citado el propio tribunal a quo- apreció , con base en un informe pericial ratificado en la Vista, que la defensa eléctrica ,que funciona correctamente, actúa sobre el organismo con un efecto paralizante temporal, que si es persistente puede producir lesiones graves, máxime si se trata de enfermos crónicos, cardíacos o con dispositivos electrónicos implantados en el organismo (Cfr . STS. 1390/2004 de 22.11); o que la defensa eléctrica es "un arma de defensa que produce descargas eléctricas de alto voltaje y baja intensidad", cuya utilización produce el efecto de "descontrolar los movimientos musculares, dependiendo sus efectos de la intensidad de la corriente y de la duración de la misma" (Cfr . STS. 1271/2006 de 19.12); o bien que se trata de un objeto que emite pequeñas descargas de entre 35 y 50 mil voltios, "siendo arma de defensa que puede provocar fuertes contracciones con descontrol del sistema neuromuscular y posibilidad de originar pérdida de equilibrio..." (Cfr STS 1511/2003 de 17.11) .*

De otro lado, esa ausencia de datos en la sentencia no puede ser suplida acudiendo, en perjuicio del acusado, a cualesquiera otros que pudieran constar en la causa.

Por lo tanto, ha de concluirse que no consta que el arma defensiva encontrada en poder del acusado tenga la necesaria potencialidad lesiva como para justificar la sanción penal a quien la posea, por lo que el motivo se estima.

VIGESIMO PRIMERO: El motivo sexto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del art. 18.3 CE , derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con ocasión del dictado del auto de 28.12.2011.

El motivo en cuanto sostiene que dicho auto inicial que dio lugar a la intervención del teléfono de Jon Pelayo carecía de los requisitos necesarios para su validez, ya ha sido analizado en recursos anteriores que denunciaban análoga infracción, por lo que se dan por reproducidos los argumentos ya expuestos en orden a su desestimación.

VIGESIMO SEGUNDO: El motivo séptimo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE : ilicitud de la prueba por infracción de preceptos constitucionales en relación con el art. 579 LECrim , y 11.1 LOPJ .

El motivo es consecuencia necesaria de la prosperabilidad del anterior por cuanto la ilicitud de los medios de prueba que directa e indirectamente se derivaran de aquellas intervenciones, esto es todas las prórrogas y nuevas intervenciones, entrada y registro en el almacén y domicilio del recurrente, y las testificales de los agentes policiales sobre intervenciones y registros, por lo que al no existir prueba de cargo obtenida con las garantías del proceso debido, procedería la absolución de aquél.

Descartada la nulidad del auto inicial de 18.12.2011 como se ha razonado ut supra, y siendo válidas las pruebas impugnadas, el motivo se desestima.

VIGESIMO TERCERO: El motivo octavo por infracción de precepto constitucional, derecho presunción de inocencia del art. 24 CE , con cauce en el art. 5.4 LOPJ , y art. 852 LECrim , respecto del decomiso.

Se afirma en el motivo que no se practicó en el juicio oral prueba tendente a acreditar la procedencia ilícita del dinero intervenido en el domicilio del Sr. Anibal Jeronimo objeto de decomiso, debiendo ser objeto de prueba el ilícito origen en orden a decretar el decomiso, no pudiéndose asumir por presunción en contra del reo, que dicho dinero procede del tráfico de drogas, cuanto tan siquiera tiene antecedente penal alguno el recurrente.

La mera condena por tráfico de drogas no permite el decomiso de todos los objetos intervenidos sino que se requiere prueba y razonamiento en sentencia, conforme los efectos proceden de un ilícito, y la sentencia de instancia guarda silencio en orden a fundamentar la conclusión fáctica de que el dinero intervenido es "procedente del ilícito tráfico al que se venían dedicando".

El desarrollo del motivo hace necesario efectuar unas precisiones previas.

1.-Respecto a la naturaleza y alcance del comiso, en SSTs. 600/2012 de 12.7 , y 16/2009 de 21.1 , decíamos que el CP 1995 considera el comiso como una "consecuencia accesoria" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP. suizo o CP. alemán) de establecer un tercer genero de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias".

Así la STS. 20.1.97 señala que "el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito (art. 48 C.P. de 1973) constituye una "pena accesoria", y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una "consecuencia accesoria" de la pena (v. art. 127 C.P. 1995). En ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil "ex delicto", ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

Pues bien con independencia de esta naturaleza jurídica que implica que tal medida ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras (SSTs. 30.5.97 , 17.3.2003), de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral (STS. 6.3.2001), y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTs. 28.12.200 , 3.6.2002 , 6.9.2002 , 12.3.2003 , 18.9.2003 , 24.6.2005), el problema

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

Por efectos se entiende, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el art. 344 bis e) del CP. de 1973, en la redacción dada por LO. 8/92 y el art. 374 CP. de 1995, incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito.

Por último, tanto el art. 127 como el art. 374, incluyen dentro del objeto del comiso las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito. Sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, la Sala Segunda en Pleno de 5.10.98, acordó extender el comiso "siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio".

Finalmente el límite a su aplicación vendría determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente, bien entendido que la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para encubrir o enmascarar la realidad del tráfico jurídico y para enmascarar el origen ilícito del dinero empleado en su adquisición.

Del mismo modo, como hemos precisados en STS 450/2007 de 30-5, tanto el art. 127 con el art. 374 incluyen dentro del comiso las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Se trata aquí de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito.

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

Consciente del problema esta Sala Segunda del Tribunal Supremo reunida en Pleno de fecha 5.10.98, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generado con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo:

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

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

En relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venia dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venia dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

Posibilidad ésta recogida en la STS. 1030/2003 de 15.7 , y en la anteriores 495/99 de 5.4 un delito de trafico de drogas, sobre vehículos y dinero de cuentas bancarias a nombre de la mujer e hijo del acusado, al proceder de operaciones anteriores a la enjuiciada, y STS. 499/99 de 1.4 , deducción de indicios, en los que se mantuvo que era posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de trafico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores, como también sucede en el presente caso según el "factum", del que debemos necesariamente partir...".

En el caso presente la sentencia recurrida considera probado que en el registro realizado en el domicilio del recurrente se intervino moneda fraccionaria, en concreto 105 billetes de 50 E, 1 billete de 500 E, 10 billetes de 20 euros, 1 billete de 10 E (es decir en total de 5.960 euros) metálico todo él procedente del ilícito trafico al que se venía dedicando, lo que vuelve a reiterar al recoger como conclusión en el factum que "todos los objetos y dinero en metálico intervenidos a los acusados y en las entradas y registros eran usados para el ilícito tráfico de estupefacientes, siendo el dinero producto del ilícito comercio al que se venían dedicando".

