



Roj: **STS 1276/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1276**

Id Cendoj: **28079120012023100214**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2023**

Nº de Recurso: **1762/2021**

Nº de Resolución: **199/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 199/2023**

Fecha de sentencia: 21/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1762/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1762/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 199/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 21 de marzo de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1762/2021, interpuesto por **Jesús Luis**, representado por el procurador D. Miguel Ángel Vives de Blas, bajo la dirección letrada de D. Rafael Muñoz Sobrino, contra la sentencia nº 281/2020, de fecha 30 de julio de 2020, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Procedimiento Sumario Ordinario nº 113/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia instruyó Procedimiento Sumario nº 2675/2015, contra Juan Pablo, Jesús Luis, Pedro Jesús, Marisol, Miguel Ángel, Abelardo, Modesta, Adrian, Agustín, y Alejo, por delito de tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, que en el Rollo de Procedimiento Sumario Ordinario nº 113/2019, dictó sentencia nº 281/2020, de fecha 30 de julio de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

«En agosto de 2015, Miguel Ángel, Agustín, Jesús Luis, Pedro Jesús, Juan Pablo, Marisol, pareja de Agustín, y Modesta, pareja de Miguel Ángel, se pusieron de acuerdo en lucrarse mediante la introducción de grandes cantidades de cocaína por el puerto de Valencia, por lo que se organizaron de una forma estable y con una duración indefinida al menos desde el 20 de agosto de 2015 hasta el 24 de enero de 2017, en que se produjeron las detenciones de los implicados, y de modo que cada uno de ellos desempeñaba un cometido. Con este fin, en diversas ocasiones a lo largo de ese período, Miguel Ángel se puso en contacto con organizaciones ubicadas en Sudamérica que estaban interesadas en la introducción de cocaína en España, negociando con ellas el precio, cantidad y demás condiciones del transporte de droga y ofreciéndoles el rescate de la droga transportada en los buques, de forma segura y clandestina, sin ser controlados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Para ello, ofrecía Miguel Ángel, que coordinaba las actividades en Valencia y tomaba las decisiones, ofrecía una infraestructura en el puerto y, especialmente, la colaboración de agentes de la Guardia Civil. Con este fin, Miguel Ángel se puso en contacto con Agustín, funcionario de la Guardia Civil retirado, encargado de buscar los contactos entre los funcionarios en activo dentro del Cuerpo y de comunicarse con ellos, haciendo de intermediario, para que los funcionarios captados facilitasen las operaciones de importación de droga.

Dentro de su función, Agustín reclutó a Jesús Luis, funcionario de la Guardia Civil destinado en la sección fiscal del puerto de Valencia desde el 11 de julio de 2003, con quien tenía relación de amistad. Agustín presentó a Jesús Luis y Miguel Ángel, y llegaron al acuerdo de que Jesús Luis proporcionaría información logística para organizar el transporte de cocaína oculta en los buques que llegaban al puerto de Valencia, colaboración que incluía información de buques, navieras, contenedores, itinerarios, horas de arribada y dársena del puerto donde atracarían y cuadrantes de servicio de los agentes destinados en el Puerto. Además, Jesús Luis tenía la función de informar acerca de la intervención de los servicios de la Guardia Civil y de Vigilancia Aduanera sobre los contenedores. Y, efectivamente, en cumplimiento de ese cometido, Jesús Luis transmitió en diversas ocasiones en el período referido las informaciones que Miguel Ángel, a través de Agustín, le solicitó, como cuadrantes de servicios y de los buques utilizados para el transporte de la droga, indicando su origen y destino, y detalles de la singladura. Jesús Luis transmitió la información por medio de Agustín, a quien entregaba documentación y anotaciones en las que reflejaba la información obtenida en su puesto de trabajo en el puerto o por otros medios. También a través de Agustín, informó a Miguel Ángel de los servicios que tenía asignados, con el fin de que coincidiera con los momentos en que debía obtener información, favorecer el rescate de la droga o informar a Miguel Ángel de las incidencias que se pudieran producir, y, en particular, de la relación de contenedores que la Unidad de Análisis de Riesgo del Puerto de Valencia se hubiera propuesto examinar, para lo que se servía de la mayor facilidad que tenía por ser funcionario de la Guardia Civil destinado en el resguardo fiscal.

Marisol y Modesta se integraron en la organización colaborando en la transmisión disimulada de información entre Jesús Luis, a través de Agustín, y Miguel Ángel, para dificultar la vigilancia y el descubrimiento de las actividades de la organización y presentar una apariencia de normalidad. Por su parte, Juan Pablo y Pedro Jesús, aparte de invertir económicamente en las operaciones, se encargaron de negociar con sus contactos en Sudamérica las condiciones de la operación de transporte de la droga, de modo que efectuaron funciones de intermediación entre el propietario de la droga en el país de origen y la infraestructura de seguridad en Valencia, con el objeto de evitar o reducir los contactos directos de aquél con Miguel Ángel.

Tanto Juan Pablo como Pedro Jesús, y en especial Miguel Ángel, utilizaron como medio de comunicación el sistema de mensajería de Blackberry, porque ofrecía una mayor seguridad, por lo que frecuentemente cambiaron de terminales y de líneas de teléfono, usando además distintos perfiles, con el fin de evitar ser



descubiertos. Con el mismo fin, Miguel Ángel entregó Blackberrys a Agustín y Jesús Luis , si bien éste no la utilizó.

Una de las funciones más importantes de Jesús Luis , que realizó durante su horario laboral, fue mostrar a los representantes de las organizaciones de origen que colaboraba con Miguel Ángel , para convencer a los proveedores de que éste controlaba el puerto y así aceptaran enviar el estupefaciente aprovechando la seguridad que se les ofrecía. Dentro de esta tarea, Jesús Luis se prestó a recibir la visita de miembros de aquellas organizaciones en las instalaciones del puerto de Valencia. Tras informar a Agustín de los cuadrantes de servicios de la Guardia Civil en el Puerto con el siguiente mensaje: "1 de 1, 1 de 2, 4 en un sitio y 2 en otro", Jesús Luis se concertó con Agustín para recibir durante su turno de servicio, en la puerta sur del puerto, el día 5 de febrero de 2016, la visita de un representante de una organización sudamericana interesada en enviar un cargamento de cocaína. A la hora convenida, conduciendo el Seat Ibiza matrícula ....NNG , Agustín se dirigió con el visitante al control sur y sobre la 18.19 horas ambos se encontraron con Jesús Luis .

Jesús Luis colaboró a cambio de dinero, por lo que en diversas ocasiones recibió de Miguel Ángel cantidades indeterminadas de dinero, recibiendo en concreto 1.000 euros cuando facilitaba la información requerida, todo ello a través de Agustín . Con este fin, el día 11 de septiembre de 2015, en una reunión mantenida sobre las 11 horas en el restaurante La Herradura, sito en la calle Pavía de Valencia, Miguel Ángel entregó una cantidad indeterminada de dinero a Jesús Luis , y posteriormente le realizó otros pagos.

Con la finalidad de introducir la cocaína en España, durante el año 2016 Miguel Ángel negoció con una organización de Panamá a través del servicio de mensajería de Blackberry con dos individuos no identificados, uno situado en Panamá que utilizaba el perfil @ DIRECCION000 , y otro situado en Cali (Colombia), que usaba el perfil @ DIRECCION001 .

En las negociaciones, en las que también intermedió Pedro Jesús , con el fin de garantizar el transporte seguro de la cocaína y su recepción sin control policial, Miguel Ángel , Agustín y Jesús Luis concertaron nuevamente la visita de un miembro de la organización de Panamá a las instalaciones del puerto de Valencia, para que pudiera cerciorarse de la seguridad de la operación y de la infraestructura de que Miguel Ángel disponía en Valencia, que incluía el atractivo de contar con la colaboración de un funcionario de la Guardia Civil, que era Jesús Luis , a quien Agustín consultó previamente cuando iba a estar de servicio. Para llevar a cabo la visita, Miguel Ángel exigió 10.000 euros en concepto de fianza, si bien recibió solamente 2.000 euros, con la promesa de recibir el resto cuando se recibiera la cocaína. Tal como se acordó, la visita fue realizada por Abelardo (en representación de la organización de Panamá), quien el 29 de abril de 2016 pagó la referida fianza a Miguel Ángel . Sobre las 22.20 horas del día 2 de mayo de ese año, tras un breve encuentro con Miguel Ángel , Agustín y Abelardo , a bordo del Peugeot 206, matrícula ....YGR , se dirigieron al Puerto de Valencia, en donde Agustín estuvo mostrándole las instalaciones y explicándole las ventajas de contar con la colaboración de Jesús Luis , como funcionario de la Guardia Civil. Realizada la visita, abandonaron el recinto portuario por el control sur, donde Jesús Luis , que se encontraba de servicio, les esperaba. A la salida se entrevistaron con Jesús Luis , quien estaba al tanto de la visita y de su cometido en la operación, y después se reunieron otra vez con Miguel Ángel .

Después de esta reunión y de diversos contactos por medio de la Blackberry con los individuos que usaban los perfiles @ DIRECCION000 y @ DIRECCION001 , y en ocasiones por mediación de Pedro Jesús , Miguel Ángel acordó con aquéllos el envío de 124 paquetes de cocaína desde Panamá, a un precio de 27.000 euros el kilogramo, planeando que se introducirían en el Puerto de Valencia mediante el sistema de gancho perdido, de modo que viajaría en bolsas de deporte dentro de contenedores de grano, y que saldría del Puerto de Balboa en Panamá, para terminar rescatando la droga en Valencia, mediante la apertura clandestina del contenedor. En cumplimiento del referido acuerdo, a primeros de agosto de 2016, individuos no identificados introdujeron la cocaína en el contenedor núm. CXDU1402284, con carga declarada de 24.040 kg. de frijoles, en el Puerto de Balboa y con destino el puerto de Valencia. Pero el 11 de agosto de 2016, antes de partir, las autoridades panameñas abrieron y registraron el mencionado contenedor, hallando en el interior las bolsas de deporte con 124 paquetes de forma rectangular que contenían un total de 141'92 kg de cocaína, valorados en 3.831.840 euros, según lo acordado por Miguel Ángel con la organización de origen, por lo que la droga fue decomisada en el puerto de origen y no llegó a Valencia.

Sin embargo, Miguel Ángel continuó con los contactos para llevar a cabo nuevas operaciones de introducción de cocaína a través del puerto de Valencia, para lo que entabló conversaciones con el usuario del perfil @formula 1 y con otro individuo no identificado que utilizaba el perfil @el juez. Esta vez, el sistema para el porte clandestino de la droga sería el de bala, que consiste en la ocultación de la sustancia en un depósito adosado al casco de un barco mercante, sin conocimiento de la tripulación, para que en el puerto de destino la droga sea rescatada por buzos que se aproximan disimuladamente al buque. De este modo, Miguel Ángel , Agustín y Pedro Jesús acordaron realizar las gestiones necesarias para la recepción y rescate del envío de cocaína.



Miguel Ángel y Pedro Jesús concretaron la cantidad de cocaína que tratarían de introducir en España, fijando en 40 kg de dicha sustancia y conviniendo que el rescate lo harían dos buzos, uno de ellos Agustín y el otro un individuo no identificado de la organización de origen. El día 18 de noviembre de 2016, tras adquirir el equipo necesario el día anterior, Agustín, Juan Pablo y otro individuo se dirigieron en una embarcación semirrígida pilotada por Agustín a la zona donde estaban fondeados los buques mercantes frente al puerto, con el fin de inspeccionar y ensayar y valorar las posibilidades de rescate de la bala. A consecuencia de este acuerdo, la organización de origen instaló una bolsa estanca sujeta con una red de carga y un cable metálico a una de las cavidades inferiores del casco del buque portacontenedores Pomerania Sky, que partió de Panamá el 3 de diciembre de 2016 y entró en la terminal Noatum del Puerto de Valencia sobre las 15.00 horas del día 23 de diciembre de 2016. Con el propósito de llevar a cabo la extracción de la bala con la cocaína, Miguel Ángel, Agustín y Juan Pablo habían adquirido una embarcación y material necesario, pero no pudieron rescatar la droga debido a las adversas condiciones climatológicas. Finalmente, sin haber podido recobrar la cocaína, al día siguiente, el referido buque partió del puerto de Valencia y se dirigió al puerto norteamericano de Houston/Galves, en donde atracó el día 16 de enero de 2017, terminal Bayport. Allí se extrajo la bala por las autoridades hallando solamente la bolsa, sujeta con una red de carga y un cable metálico que fijaba el dispositivo al buque, sin el estupefaciente porque se había extraviado durante la travesía.

Además, Miguel Ángel, Agustín, Juan Pablo, Pedro Jesús y Jesús Luis se concertaron para introducir en el puerto de Valencia otro alijo de cocaína, esta vez 200 kg, procedentes del puerto de Ilo en Perú. Para ello, a través de Juan Pablo, Miguel Ángel se puso en contacto con Alejo, que pertenecía a la organización de origen, y que actuó como intermediario entre la organización que envió la cocaína y Miguel Ángel, con quien negoció todos los detalles del transporte de la cocaína, como precios, cantidades, ruta e inversores. Transporte que iba a llevarse a cabo por el sistema antes descrito de gancho perdido. Para llevar a cabo esta operación, Juan Pablo viajó a Cali (Colombia) para comprobar las medidas de seguridad en el puerto de origen y negociar el envío, y allí se vio con otro individuo no identificado de la organización que iba a enviar la droga, quien le entregó información para Miguel Ángel con el fin de coordinar la operación; Pedro Jesús también participó en las negociaciones del cargamento de cocaína y entregó, en concepto de inversión, a Miguel Ángel la cantidad de 6.000 euros. Mantuvo contactos y negociaciones con Alejo, llegando al acuerdo de que, si bien en principio iban a ser 64 kg de cocaína, se permitiría un cargamento de 100 a 200 kg. Con ocasión de esta operación, Jesús Luis suministró información relativa a las rutas de buques mercantes desde el puerto de Ilo con destino en el puerto de Valencia, dando detalles de los nombres de los buques y fechas de salida y llegada a Valencia, así como información de sus cuadrantes de servicio, información que era entregada por Jesús Luis a Agustín para que la hiciera llegar a Miguel Ángel, con el fin de facilitar desde su puesto de trabajo el rescate de la droga.

Para facilitar la transmisión de la información sin levantar sospechas, con conocimiento de las operaciones ilícitas de introducción de droga que habían sido planeadas, Marisol, pareja de Agustín, y Modesta, pareja de Miguel Ángel, mediaron, en el intercambio de información entre Jesús Luis y Miguel Ángel, simulando la entrega de documentación de seguros que comercializaba Agustín, entre la que se adjuntaban papeles con la información de la operación, con el fin de eludir posibles vigilancias. Así, al menos en tres ocasiones, los días 20, 23 y 24 de enero de 2017, tras recibir la información de Jesús Luis, Agustín la entregaba a Marisol, quien acudía al domicilio de Modesta para pasársela, y finalmente Modesta la entregaba a Miguel Ángel, quien a su vez hacía llegar a Agustín instrucciones sobre la operación a través de Modesta.

Como resultado de esta cooperación, individuos de la organización de origen cargaron cuatro bolsos de viaje que contenían 199 pastillas rectangulares de cocaína, con un peso total de 199.968'46 gramos de dicha sustancia y una pureza del 77 por ciento, que tenía un valor en el mercado ilícito de 8.285.501'81 euros en el contenedor núm. HLXU 806528/9, que transportaba orégano, del buque Hansa Oldenburg, perteneciente a la naviera Hamburg Sud, siendo agencia consignataria Happa-Lloyd, que partió del puerto de Ilo en Perú el 31 de diciembre de 2016 y llegó al puerto de Valencia el 24 de enero de 2017. Al descargarse el contenedor, sobre las 23 horas del día de llegada, funcionarios de la Guardia Civil y de Vigilancia Aduanera de Valencia procedieron a la inspección física del contenedor, encontrando las referidas bolsas que contenían cocaína y se incautaron de ellas, siendo trasladadas al Acuartelamiento de la Guardia Civil de Cantarranas y después al Área de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno para su análisis.

La cocaína es sustancia que causa grave daño a la salud, es de circulación prohibida en España y sometida a fiscalización internacional, incluida en la Lista I de la Convención Única de NU sobre estupefacientes de 1961.

Con el mismo propósito de introducir grandes cantidades de cocaína en España a través del puerto de Valencia, Miguel Ángel, Juan Pablo y Pedro Jesús se pusieron de acuerdo para utilizar la mercantil Arromavi S.L., constituida el 20 de abril de 2012 con domicilio social en la calle Ambaixador Mascarell núm. 2 de Villareal, de modo que realizando diversas operaciones previas de importación de productos lícitos lograrían obtener una



evaluación favorable en los sistemas de valoración de riesgos de la autoridad portuaria, que aprovecharían después para la introducción de la droga sin ser sometidos a control. Para llevar a cabo este plan, Pedro Jesús entregó 20.000 euros a Miguel Ángel el 21 de mayo de 2016, por medio de Modesta, quien hizo de intermediaria en la entrega del dinero para ocultar la transacción.

Después, Miguel Ángel, Juan Pablo y Pedro Jesús acordaron la importación de una partida de 1.080 cajas de bananas, de la que era expresa exportadora Cooperativa de Producción Bananera Pajonal y consignataria la empresa Arromavi S.L., con el fin de comprobar los riesgos de inspección de los contenedores por parte de las autoridades aduaneras. Pedro Jesús invirtió 20.000 euros, a través de Modesta, para llevar a cabo la operación. Dentro de este proyecto, Miguel Ángel se concertó con Jesús Luis para que éste, a cambio de 500 euros, aprovechando sus funciones profesionales en el puerto, le informara de los controles de apertura de contenedores; información que debía trasladar a Agustín, quien a su vez la pasaría a Miguel Ángel, pues Jesús Luis tenía acceso al listado de contenedores pendientes de revisión. En la segunda quincena de noviembre, Jesús Luis comunicó a Agustín que la autoridad aduanera estaba a la espera de abrir un contenedor en el que se sospechaba que venía cocaína. El 17 de octubre de 2016, se embarcó la mercancía en el puerto de Guayaquil, en Ecuador y se desembarcó en Valencia el 25 de noviembre de 2016. Sin embargo, tuvo problemas para ser despachada, debido al deficiente etiquetado, de modo que en parte se perdió debido a la demora.