Y en el fundamento de derecho SÉPTIMO.- COMISO se limita a señalar "De conformidad con los artículos 374 y 127 del Código Penal en relación con el art. 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y las previsiones de la Ley 1712003, de 29 de mayo, reguladora del Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados", ha de acordarse el comiso de la droga, metálico, y efectos intervenidos.

Esto no justifica por qué no considera creíbles las explicaciones del recurrente sobre la procedencia del dinero, sin que tan ausencia de motivación -decíamos en SSTs. 77/2007 de 7.2 , 877/2014 de 22.12 , puede ser suplida por la Sala, dada la naturaleza de control de la interpretación de la Ley que tiene la casación, y porque esta cuestión se ha suscitado ante esta Sala en el marco de un recurso formalizado por el acusado, y por lo tanto, sin que pueda en este contexto suplir la falta de fundamentación de la sentencia de instancia en contra del propia recurrente (STS. 11/2011 de 1.2).

RECURSO INTERPUESTO POR Iñigo Gerardo

VIGESIMO CUARTO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ . Y 852 LECrim , por conculcación del art. 24 CE , derecho fundamental a la defensa y a un proceso con todas las garantías, con ocasión de la vulneración del principio acusativo, por cuanto la sentencia condena al recurrente por 5 acciones o conductas que no fueron objeto de acusación por el Ministerio Fiscal ni en las conclusiones provisionales ni en las definitivas, cuales son: realizar proyectos de venta de sustancias para financiar la gran operación, buscar inversores y gestionar la realización de viajes a Sudamérica con "mulas", vender cantidades de droga oscilantes entre 4 y 5 kg; financiar la operación del puerto de Tarragona con 14.000 E y realizar labores de manipulación y distribución de la sustancia intervenida, por lo que el Tribunal se apartó del objeto del debate y términos de la acusación, dado que solo dos de ellas podrían entenderse como concreción de la acusación genérica del Ministerio Fiscal de "fragar un consistente entramado dedicado a la introducción en nuestro país para su posterior e ilícita distribución de importantes remesas de importación de cocaína desde Sudamérica hasta las costas de Cataluña. Dichas dos acciones, introducidas ex novo por la sentencia serian financiar la operación del puerto de Tarragona con 14.000 E y realizar labores de manipulación y distribución de la sustancia intervenida.

El motivo no debería ser atendido.

1. Es cierto entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra -dice la STS 60/2008, de 26-5 , la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto,

haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 4/2002, de 14 de enero ; 228/2002, de 9 de diciembre ; 35/2004, de 8 de marzo ; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22.3 , 183/2005 de 4.7). Además este Tribunal ha afirmado que con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2.4).

En similar sentido las SSTC. 34/2009 de 9.2 , 143/2009 de 15.6 , precisan que "al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/81 de 10.4 , 95/95 de 19.6 , 302/2000 de 11.9). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

Se ha señalado también que a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC. 87/2001 de 2.4). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3 , 33/2003 de 13.2 , 299/2006 de 23.10 , 347/2006 de 11.12).

Asimismo la Sala 2ª TS -STS 655/2010, de 13-7 , 1278/2009, de 23-12 ; 313/2007, de 19-6 ; tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). El T. S. por su parte tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que" el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y practicar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado", de ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse" (s. T.S. 7/12/96); y que "el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a estar informado de la acusación es simple consecuencia (s. T.S. 15/7/91). "los hechos básicos de la acusación y constituyen elementos substanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa "(SS. T.S. 8/2/93, 5/2/94 Y 14/2/95). En suma, como se precisa en S. 26/2/94 es evidente: "a) Que sin haberlo solicitado la acusación no puede introducir un elemento "contra reo" de cualquier clase que sea; b) Que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) Que el inculpado tiene derecho a conocer temporánea y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y d) Que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado".

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión (SS. TC. 54/85 de 18 abril y 17/89 de 30 de enero). Constituye asimismo, según el citado T.C., el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto - s. 44/83 de 24 de mayo - Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan - SS 14/86 de 12 noviembre , 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero - y se satisface, pues, siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos- s. 170/90 de 5 noviembre.- También el Tribunal Supremo ha reconocido que el derecho a la tutela efectiva comporta, entre otros, el derecho a ser informado de la acusación, como primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás, SS 4/11/86 , 21/4/87 Y 3/3/89 , teniendo derecho el acusado a conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión, cual sucede si de modo sorpresivo es blanco de novedosas imputaciones exteriorizadas y hechas saber cuándo han precluido sus posibilidades de alegación y de proposición de pruebas exculpatorias S.S.9/9/87,8/5/89,25/5/90, 18/5/92, 1824/93 de 14 julio, 1808/94 de 17 octubre, 229/96 de 14 marzo, 610/97 de 5 mayo, 273/98 de 28 febrero, 489/98 de 2 abril, 830/98 de 12 junio, 1029/98 de 22 septiembre y 1325/2001 de 5 julio, entre otras.

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia de esta Sala, SS. 15/3/97 y 12/4/99 , entre otras, han declarado que lo verdaderamente importante, para no vulnerar el principio acusatorio, es el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos, pero también se ha mantenido para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser *completo* (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y *específico* (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) *pero no exhaustivo*, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (s. T.S. 4/3/99).

La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o substancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particulares del caso enjuiciado.

En definitiva como señala la STS. 58/2015 de 10.2 "el principio acusatorio, exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, y también supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse. Por lo tanto, de un lado, el Tribunal no puede ocupar de ninguna forma, directa o indirecta, la posición propia de la acusación. Y, de otro lado, la existencia de que exista una acusación previa a la condena hace necesaria una correlación entre ambas, pues el límite máximo de la última vendrá constituido por el contenido de la primera.

Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988 , 168/1990 , 47/1991, 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994 , ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en Resoluciones de esta Sala de 14 febrero 1995, 14 marzo, 29 abril y 4 noviembre 1996, es del siguiente tenor: «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser

condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo». (STS nº 1590/1997, de 30 de diciembre).

(...) El principio acusatorio, por lo tanto, contiene una prohibición dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado que sean sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Tal forma de proceder afectaría al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, en sus aspectos esenciales, no tiene su antecedente en la acusación. Dicho de otra forma, se constituiría en acusador y juzgador si condena por hechos que él mismo introduce en la acusación. Pero también se relaciona íntimamente con otros principios, pues lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado; y se afecta con el derecho de defensa, pues el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral.

Sin embargo, en ninguna de estas perspectivas, el principio acusatorio impide que el Tribunal configure los detalles del relato fáctico de la sentencia según las pruebas practicadas en el juicio oral. Es al Tribunal y no a las partes a quien corresponde valorar la prueba practicada, y en su consecuencia puede introducir en el relato otros elementos, siempre que sean de carácter accesorio, que incrementen la claridad de lo que se relata y permitan una mejor comprensión de lo que el Tribunal entiende que ha sucedido.

(...) Todo ello tiene un límite infranqueable, pues ha de verificarse siempre con respeto al hecho nuclear de la acusación, que no puede ser variado de oficio por el Tribunal en perjuicio del reo.

2. En el caso enjuiciado -como argumenta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo- el tribunal, en concordancia con la acusación pública, condena al recurrente por un delito de tráfico de drogas consistente como hecho nuclear en la imputación por el grupo, en un contenedor que transportaba el buque Cala Pedra, de 35,5 kgs. De cocaína, con la elevada pureza que se señala en el factum, delito art. 369.1.5, sin que las penas impuestas por tal hecho delictivo se vieran alteradas porque la sentencia en los hechos probados relata el modo en que se financió la operación y si se suprimen de los hechos probados las conductas citadas por el recurrente como vulneradoras del principio acusatorio -servirse de mulas o ventas precedentes de 4 ó 5 kg. De cocaína- no alteraría en nada, la calificación jurídica ni la pena impuesta, al permanecer inalterable la importación de los 35,5 kg. Realizada de forma conjunta y concertada por todos los acusados.

No se debe olvidar que en el escrito de acusación el Ministerio Fiscal se afirmaba que "todos los referidos procesados, al menos entre diciembre 2011 y abril de 2013, puestos en común y previo acuerdo en obtener y compartir el correspondiente provecho económico, venían dedicándose a la importación de cocaína desde Sudamérica". El hecho de que la Sala concreto, a tenor de la prueba practicada, el medio a través del cual se realizaba dicha importación o las ventas que se hacían de la cocaína importada, tampoco vulneraría el principio acusatorio.

VIGESIMO QUINTO: El motivo segundo se interpone por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim . Por conculcación del art. 18.3 CE , derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con ocasión del auto de 28.12.2011.

Siendo el motivo en su desarrollo sustancialmente idéntico al ordinal 6º del recurso interpuesto por el anterior recurrente Anibal Jeronimo debe seguir igualmente desestimatoria.

VIGESIMO SEXTO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.1 ilicitud de la prueba por infracción de preceptos constitucionales en relación con el art. 579 LECrim , y 11.1 LOPJ , con motivo del auto de 28.12.2011.

El motivo es consecuencia del motivo anterior, por cuanto de estimarse ello determinaría la ilicitud de la diligencia de investigación de intervenciones telefónicas, y cuantos medios de prueba se hubiera derivado de la misma directa o indirectamente y en consecuencia no existiría prueba lícita y bastante para fundar o mantener una sentencia condenatoria, procediendo la absolución del recurrente. De lo contrario se vulneraría el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que exige para desvirtuarlo prueba válidamente obtenida.

El motivo es similar al interpuesto en séptimo lugar por el recurrente Anibal Jeronimo y debe ser desestimado por los mismos razonamientos pues partiendo de la validez del auto inicial de intervención

telefónica, no puede pretenderse la nulidad ni de la intervención del teléfono del recurrente, ni de la entrada y registro acordada posteriormente ni del resto de las pruebas que se señalan en el motivo.

VIGESIMO SEPTIMO: El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por conculcación del art. 18.3 CE , derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, con ocasión del dictado del auto de 29.5.2012 que acordó la intervención telefónica respecto a Iñigo Gerardo , carece de justificación al no constar indicios suficientes de que este participara en la trama delictiva.

El motivo se desestima.

Es cierto que en cuanto a las prórrogas y nuevas intervenciones acordadas a partir de los datos obtenidos en anteriores intervenciones, las exigencias de motivación han de observarse también en la resolución acordada con carácter previo a acordar la nueva intervención y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, bien entendido que de si la primera intervención ha proporcionado datos indiciarios del delito grave que se está cometiendo o se va a cometer, en la prolongación en el tiempo de esa intervención o la autorización de intervenciones afectantes a otras personas, lo que se exige en tales casos motivar en las nuevas resoluciones decisiones no se extienden a lo que ha justificado, ponderaron los autos originarios habilitantes, esto es la existencia de la trama delictiva y el proyecto criminal concreto, sino solo que subsisten aquellos indicios y que la persona cuya intervención se solicita está implicada en la misma.

En el caso presente el auto de 29.5.2012 (folio 705 a 712 Tomo III) va precedido de una solicitud policial (folios 637 a 704), en la que se expone "que se ha llegado a conocer que terceras personas, de las que de momento sólo se sabe que se llaman o se hacen llamar Iñigo Gerardo y Segismundo Geronimo , quien utilizar una de ellas e intentar introducir sustancia estupefaciente en España. Para tal menester los citados recurren al investigado Jaime Jeronimo , quien previa reunión con estos, se exponen las "condiciones" por ambas partes y llegar a un primer acuerdo en lo económico "por su gestión de asegurar la entrada". "Que sin lugar a dudas, el tal Iñigo Gerardo y su socio requieren los servicios de Jaime Jeronimo para sacar dicha cantidad de droga, cuya llegada parece estar próxima". "Que Iñigo Gerardo y Segismundo Geronimo han aceptado las condiciones de Jaime Jeronimo con respecto del porcentaje en el negocio". "Que el duplicado de la tarjeta del teléfono que se hace Jaime Jeronimo "es para la operación que quiere hacer con Iñigo Gerardo , seguramente querrá utilizarla, medida de seguridad que denota que la "empresa" está en marcha: Y en apoyo de tal solicitud se acompañan las transcripciones de diversas conversaciones telefónicas (folios 659 a 704 Tomo III), entre ellas significativas la de 10.5.2012, entre Iñigo Gerardo , Constantino Oscar y Jaime Jeronimo (folios 670 a 671) las de la 15.5.2012 entre Iñigo Gerardo y Jaime Jeronimo (folios 675 y 680), las de 16.5.2012 entre Iñigo Gerardo y Jaime Jeronimo (folios 683 a 689), las de 18.5.2012 entre Iñigo Gerardo y Jaime Jeronimo (folios 693 a 695); la de 16.5.2012 entre Jaime Jeronimo y Loreto Rosalia (folio 691 a 692), de cuyo contenido resultan datos objetivos de la posible participación del recurrente en la operación proyectada y de su relación con otros implicados.