El 14 de noviembre de 2016, Miguel Ángel entregó a Agustín un papel para que contactara con Jesús Luis y comunicarle que tenía que hablar con él porque había habido un problema, en relación con la importación de plátanos procedentes de Ecuador, porque habían descubierto un contenedor en la misma zona y con la misma mercancía con cocaína en el interior. El 25 de noviembre de 2016 Jesús Luis comunicó a Agustín que Vigilancia Aduanera podría examinar un contenedor con plátanos con el fin de advertirle del riesgo de que fuera examinado el contenedor consignado por Arromavi S.L.

En el año 2016, Adrian era único socio administrador único de las mercantiles Cronocar Premium SL y Cars Torres Valencia SL, ambas con domicilio en la Avda. de la Plata núm. 107 de Valencia. La primera, constituida el 2 de diciembre de 2015, tenía por objeto la venta, mantenimiento y reparación de motocicletas, repuestos y accesorios; y la segunda, constituida el 20 de enero de 2011, la venta de automóviles y vehículos de motor ligeros. A través de dichas sociedades, Adrian se dedicaba a la venta de vehículos de segunda mano.

A partir de agosto de 2015 hasta febrero de 2017, Miguel Ángel, Modesta y Juan Pablo han utilizado diferentes vehículos matriculados a nombre de terceras personas pero cuya gestión de venta se había encomendado a las empresas administradas por Adrian. Vehículos con los que acudían a reuniones relacionadas con su actividad de tráfico de drogas, sin que conste motivo de la cesión de los vehículos. Así Adrian cedió los vehículos Seat Altea, matrícula NUM000, Citroen C4, matrícula NUM001, Audi A3, matrícula NUM002, Dodge Nitro, matrícula NUM003, BMW Serie 1, matrícula NUM004 y Mercedes CD220, matrícula NUM005. Algunos fueron adquiridos por Miguel Ángel y Modesta para ponerlos a nombre de la tía de Modesta, María Consuelo, con el fin de ocultar la verdadera titularidad. Para lo que Miguel Ángel realizó diversos pagos, sin que conste que Adrian tuviera conocimiento de las actividades de importación de droga realizadas por Miguel Ángel.

En los ejercicios 2010 a 2014 Adrian percibió rentas por su trabajo de 110.096'38 euros, pero ha registrado en sus cuentas bancarias personales ingresos por importe de 1.269.611'36 euros, en el período 2010/2016, de los cuales 337.538'89 han sido en efectivo y sin indicar su procedencia. Óscar nominalmente ha ingresado en efectivo en el mismo periodo en sus cuentas o de sus sociedades 803.046'82 euros y ha retirado 556.852'61 euros, de acuerdo con la información de la AEAT. Conforme a la operativa bancaria estudiada por los investigadores que se incautaron de la documentación de la empresa ha ingresado nominalmente en efectivo en sus cuentas o de las sociedades que administraba 592.340 euros, pudiendo haber ingresado hasta 115.890 euros en cantidades por debajo del umbral de los 3.000 euros. Adrian realizó ingresos a petición de su contable para cubrir deudas pendientes de pago y también efectuó ingresos en efectivo que se correspondían a ventas de vehículos. El volumen de ingresos de Cars Torres Valencia S.L. en el período 2011/2016 alcanza los 10.009, 337'80 euros, y la declaración de pagos a terceros presenta un volumen de 8.235.949'50 euros. Se ha ingresado en efectivo a nombre de esta entidad 4.787.765'99 euros. El 26 de noviembre de 2014, Cars Torres Valencia S.L. compró un bien inmueble de Adrian, con el posicionamiento deudor de la empresa ante el crédito concedido, pero sin que la entidad de crédito, Bankinter, haya subrogado al nuevo deudor. Dicho inmueble y el pasivo adquirido no se reflejan en las cuentas anuales de la mencionada entidad. De acuerdo con las cuentas presentadas de la empresa Cars Torres Valencia, los resultados del ejercicio 2015 han sido negativos en -277.579'88 euros, con un volumen de ventas por debajo de los ingresos. Refleja en la cuenta "partidas pendientes de aplicación" del pasivo corriente la cantidad de 495.141'83 euros. La contabilidad de las empresas administradas por Adrian presentaba numerosas irregularidades y no cumplía con las normas y principios contables, documentando operaciones comerciales no efectuadas y facturas, como la de Gestoría



Coll por importe de 10.978'74 euros, que no justificaban una prestación real de servicios. También se transfirió la cantidad de 69.500 euros de Cronocar Premium S.L. a Cars Torres Valencia S.L., por el concepto contable Crédito Corto Empresas Grupo, cantidad que no consta retornada a Cronocar, de modo que se ha liquidado contablemente sin una justificación documental. El 26 de noviembre de 2014 Adrian vendió a Cars Torres Valencia su vivienda habitual por importe de 180.711,79€, que fueron íntegramente aplicados al pago de la hipoteca que gravaba dicha vivienda. Y en el año 2015 Cronocar Premium, SL transfirió la cantidad de 112.000€ a Cars Torres Valencia, SL.

Una vez producida la intervención del estupefaciente, cuando se practicaron las entradas y registros en los domicilios de los investigados, en concreto, en el domicilio de Miguel Ángel, sito en la CALLE000 nº NUM006, apartamento NUM007 de la localidad de Burjassot, se encontró documentación, varios pendrive, un ordenador, teléfonos móviles de diversas gamas y marcas (tres móviles marca Nokia, un marca Maier, otro marca Iphone y una Blackberry) y tarjetas informáticas de almacenamiento de imágenes. Entre la documentación intervenida se halló un cuadrante semanal de los servicios de Jesús Luis, correspondiente a la semana de los días 23 a 29 de enero de 2017, en el que se resaltaba el martes 24/01/2017, en el que indicaba, además, mañana de 06:00 a 14:00 horas. También se encontraron unas servilletas en la que figuraban dibujados mapas con varias calles y tres paquetes de cartón para tarjetas prepago de la marca Cebir Móvil, conteniendo tarjetas SIM, las cuales fueron halladas en una bolsa de papel en el interior del lavavajillas de la cocina. En el momento de su detención portaba, además, otros dos teléfonos móviles y un total de 285 euros procedentes del tráfico de drogas.

En el domicilio de Agustín, sito en la CALLE001 nº NUM008 de Valencia, se encontró un teléfono marca Blackberry con número de IMEI NUM009, un trozo de papel en el que figuraba escrito "cma-cmg, happa-Llogd, MSC, Marks, China-Shyping" y en el reverso anotaciones relativas a "navieras que trabajan esa ruta, empresas con más frecuencia, listado de barcos que llegan a este destino y que vaya directo". En el momento de su detención portaba un móvil marca Samsung, con IMEI Nº NUM010. Y en el vehículo marca Peugeot, modelo 206, matrícula ....YGR, entre otros efectos, un documento en inglés en el que se reseñaba exportación de banaba de la empresa ARROMAVI SL (GQL0145805).

En el domicilio de Jesús Luis, sito en el PASEO000 nº NUM011 de Valencia, edificio NUM012, se encontraron las siguientes pertenencias de Jesús Luis: un teléfono marca Blackberry, con IMEI NUM013, un teléfono marca Sony Ericsson, un teléfono marca Samsung, un sobre con 900 euros en billetes de 50€ y 100€, procedentes de su colaboración con Miguel Ángel, arma corta oficial de la Guardia Civil, dos cargadores, unos grilletes y 14 cartuchos del calibre 9mm parabelum, un trozo de papel manuscrito con diversos nombres como KLONENBURG, IVANHOE, MUSEY y GEORGIA, otro con anotaciones de puertos de Hungría y Noruega, seis pendrives, dos ordenadores portátiles y una tablet. Además en el vehículo marca Seat, modelo Córdoba, matrícula NUM014, del que era usuario, se encontró un listado de tres folios de contenedores,

En el domicilio de Modesta, sito en la AVENIDA000 nº NUM015, de Valencia, fueron hallados los siguientes efectos: un teléfono móvil marca Nokia, una agenda con la inscripción Ramiratrans, un teléfono marca Iphone 6 y un teléfono móvil marca Coolpad.

En el domicilio de Pedro Jesús, sito en la CALLE002 nº NUM011, escalera NUM016 de Valencia, fueron hallados una báscula de precisión, cuarenta y siete resguardos de transferencias efectuadas por distintas personas a favor de personas residentes en Colombia y la República Dominicana así como un móvil roto marca Blackberry. En el momento de su detención portaba este procesado un teléfono marca Huawei y otro marca Samsung, además de 414,60 € procedentes de su ilícita actividad.

En el domicilio de Juan Pablo, sito en la CALLE003 nº NUM017 de Valencia se incautaron un total de siete teléfonos móviles (de marcas Orange, Coolpad, Samsung, LG y Blackberry), una tarjeta de visita de la empresa Cronocar, dos cizallas, dos mosquetones, un rollo de cuerda trenzada de 25 metros, dos cabos de pescar, un traje de neopreno, dos cables trenzados de mosquetón, una bolsa grande de Marine Pool, así como un ticket de compra en el establecimiento Decathlon de 29 productos por un valor de 129,14€, tres emisiones de transferencias en la que figura como ordenante la mercantil ARROMAVI, SC, cuatro bill of Lansing relativos a la expedición de cooperativa de producción BANANA PAPONEL, figurando como consignataria la mercantil ARROMAVI, SC, un ordenador portátil marca Samsung y un disco duro de la marca Toshiba. En el momento de su detención portaba dos teléfonos móviles uno marca Samsung y otro marca Nokia, además de un papel manuscrito con la inscripción POMERANIA SKY así como un ticket bancario con la anotación HANSA FRANSBURG.

En el domicilio de Alejo, sito en la CALLE004, nº NUM011, piso NUM018 de la localidad de Alcorcón (Madrid), fueron hallados, entre otros efectos un móvil marca Blackberry con número de IMEI NUM019, otra Blackberry, un móvil Iphone, un cuadro de hierro de unos 30 cm, bolsas de plástico conteniendo en su interior sustancia



blanca, un papel manuscrito con indicaciones de empresas de transporte por vía marítima con destino final Valencia y una balanza de precisión.

Y en el domicilio de Abelardo, sito en la CALLE005 nº NUM020 de Valencia, se intervinieron dos teléfonos móviles uno marca Blackberry con número de IMEI NUM021 y otro marca Samsung con número de IMEI NUM022, además de una pistola semiautomática detonadora, marca ZORAKI, modelo M-906, del calibre 9 mm, la cual había sido modificada, pues su cañón original fue eliminado y acoplado un nuevo cañón de acero con cuatro estrías y cuatro campos con sentido de giro hacia la derecha, permitiendo así el disparo de proyectiles, además de tener acoplado un silenciador.

En la entrada y registro efectuada en Cars Torres Valencia, SL, la Guardia Civil se incautó de un vehículo marca Land Rober, modelo Range Rober, matrícula NUM023 y otro marca Audi, modelo A5, matrícula NUM024. >>

**SEGUNDO.-** La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<En atención a todo lo expuesto, visto además lo dispuesto por los artículos 24, 25 y 120.3 de la Constitución, los artículos 1 y 2, 10, 15, 27 a 34, 54 a 58, 61 a 67, 70, 73 y 74, 110 a 115 y 127 del Código Penal, los artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Valencia.

ha decidido:

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Miguel Ángel, Agustín, Jesús Luis, Pedro Jesús y Juan Pablo como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 369 bis.1, en relación con los arts. 368 y 369.1.5 del Código Penal, respecto de sustancias que causan grave daño a la salud, con la atenuante muy cualificada de confesión en el caso de Miguel Ángel, Agustín, Pedro Jesús y Juan Pablo, a la las siguientes penas:

- 1.- A Miguel Ángel la pena de OCHO AÑOS Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial durante el tiempo de la condena y multa de 10.000.000 euros.
- 2.- A Agustín, la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial durante el tiempo de la condena y multa de 10.000.000 euros.
- 3.- A Jesús Luis, la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y multa de 10.000.000 euros.
- 4.- A Pedro Jesús, la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial durante el tiempo de la condena y multa de 10.000.000 euros.
- 5.- A Juan Pablo la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial durante el tiempo de la condena y multa de 7.000.000 euros.

Todo ello, con imposición a cada uno de ellos de una catorceava parte de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Abelardo como autor penalmente responsable de un delito intentado contra la salud pública previsto y penado en los arts. 368 y 369.1.5º CP, con la atenuante muy cualificada de confesión, a la pena de DOS AÑOS Y ONCE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 2.000.000 euros, cuya falta de pago determinará una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días, condenándole también al pago de una catorceava parte de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Alejo como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública previsto y penado en los arts. 368 y 369.1.5º CP, con la atenuante muy cualificada de confesión, a la pena de CUATRO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 8.000.000 de euros, sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de cuatro meses en caso de impago, imponiéndole también una catorceava parte de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Jesús Luis como autor penalmente responsable del delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE ONCE MESES, con una cuota diaria de seis euros, cuya falta de pago determinará un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO Y PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE 10 AÑOS, condenándole a pagar una catorceava parte de las costas procesales.



Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Miguel Ángel como autor del delito de cohecho del art. 424.1 CP, con la atenuante muy cualificada de confesión, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de once meses, con una cuota diaria de diez euros, cuya falta de pago determinará un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, condenándole a pagar una catorceava parte de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Abelardo como autor penalmente responsable del delito de tenencia ilícita de armas previsto y penado en el art. 563 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a la pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, condenándole a una catorceava parte de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Modesta y a Marisol como autoras de un delito de pertenencia a organización criminal previsto y penado en el art. 570bis 1 CP, con la atenuante analógica de confesión, a las siguientes penas: a Modesta la pena de DOS AÑOS Y ONCE MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y a Marisol, la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Todo ello, con imposición a cada una de ellas de una catorceava parte de las costas procesales.

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Adrian de los delitos de blanqueo de capitales y de pertenencia a organización criminal por los que era acusado, declarando de oficio dos catorceavas partes de las costas.

Se decreta el comiso y destrucción de las sustancias intervenidas, incluidas las muestras conservadas, de acuerdo con lo previsto en el art. 374 CP, así como el comiso y adjudicación al Estado de los demás objetos, efectos, vehículos y dinero intervenidos a los condenados, que deberán ser destinados al Fondo de Bienes Decomisados (Plan Nacional de Drogas), de acuerdo con lo previsto en la Ley 17/2003 de 29 de mayo; salvo los vehículos y efectos intervenidos a Adrian, Cronocar Premium SL y Cars Torres Valencia SL, que deberán ser devueltos a sus propietarios.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos a los procesados todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa si no lo tuvieron absorbido por otras. >>

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Jesús Luis :

**Primero.-** Al amparo de los arts. 852 y 846 bis a) LECr., por vulneración del art. 24.1 CE.

**Segundo.-** Vulneración del art. 24.1 CE, motivo del art. 850 en relación con el art. 846 bis c) apartado a) LECr., por denegación de plantear cuestiones previas en el acto del juicio, quebrantamiento arts. 666, 678 y 786.2 LECr.

**Tercero.-** Por infracción de precepto constitucional, art. 852 LECr., por vulneración del art. 24.2 CE, por infracción de garantías procesales conforme a los arts. 65.1. d y e y 88 LOPJ, Principio de la Ubicuidad.

**Cuarto.-** Del art. 852 LECr., en relación con el art. 846 bis c) apartados a y b por infracción de los arts. 9 y 23 LOPJ y arts. 8 y 14.4 LECr., Falta de Jurisdicción.

**Quinto.-** Del art. 851.3º LECr., en relación con el art. 846 bis c) apartados a y e, por infracción del art. 666 LECr., cosa Juzgada.

**Sexto.-** Del art. 852 LECr., en relación con el art. 846 bis c) apartado a, por vulneración del art. 24.2 CE, dilaciones indebidas.

**Séptimo.-** Del art. 849.2 LECr., vulneración del art. 24.1 CE en relación con los arts. 656 y 659 LECr., solicitud y admisión de prueba fuera del escrito de acusación sin conferir traslado a las partes con ofrecimiento de prueba de descargo, vulnerando el principio de presunción de inocencia.

**Octavo.-** Del art. 850.1 LECr., denegación de diligencia de investigación en fase de instrucción.

**Noveno.-** Del art. 850.3 LECr., vulneración de la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa al denegar preguntas a un testigo.





- Décimo.-** Del art. 852 LECr., nulidad auto acordando la detención incomunicada del recurrente, vulneración de los arts. 17.3 y 24.2 CE y art. 520 LECr.
- Undécimo.-** Del art. 850 LECr., falta de elaboración del informe favorable controlando la legalidad del auto acordando las intervenciones telefónicas.
- Duodécimo.-** Del art. 852 LECr., infracción presunción de inocencia art. 24.2 CE. Rotura de la cadena de custodia, infracción art. 282 LECr.
- Décimo tercero.-** Del art. 852 LECr., por vulneración del secreto de las comunicaciones arts. 18.1 y 24.2 CE. Nulidad de las escuchas por predelictuales y prospectivas carentes de motivación suficiente.
- Décimo cuarto.-** Del art. 852 LECr., nulidad auto autorizando intervención telefónica de la mujer del recurrente por vulneración de los arts. 18.3 y 24 CE.
- Décimo quinto.-** Nulidad de la intervención telefónica del teléfono particular del recurrente. Art. 18.3 CE, 846 bis c) a) y 852 LECr.
- Décimo sexto.-** Del art. 852 LECr., vulneración del secreto de las comunicaciones y vulneración del derecho a la intimidad art. 18.1 y 3 CE. Grabación dentro de una cabina de un locutorio vulnerando el derecho a la intimidad.
- Décimo séptimo.-** Del art. 852 LECr., vulneración art. 18.2 CE "Nulidad del registro domiciliario".
- Décimo octavo.-** Del art. 849.2 LECr., en relación con el art. 852 LECr. Nulidad de datos obtenidos de una base de datos con fines laborales y sin mandamiento judicial. Infracción art. 18.1 CE.
- Décimo noveno.-** Del art. 849.2º LECr., falta de autorización y competencia funcional de Asuntos Internos para la investigación de delitos de futuro.
- Vigésimo.-** Del art. 852 LECr., solicitud y autorización de informes económicos respecto a personas que nada tenían que ver con el defendido ni con la causa.
- Vigésimo primero.-** Del art. 852 LECr., infracción art. 18.1 y 4 CE, instalación de dispositivos de seguimiento en un vehículo sin autorización judicial.
- Vigésimo segundo.-** Del art. 852 LECr., por infracción art. 18.3 CE, utilización de medios de rastreo sin cumplir los requisitos del art. 588 ter I LO 13/2015
- Vigésimo tercero.-** Del art. 849.2º LECr., error en la valoración de la droga.
- Vigésimo cuarto.-** Del art. 849.2º LECr., solicitud de valoración de la droga por el Ministerio Fiscal tras concluido y cerrado el sumario.
- Vigésimo quinto.-** Del art. 851, 1º y 3º LECr., declaración errónea de los hechos probados al no tomar en consideración ni razonar el descarte de hechos exculpatorios. Infracción arts. 846 bis. e), 849.2º y 851.1º y 3º LECr.
- Vigésimo sexto.-** De los arts. 851.1º y 849.2º LECr., por tomar en consideración la declaración de los propios coimputados sin avalarla con otros hechos o pruebas en concreto.
- Vigésimo séptimo.-** Del art. 849.2º LECr., vulneración arts. 298 y 852 LECr. por vulneración arts. 5.1 LOPJ y 24 CE, valor del atestado y falta de ratificación de los agentes actuantes.
- Vigésimo octavo.-** Error en la valoración de la prueba, arts. 849.2º y 851.1º y 3º LECr. Discrepancias en la valoración de las discrepancias entre la declaración de los testigos y los coimputados.
- Vigésimo noveno.-** Del art. 852 LECr., por falta de valoración de la prueba documental exculpatoria practicada a solicitud de la defensa, vulneración del principio de presunción de inocencia.
- Trigésimo.-** Del art 849.1º LECrim, art. 851.1º y 851.3º de la LECrim, error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos y participación del recurrente, vulneración art. 368 CP, 570 ter CP, 417 CP y 419 CP y art. 7.5, 8.8 y 9.17 de la LO 12/2007 de régimen disciplinario.
- Trigésimo primero.-** Del art. 849.1º LECr., infracción del art. 369 bis y 417 CP, error en la valoración de la prueba y su calificación.
- Trigésimo segundo.-** Del art. 849.1º LECr., por infracción de los arts. 20 y 21 CP.
- Trigésimo tercero.-** Del art. 851.4º en relación con el art. 849.1º LECr., por condenar al recurrente con infracción de los arts. 8.1 y 4 CP y la no aplicación del art. 570 ter CP. Error en la aplicación del derecho sustantivo penal y en la aplicación de la pena.