VIGESIMO OCTAVO: El motivo quinto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, del art. 24.1 CE , ilicitud de la prueba por infracción de preceptos constitucionales en relación con el art. 579 LECrim , y 11.1 LOPJ .

Al ser el motivo consecuencia necesaria del motivo anterior por cuando de estimarse este ello determinaría la ilicitud de la diligencia de investigación de intervenciones telefónicas y cuantos medios de prueba se hubieran derivado de la misma directa o indirectamente y en consecuencia no existiría prueba lícita y bastante para fundar o mantener una sentencia condenatoria.

El motivo es similar al articulado en segundo lugar y como éste debe ser desestimado, al no ser atendible el motivo cuarto son legítimas las pruebas practicadas en el juicio oral y suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente.

VIGESIMO NOVENO: El motivo sexto por infracción de precepto constitucional, derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE , con cauce en el art. 5.4 LOPJ , y art. 852 LECrim , respecto al decomiso, al no haberse practicado en el juicio oral prueba tendente a acreditar la procedencia ilícita del dinero intervenido en el domicilio de Iñigo Gerardo objeto de decomiso, debiendo ser también objeto de prueba el origen ilícito en orden a decretar el decomiso, no pudiéndose asumir, por presunción en contra de reo, que dicho dinero procede del tráfico de drogas, cuando tan siquiera tiene antecedente penal alguna el recurrente.

La mera condena por tráfico de drogas no permite el decomiso de todos los objetos intervenidos sino que se requiere prueba y razonamiento en sentencia, conforme los efectos proceden de un ilícito, y la sentencia de instancia guarda silencio en orden a fundamentar la conclusión fáctica de que el dinero intervenido es procedente del ilícito tráfico al que se venían dedicando.

El motivo es similar al interpuesto por el coprocesado Anibal Jeronimo -la cantidad intervenida es aún menor- (10 billetes 50 E, 8 billetes de 100 E, y 7 billetes 500 (total 4.800 E), por lo que debe ser igualmente estimado.

TRIGESIMO: El motivo séptimo al amparo de los arts. 852 LECrim , y 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional por vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación al tipo penal de tráfico de drogas, art. 368 en relación con el art. 369.1.5 CP .

El recurrente en méritos de lo que ha expuesto en el motivo primero en relación al principio acusatorio, concreta la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia a las tres conductas de fraguar la operación de importación, financiar la misma y mezclar la sustancia estupefaciente y considera que la Sala da por probado dichas conductas en méritos a prueba indiciaria: 1º) Efectos intervenidos en la entrada y registro del domicilio de Iñigo Gerardo ; 2º) Conversaciones de Iñigo Gerardo , y 3º) Testificales de los agentes de policía; cuando tales indicios no constituyen prueba de cargo suficiente que permite inferir racionalmente que Iñigo Gerardo desplegara esas acciones y conductas constitutivas de tráfico de drogas, conculcándose el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El motivo carece de fundamente y debe ser desestimado.

En efecto dando por reproducida la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria expuesta en los motivos segundo del recurso de Abilio Dario y primero del interpuesto por Anibal Jeronimo , aquellas pruebas, conjuntamente analizadas, son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo significativo el contenido de las conversaciones telefónicas mantenidas por el recurrente desde diciembre 2012 a abril 2013 (pág. 30 a 44 sentencia) no solo con su padre Anibal Jeronimo sino con otros acusados, Jaime Jeronimo , Segismundo Geronimo , Abilio Dario y Marcelino Isidro .

La parte cuestiona su valor entendiendo que su contenido no es claro y específico sino que son conversaciones ambiguas que permite deducir otro contenido de las mismas.

En este sentido en SSTs. 233/2014 de 25.3 , 724/2014 de 13.11 , 877/2014 de 22.12 , recordábamos acerca del significado incriminatorio de las conversaciones que fueron objeto de grabación inicial, que esta tarea, desde luego, ha de ser abordada a partir de la idea de que los agentes de policía que han ejecutado la orden de interceptación de las conversaciones telefónicas, no pueden asumir, sin más, la condición de *pseudotraductores* oficiales de los fragmentos que se consideran más o menos incriminatorios. Es indudable que todo aquel que profesionaliza el ejercicio de una actividad delictiva y se sabe potencial destinatario de una posible medida de interceptación, va a intentar camuflar, mediante el empleo de una terminología más o menos críptica -o simplemente figurada-, los mensajes e indicaciones que se vea obligado a transmitir para la realización de los actos de distribución clandestina. Y la suficiencia probatoria de esas conversaciones sólo podrá proclamarse, bien por su carácter explícito, bien por la existencia de inequívocos actos corroboradores de que lo escuchado e interpretado -que no traducido- en una determinada dirección, ha sido luego confirmado. Esta idea late en nuestra STS 485/2010 de 3 de marzo , en la que recordábamos, en relación con las escuchas telefónicas, que la licitud y validez de su práctica no equivale a la suficiencia como prueba de cargo, puesto que ésta además depende de su contenido relevante. Esta Sala ha declarado en STS 1140/2009 de 23 de octubre , que con carácter general las conversaciones telefónicas escuchadas y grabadas con autorización judicial tienen normalmente una mera función delimitadora de la investigación policial permitiendo concentrar y dirigir las pesquisas criminales a la luz de los datos y revelaciones escuchadas en las conversaciones intervenidas. Sólo muy excepcionalmente, la conversación intervenida prueba por sí sola, es decir sin otros elementos de prueba disponible, la comisión del delito de que se acusa, y la participación en él de aquél que es acusado como responsable. Para ello es necesario que, además de la licitud y de su validez procesal, tenga suficiente contenido incriminador, lo cual pasa necesariamente -cuando es la única prueba de cargo verdaderamente significativa y relevante- porque quien converse telefónicamente narre con claridad el hecho, relatando la comisión del delito y la participación en él, en términos que no ofrezcan duda sobre el sentido de lo que dice y el alcance de lo que cuenta; no menos que como se exige en cualquier narración epistolar, documento escrito o conversación directa escuchada por quien está presente. Es preciso por tanto circunscribir la eficacia probatoria de las intervenciones telefónicas a lo que su razonable valoración permite, exigiendo que su contenido exprese una narración clara, precisa, inteligible y de indudable significado sobre el delito cometido

y la intervención tenida en él, cuando se pretenda utilizar como única prueba de la responsabilidad criminal del acusado, cuyo derecho a la presunción de inocencia sitúa sobre la acusación la carga de desvirtuarla con prueba que sea de suficiente contenido incriminador. Quedan relegadas al ámbito de la pesquisa policial y de la información orientadora de las investigaciones las conversaciones ambiguas, incompletas, y de dudoso significado, puesto que, siendo útiles para la labor policial mediante la pertinente interpretación profesional de un ambiguo lenguaje, no pueden erigirse en prueba de cargo si tienen que reconstruirse en su significación verdadera por las suposiciones más o menos imaginativas de quienes las escuchan, completando con ellas lo que los hablantes no han dicho. Pues bien, proyectando éste cuerpo de doctrina sobre el supuesto de hecho enjuiciado, es indudable de que los fragmentos formados en consideración por la Audiencia encierran un neto significado incriminador.

En similar sentido la STS. 6.5.2011 razona que: "...en el caso presente es cierto, como señala el recurrente que la interpretación de las conversaciones telefónicas cuando no arrojan datos inequívocos, desde el punto de vista semántica, derivados de la racional y directa comprensión e interpretación de las palabras conforme a los usos convencionales que están al alcance de la expresión del lenguaje, sino que son una traducción libre dado su sentido críptico y posiblemente su clave, no pueden ir más allá de una simple y razonable sospecha para el inicio de las correspondientes investigaciones, pero no pueden servir por sí solas, para una sentencia condenatoria y precisan de la corroboración, refuerzo o cumplimiento por otras pruebas objetivas (STS. 1480/2005 de 12.12), pero también lo es, a contrario sensu, que cuando su contenido no deja lugar a dudas sobre su relación con tráfico de drogas, las conversaciones, oídas en el plenario, o las transcripciones, siempre que estén cotejadas bajo la fe pública del secretario judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, pueden ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo, siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que pueden contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo (SSTs. 893/2001 de 14.5 , 1352/2002 de 18.7 , 515/2006 de 4.4 , 628/2010 de 1.7), o bien incluso por la testifical en el plenario de los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba, esto es por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas (STS. 1112/2002)".

Como destaca la STS. 26.11.2009 : "Esta Sala se ha referido a las conversaciones en lenguaje críptico como aquellas en las que los interlocutores evitan la expresión de los sujetos de las acciones que relatan, enmascaran los objetos de sus acciones, a los que se refieren con varios nombres que no guardan relación con lo parecen decir, etc, pero que analizadas racionalmente, bien por lo que dicen, bien por las pautas de comprensión que proporcionan los investigadores, permiten dar un contenido racional a la conversación y descubrir su auténtico contenido. Es decir, no por el hecho de utilizar un lenguaje críptico se enmascara un delito contra la salud pública, sino que ese lenguaje, interpretado racionalmente, permite deducir otro contenido de la conversación, análisis que deberá realizarse en cada caso concreto y a la vista de las conversaciones mantenidas que pueden llegar a ser reveladoras sobre la existencia de operaciones de tráfico y en las que se utilizan otros términos para ocultar dicho tráfico y típico de quienes disimulan la verdad y evitan el sujeto de la oración, con modismos, palabras confusas y simbólicas bien conocidas, por otra parte, en el ambiente policial".(en el mismo sentido STS. 849/2013 de 12.11).

Siendo así el contenido de las escuchas unido a las testificales de los policías que realizaron las investigaciones e interceptaciones y el resultado de registro, desvirtúan la presunción de inocencia del recurrente.

TRIGESIMO PRIMERO: El motivo octavo interpuesto con cauce en el art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 368 CP , en relación con el art. 369.1.5 CP .

Se afirma en el motivo que como consecuencia de la estimación del motivo anterior no existe prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia, y como consecuencia de ello la indebida aplicación de los preceptos penales por los que ha sido condenado procediendo la absolución del recurrente.

Desestimado que ha sido el motivo precedente y siendo válida la prueba el factum contiene todos los elementos típicos del delito contra la salud pública por el que ha sido condenado.

TRIGESIMO SEGUNDO: El motivo noveno al amparo de los arts. 852 LECrim . Y 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación al tipo penal de pertenencia a grupo criminal, ex art. 570 ter 1.b CP .

Afirma el recurrente que las premisas fácticas que la Sala considera probado y a partir de las cuales fundamenta su condena como integrante del grupo criminal -puesta en común y previo acuerdo "de todos los acusados" para fraguar la entrada de importantes remesas de cocaína, "teniendo cada uno de ellos distintos

cometidos", "los procesados integrantes de la trama llevaba a cabo las gestiones de sus operaciones con frecuentes contactos telefónicos, así mediante de correo electrónico y los contactos presenciales que fueron igualmente frecuentes" -no tienen apoyo probatorio.

El motivo se desestima.

La Sala de instancia considera probado que Iñigo Gerardo responsable de varios establecimientos dedicados a compra-venta de frutas, disponiendo de varias tiendas de venta al público diseminadas por Barcelona. Siendo uno de los que realizaron labores de manipulación y distribución de la sustancia intervenida, junto con Segismundo Geronimo , Anibal Jeronimo y Abilio Dario , la cual sustancia, una vez en su poder, procede a duplicar o triplicar la cantidad adquirida, realizando mezclas de cocaína de diferentes purezas con otras sustancias y productos de corte para abastecer a sus clientes y obtener beneficios más cuantiosos. Financia la operación del puerto de Tarragona con 14.000 E, al igual que Segismundo Geronimo ". Es cierto que el delito de pertenencia a grupo criminal es un delito autónomo respecto al delito de tráfico de drogas, de forma que la desvirtuación de la presunción de inocencia respecto a este último no implica automáticamente que concurra el delito de pertenencia al grupo, pero ello no es obstáculo que dada la cercanía y vinculación entre las dos infracciones, la prueba de cargo en muchos casos pueden ser la misma.

No otra cosa acaece en el caso presente en el que la prueba ya examinada en el motivo séptimo, en particular el contenido de las conversaciones telefónica revela de modo inequívoco la relación de Iñigo Gerardo con otros integrantes del grupo, su activa participación en la operación programada del transporte en el barco y las tareas concretas a desarrollar por el recurrente.

TRIGESIMO TERCERO: El motivo décimo con cauce en el art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 570 ter 1.b CP .