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

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de marzo de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Jesús Luis

**PRIMERO.-** Contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 30-7-2020, en el Rollo 113/2019, procedente del Sumario 2675/2015, del Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia, que condenó al hoy recurrente, funcionario de la Guardia Civil destinado en la Sección Fiscal del puerto de Valencia desde el 11-7-2003, como autor de un delito contra la salud pública del art. 369 bis 1, en relación con los arts. 368 y 369.1.5 CP, respecto a sustancias que causan grave daño a la salud, a las penas de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y multa de 10.000.000 €, y como autor de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 419 CP, sin circunstancias modificativas de la pena, a 4 años de prisión, multa de 11 meses con cuota diaria de seis euros, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante 10 años, se interpone el presente recurso de casación por 33 motivos.

**El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 846 bis a) con vulneración de precepto art. 24.1 CE por no admitir a trámite el TSJ de Valencia el recurso de apelación al considerar que frente a la sentencia dictada en única instancia por la Audiencia Provincial de Valencia, no cabe recurso de casación.**

El motivo es desarrollado, a su vez, en cuatro apartados:

1) Error en la determinación de la fecha del inicio del procedimiento al considerar que la fecha de realización del tipo penal se produjo supuestamente el 25-1-2017, momento en que se destapa el operativo y se procede a la detención de los presuntos responsables.

El 4-9-2015 la juez instructora inició unas diligencias de investigación a prevención al objeto de averiguar delitos de futuro, no pudiendo considerarse fecha de inicio del procedimiento porque en ese momento no existía delito alguno ni responsable conocido.

2) Error de aplicación de la Disposición Transitoria Única apartados 1 y 3 Ley 41/2015, e insiste en que se entiende comenzado el procedimiento desde el momento concreto en el que se comete un presunto hecho delictivo y se inicia la investigación contra unos presuntos responsables.

3) Indefensión por quebrantamiento del art. 846 ter LECrim (desde octubre 2015/ y el art. 847 LECrim (antes de octubre de 2015). Alega que se ha privado a la parte de los derechos a presentar un recurso frente a una sentencia que estima no ajustada a derecho, para luego una vez desestimado, interponer en su caso el correspondiente recurso de casación contra la sentencia dictada en tal segunda instancia. No permitir el ejercicio de los dos recursos supone negar la aplicación de una ley procesal más favorable al reo, vigente en el momento en que supuestamente se ha cometido el ilícito penal.

4) La jurisprudencia alegada por el TSJ en su auto 3/2021, de 25-1, declarando la indebida admisión a trámite del recurso de apelación, se refiere a la inadmisión del recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial en resolución del recurso de casación y no a las dictadas en primera y única instancia.

El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

**1.1.-** Previamente debemos recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva -salvo en su manifestación de derecho de acceso al proceso, no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho de prestación que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece. En todo caso, es un derecho cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador ( STS 177/2003, de 23-10), que es a quien incumbe "crear la configuración de la actividad judicial, y más concretamente, del proceso, en cuyo seno se ejercitó el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones ( STC 99/85, de 30.9).

Ahora bien el Tribunal Constitucional ha revisado la diferente relevancia constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción y del derecho de acceso a los recursos, pues es diferente la trascendencia que cabe otorgar -desde la perspectiva constitucional- a los requisitos de acceso al proceso, en tanto puedan obstaculizar o eliminar el derecho de los ciudadanos a someter el caso al conocimiento y pronunciamiento de un Juez y por tanto causar indefensión, y a los requisitos de inadmisión de los recursos legalmente establecidos en que se



pretende la revisión de la respuesta judicial ya contenida en la sentencia de instancia previamente dictada, que ya habría satisfecho el núcleo de su derecho fundamental a una tutela judicial sin indefensión ( STC 55/95, de 6-3), de modo que cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos, el juicio ha de ceñirse a los cánones que se aplican al control de la aplicación del Derecho material y su revisión en sede constitucional sólo es posible cuando se deniegue el acceso al recurso de forma inmotivada, basándose en una causa legal inexistente o en una interpretación de la misma manifiestamente arbitraria o infundada; y en cualquier caso la potestad de verificar si se han cumplido los requisitos de los que depende la admisión del recurso ha de inspirarse en el criterio de proporcionalidad, que imponen un diverso tratamiento para los diversos grados de defectuosidad de los actos.

En este sentido la reciente STC 122/2007, de 21-5, FJ 4, precisa que "la lesión constitucional denunciada se enmarca, por consiguiente, en la vertiente del derecho de acceso al recurso, que se integra, como es conocido en el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), si bien es cierto que, a diferencia, del acceso a la jurisdicción, que se alza como elemento esencial del mismo, el derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que, con excepción de los recursos contra sentencias penales se condena, se incorpora a aquel derecho en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales. Esta caracterización tiene su reflejo forzosamente en la fundación de control atribuida a este tribunal respecto de las resoluciones que vedan a dicha fase, pues la decisión sobre la admisión o no del recurso y la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos para ello es una cuestión de legalidad ordinaria que compete, según dispone el art. 117.3 CE exclusivamente a los Jueces y Tribunales...

El control de estas resoluciones judiciales por la jurisdicción constitucional es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si ha incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o su manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas ( SSTC 258/2000, de 30.1, FJ 2, 26/2001, de 15.1, FJ 3. 51/2003, de 7-3; FJ 3; 74/2003, de 23-4; FJ 3, 222/2003, de 15-12; 57/2006, de 27.2; FJ 3, 22/2007, de 12.2, FJ4).

**1.2.-** No siendo ocioso precisar, en cuanto a la vulneración denunciada de la privación del derecho a la doble instancia, que esta Sala -en procedimientos anteriores a la Ley 41/2015 que instauró el previo recurso de apelación ante los TSJ- se ha pronunciado (vid. STS 720/2017, de 6-11, con cita ss. 1860/2000, de 4-12; 2194/2001, de 19-11, y 1305/2002, de 13-7, se ha pronunciado ante dicha invocación afirmando que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Ahora bien, dada la diversidad de sistemas procesales que funcionan en el ámbito territorial del Pacto, la posibilidad del acceso a la doble instancia viene determinada por las características de las leyes procedimentales de cada país y aunque esa revisión deba tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un Tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior. Por ello nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el recurso de casación penal tenga un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido Pacto Internacional y "satisface la obligación asumida por el Estado español al incorporar sus previsiones al derecho interno por la vía del artículo 96 de nuestra Constitución".

Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la ley. Éste derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretada con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a "fallo condenatorio y la pena". Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de



culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto si se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia.

Es cierto que ambos pactos remiten éste derecho a la doble instancia a lo que se prescriba por la Ley de cada Estado signatario, como se recoge en la sentencia de esta Sala antes citada, y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Tribunal Constitucional viene declarando, desde las sentencias 42/1982, de 5 de julio, 76/1982, de 14 de diciembre y 60/1985, de 6 de mayo, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes y que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, cumple con esta exigencia de intervención de un Tribunal superior, si bien, al desarrollar el derecho al recurso, ha hecho una interpretación más favorable para la efectividad de ese derecho y con una interpretación amplia respecto al ámbito del conocimiento del recurso de casación, como son exponentes las Sentencias 133/2000, de 16 de mayo y 190/1994, de 20 de junio.

El Tribunal Supremo, en sus sentencias, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre ese artículo, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento a la revisión de cómo se ha hecho la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia.

Así en la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2000 se dice que al invocarse el derecho de presunción de inocencia ello conduce al Tribunal Supremo a examinar, entre otras cuestiones, si las pruebas se obtuvieron lícitamente y si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia y de las ciencias.

El cumplimiento por éste Tribunal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se mantiene, con el alcance del recurso de casación que se ha dejado expresado, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, sin que éste Dictamen, que resuelve un caso concreto y no si el recurso de casación español en su generalidad se ajusta o no al artículo 14.5 del Pacto, exija, en modo alguno un cambio de criterio, siendo cuestión bien distinta la conveniencia de que se instaure la segunda instancia en todo tipo de procesos y se residencia en el Tribunal Supremo como única función, la esencial de unificación en la aplicación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en la reunión no jurisdiccional celebrada el 13 de septiembre de 2000, en la que se declaró que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se añade, que procede insistir en la conveniencia de instaurar un recurso de apelación previo al de casación.

Como precisa la STS. 692/2002 de 18.4 y la doctrina que se expone con detalle en el auto de 14.12.2001, el recurso de casación penal en el modo en que es aplicado actualmente, particularmente cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cumple con lo previsto en el citado art. 14.5. Y ello es así porque en éste recurso cabe examinar la prueba practicada en la instancia y la aplicación que de ella se hizo por el órgano judicial competente, con suficiente amplitud como para satisfacer ese derecho que tiene toda persona declarada culpable de un delito a que su condena "sea sometida a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley". En nuestro caso la "Ley" a que se refiere el Pacto no está constituida únicamente por las disposiciones de la LECrim, sino también por la forma en que han sido interpretadas y ampliadas en los últimos años para su adaptación a la Constitución por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también por esta sala del Tribunal Supremo.

**1.3.-** En el caso que nos ocupa necesariamente hemos de partir del auto del Tribunal Superior de Justicia de 25-1-2021 que declaró indebidamente admitido el recurso de apelación interpuesto por el ahora recurrente. Se argumentó que para concretar la fecha de incoación habrá de atenderse a la de la causa, cualquiera que



fuera la modalidad procedimental a que se ajustase y con independencia de las eventuales vicisitudes o transformaciones de procedimiento que hubieran podido producirse. Y que en este caso, el auto de incoación del Juzgado de Instrucción acaeció el 4-9-2015, Diligencias Previas 2675/2015, del Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley 41/2015-6-12-2015-.

Contra dicho auto no consta que se interpusiera por la representación de Jesús Luis recurso alguno -súplica según indicaba expresamente dicha resolución o queja, que sería el procedente- por lo que al acusado podría cuestionársele la legitimación para impugnar ahora la resolución con la que se había conformado.

No obstante analizando la cuestión planteada, el recurso de casación es un recurso extraordinario que únicamente puede interponerse contra las resoluciones y por los motivos previstos en la ley.

Siendo así, el sistema de la doble instancia en el orden penal se instauró por Ley 41/2015, de 5-10, con la modificación, en los efectos que ahora interesan, del art. 846 ter "los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales ... son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia ...", y del art. 847: "1º Procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma (además de por infracción de precepto constitucional, art. 852):

1º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1 del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales.

En cuanto a la entrada en vigor de la reforma, estableció que "esta Ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor".

El tema de la entrada en vigor de la reforma ha sido analizado por esta Sala 2ª en relación con recursos de queja interpuestos por inadmisión del recurso de casación, habiéndose declarado que el nuevo régimen solo es de aplicación a los procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley ( AATS 21-7-2021, Rec. 20418/21; 27-7-2021, Rec. 20059/21), y que para concretar la fecha de incoación de la causa, sin perjuicio de eventuales transformaciones del procedimiento ( ATS 26-4-2018, Rec. 20906/17).

Se razona que las leyes procesales no son leyes penales y no son susceptibles de ser aplicadas retroactivamente, como más favorable, por no ser derecho sustantivo y además prohibirlo expresamente ( ATS 5-9-2016, Rec. 20389/16).

En efecto, las leyes procesales no son leyes penales, por lo que, salvo que la propia ley establezca otra cosa, no se aplica retroactivamente. En efecto, como precisa la STS 1336/2011, de 12 de diciembre, citada en el Auto de 14 de junio de 2016, que resuelve un supuesto similar, el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable con carácter supletorio, por prescripción del artículo 4 de la misma Ley, dispone que salvo que se establezca otra cosa en las disposiciones legales de derecho transitorio, los asuntos se sustanciarán siempre con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas.

Respecto de la cuestión planteada, como se ha visto, la propia ley excluye la retroactividad.

Además, como se decía en el Auto antes citado de 14 de junio de 2016, el Tribunal Constitucional ( Sentencias 149/1995 de 16 de octubre y 374/1993, de 13 de diciembre) recuerda que el fenómeno de la retroactividad es posible si la propia ley lo autoriza, es obligado si esta ley es de naturaleza penal pero más beneficiosa para el inculpado ( art. 25.1. CE y 24 C.P.), y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho ( art. 9.3 CE). Las leyes procesales no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente, incidencia retroactiva que, de producirse, afecta habitualmente a instancias completas y no por fases o periodos dentro de un mismo grado jurisdiccional".

**1.4.-** En el supuesto que nos ocupa, el procedimiento -tal como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo- "se inició con las Diligencias Previas núm. 2675/2015 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia el 4 de septiembre de 2015, que posteriormente se transformaron en el Procedimiento sumario ordinario núm. 113/2019 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia. Y en los hechos declarados probados en la sentencia recurrida se data el inicio de la actividad delictiva en agosto de 2015. Las referencias de la defensa a la incoación de unas Diligencias de Investigación, a la fecha de comisión del delito, al instituto de la prescripción y a la interpretación del art. 324 LECr, no afectan al dato objetivo de la fecha de incoación de



la causa, y habiendo tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2015, las pretensiones de la defensa deben decaer."

**SEGUNDO.-** El motivo segundo por vulneración del art. 24.1 CE en base al art. 850 LECrim en relación con el art. 846 bis c) apartado a) también de la LECrim "Denegación de la posibilidad de plantear cuestiones previas en el acto del juicio."

Argumenta que conferido traslado del escrito de acusación, la parte dentro del plazo de tres días, interpuso escrito de artículos de especial pronunciamiento con solicitud de nulidad de actuaciones.

Desestimadas mediante providencia, se presentó recurso de súplica que fue desestimado en auto de 30-7-2020 -misma fecha de la sentencia recurrida- en la cual se resuelven por extemporáneas la declinatoria de jurisdicción y la cuestión de competencia objetiva presentada.

Al inicio de las sesiones del juicio oral, la parte intentó, conforme el art. 786.2 LECrim, presentar cuestiones previas al objeto de reiterar dichas causas de nulidad no admitidas y presentar dos cuestiones previas más: la competencia objetiva de la Audiencia Nacional y la falta de competencia de la jurisdicción española.

La Presidenta del Tribunal negó tal posibilidad de plantear cuestiones previas alegando que ya habían sido desestimadas las cuestiones preliminares y que no procedían por extemporáneas presentar cuestión previa alguna en el procedimiento sumario, remitiendo a la parte a las nulidades alegadas de la cadena de custodia, intervenciones telefónicas y registros a la fase de alegaciones finales.

El motivo, dado que la sentencia (punto 1 a 58) razona por qué desestima cada una de las causas de nulidad alegadas, las cuales serán objeto de recurso en su apartado correspondiente, se centra exclusivamente en buscar la razón de porqué en el acto de la vista del juicio no permitió la Presidenta reiterarlas como cuestión previa conforme el art. 678 LECrim, al igual de discutir el porqué no permitió alegar cuestiones previas, conforme el art. 786.2, en especial la falta de competencia objetiva y la falta de competencia jurisdiccional.

La sentencia recurrida en sus apartados 60 y 61 directamente no resuelve sobre dichas cuestiones previas y procede a desestimarlas por extemporáneas, en base a que debían haberse referenciado en el escrito de defensa.

El motivo se desestima.

**2.1.-** La sentencia de la Audiencia precisa que este recurrente planteó en su escrito de defensa nulidad de diversas actuaciones, remitiéndose a las causas de nulidad planteadas, las cuales se dan por reproducidas, y entiende, a falta de mayores precisiones que se refería a las causas de nulidad invocadas como artículos de previo pronunciamiento, por lo que dio por reproducidos los argumentos expuestos en dicho trámite y los expuestos en el informe del juicio oral en la medida en que no difieran sustancialmente de las nulidades solicitadas en el escrito de defensa, analizando a continuación las referidas cuestiones previas en los puntos 2 a 59 y en el punto 60 la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley consistente en atribuir la competencia a la Audiencia Nacional y si bien la considera presentada extemporáneamente, se pronuncie sobre su procedencia.

Sin olvidar que en el presente recurso la parte ha articulado como motivos independientes las peticiones de nulidad planteadas con anterioridad, entre ellas la competencia de la Audiencia Nacional (motivo tercero) y la falta de competencia de la jurisdicción española y cosa juzgada en cuanto a las diligencias abiertas en Panamá (motivos cuarto y quinto).

Es cierto que el Tribunal de instancia prescindió de la doctrina de este Tribunal Supremo, que de manera reiterada ha avalado la incorporación en el procedimiento ordinario de un trámite de cuestiones previas propio del abreviado o del procedimiento ante el Tribunal del Jurado en el que poder efectuar alegaciones en relación a eventuales vulneraciones de derecho o en torno a los medios de prueba, incluso con nuevas proposiciones, sobre todo cuando una parte lo insta (así lo ha dicho esta Sala, entre otras muchas en SSTS 195/2014, de 3-3; 543/2014, de 25-6; 255/2017, de 6-4; 856/2018, de 12-3; 329/2021, de 22-4) y lo ha practicado en los juicios orales que a razón del aforamiento se han celebrado ante esta Sala, todo ello con la idea de dotar al sistema procesal penal de unidad y cohesión y de evitar que previsiones procedimentales de alcance predominantemente formal puedan degenerar en nuevos obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido.

Pero respecto a la declinatoria de jurisdicción se ha considerado que su planteamiento después de abierto el juicio oral era extemporánea (ATS 29-6-2021, Rec. 20321/21) ya que las cuestiones de competencia tienen en el proceso penal ordinario su cauce adecuado de proposición con anterioridad a la celebración del juicio (ATS 865/2020, de 26-11), art. 666.1 declinatoria de jurisdicción como artículo de previo pronunciamiento, sin que desestimada, pueda reproducirse en el juicio oral (art. 678 LECrim).



Siendo así, no se aprecia omisión de garantías procesales que hayan originado indefensión.

**TERCERO.-** El motivo tercero por infracción de precepto constitucional, art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE por infracción de las garantías procesales conforme el art. 65.1 d) y e) LOPJ y art. 88 LOPJ "principio de la ubicuidad".

Argumenta que la parte intentó interponer ante la Audiencia declinatoria, conforme al art. 26 LECrim, mediante artículo de previo pronunciamiento conforme el art. 786.2 LECrim, por entender que la competencia correspondía tanto a la Audiencia Nacional como al Juzgado Central de Instrucción, dado que durante la instrucción y el secreto del sumario se siguieron investigaciones tanto en Castellón como en Madrid, Zaragoza y Valencia y se practicaron registros en Alcorcón y en Madrid.

Dichas investigaciones junto con la creencia de la existencia de un grupo criminal con efectos en varias provincias, debió declinar la competencia a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción, art. 88 LOPJ y la Audiencia Nacional, art. 65.1 d), que establece su competencia para los delitos de tráfico de drogas cometidos por bandas organizadas cuyos efectos se den en distintas Audiencias Provinciales, y apartado e) cuando los delitos sean cometidos fuera del territorio nacional y su enjuiciamiento corresponda a los tribunales españoles.

Por ello, ante la falta de competencia del Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia, las escuchas y prórrogas de las intervenciones telefónicas devienen nulas y dicha nulidad se extiende a toda la prueba.

El motivo se desestima.

**3.1.-** En efecto, como hemos dicho en STS 629/2011, de 23-6, partiendo de que la competencia de la Audiencia Nacional es lo excepcional y cuando no conste todavía acreditada inequívocamente la concurrencia de los elementos que determinan su competencia, ha de cederse ésta al órgano territorialmente competente (por todas, STS. 24.5.2002).

Consecuentemente la concurrencia de los presupuestos competenciales de la Audiencia Nacional establecidos en el art. 65.1 d), tienen que aparecer suficientemente acreditados al menos a los efectos provisionales de la determinación inicial de la competencia para que se altere el criterio establecido en la LECrim., que es a estos efectos norma preferente, lo que significa privar de justificación a apresurados comportamientos jurisdiccionales que presentan signos de inoportunidad en el desplazamiento competencial acordados en una fase inicial de la investigación que, por razones de inmediación, ofrece más y mayores posibilidades de éxito en la averiguación de la realidad de los hechos y en la identificación de las personas responsables, pues si no aparece acreditada de modo indubitado, claro o patente, la excepción, sería la jurisdicción común la que debe prevalecer, lo que no quita -dice el ATS. 8.2.2003- que en los niveles iniciales de instrucción las circunstancias o puntos de conexión definidores de la competencia, todavía aparezcan simplemente apuntados o con carácter indiciario o probable" ( STS. 619/2006 de 5.6).

Pues bien la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de tráfico de drogas o estupefacientes, art. 65.1 d) LOPJ, y la de los Jueces Centrales para instruir de las causas correspondientes, art. 88 LOPJ, está condicionada, a dos circunstancias que deben concurrir acumulativamente: la comisión del delito por bandas o grupos organizados y la producción de efectos -por el delito- en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Provinciales, bien entendido que lo que importa a los efectos de la competencia -como ha precisado esta Sala del Tribunal Supremo en S. 8 junio 2001-, "no es el carácter nacional o internacional de la banda que ha cometido el delito, ni el domicilio de sus miembros, ni los desplazamientos que éstos realizasen para la planificación y ejecución de la operación delictiva, sino la eventual difusión de los efectos del tráfico en territorios pertenecientes a distintas audiencias".

Criterio reiterado en ATS 14-6-2022 (Cuestión Competencia 20105/22) que insiste en que la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción en los delitos de tráfico de drogas requiere, de conformidad con el art. 65.1 d) LOPJ, la concurrencia cumulativa de dos requisitos: que sean cometidos por bandas o grupos organizados y que produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias, bien entendido que la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción, abstracción hecha de los tipos penales específicos, ha de ser interpretada de forma restrictiva en función de la excepcionalidad de la norma competencial en detrimento del principio general de territorialidad. Por ello esta Sala ha declarado que los criterios de atribución contenidos en el art. 65.1 c) y d) han de ser interpretados en función de la dificultad de una instrucción en el territorio donde se cometió el delito y su posibilidad de generar una lesión al derecho fundamental a las dilaciones indebidas ( Auto TS 15-12-2021, Cuestión Competencia 20793/2021).

Por ello, la producción de efectos en el territorio de varias Audiencias debe venir relacionado con la tenencia, difusión u otras modalidades descritas en el tipo delictivo, pero no con otros elementos relativos a la procedencia de las personas integrantes de la organización, o de quienes son captados para una operación concreta, ni tampoco con los lugares donde pudieran haber contactado o pudieran haberse reunido



accidentalmente para preparar la operación, ya que a los efectos de la competencia lo que importa no es el domicilio de los miembros de la organización, el simple transporte de la sustancia por el territorio de otras Audiencias o los desplazamientos que realicen para la planificación y ejecución de la operación delictiva, no determinan esta circunstancia ( AATS 1-6-2016, Cuestión Competencia 20260/2016; 30-9-2015, Cuestión Competencia 20449/2015).

El dato importante -se dice en STS 214/2019, de 23-4, es determinar el lugar en el que la organización realizaba la actividad principal, aunque hubieran llevado a cabo actividades secundarias en otras provincias.

**3.2.-** A mayor abundamiento, como decíamos en SSTS 619/2006, de 5-6; 720/2017, de 6-11, el principio de seguridad jurídica y el de necesidad de conservación de los actos procesales, art. 242 LOPJ, en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos como el presente, en el que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal, sino de una interpretación que tiene argumentos para sostener ambas posiciones ( STS. 10.12.2003).

En esta dirección la STS. 275/2004 de 5.3, citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, en un supuesto en que se examinaba la actuación investigadora de un Juzgado de Instrucción por un delito de falsificación de moneda -competencia exclusiva Audiencia Nacional, art. 65.1 d), LOPJ- declaró que "Salvo que se trate de vulneración de algún derecho fundamental de orden sustantivo ( STC 81/1998, fundamento de derecho 2º) las posibles deficiencias procesales sólo pueden tener incidencia en el juicio oral cuando determinen la nulidad, por su ilicitud, de alguna prueba determinada. Y esto no ocurre cuanto se trata de casos de incompetencia territorial o asimilados", añadiendo que: "en modo alguno cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto de la investigación de delitos competencia de la Audiencia Nacional. A todos los efectos, aunque sea la clase de delito lo que determina la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (razón objetiva), para los que aquí estamos examinando el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para instruir tienen todos los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional. Y en este sentido hay varias disposiciones de la LECriminal que dan supuesta la validez de lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial, (arts. 21.3, 22.2 y 24). Son válidas las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase".

Por tanto los efectos anulatorios de los arts. 11, 238.1 y 240 LOPJ. Únicamente se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos, lo que no ocurrió en el presente caso, en cuanto que, tanto funcional como objetivamente, el Juzgado de Villagarcía que llevó a cabo las actuaciones estaba habilitado para ello, siendo aplicables el art. 22.2 LECrim. y art. 243.1 LOPJ. en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos.

**CUARTO.-** El motivo cuarto, art. 852 LECrim en relación con el art. 846 bis c) apartados a y b, por infracción de los arts. 9 y 23 ambos de la LOPJ, arts. 8 y 14.4 LECrim, "falta de jurisdicción".

Denuncia la falta de competencia de la jurisdicción española para conocer de delitos cometidos en el extranjero y cuyo conocimiento en todo caso es de la Audiencia Nacional.

Se refiere a los casos de la supuesta bala adosada en un barco, el cual fue identificado en el extranjero (Houston) y no se encontró nada en su interior, y el del supuesto cargamento interceptado en origen, en el puerto de Panamá, causa que está archivada en origen, no siendo competente la jurisdicción española, al tratarse de un contenedor contaminado, supuestamente en origen en Perú y descubierto en Panamá, y figurando judicialmente archivada en origen, conforme el resultado de la Comisión Rogatoria solicitada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia. E insiste en todo caso en la competencia objetiva de la Audiencia Nacional, debiendo declararse la nulidad de actuaciones y la remisión de la causa al Juzgado Central de Instrucción y a la Audiencia Nacional.

**4.1.-** Dando por reproducido lo ya expuesto en el motivo precedente, la pretensión del recurrente debe ser desestimada, debiendo recordarse que la condena de este recurrente se contrae al delito de tráfico de drogas cometido en el seno de una organización criminal, respecto de sustancias que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia, arts. 369 bis párrafo 1º en relación con los arts. 368 inciso primero, párrafo primero, y 369-1-5ª, del que también son responsables en concepto de autores Miguel Ángel , Agustín , Pedro Jesús y Juan Pablo , referido a la introducción en el puerto de Valencia de un alijo de cocaína, 199.968 gramos, procedentes del puerto de Illo (Perú) en un contenedor del buque Hansa Oldenburg, de la naviera Hamburg Sud, siendo por tanto, Valencia, el lugar de destino de la mercancía y donde la droga fue intervenida, la competencia de la jurisdicción española y de los tribunales de este territorio debe ser mantenida.





**QUINTO.-** El motivo quinto art. 851.3 LECrim en relación con el art. 846 bis c) apartados a) y e) por infracción del art. 666 LECrim "cosa juzgada".

En la sentencia recurrida apartados 49 y 50 se menciona la cuestión alegada y se desestima afirmando que el sobreseimiento fue provisional, sin verificar ni acreditar el Ministerio Fiscal dicho extremo.

Señala como a los folios 13954 a 14038 figura íntegramente el resultado de la comisión rogatoria a Panamá, que acredita que la causa en dicho país en la cual se interceptó un contenedor contaminado en origen estaba archivada y sobreseída al no existir autores conocidos, por lo que dicho procedimiento no puede ser enjuiciado por la Audiencia Provincial de Valencia, pues al ser interceptada en origen la sustancia aprehendida, es la Jurisdicción Penal de Panamá la competente para el conocimiento de dichos hechos, sin que pueda aquella revisar dicha resolución judicial y tramitar un procedimiento enjuiciador respecto a hechos que han ocurrido en otro país cuyo archivo es definitivo y firme conforme la legislación española y panameña, art. 634 y ss. LECrim y art. 779.1 LECrim.

El motivo deberá ser desestimado.

**5.1.-** Como decíamos en SSTs 730/2012, de 26-9; 974/2012, de 5-12; 772/2017, de 29-11, la eficacia de la cosa juzgada consiste en aquélla que producen las sentencias de fondo y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre) por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado ( STS. 1375/2004 de 30.11).

Una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94, 20.6.97, 8.4.98) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE., como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. De la L.E.Cr.) todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

Asimismo en STS. 338/2015 de 2 de junio hemos recordado, como el Tribunal Constitucional por todas, sentencia 91/2008 de 21.7, ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribía, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Asimismo debe destacarse que este Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, comparando los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial.

La sentencia Tribunal Constitucional 69/2010 de 18.10 insiste en que la prohibición de incurrir en bis in idem procesal o de un doble proceso penal con el mismo objeto ha sido encuadrada por este Tribunal en el derecho



a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), concretándose dicha garantía en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento ( SSTC 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero; 249/2005, de 10 de octubre; 23/2008, de 11 de febrero; 60/2008, de 26 de mayo; 91/2008, de 21 de julio).

El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como, en lo que a este recurso de amparo interesa, de la proscripción de ulterior enjuiciamiento, cuando el mismo hecho ya ha sido enjuiciado en un primer procedimiento, en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos ( art. 14.7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966; art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1984) [ STC 249/2005, de 10 de octubre].

Asimismo esta Sala casacional -por todas STS. 505/2006 de 10.5-, recuerda la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona ( STS. 24.4.2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismo hechos, derecho que es una manifestación de principio "non bis in ídem", y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10-2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.77, según el cual "nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país".

**5.2.-** En el caso presente, de la comisión rogatoria dirigida a Panamá aparece que en dicho país se había seguido una causa por la interceptación de un contenedor contaminado, y la misma se encontraba sobreeséida por falta de autor conocido, lo que implica el sobreesimientamiento provisional del art. 641.2 ("cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores").

En efecto, son dos los motivos del sobreesimientamiento provisional. El primero se refiere a los supuestos en que "no resulte debidamente justificada la perpetración del delito", motivo que debe diferenciarse de los que suponen sobreesimientamiento libre conforme al art. 637 núm. 1º y 2º porque se refiere a la inexistencia de suficientes indicios racionales de criminalidad para estimar la presencia de un delito, en contraste con la absoluta ausencia de tales indicios que contempla el citado nº 1 del art. 637 y con la atipicidad de la conducta a que se refiere el 2º, se trata pues de una cuestión fáctica y no de interpretación jurídica, consistente en apreciar que lo que fueron indicios siguen existiendo (no han desaparecido y por ello no procede el sobreesimientamiento libre) pero sin expectativas de obtener nuevos datos inculpatórios, aspecto que debe razonarse en el auto que lo acuerde, si se solicita la práctica de diligencias de prueba ( STC 196/88, de 24-10).

El segundo motivo de sobreesimientamiento provisional es de índole análoga al primero, pero en vez de recaer la imposibilidad de prueba sobre la existencia del hecho, se refiere a la vinculación del mismo con el procesado o sospechoso de ser autor, cómplice o encubridor (o desconocido). En ambos supuestos, el procedimiento puede ser reabierto (no hay cosa juzgada) por el mismo órgano o, en su caso, por otro diferente ( STS 170/2021, de 25-2).

**5.3.-** Así se ha pronunciado la sentencia recurrida, punto 49 y 50, se remite a lo ya resuelto en el auto resolutorio de los artículos de previo pronunciamiento en sentido desestimatorio "puesto que tal sobreesimientamiento fue provisional y no excluye la jurisdicción española, precisando en el punto 60 que "si bien el primero de los cargamentos fue interceptado en Panamá, en Valencia operaba la organización que pretendía introducir la droga y desde donde se negoció y convino el envío, siendo además el lugar de destino de la mercancía ..." Por tanto, con arreglo a la teoría de la ubicuidad seguida por la jurisprudencia, el delito se comete también en Valencia, lo que determina la competencia de la jurisdicción española y la competencia de los Tribunales de este territorio.

Razonamiento correcto, dado que en relación con el delito de tráfico de drogas se ha declarado que dada la configuración del tipo (de simple actividad y de resultado cortado) aparecen incluidos en él una gran multiplicidad de conductas delictuales que permiten alumbrar de un único origen delictivo (exportación de



drogas tóxicas) una pluralidad de concreciones delictivas en el desarrollo de ese proyecto inicial amplio, con desarrollo de operaciones en muy distintos países ( STS. 101/2015, de 23 de febrero).

**SEXTO.-** El motivo sexto al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 846 bis c) apartado a) por vulneración del art. 24.2 CE. "Dilaciones indebidas".

Destaca que la investigación fue declarada secreta desde agosto 2015 y se continuó sin resultado alguno durante más de año y medio, sin conocimiento de los investigados.

Dicha falta de traslado y puesta en conocimiento junto con la duración de la misma superando el plazo establecido para la tramitación de la causa, sin declararla ni tan siquiera compleja, ha supuesto una vulneración procesal generadora de indefensión que atenta contra la presunción de inocencia y por tanto provoca la nulidad de las actuaciones al dejar transcurrir el plazo del art. 324 LECrim hasta que las diligencias previas se transformaron en sumario en el año 2019 cuando debió declararse la complejidad antes del 6-6-2015.

**6.1.-** El motivo -que aunque se anuncia por dilaciones indebidas, en su desarrollo no se hace referencia alguna ni a la duración del procedimiento ni a la existencia de paralizaciones injustificadas- deberá ser desestimado.

En efecto, en cuanto al plazo de instrucción del art. 324 LECrim, como se dice en la sentencia recurrida (punto 59) el apartado 3º de dicho precepto dispone que los plazos previstos quedarán interrumpidos en caso de acordarse el secreto de las comunicaciones durante la duración del mismo. La misma norma prosigue estableciendo que cuando se alce el secreto continuará la investigación durante el tiempo que reste hasta completar los plazos previstos en los apartados anteriores, sin perjuicio de la posibilidad de acordar la prórroga prevista en el artículo siguiente. En consecuencia, la omisión del auto de complejidad de la causa durante el periodo que abarca la declaración de secreto no constituye infracción procesal alguna, y desde luego no puede acarrear la nulidad de las intervenciones e injerencias motivadamente autorizadas por el Juzgado de Instrucción.

Además, la complejidad de la causa fue declarada dentro de los seis meses siguientes al levantamiento del secreto, dentro pues del plazo legal, mediante auto de 8-6-2017 (folio 9425, Tomo XLI).

**6.2.-** Y en cuanto a la declaración y prolongación de la duración del secreto durante prácticamente año y medio, tal cuestión fue planteada y resuelta por la sentencia recurrida, puntos 53 a 59, subrayando que el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE contempla, en su apartado cuarto, la posibilidad de que el acceso al expediente penal sea judicialmente denegado en determinados supuestos, siempre que no se perjudique con ello la equidad exigible de cada fase procesal; supuestos entre los que se encuentra la defensa de un interés público significativo, citando en tal sentido el riesgo de perjudicar una investigación en curso. Así se desprende también del art. 302 LECrim al reconocer que, en su perspectiva general, el acceso al expediente puede quedar temporalmente en suspenso si, para garantizar el resultado de la investigación, el juez de instrucción declara, total o parcialmente, secretas las actuaciones. Y, como indica la STC 176/1988, de 4 de octubre, el secreto tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones iniciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación, y constituye una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión por no impedir a la parte ejercerlo plenamente cuando se alce el secreto al haber satisfecho su finalidad. En consecuencia, considerando en el caso debatido que la investigación se llevó a cabo mediante intervenciones telefónicas, vigilancias y utilización de dispositivos de seguimiento, es claro que tales medios no habrían dado ningún resultado, ni se podría haber descubierto la actividad ilícita, ni en particular el cargamento de droga, si no se hubiera acordado el secreto de las actuaciones. Conforme a los principios expuestos y, vista la gravedad de los delitos investigados, el secreto estaba evidentemente justificado por razones de interés público.