Condicionado el motivo a la estimación del precedente y siendo el motivo idéntico el ordinal tercero del recurso interpuesto por Anibal Jeronimo procede su desestimación remitiéndonos a lo ya argumentado para evitar innecesarias repeticiones.

TRIGESIMO CUARTO: El motivo undécimo con cauce en el art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 66 CP , por inaplicación de la atenuante prevista en el art. 21.4 en relación con el art. 21.7 CP , atenuante analógica de colaboración con la justicia que debería aplicarse por cuanto el recurrente confesó "que almacenó cocaína con Segismundo Geronimo en el trastero de su padre, que su papel en la operación de traer droga desde Sudamérica fue poner en contacto a Segismundo Geronimo con Jaime Jeronimo , teniendo éste último un contacto en el puerto de Tarragona, que se llama Rafa, que podía sacar la sustancia del puerto, que quería formar parte de dicho envío y que una parte de la droga fuera para él, que le pidió dinero a su padre, si bien su padre no tenía conocimiento de para qué era". Ello unido a que la ausencia del elemento analógico no es impedimento para apreciar la atenuante analógica, debió estimarse su concurrencia.

El motivo deviene inadmisibile.

Como hemos dicho en SSTS. 1126/2011 de 2.11 , 708/2014 de 6.11 , en relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 CP . la jurisprudencia de esta Sala, manifestada entre otras en SSTS. 246/2011 de 14.4 , 6/2010 de 27.1 , 1238/2009 de 11.12 , 25/2008 de 29.1 , 544/2007 de 21.6 , 1071/2006 de 9.12 , ha puesto de relieve que la razón, la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculcado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos. En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS. 21.3.97 y 22.6.2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculcado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (SSTS. 22.1.97 , 31.1.2001). Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra sí mismo" y "a no confesarse culpable" puesto

que ligar un efecto beneficioso o la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC. 75/87 de 25.5).

En la sentencia 25.1.2000 , se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a lo efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005 , 19.10.2005 , 13.7.98 , 27.9.96 , 31.1.95).

Expuestos estos requisitos necesarios en orden a la concurrencia de la atenuante 4 art. 21, para la estimación de la analogía 21.7, en relación a aquella, hemos de partir de que para que una atenuante pueda ser estimada como análoga de alguna de las expresamente recogidas en el texto del Código Penal , dice la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2000 , ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes *incompletas* que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 3 de febrero de 1996 y 6 de octubre de 1998).

Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal ; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal , lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque lo equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante análoga y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80 , (SSTS. 27.3.83 , 11.5.92 , 159/95 de 3.2, lo mismo en SSTS. 5.1.99 , 7.1.99 , 27.1.2003 , 2.4.2004).

Por ello reiteradamente se ha acogido por esta Sala (STS. 10.3.2004), como circunstancia análoga de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado (SSTS. 20.10.97 , 30.11.96 , 17.9.99). En efecto la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria. En las atenuantes "ex post facto" el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP . pero en todo caso debe seguir exigiéndose una cooperación eficaz, seria y relevante aportando a la investigación datos "especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados (SSTS. 14.5.2001 , 24.7.2002), que la confesión sea veraz, aunque no es necesario que coincida en todo (SSTS. 136/2001 de 31.1 , 51/97 de 22.1), no puede apreciarse atenuación alguna cuando es tendenciosa, equivoca y falsa, exigiéndose que no oculta elementos relevantes y que no añade falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades (STS. 888/2006 de 20.9).

Requisito éste que no concurre en el caso presente tal como razona la sentencia impugnada, fundamento jurídico quinto, "puesto que el hecho de que el acusado reconociera una vez detenido y parcialmente los hechos no constituye dicha circunstancia, cuando del tenor del relato la manifestación del procesado es meramente exculpatoria alegando miedo y culpando de su participación al procesado Segismundo Geronimo .

A mayor abundamiento -tal como destaca el Ministerio Fiscal en su informe en sesgada y parcial declaración, solo fue prestada en sede policial, pues cuando fue llevado a presencia judicial, acogiéndose a su derecho se negó a declarar (Tomo X, folio 2854) volviendo a reiterar su negativa en el acto del juicio oral (disco 1 del juicio oral, hora 12,32), tal silencio ante la autoridad judicial, difícilmente es compatible con la atenuante analógica de colaboración con la justicia. Así en STS. 877/2013 de 26.11 , hemos declarado " y de otro lado, que el recurrente, en el juicio oral, se limitó a acogerse al derecho a no declarar, lo cual es perfectamente legítimo, pero no supone el derecho a la apreciación de una atenuante por colaboración con la justicia que requeriría una completa confesión de los hechos".

RECURSO INTERPUESTO POR Borja Primitivo Y Cornelio Ovidio

TRIGESIMO QUINTO: El motivo primero por infracción del art. 24.2 CE , en relación con los arts. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia en relación a la atribución de los hechos a los recurrentes como autores de los delitos por los que venían siendo acusados.

Se afirma que los recurrentes no tenían en su poder sustancia estupefaciente alguna, no se les intervino teléfono alguno y solo constan dos actas de seguimiento, una el día antes de la detención, 6.4.2013, y una segunda el 7.4.2012, tras la cual se procedió a su detención, reuniones que tuvieron lugar en el domicilio del coimputado Jaime Jeronimo , siendo los agentes del Cuerpo Nacional de Policía quienes sustentan, en base a la interpretación de las llamadas telefónicas, que dichas reuniones fueron concertadas con el fin de dar salida a una supuesta partida que había llegado al puerto de Tarragona. Por último cuestiona que se les atribuya ser miembro del denominado grupo de los holandeses.

El motivo deviene improsperable.

El Tribunal describe en los hechos probados los elementos típicos de los delitos por los que han sido condenados y especifica la concreta participación de los recurrentes (Cornelio Ovidio "persona de confianza de Marcos Guillermo , máximo responsable del grupo en España que afincado en Barcelona, transmitía las ordenes de Marcos Guillermo al resto de los miembros, supervisaba las operaciones de Gumersindo Belarmino y Borja Primitivo . Se trata del individuo que también denominaban como el " Topo " en conversaciones entre los ahora procesados o alguno de ellos". Borja Primitivo "actuaba como el hombre de confianza de Cornelio Ovidio estando también afincado en Barcelona. Es a quien Cornelio Ovidio delegaba labores de captación de infraestructura para extraer la droga con alto porcentaje de éxito, siendo la persona de mayor confianza de Cornelio Ovidio realizando las tareas que éste le delega), detalla las pruebas que le han servido para llevar a la convicción de la participación de los recurrentes.