En cuanto a la duración del secreto, es cierto que fue prorrogado, alcanzando prácticamente año y medio. En términos empleados por las SSTS 617/2018, de 3 de diciembre, 264/2018, de 31 de mayo, y 584/2015, de 8 de octubre, "Es verdad que hace también muchos años que el Tribunal Constitucional convalidó la práctica habitual de considerar que el plazo de un mes al que se refiere el legislador (art. 302) consentía prórrogas (vid. el temprano ATC 860/1987, de 8 de julio o la STC 176/1988, de 4 de octubre). Pero eso no puede llevar a situaciones que de facto comporten retroceder a épocas pretéritas legislativamente superadas. El Alto Tribunal desconecta el secreto interno del sumario del derecho a un proceso público, vinculándolo al derecho de defensa ( STC 174/2001, de 26 de julio). Por eso en todo caso se fija un límite temporal insoslayable: el secreto ha de alzarse antes de finalizar la investigación, con una antelación de al menos diez días. Sólo así se abre a las partes el conocimiento de lo actuado y la posibilidad de enriquecer la investigación con su propia perspectiva o de neutralizar los indicios que puedan militar en su contra." Esa previsión legal ( art. 302 Lecr.) situada en sede de procedimiento ordinario es de aplicación supletoria en el procedimiento abreviado ( art. 758 Lecr.). Sin embargo, aunque el secreto de las actuaciones se haya prolongado excesivamente o no se haya levantado con suficiente antelación a la conclusión del sumario, no puede derivarse de ahí sin más un

efecto anulatorio: "Vinculada la garantía al derecho de defensa, será necesario un plus: constatar que en efecto se han disminuido de manera relevante las posibilidades de defensa, no en abstracto y por vía de principios, sino en concreto. Hay que preguntarse si se ha privado a las partes de algún medio relevante de defensa que pudiese ser ahora recuperado mediante la nulidad y consiguiente retroacción." En resumidas cuentas, si bien la indebida prolongación puede tener consecuencias lesivas para el derecho de defensa, deben justificarse tanto el uso abusivo del secreto, como y muy especialmente, cuál es el perjuicio sufrido.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional -por todas SSTC 174/2001, de 26 julio y 176/1988, de 4 de octubre- declara la constitucionalidad de esta medida y su compatibilidad con los derechos fundamentales, añadiendo que el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar si se ha producido o no indefensión. Así, ésta se producirá con independencia del tiempo más o menos prolongado de duración de la medida si su adopción no fue razonable o si no aparece debidamente justificada y, en todo caso, si no se concede la oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas -sic- que en el sumario y bajo la vigencia del secreto hayan sido practicadas (en el mismo sentido la SSTS de 26 de diciembre de 2005, 11 de julio de 2003 y otras muchas).

En consecuencia, y por lo que se refiere al caso debatido, la duración del secreto del sumario no vulnera el derecho a la presunción de inocencia; porque, como se dijo anteriormente, este derecho se desenvuelve como regla de tratamiento y de juicio para la imposición de penas o medidas cautelares. Pero sí puede lesionar el derecho de defensa. No obstante, la simple alegación planteada por la defensa de Emilio no implica nulidad de actuaciones. Debe examinarse si el secreto estaba justificado y si se produjo indefensión. En cuanto al primer aspecto, los continuos datos que se venían obteniendo acerca de futuras operaciones de introducción de droga en España justificaron la continuación del secreto hasta obtener todas las evidencias: en particular, la interceptación de la mercancía ilícita. Debemos recordar que la investigación fue muy compleja, que Wilson planificó simultánea y sucesivamente diversas operaciones, con distintos suministradores, que algunas no se consumaron y que progresivamente se fue descubriendo el entramado de la organización, cuya actividad no se limitó a un momento determinado, sino que se mantuvo durante largo tiempo hasta que finalmente se produjo el comiso de la cocaína. En cuanto al segundo aspecto, no se ha producido indefensión alguna, pues alzado el secreto la defensa pudo proponer las pruebas que estimó necesarias en relación con las diligencias llevadas a cabo durante el secreto, sin que conste la pérdida de ninguna oportunidad procesal a causa de la duración concreta del secreto en este proceso.

### 6.3.- Razonamiento acertado.

La jurisprudencia ha abordado en numerosas ocasiones el tema relativo al secreto de sumario, SS. 1179/2001 de 20.7, 296/2007 de 15.3, entre otras, recordando que: "...Solo desde el reconocimiento del carácter de la instrucción penal como fase preparatoria del Juicio Oral, pueden comprenderse una serie de características que pueden ser opuestas a las que rigen el Plenario.

Entre otras, podemos citar como características de la fase de instrucción:

- a) El carácter escrito de esta fase de instrucción opuesto a la oralidad e intermediación que tiene el Plenario exige el art. 120 de la Constitución.
- b) La competencia funcional diferenciada entre una y otra fase -instrucción y plenario-, de suerte que en la fase de Plenario intervengan Jueces imparciales diferentes de aquél que haya efectuado la instrucción, pues por ello, puede haber perdido la imparcialidad -basta la apariencia de su pérdida-, también aquí podemos citar la previsión de la LECriminal cuya Exposición de Motivos se refiere al "...Tribunal extraño a la instrucción...".
- c) Y con especial relevancia para la denuncia efectuada, el secreto de las actuaciones de instrucción, se justifica, precisamente por la naturaleza puramente preparatoria pero no enjuiciadora de la instrucción. Por ello el art. 301 establece el principio general de secreto del sumario, y el art. 302 prevé dicho secreto incluso para todas las partes personadas, excepto el Ministerio Fiscal.

La actual redacción del art. 302 es consecuencia de la extensión del principio acusatorio al sumario, de suerte que si por virtud del art. 118 -modificado, al igual que el 302, por la Ley 53/78 de 4 de Diciembre- desde el mismo momento de la imputación puede ejercitar toda persona el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, adelantando al momento del traslado de la imputación lo que en el sistema original de la LECriminal se situaba en el procesamiento, paralelamente, este mayor protagonismo tiene como límite que dicho conocimiento pueda perjudicar la investigación, y por ello se arbitra la posibilidad de declararlo secreto para las partes en el art. 302, que no es sino una excepción al principio general de defensa e intervención en el sumario de toda persona desde el traslado de la imputación, entendiéndose por tal la sospecha de haber participado la persona concernida en la comisión de un hecho punible, sin que como se recuerda en la STC 152/93 de 3 de Mayo, pueda retrasarse el momento de la imputación.



Ciertamente que la posibilidad de declarar secreto el sumario, como toda norma limitativa de derechos fundamentales, debe ser interpretada de forma restrictiva, y por tanto efectuarse el correspondiente juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho de defensa en la fase de instrucción con la generosidad y amplitud que le reconoció la reforma del citado artículo 118 ante su colisión con otros intereses igualmente dignos de protección, incluso más dignos de protección, como son los de la realización de la justicia e investigación de los delitos, finalidad de primer orden, en una sociedad democrática, pues no debe olvidarse que la realización de la justicia constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico – art. 1 C.E.–, por lo que es preciso establecer precauciones de salvaguarda cuando la intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar lugar a interferencias, manipulaciones u obstaculizaciones de investigación con riesgo de frustrar sus objetivos –en tal sentido STS de 19 de Octubre de 1995–".

Por ello la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta las circunstancias del caso y la finalidad de evitar rápidas reacciones defensivas con posible destrucción de pruebas, y que no cabe exigir el respeto escrupuloso de unos plazos pensados para la generalidad de los casos, especialmente cuando el acusado conoció con la debida antelación, respecto del juicio oral, cuanto podía perjudicarlo y pudo preparar su defensa con todas las garantías; y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/2001, de 26 de julio, recuerda que la posible vulneración de derechos constitucionales como consecuencia de que se hubiese acordado el secreto del sumario, como este Tribunal declaró en la STC 176/1988, de 4 de octubre, haciendo suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( S TEDH de 8 de diciembre de 1983, casos Pretto y otros, y Axen; de 22 de febrero de 1984, caso Sutter), y en concreto respecto el derecho al proceso público reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sólo es aplicable al proceso en sentido estricto, esto es, "al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad". La publicidad del proceso protege a los justiciables contra una justicia secreta que escape de la fiscalización de lo público, constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los Tribunales, de forma que, al dotar a la Administración de Justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo ( STEDH 8 de diciembre de 1983, caso Axen). La publicidad de las actuaciones judiciales constituye, por su parte, un principio constitucional, que aparece recogido en el art. 120.1 CE con un claro reconocimiento de la posibilidad de que la legislación procesal establezca excepciones. Este es el caso de la legislación procesal penal, que parte de que el sumario es secreto para cualquiera salvo para las partes personadas "que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento" ( arts. 301, 302 LECr.), pudiendo el Juez de Instrucción declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Ministerio Fiscal, de las partes o de oficio, mediante Auto, "por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario". Consecuencia de ello es que cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECr., no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto. La suspensión temporal del conocimiento de lo actuado puede, no obstante, incidir en el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso penal ( STC 176/1988, de 4 de octubre), ya que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para ejercer el derecho de defensa, esto es, para poder alegar, probar e intervenir en la prueba ajena controlando su correcta práctica y teniendo posibilidad de contradecirla ( STC 176/1988); de modo que, aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión ( STC 176/1988), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado "en disposición de preparar su defensa de manera adecuada" ( STEDH de 18 de marzo de 1997, caso Foucher). De otra parte, en la medida en que el secreto del sumario restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase sumarial, éstas no podrán aportarse al proceso como pruebas preconstituidas, pues, como hemos declarado de forma reiterada (entre muchas, SSTC 62/1985, de 10 de mayo, 137/1988, de 7 de julio; 182/1989, de 3 de noviembre, 10/1992, de 16 de enero, 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 49/1998, de 2 de marzo, 7/1999, de 8 de febrero), la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida exige no sólo que se haya practicado ante el Juez, sino con garantía de contradicción, y ello porque constituye una excepción a la regla de que la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción. Añade el Tribunal Constitucional, en la sentencia antes reseñada, que a la luz de esta doctrina ha de negarse que se haya producido al recurrente ninguna lesión del



derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión debido a las irregularidades, presuntamente cometidas, en la forma en que se acordó la prórroga del secreto del sumario, debido a su duración y al hecho de que en todo el período no se dictara ninguna resolución judicial justificativa del mismo, pues ninguno de estos datos tienen relevancia constitucional en sí mismos considerados en el marco del derecho invocado. Si la adopción de esta medida legalmente prevista se justifica en su necesidad para asegurar la investigación, y con ello, la función de administración de la justicia, al impedir "que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos" (STC 176/1988, de 4 de octubre), no puede sostenerse que el secreto del sumario fuera acordado en el caso analizado sin una ponderación razonable de su necesidad. De otra parte, adoptado el secreto del sumario por el Juez de Instrucción y dirigida la investigación sumarial por el propio Juez, carece de sentido sostener que el secreto se adoptó sin garantía de control judicial. A partir de esta consideración, la duración del secreto del sumario no constituye, en este caso, un dato con relevancia constitucional en sí mismo considerado, sino una infracción de las normas procesales (art. 302 LECr.) que sólo puede adquirir aquella relevancia si, en conjunción con otras circunstancias, ocasiona indefensión real y efectiva, pues, como hemos afirmado en múltiples ocasiones, y reiterado en la STC 87/2001, de 2 de abril, la infracción de las normas o reglas procesales produce la lesión del derecho fundamental únicamente cuando suponga una merma significativa y definitiva de las posibilidades de defensa. A ello se refiere el recurrente cuando sostiene que la adopción del secreto del sumario y su duración tuvo por objeto impedir que éste conociera la existencia del proceso, retrasando el momento en que el encausado adquirió la condición de imputado y conoció las imputaciones existentes contra él, así como impedirle la posibilidad de recurrir el secreto y contradecir las pruebas testificales practicadas durante la instrucción. Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede otorgarse razón al recurrente. Como hemos afirmado (por todas SSTC 41/1998, de 24 de febrero, 87/2001, de 2 de abril, recogiendo la doctrina anterior), el art. 24 de la Constitución prohíbe que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se "haya fraguado a sus espaldas", de forma que el objetivo y finalidad del art. 118 LECr. reside en informar al acusado acerca de su situación para que pueda ejercitar su derecho de defensa y evitar, de esta forma, una real indefensión derivada del desconocimiento de su condición procesal. Reiterando esta doctrina y extractando la anterior, en la STC 14/1999, de 23 de febrero, (igualmente, STC 19/2000, de 31 de enero), hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas (STC 273/1993, de 20 de septiembre FJ 2):

- a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado;
- b) como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación;
- c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario.

Ahora bien, "si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985, 135/1989 y 273/1993). Pero la materialidad de esa indefensión, que constituye el objeto de nuestro análisis, exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado". Sigue diciendo el Tribunal Constitucional que en el caso, el imputado conoció la existencia del proceso y las imputaciones existentes contra él, una vez levantado el secreto del sumario, en un momento en el que podía preparar su defensa y ejercerla sin ninguna limitación contestando el escrito de acusación, proponiendo las pruebas que estimó pertinentes y sometiendo a contradicción las pruebas de la acusación en el juicio oral, como así sucedió y resulta de la lectura de las actuaciones.

Por consiguiente, ni la imposibilidad de recurrir el secreto del sumario o de contradecir las pruebas testificales practicadas durante la instrucción, de otra parte consecuencia del mismo carácter secreto del sumario, ni el momento en que tuvo conocimiento de la imputación evidencian la indefensión alegada.

En el marco de lo alegado en este bloque, sólo podría tener relevancia constitucional la imposibilidad de contradecir las declaraciones testificales prestadas ante el Juez de Instrucción durante la fase secreta del sumario si se hubieran introducido en el proceso como pruebas preconstituidas, pues, como acabamos de advertir, la legitimidad constitucional de la prueba preconstituida requiere que se haya practicado con garantía de contradicción. Sin embargo, como se expondrá a continuación, tampoco se observa infracción de las garantías procesales, pues las declaraciones de los acusados y testificales no fueron introducidas en



el proceso como pruebas preconstituidas, sino a través de las declaraciones, prestadas en el juicio oral de aquellos mismos.

En definitiva, la declaración del secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECrim, no resulta en sí misma limitativa del derecho a un proceso público, sino a lo sumo del derecho de defensa ( STC. 100/2002 de 6.5), y tan sólo está adoptando una decisión con base a la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto ( STC. 174/2000 de 26.7).

**SÉPTIMO.-** El motivo séptimo art 849.2 LECrim, vulneración del art. 24.1 CE en relación con el art 656 y 659 LECrim solicitud de admisión de prueba fuera del escrito de acusación sin conferir traslado a las partes con ofrecimiento de prueba de descargo vulnerando el principio de presunción de inocencia.

Entiende la parte que no cabe interponer fuera del escrito de calificación solicitud de prueba alguna por el Ministerio fiscal y que precluido el trámite queda su solicitud como cuestión previa en el acto del juicio y en cualquier caso, sea en el escrito de calificación o como cuestión previa hay que someter a contradicción de parte dicha prueba al objeto de oponerse o solicitar prueba de descargo exculpatoria.

Recuerda que no se trató de un simple error, como alegó el Ministerio fiscal en su solicitud extemporánea, sino que fue para convalidar la prueba de cargo por lo que solicitó fuera de plazo la citación como testigos para ratificar a los agentes aduaneros NUMA NUM025 y Guardia Civil NUM026 , los cuales fueron los que realizaron la diligencia de apertura e inspección del contenedor, su remisión a Sanidad y formalizaron la cadena de custodia.

El motivo se desestima.

**7.1.-** Respecto a las exigencias temporales el proceso penal como todo proceso que se integra por una relación ordenada de fases aparece regido por el principio de preclusión, tal principio no tiene un fin en sí mismo, sino que tiene una naturaleza instrumental para permitir la sucesión de fases bajo los principios, entre otros, de igualdad e interdicción de la indefensión.

En los que se refiere a la proposición de pruebas, es claro que el momento previsto en lo que se refiere al sumario ordinario, está constituido por el escrito de conclusiones provisionales - arts. 650 y ( 22). y especialmente el art. 728 LECrim.- pero ello no ha sido entendido como tal interdicción de presentar prueba extramuros del escrito de calificación provisional.

En efecto, como recuerda la STS. 1060/2006 de 11.10, una no ya reciente línea jurisprudencial abrió la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad al de calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos -obvios- de que esta nueva proposición de pruebas no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes ( STS. 13.12.96), posibilidad admisible, por ejemplo, en los supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.

En conclusión hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:

- a) Esté justificada de forma razonada.
- b) No suponga un fraude procesal y
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.

Se trata, se insiste, en la STS. 1060/2006 de 11.10 ya citada, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permite el art. 793-2º de la LECriminal, actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002 de 24 de Octubre, en el marco de la Audiencia Preliminar que precede al debate del Plenario.

En efecto, como recordaba la STS 60/1997 de 25 de Enero de 1999:

"... El art. 793-2º de la LECriminal -actual 786.4- permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en



el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) Competencia del órgano judicial.
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.
- c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
- d) Causas de suspensión del Juicio Oral.
- e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral....".

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

Sobre si ésta posibilidad es aplicable al sumario ordinario, la STS. 94/2007 de 14.2, insiste en dar una respuesta positiva, y ello por las siguientes razones:

- a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECriminal en la Ley con fecha de 14 de Septiembre de 1882.
- b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el Procedimiento --sobre todo en material criminal-- será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.
- c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTS de 10 de Octubre de 2001 ó la 2/98 de 29 de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

En definitiva como se lee en la STS. De 29.9.98: "al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos etc... e incluso proponer otras que las desvirtúen".

En el caso actual nada se puede objetar a que la proposición de alguna prueba se lleve a cabo con antelación al comienzo del juicio oral, y no consta que se formalizará por el hoy recurrente protesta en que solicitara la necesidad de nuevos elementos de prueba, e incluso en el motivo se señala que el resultado de la prueba le ha sido favorable a la parte.