En primer lugar, destaca el Tribunal que las defensas renunciaron a la audición de las cintas al manifestar todas al ser requeridas al efecto, no oponerse a su contenido y siendo cierto que los teléfonos no fueron intervenidos, ello no implica que no hubiesen intervenido en las conversaciones y que no se hiciera referencia en ellas a los mismos, tal como aparece en las transcripciones y de acuerdo con su contenido pudo la policía efectuar las vigilancias y seguimientos en los que participaban los recurrentes.

En este sentido el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo, precisa como el tribunal en el ya citado fundamento de derecho segundo, destaca la declaración de los Agentes, en primer lugar la del NUM025 , relativa al seguimiento y vigilancia efectuado el día 6 de abril de 2013, (cuando la "mercancía" ya había arribado al puerto), y la reunión mantenida por los recurrentes en unión con los otros coacusados, Basilio Hugo , Jaime Jeronimo y Marcelino Isidro , en las inmediaciones del puerto, portando Jaime Jeronimo unos prismáticos, mirando con dirección al muelle, y dando explicaciones a los Holandeses (los dos recurrentes, que habían llegado al lugar en un ford fiesta junto a Marcos Guillermo y Gumersindo Belarmino), así como la vigilancia efectuada el 7 de abril, y la detención de los mismos en unión de otros coprocesados, así como de la participación del recurrente Cornelio Ovidio , en la conversación mantenida entre Jaime Jeronimo y Gumersindo Belarmino , igualmente contó el Tribunal con la declaración del resto de Agentes hasta 7 que habían participado, en las transcripciones, vigilancias y seguimiento de las reuniones, y que los recurrentes habían tenido en días anteriores a la llegada de la cocaína a puerto, procediendo a reproducir la transcripción de las conversaciones, donde los coautores hablan de los mismos, teniendo especiales significaciones la

transcripción 451, conversación mantenida por Jaime Jeronimo con Basilio Hugo el día 4 de abril de 2013, que dio lugar al dispositivo policial, pudiendo observar el policía NUM049 , como en consonancia de lo hablado anteriormente, llegan al lugar los dos recurrentes en unión de Marcos Guillermo (primer recurrente), entrando en la casa de Jaime Jeronimo , o la 458, del día 6 de abril donde participa activamente Cornelio Ovidio , o la NUM043 , con el seguimiento y vigilancia policial seguida a la misma en la que de nuevo aparecen los recurrentes, y como se desplazan en el vehículo del recurrente Borja Primitivo , al espigón del puerto, pero es más detenidos en unión de Marcos Guillermo , a este se le ocupa todos los efectos reseñados , relativos a la importación de la cocaína, y que se recoge en la Sentencia, en definitiva el Tribunal, que es a quien corresponde de manera exclusiva la valoración de las pruebas (artículo 741) ha gozado de prueba plural, válida, explicitada y razonada en la sentencia, sin que pueda predicarse vulneración de principio constitucional alguno.

TRIGESIMO SEXTO: El motivo segundo ha sido renunciado por el recurrente.

TRIGESIMO SEPTIMO: El motivo tercero por quebrantamiento de forma ex art 851.3 LECrim , en sentido de no atender a una prueba solicitada en el escrito de defensa, acordada en el auto de admisión de las mismas, no practicada y por ende no han surtido las consecuencias que la misma hubiera desplegado.

Se afirma en el motivo que como quiera que el recurrente constaba con antecedentes penales, por sentencia en la causa 98/2009 Sección 4ª de la Audiencia Nacional, que tiene en suspenso, precisamente por haber acreditado la toxicomanía, y solicitó en su escrito de defensa, documental de remisión de oficio a dicho tribunal para que remitiera el auto de suspensión de la pena, así como la documentación medica relativa a las adicciones que sufre el recurrente, dicha prueba fue admitida pero no se practicó por lo que no pudo acreditar la circunstancia planteada de eximente completa o incompleta, art. 20.2 o 21.2 CP .

El motivo se desestima.

En primer lugar el recurrente la vía casacional elegido. El quebrantamiento de forma, del art. 851.3 LECrim , vicio in iudicando- se refiere a la falta de resolución en la sentencia de todos los puntos que hayan sido objeto a la acusación y defensa.

En efecto respecto a la incongruencia omisiva, art. 851.3 LECrim , como dice en la STS. 77/2007 de 7.2 , este vicio denominado por la jurisprudencia "incongruencia omisiva" o también "fallo corto" aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim . error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

Y en el caso que se analiza la sentencia fundamento derecho quinto "circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal analiza la cuestión planteada, y tras analizar la doctrina jurisprudencial sobre la toxicomanía, concluye en relación al procesado Cornelio Ovidio siendo únicamente objeto de las meras manifestaciones de ser consumidores de cocaína.

Por tanto no se ha probado que ninguno de los dos acusados tuviera afectadas sus facultades volitivas e intelectivas. Por lo que respecta al consumo de cocaína, no se le ha practicado si quiera prueba médica para constatar datos objetivos, y no constan informes médicos sobre su drogadicción. Asimismo, una conducta como la que realizan los acusado, organizada y prolongada en el tiempo, tal como ha quedado acreditado, necesita capacidad de organización y auto control, el mero consumo sin que se determine ni siquiera si es meramente esporádico y sin su acreditación no puede ser determinante de la aplicación de los preceptos que se pretenden.

Consecuentemente el Tribunal ha resuelto la cuestión planteada por lo que no ha incurrido en el motivo del art. 851.3 LECrim .

Y si se entendiera dado el desarrollo argumental del motivo y su voluntad impugnativa que este debe residenciarse en el art. 850.1 vicio in procedendo de denegación de alguna diligencia de prueba pertinente.

Es doctrina jurisprudencial (SSTS. 771/2006 de 18.7 , 181/2007 de 7.3), que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de «pertinente». Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998 , la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «thema decidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

Como ya hemos subrayado, la casación por motivo de denegación de prueba establecido en el art. 850.1 LECrim ., según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659 , 746.3 , 792 y 793.2 LECrim . (actuales arts. 785.1 y 786.2 LECrim .) y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional requiere las condiciones siguientes:

1. ° La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2). 2. ° La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona. 3. ° Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4. ° Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa; y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTS. 1661/2000 de 27.11 , 869/2004 de 2.7 , 705/2006 de 28.6).