**OCTAVO.-** El motivo octavo del art. 850.1 LECrim. Denegación de diligencias de investigación en fase de instrucción.

Alega que conforme explicó la identificación del contenedor con números y letras así como la numeración diferente de la declaración sumaria de carga y descarga, hacía necesaria verificar esos datos al objeto de acreditar quien era el titular del contenedor, su categoría y su numeración de serie, al igual que es necesario verificar de qué barco se descargó, comprobando las declaraciones sumarias existentes.

Por ello para acreditar el error existente en la cadena de custodia al existir hasta cuatro contenedores distintos y generar la duda de que la droga incautada era la misma desde el origen hasta su remisión a Sanidad y que esta es la que se ha valorado, se solicitaron los medios probatorios o diligencias de investigación siguientes:

"-Se requiera a la autoridad portuaria de Valencia al objeto de que identifique a todas las Consignatarias del citado Buque, y una vez identificadas aporten la correspondiente declaración sumaria de carga en origen y de descarga en el Puerto de Valencia con identificación de todos los contenedores que llevaba el barco Hansa Oldenburg el día 24/01/17.

-Se requiera a la autoridad portuaria de origen el listado de contenedores cargados en el puerto de origen y con destino al puerto de Valencia, llamado aquí declaración sumaria de carga.

Requerir al puerto de origen:





Identifique lugar de almacenamiento de los contenedores, si existen o no cámaras de seguridad y vigilancia de los mismos.

Empresa y personal que realizó la carga del contenedor y pudo contaminarlo.

- Declaración de Almanzor Braulio .

- Prueba caligráfica del presunto cuadrante encontrado en casa de Miguel Ángel .

- Auditoría sigo ordenadores GC puerto y de la conformta odaifi y escaner al objeto de verificar que el funcionario GC Jesús Luis no los consulto."

**8.1.-** El motivo deberá ser desestimado.

En el caso presente, tal como se razona en la sentencia recurrida (punto 46) no había razón para entender que la relación completa de contenedores o empresas arrojaran datos para cambiar el resultado del juicio, que otras diligencias se referían a actividades no atribuidas directamente a los procesados, que era evidente que las personas que introdujeron la droga en el contenedor de origen no fueron los procesados, no hay razón para entender que pudiera llegar a conocerse su identidad, y aún en este caso, no había motivo para suponer que cambiara la resultancia probatoria respecto del recurrente.

En efecto, esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el derecho a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución ( STC 45/2000, de 14 de febrero)>>.

**NOVENO.-** El motivo noveno art. 850.3 LECrim, vulneración de la tutela judicial efectiva y del derecho a la defensa al denegar preguntas al testigo Fidel .

Este testigo no recordaba en concreto lo que había hablado por teléfono con Miguel Ángel y Agustín y a tal efecto se intentó se le mostrasen las transcripciones de las grabaciones de las conversaciones con estos, así como las declaraciones en sede policial, siendo denegada rotundamente esa posibilidad por la Presidenta del Tribunal.

El motivo se desestima.

**9.1.-** Es importante resaltar que no basta con que una pregunta sea declarada pertinente -y provoque la estimación del recurso- sino que es preciso valorar la relevancia, necesidad y, en consecuencia, causalidad



de las preguntas en relación con el sentido del fallo debiéndose apreciar globalmente ambos elementos para estimar presente e infringida la norma procesal ( STS 1125/2001, de 12-7). Pues en la decisión del recurso de casación lo relevante es determinar si la negativa a responder privó a la defensa del ejercicio de facultades inherentes a tal condición y si las preguntas omitidas eran relevantes en el preciso sentido de haber tenido aptitud para variar la decisión final, pues no de otro modo debe interpretarse la frase "manifiesta influencia en la causa" a que se refiere el art. 850.3 LECrim ( SSTS 2612/2001, de 4-12; 1064/2004, de 30-9; 1323/2009, de 30-12).

En este sentido, la STS 577/2021, de 1-7, precisa en cuanto a la queja por la negación de preguntas a testigos que "hay que tener en cuenta que estas quejas deben analizarse desde el punto de vista del análisis ex post de la sentencia" y en orden a evaluar en que medida la sentencia hubiera cambiado para ahondar en la importancia y trascendencia de la que se queja del Magistrado en orden a las preguntas que alega que quiso hacer y no se dejó.

Así, el examen no es, en sí mismo, sobre la pregunta en sí, sino sobre el reflejo de esa pregunta en cuáles han sido los elementos de valoración de prueba del Tribunal y la eficacia de alteración del fallo por esta queja casacional ex art. 850.3 LECrim por la interrupción del Magistrado en las preguntas que se formulaban.

El marco señalado del alcance de la valoración probatoria efectuada por el Tribunal rebaja la trascendencia de la queja casacional en cuanto al interrogatorio que pretendía, dada la nula eficacia de esta fase en el resultado valorativo y poniendo el acento en cuál fue la prueba que el Tribunal ha reflejado para enervar la presunción de inocencia.

No se trata, pues, en esta vía, de qué preguntas no se permitieron hacer y que el recurrente considera pertinentes, sino del alcance de su eficacia en el resultado final, y por ello, su trascendencia determinante de la alteración valorativa en la fijación del fallo."

En el caso que se examina, no se hace referencia a preguntas denegadas, sino propiamente a haberse denegado la exhibición de las transcripciones de unas grabaciones telefónicas y de unas declaraciones en sede policial. Siendo así, no consta que se le negara al testigo contestar a alguna pregunta de la defensa, ni que la declaración del testigo -que se analiza en el punto 116 de la sentencia recurrida- no hubiera sido conforme con la declaración sumarial -y no como se pretende en el motivo con la policial pues el atestado policial se integra por una serie de actos de investigación que pueden contener fuentes de prueba, pero no prueba en sí misma, y por ello el valor procesal de tales actuaciones es el de simple denuncia ( art. 297 LECrim)- lo correcto hubiera sido proceder a la lectura de esa declaración sumarial.

Sin olvidar que en la valoración de su declaración la Audiencia consideró que la información que suministró tenía escasa repercusión en la resultancia probatoria del juicio y era compatible con la confesión de los acusados y no era óbice para que se utilizaran los servicios de Jesús Luis .

**DÉCIMO.-** El motivo décimo al amparo del art. 852 LECrim. Nulidad auto acordando la detención incomunicada del recurrente, vulneración del art. 17.3 y 24.2 CE por infracción art. 520 LECrim.

Cuestiona el carácter incomunicado de la detención y la defectuosa lectura de derechos durante la detención y alega que dada a importancia de decretar la detención incomunicada y la limitación excepcional de derechos reconocidos en el art. 520 LECrim, es generador de indefensión y por tanto nulo.

Basa su alegación en la existencia de dos contenedores distintos, siendo solo uno el supuestamente contaminado y de dos declaraciones sumarias distintas. Pero como razona la sentencia recurrida (punto 36) el hecho de que hubiera podido haber un error material en la numeración de los contenedores no afectaba a la realidad de la aprehensión efectiva de la droga. Y que en concreto, en el auto de 25-1-2017, que acordó la detención incomunicada, figuraba el número del contenedor correcto HLXU8065289, que era el que constaba en el acta de apertura y justifica la medida razonablemente por el riesgo de pérdida de fuentes de prueba, considerando que se estaban practicando diligencias y que cabía efectuarse en concreto la entrada y registro en sus domicilios.

El motivo deberá ser desestimado.

**10.1.-** En efecto, son causas de la incomunicación, conforme al actual art. 509.1 LECrim:

- a) "necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona.
- b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal."



Las circunstancias transcritas son literalmente coincidentes con las causas previstas por la Directiva 2013/48/UE de limitación de los derechos a la asistencia letrada (art. 3-6) y a que la detención sea comunicada a un tercero (art. 5-3).

Los peligros que la incomunicación quiere evitar son dos: I) para la vida, libertad e integridad física de una persona y, II) para la obtención o la pureza de la prueba: cuando resulte necesario practicar la detención y el conocimiento del hecho de que se ha producido o la información que pueda proporcionar el detenido a terceros suponga uno de los riesgos referidos, la incomunicación podrá ser acordada con estricto cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre ellas, la limitación en todo caso dentro de los plazos máximos que se establecen en el apartado 2 del art. 509 LECrim (5 días con posibilidad de prórroga por otro plazo no superior a 5 días en caso de los delitos a que se refiere el art. 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas.)

Los autos que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige ( ATC 155/99, de 14-6). De manera que es ciertamente exigible la exteriorización de los extremos que permitan afirmar la ponderación judicial efectiva de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (por todas SSTC 161/97, de 2-10; 61/98, de 17-3; 49/99, de 5-4).

Será necesario, asimismo, que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida -la averiguación del delito- y el sujeto afectado por ésta -aquel de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él- es un prius lógico del juicio de proporcionalidad ( STC 166/99, de 27-9).

**10.2.-** En el caso actual, como se ha puesto de manifiesto, la medida acordada cumplió el canon constitucional ya que la necesidad de la incomunicación derivaba de la especial gravedad del delito investigado, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurrían, haciendo imprescindible diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación fueran practicadas con el mayor secreto.

**UNDÉCIMO.-** El motivo undécimo, art. 850 LECrim: Falta de elaboración del informe favorable cuestionando la legalidad del auto acordando las intervenciones telefónicas.

Considera que procede acordar la nulidad de las intervenciones telefónicas al haberse prescindido del informe previo y cuestiona la respuesta dada por la sentencia recurrida que resolvió negativamente la nulidad interesada, razonando (punto 21): "la preceptiva audiencia del Fiscal que establece el art. 588 bis c. 1 Lecr. fue introducida por la LO 13/2015, de 5 de octubre, que entró en vigor el 6 de diciembre/de 2015, después de los autos acordando las intervenciones telefónicas de fechas 4 y 17 de septiembre, 2, 8, 15 y 29 de octubre, y 13 y 25 de noviembre de 2015. A la fecha de dichos autos no estaba vigente la referida exigencia legal, por lo que no se ha producido infracción alguna de las normas procesales. En ese momento, solamente era necesaria resolución judicial motivada, conforme a lo exigido en el art. 18.3 CE y a la doctrina constitucional al respecto, sin que se estableciera legal ni constitucionalmente ninguna clase de control previo del Ministerio Fiscal. Una vez que entró en vigor la reforma legal mencionada, el 9 de diciembre el Juzgado de Instrucción emplaza al Ministerio Fiscal para que emita informe sobre la solicitud de nuevas intervenciones, y el mismo día el Ministerio Público, informa favorablemente, por lo que el auto de 11 de diciembre de 2015, que acuerda nuevas escuchas telefónicas y medidas de investigación restrictivas del secreto a las comunicaciones cumple los nuevos requisitos legales. A partir de ese momento, siempre se cumplió el preceptivo emplazamiento al Ministerio Fiscal."

Y entiende, por el contrario, que conforme a sentencias anteriores del TC, se justificaba esa necesidad preceptiva antes de la modificación legislativa.

El motivo se desestima.

**11.1.-** La jurisprudencia del Tribunal Supremo, SSTs 483/2007, de 4-6; 98/2010, de 12-2; 644/2011, de 30-6; 1044/2011, de 11-10; 912/2016, de 1-12; 935/2022, de 1-12, era clara al señalar que no puede sostenerse la ausencia de control judicial de la injerencia por el solo hecho de que se haya omitido la notificación del auto autorizante al Ministerio Fiscal. El art 18.3 CE subordina la medida a la existencia de "resolución judicial" que la autorice y en línea de principio ello parece suficiente para alcanzar la garantía constitucional. La notificación al Ministerio Fiscal puede ser un "plus" de garantía procesal pero no tiene en rigor rango de exigencia constitucional.



En efecto -como hemos dicho en STS. 901/2009 de 24.9- siendo una medida secreta por su propia naturaleza, y por ello necesariamente temporal, no es desorbitado posponer su revisión o crítica a un momento posterior, sin causar por ello indefensión alguna al investigado, ejerciendo el Ministerio Fiscal de esta forma la defensa de la legalidad, subsanándose plenamente la posible omisión inicial. Por otra parte, el auto se dicta en el seno de las diligencias previas correspondientes, cuya incoación hay que entender puesta en conocimiento obligatoriamente del Ministerio Fiscal, que a partir de dicho momento está personado permanentemente en la causa.

Por último, la jurisprudencia de esta Sala sostiene esta línea interpretativa en SSTs. 1246/05, 138 y 1187/06, y 126/07, 1013/2007, siendo particularmente explícita la STS. 793/2007. que tras examinar la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala, llega a la conclusión que "no cabe afirmar que exista una doctrina jurisprudencial que haya establecido que ese defecto procesal, por sí solo, pueda llevar consigo la vulneración del derecho del art.18.3 CE con los consiguientes efectos de prohibición de valoración de la prueba previstos en el art. 11.1 LOPJ". Pasa revista a continuación a cinco SSTC referidas a esta cuestión.

Así, en relación con la 126/07, lo que se dice a título de "obiter dicta" en su fundamento de derecho quinto es que "el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas "diligencias indeterminadas" no implica, "per se", la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues... lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control. Tanto el control inicial, pues aún cuando se practique en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art 124.1 CE) como el posterior (cuando se alza la medida) por el propio interesado que ha de poder reconocerla e impugnarla. Por ello, en la citada resolución (se refiere a/fundamento sexto de la STC 49/99) consideramos que no se había quebrado esa garantía al haberse unido las diligencias indeterminadas, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito... ". Lo transcrito anteriormente, no es desde luego incompatible con lo afirmado más arriba puesto que la garantía judicial no excluye ni mucho menos la intervención del Ministerio Fiscal en todo momento, conste o no la diligencia de notificación del auto.

La STC 20/05 también en el fundamento de derecho quinto, se refiere a un caso en el que nunca llegó a incorporarse al proceso judicial el auto que autorizó la intervención telefónica, lo que determina la vulneración del derecho fundamental. Una vez declarado lo anterior, sostiene que ello queda reforzado porque se trataba de un modelo estereotipado "y que contiene una errónea referencia a la investigación del delito de tráfico de estupefacientes" y porque "no fue notificado el Ministerio Fiscal ", además de la omisión de otros datos en el auto referido, "por lo que todas estas circunstancias conocidas a "posteriori" abundarían en la pertinencia del otorgamiento del amparo del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ". La cuestión aquí debatida no es el fundamento esencial de la sentencia.

La 165/05, se refiere a un defecto de motivación y "como causa concurrente... la falta de notificación al Ministerio Fiscal...

También la STC 259/05, igual que la anterior, establece junto al defecto de motivación de las resoluciones judiciales "como causa concurrente... la falta de notificación al Ministerio Fiscal, lo que ha impedido a aquél ejercer la función de promoción de la defensa de los derechos de los ciudadanos ". O la STC. 146/06, en la misma línea de apreciar la falta de motivación imprescindible, añadiendo la falta de notificación al Ministerio Fiscal.

Esta última omisión, según se desprende de lo anterior, es causa concurrente, pero no decisiva por sí sola para declarar la vulneración del art. 18.3 CE por falta de garantía del control de la medida autorizada con motivación suficiente por el Juez de Instrucción, como señala la mencionada STS 793/07 máxime cuando el propio Ministerio Fiscal, que no formuló protesta alguna, sostiene en la impugnación del recurso, la legalidad de las intervenciones.

Por todo ello, el razonamiento invalidante de las escuchas esgrimido por los recurrentes -la garantía judicial para ser tal exige el conocimiento previo del Fiscal de la adopción de la medida-, no se deduce de la norma constitucional ni directamente de la doctrina que la interpreta, lo que ha de conllevar la desestimación de la queja planteada.

No siendo ocioso destacar la actual doctrina del Tribunal Constitucional SS. 197/2009 de 28.9, 219/2009 de 21.12, 220/2009 de 21.12, 26/2010 de 27.4, 72/2010 de 18.10, en el sentido de que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto -y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga



se dictan en el seno de unas diligencias indeterminadas, que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente- posteriores resoluciones -han declarado contrario a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos ( SSTC 205/2002, de 11 de noviembre; 165/2005, de 20 de junio; 259/2005, de 24 de octubre; 146/2006, de 8 de mayo). Por tanto "lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese" ( STC. 197/2009 de 28.9). Lo que llevaba a concluir en aquel caso -en el que las intervenciones telefónicas se habían acordado en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento- que la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de notificación al Fiscal de los autos que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagró, por tanto, un secreto constitucionalmente inaceptable".

En la misma dirección SSTs. 1246/2005 de 31.1, 13 8/2006 de 23.11, 1187/2006 de 30.11, 126/2007 de 5.2, 1013/2007 de 26.11, 1056/2007 de 10.12, 25/2008 de 29.1, 104/2008 de 4.3, 134/2008 de 14.4, 222/2008 de 29.4, 530/2008 de 15.7, 671/2008 de 22.10, 901/2009 de 24.9, 98/2010 de 2.2, 628/2010 de 1.7, 362/2011 de 6.5, vienen sosteniendo que esa falta de notificación al Ministerio Fiscal, solo constituiría, en su caso, una irregularidad procesal, sin trascendencia alguna respecto al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE.

Por último se ha mantenido que "la omisión del trámite de audiencia al Ministerio Fiscal queda fuera del límite constitucional fijado a la injerencia en el art. 18.3 CE ... sin que comporte un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención cuando ... la medida de investigación se realice en un verdadero proceso, del que tenga constancia el Ministerio Fiscal desde el primer momento y puede por ello intervenir en las actuaciones en defensa de la legalidad y como garante de los derechos del ciudadano, garantizándose así la posibilidad real y efectiva de controlar la medida hasta su cese." ( STS 244/2021, de 17-3).

En efecto, como resalta la doctrina más autorizada, "más complicado resulta integrar el informe del Ministerio Público con el contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, hasta el punto de que su ausencia pueda ser vista, siempre y en todo caso, como una afectación de la validez de la diligencia de investigación."

**DUODÉCIMO.-** El motivo duodécimo, art. 852 LECrim infracción presunción de inocencia art. 24.2 CE. Rotura de la cadena custodia art. 282 LECrim.

Argumenta que la sentencia recurrida en los apartados 37 a 42 justifica la validez de la cadena de custodia y pretende justificar que el error en una declaración sumaria y en la numeración del contenedor que transportaba la droga son meros errores formales no invalidantes y recuerda que la numeración del contenedor es única para cada contenedor y es su DNI al igual que cada descarga en el puerto tiene su declaración sumaria distinta. Y el error denunciado afecta al origen de la cadena de custodia, hasta el punto de no saber de dónde se extrajo realmente la droga ni de qué barco se descargó el contenedor. Ambos errores son invalidantes y de notoria importancia y afectan a la cadena de custodia y a la validez de la prueba de cargo. Además tampoco se supo qué agentes se hicieron cargo de la custodia, dónde se depositó la sustancia, quién la trasladó a Sanidad y qué funcionario de Sanidad se hizo cargo de la misma.