Falta de protesta que impide el recurso de casación al amparo del art. 850 LECrim . y que el Tribunal Supremo ha dicho debe hacerse en el plazo de 5 días a partir de la fecha de la notificación del auto denegatorio (STS. 760/2001 de 7.5). La protesta tiene por finalidad plantear ante el Tribunal que acordó la denegación de la prueba o en su caso quien denegó la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso, manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada, al tiempo que proporciona criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

Y en el caso presente no consta que ante tal falta de aportación a los autos de la prueba documental solicitada, el recurrente no interesara la suspensión del juicio oral, y que ante la negativa del Tribunal realizara la oportuna protesta. En este sentido la STS. 294/2014 de 9.4 , recuerda que ante la denegación de la suspensión del juicio por la imposibilidad de practica en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición.

TRIGESIMO OCTAVO: El cuarto motivo ha sido renunciado por el recurrente.

TRIGESIMO NOVENO: El motivo quinto por vulneración presunción de inocencia por infracción del art. 18.3 CE , en relación con los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim , en relación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por entender que el auto inicial de 28.12.2011 (folio 21) es nulo al adolecer de los requisitos necesarios para proceder a la intervención telefónica, por lo que debe declararse la nulidad del resto de las pruebas conectadas y practicadas con posterioridad.

Siendo el motivo similar al de anteriores recurrentes su desestimación resulta obligada dando por reproducido lo razonado anteriormente.

CUADRAGÉSIMO: Estimándose parcialmente los recursos interpuestos por Iñigo Gerardo Y Anibal Jeronimo se declaran de oficio las costas respectivas, y desestimándose los recursos de Marcos Guillermo , Jaime Jeronimo , Abilio Dario , Marcelino Isidro y Borja Primitivo y Cornelio Ovidio se les imponen las costas respectivas. (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Que debemos **declarar haber lugar parcialmente a los recursos de casación**, interpuestos por **Anibal Jeronimo e Iñigo Gerardo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 30 de abril de 2.015 , y en su virtud CASAMOS PARCIALMENTE meritada resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho con declaración de oficio de las costas de ambos recursos.

Y debemos **declarary declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Marcos Guillermo , Jaime Jeronimo , Abilio Dario , Marcelino Isidro y Borja Primitivo y Cornelio Ovidio** , contra referida sentencia, condenándoles al pago de las costas de los respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz**

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 nueve de Junio de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 8 de Vilanova i la Geltrú con el número 10/2014 y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª por delito contra la salud pública, contra Abilio Dario , DNI NUM050 , nacido el NUM051 de 1961 en Badalona, hijo de Emilio Florentino Y Virtudes Paloma , en situación libertad provisional por esta causa, con domicilio en Barbera del Valles,

RONDA000 NUM052 , NUM053 ", NUM009 ; Anibal Jeronimo , DNI NUM054 , nacido el NUM055 de 1942, en Fuentes de Andalucía (Sevilla), hijo de Norberto Leon y Monica Leocadia , en situación libertad provisional por esta causa, con domicilio en Barcelona, CALLE000 NUM000 - NUM001 , NUM051 NUM019 ; Marcelino Isidro , NUM056 , nacido el NUM057 de 1956 en Barcelona, hijo de Fructuoso Justo y Tamara Daniela , en situación libertad provisional por esta causa, con domicilio en El Vendrell, CALLE005 NUM015 , NUM003 ; Marcos Guillermo , Pasaporte NUM058 , nacido el NUM059 de 1970 en Curaçao, hijo de Arturo Justo y Melisa Flor . con domicilio en la Haya (Holanda) CALLE006 n° NUM009 . en situación prisión provisional por esta causa, desde el día 10/4/13 y que fue detenido el día 7/04/2013; Borja Primitivo , Pasaporte NUM060 , nacido en NUM061 de 1981 República Dominicana, hijo de Justino Pascual y de Raimunda Caridad , con domicilio en L'Hospitalet de Llobregat, CALLE007 NUM062 , NUM019 , NUM019 , en situación prisión provisional por esta causa, desde el día 10/4/13 y que fue detenido el día 7/04/2013; Cornelio Ovidio , NIE NUM063 , nacido el NUM064 de 1972 en Colombia Hijo de Gervasio Pascual y Marcelina Otilia , con domicilio en Barcelona, PI DIRECCION000 NUM065 , NUM019 " NUM004 , en situación prisión provisional por esta causa, desde el día 10/4/13 y que fue detenido el día 7/04/2013; Anibal Jeronimo , DM NUM066 , nacido el NUM067 de 1975 en Barcelona, hijo de Gerardo Jeronimo y de Monica Leocadia Valentina Remedios , con domicilio en Barcelona, Pasaje CALLE003 n' NUM017 , NUM018 NUM019 , en situación prisión provisional por esta causa, desde el día 13/4/13 y que fue detenido el día 11/04/2013; Jaime Jeronimo , con DNI NUM068 , nacido en Porcuna (Jaén) el NUM069 de 1953 hijo de Emilio Florentino y de Maria Olga , con domicilio en Calafell, CALLE001 NUM009 , en situación prisión provisional por esta causa, desde el día 10/4/13 y que fue detenida el día 7/04/2013; que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único: Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados, suprimiéndose la mención de que "el dinero en metálico intervenido a los acusados en las entradas y registros era usado para ilícito tráfico de estupefacientes siendo el dinero producto del ilícito comercio al que se venían dedicando".

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho 20º de la sentencia precedente no conteniéndose en la sentencia recurrida referencia alguna a las características, intensidad o voltaje de las descargas de la defensa eléctrica intervenida en el domicilio del recurrente Anibal Jeronimo , no puede afirmarse que tenga potencialidad lesiva como para justificar la sanción penal por el delito del art. 563 CP , procediendo su absolución.

Segundo: En consonancia con lo expuesto en los fundamentos derecho 23º y 29º procede dejar sin efecto el decomiso de los 5.960 y 4.800 E, respectivamente intervenidos en los domicilios de Anibal Jeronimo e Iñigo Gerardo , al no haberse razonado la procedencia ilícita del dinero.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de fecha 30 de abril de 2.015 , debemos absolver y absolvemos a Anibal Jeronimo del delito de tenencia ilícita de armas por el que había sido condenado, declarando de oficio la parte proporcional de las costas, y debemos dejar sin efecto el decomiso de los 5.960 euros intervenidos a Anibal Jeronimo y de los 4.800 euros intervenidos a Iñigo Gerardo .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz**

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, 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.