El motivo debe ser desestimado.

**12.1.-** El problema que plantea la cadena de custodia ha sido resuelto con reiteración por esta Sala -SSTS 714/2014, de 26-9; 682/2017, de 18-10; 120/2018, de 16-3; 283/2018, de 13-6; 453/2021, de 27-5-, en el sentido de que la irregularidad de la "cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar, que las "formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no



fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

En similar sentido la STS. 545/2012 de 22.6, resuelve que bien es cierto que la vulneración de la cadena de custodia puede tener un significado casacional, pero no como mera constatación de la supuesta infracción de normas administrativas, sino por su hipotética incidencia en el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

En igual sentido la reciente STS 277/2016, de 6-4, resuelve que la cadena de custodia no es una especie de liturgia formalizada en la que cualquier falla abocaría a la pérdida de toda eficacia. Lo explica bien la STS 795/2104, de 20 de noviembre: "La cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis, pero no a su validez. SSTS 129/2011 de 10 de marzo; 1190/2009 de 3 de diciembre ó 607/2012 de 9 de Julio ( STS núm. 1/2014, de 21 de enero).

Constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo la cadena de custodia sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. No es prueba en sí misma. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal. Por ello la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba pericial. A este respecto resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericia depende de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis ( STS núm. 587/2014, de 18 de julio).

En línea semejante la STS 777/2013, de 7 de octubre, contiene estas consideraciones:

"La cadena de custodia sirve para acreditar la "mismidad" del objeto analizado, la correspondencia entre el efecto y el análisis o informe, su autenticidad. No es presupuesto de validez sino de fiabilidad. Cuando se rompe la cadena de custodia no nos adentramos en el campo de la ilicitud o inutilizabilidad probatoria, sino en el de la menor fiabilidad (menoscabada o incluso aniquilada) por no haberse respetado algunas garantías. Son dos planos distintos. La ilicitud no es subsanable. Otra cosa es que haya pruebas que por su cierta autonomía escapen del efecto contaminador de la vulneración del derecho (desconexión causal o desconexión de antijuricidad). Sin embargo la ausencia de algunas garantías normativas, como pueden ser las reglas que aseguran la cadena de custodia, lo que lleva es a cotejar todo el material probatorio para resolver si han surgido dudas probatorias que siempre han de ser resueltas en favor de la parte pasiva; pero no a descalificar sin más indagaciones ese material probatorio", adelantemos, no obstante, que no puede otorgarse relevancia al hecho que se haya vulnerado el protocolo exigido por la Orden JUS 1291/2010, de 13-5, por lo que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Por último, la STS. 147/2015 de 17 de marzo, insiste en que "se viene entendiendo por la doctrina como "cadena de custodia" el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba.

Esta Sala tiene establecido que la integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Al tener que circular o transitar por diferentes lugares la sustancia prohibida intervenida en el curso de la investigación de los delitos contra la salud pública, es necesario para que se emitan los dictámenes correspondientes tener la seguridad de que lo que se traslada es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta el momento final en que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye" ( SSTS 6/2010, de 27-1; 776/2011, de 26-7; 1043/2011, de 14-10; 347/2012, de 25-4; 83/2013, de 13-2; y 933/2013, de 12-12).

También se tiene dicho que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción intervenido; se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna ( STS 1072/2012, de 11-12).

Y la STS 600/2013 de 10 de julio señala que "La finalidad de asegurar la corrección de la cadena de custodia se encuentra en la obtención de la garantía de que lo analizado, obteniendo resultados relevantes para la causa, es lo mismo que fue recogido como muestra. Y aunque la pretensión deba ser alcanzar siempre procedimientos



de seguridad óptimos, lo relevante es que puedan excluirse dudas razonables sobre identidad e integridad de las muestras. Así, la jurisprudencia ha admitido, STS 685/2010, entre otras, que las declaraciones testimoniales pueden ser hábiles para acreditar el mantenimiento de la cadena de custodia, excluyendo dudas razonables acerca de la identidad y coincidencia de las muestras recogidas y analizadas."

Por su parte, en la STS 587/2014 de 18 de julio, se precisa que "resulta obligado insistir en que la nulidad probatoria que se reivindica no puede hacerse depender del cumplimiento de una Orden ministerial, cuya importancia resulta decisiva para la ordenación de la tarea de recogida y traslado de muestras que van a ser objeto de análisis científico, pero que en modo alguno determina la validez o nulidad de los actos procesales de prueba. Una vez más, nos vemos obligados a recordar que la prueba de ese recorrido de las piezas de convicción y de su mismidad es una cuestión fáctica, que no queda subordinada al estricto cumplimiento de una norma reglamentaria que, por su propia naturaleza, no puede mediatizar la conclusión jurisdiccional acerca de la integridad de esa custodia. De la observancia de esa norma reglamentaria se sigue una mejor ordenación de la actividad administrativa de preparación y remisión de las muestras que hayan de ser objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Es indudable que la gestión de esas muestras no puede quedar abandonada a la iniciativa individual de cada una de las unidades orgánicas de Policía. De ahí la justificación de esa norma. Y es indudable también que su observancia contribuirá -como anuncia la Exposición de Motivos de la referida O.M- a encauzar correctamente los análisis y a despejar cualesquiera dudas acerca del mantenimiento de la cadena de custodia. Sin embargo, la infracción de alguna de las previsiones reglamentarias de la OM, con la consiguiente cuestión acerca de si las muestras intervenidas son las mismas que las que han sido objeto de análisis, no puede resolverse conforme a una concepción burocratizada, con arreglo a la cual cualquier omisión de las previsiones de aquella norma haya de conducir de forma irremediable a la nulidad probatoria. Insistimos, esa norma reglamentaria impone uniformidad en las labores administrativas de recogida y envío de muestras, pero no tiene por objeto integrar el régimen de nulidades probatorias. La vulneración de alguno de los dictados de aquel reglamento actúa como llamada de aviso acerca de la necesidad de reforzar las cautelas a la hora de concluir la integridad de las muestras, pero no se impone a la tarea jurisdiccional relacionada con la fiabilidad de la prueba".

**12.2.-** En el caso actual, la cuestión fue planteada en la instancia y resuelta por la sentencia recurrida en el sentido de que en el caso debatido, no hay motivo alguno para dudar de que la sustancia analizada fue la que se encontró en el contenedor del buque Hansa Oldenburg. Tanto el funcionario de la Guardia Civil núm. NUM027 como el funcionario de Vigilancia Aduanera NUMA NUM025 han ratificado acta de apertura del contenedor que consta en el tomo XXXI, f. 6386, donde se especifica el contenedor abierto, el núm. HLXU806528/9, el mismo que aparece justamente en la declaración sumaria al folio 13617. Solo menciona un contenedor, y no dos con la misma numeración, como alega la defensa. Por tanto, no hay duda de la identificación del contenedor y, en efecto, ese contenedor venía en el buque Hansa Oldenburg. El número de declaración sumaria que figura en la diligencia de apertura de los agentes solamente difiere en una cifra de la declaración sumaria que aparece en el Tomo 55, y el número de contenedor también difiere en una cifra del que se hace constar en el oficio de remisión de la sustancia al Área de Sanidad (donde se identifica HLXU 826528-9), lo que indica meros errores de transcripción. Con base en tan ligeras variaciones y sin datos que indiquen una posible confusión con otros depósitos de droga o cargamentos, no puede inferirse que la droga no existía o que tenía otra procedencia, pues incluso Miguel Ángel y el resto de acusados han confesado que esperaban recibir ese alijo de cocaína y su cantidad coincide con lo observado en sus comunicaciones. Desde luego, no se puede pedir al Área de Sanidad que certifique el número exacto del contenedor, cuando no reciben otra cosa que la sustancia decomisada, obteniendo tal número a partir del oficio de remisión, sin la obligación de comprobar su exactitud. En este sentido, la Sra. Lidia explicó que en sus informes se remiten a la información que les suministra la unidad aprehensora, por lo que es comprensible que el error del oficio de remisión se arrastre durante la identificación del informe analítico. El acta de recepción se corresponde con el oficio de remisión e identifica la cantidad y procedencia del alijo con precisión, por lo que la ausencia de mención al contenedor no es relevante. Por lo demás, la declaración testimonial de los agentes acredita que la droga quedó depositada en Cantarranas y después llevada al Área de Sanidad. Por todo ello, no hay razones suficientemente fundadas para cuestionar la fiabilidad del informe pericial, en relación con el alijo de los acusados.

**12.3.-** Razonamiento que debe ser asumido en esta vía casacional. Las variaciones en una cifra de la declaración sumaria y de un cifra en el número del contenedor deben considerarse, como se ha dicho en la sentencia recurrida (punto 42) meros errores de transcripción. El resto de los acusados han confesado que esperaban recibir ese alijo de cocaína. El peso de la sustancia coincidía con lo observado en las comunicaciones. Los funcionarios de Vigilancia Aduanera ratificaron el acta de apertura del contenedor. El acta de recepción se correspondió con el oficio de remisión e identificó con precisión la cantidad y la procedencia del alijo. Y los agentes declararon que la droga había quedado depositada en Cantarranas y después llevada al área de Sanidad.



Los datos expuestos permiten concluir esa identidad entre la cocaína incautada y la cocaína analizada, careciendo de fundamento la alegación de que pudo haber dos contenedores.

**DÉCIMO TERCERO.-** El motivo décimo tercero, art. 852 LECrim, por vulneración del secreto de las comunicaciones, art. 18.1 y 24 CE. "Nulidad de las escuchas por predelictuales y prospectivas carentes de motivación suficiente.

Reitera lo ya expuesto en la instancia de que el primer informe policial de agosto de 2015 de solicitud de intervenciones telefónicas se basaba exclusivamente en hechos tan inocuos como quedar a almorzar con Ernesto, tomar café con él o hablar por teléfono. En definitiva, alega la falta de indicios que justificaran dicha medida de investigación, así como sus prórrogas. De modo que los autos que autorizan las escuchas telefónicas no indican las razones objetivas y proporcionales necesarias para justificar la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, copiando las especulaciones de los informes policiales y de manera genérica para los investigados, refiriéndose a delitos inciertos y de futuro.

El motivo, se adelanta, debe ser desestimado.

**13.1.-** Es conveniente reproducir la doctrina de esta Sala, recogida, entre otras, en SSTS 503/2013, de 19-6; 413/2015, de 30-6; 426/2016, de 19-5; 373/2017, de 24-5; 720/2017, de 6-11; 580/2021, de 1-7; 653/2021, de 23-7, 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 era parca y carecía de la calidad y precisión necesarias, por lo que debió complementarse por la doctrina jurisprudencial. Las insuficiencias de nuestro marco legal habían 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 dedicaba a esta materia el art. 579, en el Título VIII del Libro II, y las nuevas normas legales sectoriales no complementaban 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 Ludf ) 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 acostumbra 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 explicita los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior.

**13.2.-** En el caso actual la pretensión del recurrente es analizada por la sentencia recurrida (puntos 11 a 16) pronunciándose sobre la validez de los autos de 4 y 17-9-2015.

El primero de ellos, al inicio de la investigación afectaba al número de teléfono de Agustín , a los IMEI's de cuatro Blackberrys compradas por Miguel Ángel y a números IMSI obtenidos por radiofrecuencia, relacionados con los acusados. El segundo autoriza la intervención del teléfono de Jesús Luis , entre otras diligencias. Sin embargo, en dichas resoluciones se identifica perfectamente el delito investigado, al considerar que existen indicios de un delito contra la salud pública. El procedimiento sería la introducción de droga a través del Puerto de Valencia, para lo que Jesús Luis estaría prestando cobertura, con diferentes acciones u omisiones tendentes a garantizar el buen fin de la operación. En cuanto a los indicios que se consideran, el auto efectúa remisión al oficio policial que principia las actuaciones, sin perjuicio de argumentar, en resumen, que se han tenido en cuenta los contactos entre los implicados, los numerosos antecedentes policiales de algunos de ellos por delitos de esta naturaleza, de nacionalidad colombiana, su relación con el puerto de Valencia y las funciones desempeñadas, así como la adquisición de teléfonos móviles presumiblemente para llevar a cabo los contactos necesarios para la operación.

En el oficio policial se identifican a [os posibles implicados: Agustín , ex guardia civil, que haría de contacto con agentes en activo; Jesús Luis , funcionario de la Guardia Civil destinado en el puerto de Valencia, del que se sospecha que pueda procurar la salida del estupefaciente del puerto sin contratiempo; y Miguel Ángel , que tenía numerosos y recientes antecedentes policiales, a quien se le imputa la introducción de más de 1.300 kilos de cocaína. Se relacionan tres detenciones y hasta seis alijos de cocaína. Debe subrayarse que en las anteriores diligencias policiales aparecía como implicado en la introducción de cocaína precisamente a través de diversos puertos. También aparece Martín , también de nacionalidad colombiana, también ha sido detenido por tráfico de cocaína, en concreto siete kilogramos cuando circulaba por la N-I, en el curso de la operación Berto.

En las vigilancias descritas en el oficio dirigido al Juzgado se describen encuentros entre Agustín y Martín , y entre Agustín y Miguel Ángel (adquirieron tarjetas prepago en un establecimiento de confianza). También se subraya las aparentes medidas de seguridad adoptadas por los sospechosos, que han dificultado la vigilancia, como contramarchas. El 20-8-2015, coinciden Agustín y Martín en la Malvarrosa, pero no se saludan, supuestamente como medida de seguridad. Se encuentra con Miguel Ángel y van al restaurante Los Angels, donde se unió Martín . Después, Miguel Ángel y Agustín fueron al locutorio, donde adquirieron tarjetas prepago de telefonía. Luego adquirieron cuatro terminales de telefonía marca Blackberry y fueron al muelle de Poniente, restaurante La lonja del Pescado, donde recogieron a Jesús Luis , que allí les esperaba, y se dirigieron al interior del Hotel Westin Valencia, donde procedieron a la manipulación y supuestamente al reparto de los teléfonos.

Es cierto que en el momento inicial de la investigación, la fuerza instructora desconocía los detalles de las operaciones de tráfico del estupefaciente que se estaban preparando (naturaleza de la sustancia, cantidad, procedimiento o fechas); pero exigir tales conocimientos para solicitar intervenciones telefónicas sería tanto



como rendirse ante la delincuencia organizada, puesto que los autores suelen utilizar todos los medios técnicos y precauciones para evitar ser descubiertos, actuando también desde otros países. Y, aun cuando se intercepte la droga, resulta muy difícil descubrir a los autores sin una investigación previa. Precisamente, las medidas de investigación impugnadas tenían como objetivo anticiparse y averiguar esa clase de detalles y circunstancias, en condiciones tales que permitieran el comiso de la droga antes de que Alegara al mercado ilícito y la detención de los implicados. Es claro que este objetivo no puede convertirse en una especie de "carta blanca" que legitime la intervención prospectiva de los teléfonos de sospechosos debido simplemente a sus antecedentes por tráfico de drogas. Pero en este caso concurrían elementos añadidos, nuevas circunstancias: Miguel Ángel , que había sido detenido por introducir grandes cantidades de cocaína a través de diversos puertos españoles (como se relaciona en el oficio policial), se estaba reuniendo con un funcionario retirado de la Guardia Civil y con otro, en servicio activo, que precisamente prestaba servicio en el puerto de Valencia, lugar habitual de introducción de cocaína en España. Como concretó el instructor de las diligencias en su declaración testifical, determinados funcionarios del Cuerpo habían advertido de que Agustín estaba tanteando algunos compañeros. En las vigilancias, se ve a Agustín relacionarse no solamente con Miguel Ángel , sino también con Martín , quien también tiene antecedentes por transporte de cocaína. Por tanto, la condición y dedicación de los implicados sugería algo más que la simple reunión de amigos, y resulta difícil pensar en la casualidad cuando se reúne a una persona dedicada al narcotráfico y a un agente destinado en la sección fiscal que presta servicio en el puerto. Si a esta situación se le añade las medidas de seguridad aparentemente adoptadas por los sospechosos, que en ocasiones realizan contra marchas o fingen no conocerse, la compra por Miguel Ángel poco antes de cuatro tarjetas prepago y cuatro Blackberrys, cuyo sistema de mensajería suele ser utilizado por traficantes debido a su opacidad, y que tras la compra se reúne con otras tres personas, que son vistas manipulando los terminales en un hotel, después de que Miguel Ángel las sacara del maletero del vehículo, puede inferirse razonablemente que se está preparando una operación de introducción de estupefaciente, que existe un reparto de teléfonos y tareas y que las funciones de los intervinientes está relacionada con dicho objetivo. Después del primer auto que acuerda las intervenciones de las referidas tarjetas y antes de la intervención del teléfono de Jesús Luis , en concreto, y a consecuencia de las vigilancias, se obtienen más datos incriminatorios, pues, además de varios encuentros entre Agustín y Miguel Ángel , el 11 de septiembre se observa otra reunión, en la que Jesús Luis recibe un sobre de Miguel Ángel , que supuestamente podría contener dinero, y se escucha una conversación que corrobora las sospechas, pues Jesús Luis le dice a Miguel Ángel que sería mejor por la noche, cuando es jefe de turno, hablándose además de contenedores. Todo ello está descrito en el oficio policial de Asuntos Internos. Es evidente que no son indicios de criminalidad suficientes para el procesamiento (no exigibles en ese momento), pero sí que son suficientes para sobrepasar el umbral de la mera posibilidad y adentrarse, más allá de simples conjeturas, en el terreno de la probabilidad o sospecha fundada de que se preparaba la introducción de droga a través del puerto y que justificaba la intromisión en las comunicaciones de los sospechosos. En consecuencia, la petición de nulidad debe ser desestimada.

**13.3.-** Siendo así, la autorización para intervenir el teléfono del recurrente no puede entenderse como prospectiva, sino que se acordó después de haberse llevado a cabo una investigación policial con vigilancias y se basó en sospechas fundadas avaladas por los datos objetivos expuestos.

**DÉCIMO CUARTO.-** El motivo décimo cuarto, art. 852 LECrim. Nulidad auto autorizando intervención telefónica de la mujer del recurrente por vulneración del art. 18.3 y 24 CE, basándolo en el hecho de que falsamente dan por probado que dicho teléfono es un teléfono de seguridad de Jesús Luis .

El motivo se desestima. La intervención de aquel teléfono estuvo justificada porque el 15-9-2015 se observó una conversación en la que Jesús Luis se ofrecía a pasar el cuadrante de sus servicios a Agustín y que éste recibió una llamada desde el número de abonado de la pareja de Jesús Luis , detectándose que éste utilizaba también este número para comunicarse con Agustín , lo que justificó razonablemente que se solicitara la intervención de este teléfono ya que también podía ser un medio para transmitir información relacionada con los hechos delictivos. Si dicho teléfono no volvió a ser utilizado por Jesús Luis , la nulidad interesada carece de efectos prácticos al no haber dato alguno valorado por la Sala para fundamentar la condena del recurrente.

**DÉCIMO QUINTO.-** Motivo décimo quinto. Nulidad de la intervención telefónica del teléfono particular del recurrente, art. 18.3 CE, art. 846 bis c) a) y 852 LECrim, por la forma de obtención de dicho teléfono, de forma ilegal ya que el Servicios de Asuntos Internos accedió a un archivo laboral reservado sin consentimiento de su titular ni autorización judicial, y solicita que se declare la nulidad de la autorización de las grabaciones y de toda la información obtenida de ese teléfono.

Referida impugnación fue planteada en la instancia y resuelta en sentido negativo por la sentencia impugnada, razonando que el funcionario NUM031 manifestó en el juicio que lo obtuvo a través de su cadena de mando. Y el Capitán Indalecio , que también declaró en el juicio, manifestó que no recuerda si le pidieron el teléfono de



Jesús Luis, pero en cualquier caso se encontraba en las dependencias del servicio de puertas a disposición por si había que llamarle. Es cierto que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, vigente al tiempo de las intervenciones telefónicas, establecía en su art. 10 el deber de secreto del responsable del fichero y de quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal. Pero el art. 22.2 del mismo texto legal disponía que la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, como es el caso que nos ocupa. Por tanto, no era necesaria autorización judicial. En la actualidad, el nivel de protección no es muy diferente, porque el art. 588 ter m Lecr., introducido por la LO 13/2015, de 5 de octubre, dispone que cuanto el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, sin necesidad de autorización judicial. En el presente caso, el número de teléfono de Jesús Luis ya estaba a disposición de la Guardia Civil, ni siquiera en una base de datos, sino en el servicio de puertas por si había que llamarle, porque el acusado lo había cedido para fines profesionales a su Unidad de destino en la Compañía Puerto-Aeropuerto de Valencia. En consecuencia, el Servicio de Asuntos Internos, en cuanto dependiente de la Dirección Adjunta Operativa, que a su vez depende de la Dirección General de la Guardia Civil, tenía acceso a esa información y podía utilizarla para el desarrollo de sus funciones. Porque, como señala el art. 17 de la Orden 422/2013, de 15 de marzo, por la que se desarrolla la estructura orgánica de los Servicios Centrales de la Dirección General de la Guardia Civil, el Servicio de Asuntos Internos con arreglo a su dependencia de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, en sus actuaciones como policía judicial, se atenderá a las normas técnicas de la Jefatura de Policía Judicial, órgano a quien corresponde la investigación técnica, llevando a cabo las funciones de Policía Judicial específica de la Guardia Civil. Por tanto, no consta que se haya cometido ningún ilícito para la averiguación del teléfono del investigado y no es causa de nulidad de la intervención telefónica.

**15.1.-** Razonamiento que debe asumirse en esta sede casacional.

En efecto, esta Sala 2ª del Tribunal Supremo ha destacado en ss. 6/2010, de 27-1; 406/2010, de 11-5; 628/2010, de 1-7; 362/2011, de 6-5; 83/2013, de 13-2; 849/2013, de 12-11, 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 blindará 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 tuvieran información o no lo pudiesen precisar por el tiempo transcurrido".

**DÉCIMO SEXTO.-** Décimo sexto. Art. 852 LECrim, vulneración del secreto de las comunicaciones y vulneración del derecho a la intimidad art. 18.1 y 18.3 CE.

Nulidad interceptación y grabación de comunicaciones privadas dentro de una cabina de locutorio sin autorización judicial utilizando artificios electrónicos y digitales no autorizados.

Se alega, en síntesis, que un agente, sin autorización judicial, estando el acusado en la cabina de un locutorio, le hizo una foto por encima de la pared separadora, captando la imagen de un papel que le había dado, el coacusado Agustín. Niega que, según consta en el atestado el agente pudiera observar sin esfuerzo la inscripción que contenía el papel, señalando que miente y que tuvo que levantar el brazo para introducir el móvil en la cabina de Jesús Luis con el fin de obtener ilegalmente las imágenes.

El motivo se desestima.

**16.1.-** En cuanto a la afectación del derecho a la intimidad, art. 18.1 CE, la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 87/2020, de 3-3 y 434/2021, de 30-5, precisa que:

"La Constitución garantiza en su artículo 18. 1º, de forma vigorosa, el derecho a la intimidad cuyo contenido objetivo es un espacio propio y reservado del que dispone toda persona frente a la acción y el conocimiento de los demás para mantener, como afirma el Tribunal Constitucional, una calidad mínima de vida humana -vid. SSTC 70/2009, 173/2011-. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada -vid. STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5-.

Ahora bien, como todos los derechos fundamentales -a salvo el derecho a la integridad física- el derecho a la intimidad puede ser limitado cuando se identifiquen necesidades prevalentes de protección de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, apreciadas en el caso concreto. Y siempre, además, que la limitación esté prevista en la ley y su práctica responda a presupuestos de proporcionalidad y razonabilidad. Lo que comporta que deba justificarse de forma adecuada la necesidad e idoneidad de la medida limitativa y el equilibrio entre el sacrificio del derecho y los objetivos de investigación que se pretenden obtener - STC 173/2011-.

1.3. Sin embargo, lo que la Constitución no deja siempre claro es qué agente público puede ordenar las injerencias en el ámbito protegido por el derecho general a la intimidad, si bien reserva espacios de jurisdiccionalidad expuestos y exclusivos -vid. por ejemplo, entrada en el domicilio cuando falte el consentimiento del titular ex artículo 18.2 CE o intervención de las comunicaciones ex artículo 18.3 CE-.

El silencio expreso de la Constitución genera, por tanto, un espacio regulativo marcado por la incerteza que endosa, primariamente, al legislador la difícil tarea de determinar en supuestos de injerencia en el derecho a la intimidad previsto en el artículo 18.1 CE, cuándo puede prescindirse de la intervención autorizante del Juez. Porque una cosa es que la Constitución no precise otros espacios de estricta reserva jurisdiccional, y otra muy diferente es que ello pueda interpretarse en el sentido que cualquier otra limitación del derecho fundamental pueda ser ordenada por cualquier otro agente público -Ministerio Público o Policía- que no reúna la nota de la independencia que es la que, a la postre, otorga al juez la posición constitucional privilegiada como garante

de los derechos fundamentales. El legislador no dispone, por tanto, de una libertad excesiva a la hora de fijar normativamente los procedimientos y circuitos para la limitación del derecho a la intimidad.

1.4. Entre los condicionantes implícitos que cabe decantar de la Constitución y del sistema convencional destaca el relativo al nivel de afectación del derecho fundamental. Como reclama el TEDH -vid. SSTEDH, caso *Kruslig c. Francia*, de 24 de febrero de 1990; caso *Halford c. Reino Unido*, de 25 de junio de 1997; caso *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de junio de 2017- cuanta más carga inherente tenga una determinada medida de investigación mayor claridad deberá exigirse a la norma habilitante en la determinación de las circunstancias, condiciones y habilitaciones exigibles para adoptar tales medidas.

Lo anterior permite trazar una suerte de fórmula o cociente en el sentido que, a mayor carga limitativa del contenido del derecho fundamental afectado, el legislador tiene una mayor carga de precisión en la definición de los mecanismos inherentes que disponga para ello, cumpliendo adecuadamente los fines de predecibilidad y accesibilidad que constituyen, también, garantías objetivas de los derechos fundamentales afectados. A mayor carga inherente de la actividad investigativa, mayor exigencias de detalle en las condiciones normativas de práctica. Y, entre estas, por su relevancia, la determinación del agente público que dispone de la autoridad para ordenar la injerencia en el derecho fundamental afectado.

1.5. La cuestión, como apuntábamos, no resulta ni mucho menos sencilla. La incerteza paliada, en parte, por la L.O 13/2015 en lo que se refiere a injerencias en el núcleo de los derechos relacionados con el secreto de las comunicaciones y la conservación y cesión de datos electrónicos, no ha impedido pronunciamientos disconformes entre los Altos Tribunales en la identificación de dicho presupuesto primario de injerencia -vid. como ejemplo más claro, la STC 173/2011 por la que se valida constitucionalmente el acceso a la memoria de un ordenador por parte de agentes policiales que fue posteriormente cuestionada por el TEDH en la sentencia, caso *Trabajo Rueda c. España*, de 30 de junio de 2017, condenando a España por vulneración del artículo 8 CEDH, al considerar que no se respetó la garantía de jurisdiccionalidad en el acceso a los datos almacenados al no identificarse una clara situación de urgencia que supusiera un serio riesgo de pérdida de la fuente de prueba-.

En todo caso, el análisis de la jurisprudencia más relevante del Tribunal Constitucional sobre la cuestión - SSTC 70/2002 [sobre acceso por la policía a contenidos de una agenda intervenida al detenido], 115/2013 [sobre acceso por la policía a la agenda telefónica de un teléfono móvil], 135/2014 [sobre recogida por la policía de restos biológicos del sospechoso sin autorización judicial]- a la luz también de las exigencias de intervención judicial en la obtención de determinadas fuentes de prueba reclamadas por el TEDH -vid. SSTEDH, caso *Dumitru Popescu c. Rumanía*, de 26 de abril de 2007; caso *lordachi y otros c. Moldavia*, de 10 de febrero de 2009- permite identificar un estándar de estricta jurisdiccionalidad en aquellos casos en los que la injerencia afecte al secreto de las comunicaciones o injiera de forma muy intensa en los contenidos generales protegidos por el derecho a la intimidad.

Por contra o, mejor dicho, como consecuencia funcional, la policía estará constitucionalmente habilitada para realizar investigaciones que supongan una injerencia no grave o leve en el derecho general a la intimidad, siempre que además de suficiente habilitación legal, se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad y se ponga a disposición posterior de la autoridad judicial, la totalidad de los datos personales obtenidos. Lo que permitirá, a la postre, realizar un control jurisdiccional de adecuación."

**16.2.-** En el caso actual, como señala la sentencia recurrida, se trata de una vigilancia llevada a cabo el 22-10-2016 en la que el funcionario del SAI con NIP NUM028 observó como Jesús Luis se sentó en un locutorio y depositó un papel con anotaciones manuscritas de las palabras Hansa, Flensburg y Hapag Lloyd. Pero con independencia de que el agente hiciera una fotografía, no son datos procedentes de la interceptación de ningún acto de comunicación ni fruto de intromisión de registros informáticos o de instrumentos específicos de comunicación. De hecho la defensa ni siquiera menciona el acto de comunicación cuyo contenido resultaría afectado, al limitarse el agente a obtener una percepción directa de anotaciones manuscritas visibles en un papel que estaba en la mesa. Por lo que no puede hablarse de intromisión en el contenido del proceso de comunicación, ni hay por ello vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

Y en cuanto a la intromisión en el derecho a la intimidad, conforme a la doctrina expuesta anteriormente, la cabina de un locutorio público no puede considerarse que constituyera un ámbito de privacidad del recurrente y, en todo caso, lo sería, únicamente, con referencia al uso que pudiera estar haciendo de internet y nada se ha alegado sobre ese extremo. Por lo tanto, si el delito investigado era grave, tráfico de drogas con introducción de las sustancias procedentes del extranjero en barco, y si el agente no llegó a introducirse en la cabina y se limitó a fotografiar un papel que consideró de interés a la efectos de la investigación que se llevaba a cabo, hay que concluir que si hubo una leve injerencia en la intimidad del recurrente, debe estimarse proporcional con el fin perseguido y, en consecuencia, carente de trascendencia constitucional.



**DÉCIMO SÉPTIMO.-** Motivo décimo séptimo. Art. 852 LECrim, vulneración del art. 182 LECrim. "Nulidad del registro domiciliario".

Cuestiona la validez del registro de la vivienda del recurrente dentro del acuartelamiento sin haber sido comunicado, ni estar presente el jefe del acuartelamiento o subordinado en el que delegara; y el auto habilitante se basa en la existencia de un contenedor que no existió, lo que incide en su falta de motivación.

El motivo se desestima.

**17.1.-** Las cuestiones planteadas ya lo fueron en la instancia y han obtenido respuesta en la sentencia recurrida que razona: "el art. 564 Lecr., que obliga al Juez a oficiar al jefe del acuartelamiento, se refiere al registro en lugares públicos, supuesto en el que no cabe invocar la inviolabilidad domiciliaria. El pabellón del acusado en el Cuartel de Cantarranas forma parte de un edificio público de carácter militar, pero la titularidad no es relevante a los efectos de determinar el ámbito de protección, sino el destino del espacio objeto de la diligencia de investigación ( STC 10/2002, de 17 de enero), que en este caso era la residencia del investigado. Por ello, no son de aplicación las normas de los registros en lugares públicos, previstas específicamente en defensa de intereses colectivos."

**17.2.-** Razonamiento acertado por cuanto a los efectos del derecho a la inviolabilidad del domicilio, conforme el art. 5.1 párrafo 2º LO 11/2007, de 22-10, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, "el pabellón que tuviera asignado en su Unidad se considerará domicilio habitual." Por lo tanto, el domicilio del recurrente no tenía la consideración de edificio o lugar público a efectos del art. 564 LECrim. Y en cualquier caso, concedida la autorización judicial para el registro domiciliario, la falta de comunicación al jefe de la Unidad, se trataría de un tema de legalidad ordinaria, sin trascendencia constitucional -máxime cuando en el propio recurso se indica que en el registro no se encontró nada que involucrara al recurrente.-

**17.3.-** Por último, en cuanto a la falta de motivación del auto de 25-1-2017 que acordó esa entrada y registro en el domicilio de Jesús Luis , dado el error en el número del contenedor en el que se encontró la droga, como dato base para haber acordado el registro domiciliario, tal objeción ha sido analizada en la sentencia de instancia, en el sentido de que aquel auto tenía como finalidad la intervención de dispositivos informáticos de almacenamiento y teléfonos móviles útiles para el esclarecimiento de los hechos. El auto se remite a las informaciones suministradas por la policía judicial desde el inicio de la investigación, mediante seguimientos y vigilancias, que han desencadenado la aprehensión de sustancia estupefaciente procedente del puerto de Ilo en Perú y que llegó el día 24 de enero al puerto de Valencia, Por tanto, considerando la abundancia de los datos incriminatorios que ya constaban en la causa y las razones alegadas por la Instructora, el auto no puede ser tachado de carente de motivación. La nulidad alegada se fundamenta en la designación errónea en el auto del número de contenedor donde viajaba la droga, a lo que la defensa pretende dar un alcance que no tiene. El error material en la numeración del contenedor no hace desaparecer la realidad de la aprehensión de la droga, ni el hecho de que ésta se había interceptado precisamente en virtud de la investigación que había precedido a la apertura del contenedor, ni mucho menos neutraliza el resto de indicios tenidos en cuenta y constatados a lo largo de la investigación, que ya permitían por sí mismos construir sospechas razonables de que el acusado estaba implicado en las actividades delictivas investigadas.

**DÉCIMO OCTAVO.-** Motivo décimo octavo, art. 849.2 LECrim en relación con el art. 852 LECrim. "Nulidad datos obtenidos de una base de datos laborales y sin mandamiento judicial: infracción del art. 18.1 CE.

Señala que en el acto del juicio se interrogó al agente NUM031 sobre el módulo de Servicios Sigo de la Guardia Civil. Dicho módulo de trabajo es totalmente independiente y su acceso es restringido y distinto de la base de datos policial. Dicho agente reconoció que su roll le permitía acceder a dicha base de datos de todas las Unidades y ver el servicio que tienen asignados todos los Guardias Civiles, pero dicho acceso debe ser dentro de sus funciones de Asuntos Internos en régimen disciplinario, destinando dicha información para tal fin; pero dicho agente obtuvo los datos bajo dicho roll del servicio de Jesús Luis y de terceros Guardias Civiles al objeto de utilizarlos en una investigación policial dentro de un procedimiento penal; lo que provoca su nulidad, dado que debió solicitar por oficio dicha información necesaria en una investigación penal, y al no hacerlo así se ha introducido de manera ilegal en la investigación y ha corrompido todos los datos obtenidos por lo que devienen nulos y no pueden ser tomados en consideración como prueba.

El motivo se desestima.

**18.1.-** Como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, no consta que la denuncia ahora formulada se planteara en el procedimiento con anterioridad, y como dice 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 tramite 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 interpretación 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).

Además, al tener los agentes de Asuntos Internos la condición de Policía Judicial, nada impediría que un agente, dentro de sus funciones y en relación con el asunto que estuviera investigando, consultara un módulo de trabajo.

Y en todo caso el recurrente no especifica qué información relevante para el caso tuvo conocimiento aquel agente mediante ese acceso sin autorización del instructor.

**DÉCIMO NOVENO.-** Motivo décimo noveno, art. 849.2 LECrim (sic) "falta de autorización y competencia funcional de Asuntos internos para la investigación de delitos de futuro.

Bajo la inadecuada vía casacional del error en la apreciación de la prueba, "basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", el motivo considera que los agentes de asuntos internos no tenían competencia funcional para realizar las diligencias de investigación. Solo tienen competencia para perseguir los delitos que descubran en su investigación y en los que dichos agentes participen. Si no participan dichos agentes, están obligados a informar y es el jefe de operaciones de la Guardia Civil el que decide qué Unidad se hace cargo de la investigación, es decir, Policía Judicial, Información, UCO o Áreas de Investigación competenciales o en su caso las Unidades territoriales.

Alegó además que con el fin de legitimar su intervención habría imputado injustificadamente a un agente de la Guardia Civil, cuando éste se habría visto involucrado por error y sin formar parte de la trama criminal.

**19.1.-** El motivo se desestima. La sentencia recurrida (puntos 47 y 48) razona que -el Servicio de Asuntos Internos, en cuanto dependiente de la Dirección Adjunta Operativa, que a su vez depende de la Dirección General de la Guardia Civil, con arreglo a su dependencia de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, en sus actuaciones como policía judicial, se atenderá a las normas técnicas de la Jefatura de Policía Judicial, órgano a quien corresponde la investigación técnica, llevando a cabo las funciones de Policía Judicial específica de la Guardia Civil, con arreglo a la Orden 422/2013, de 15 de marzo, por la que se desarrolla la estructura orgánica de los Servicios Centrales de la Dirección General de la Guardia Civil-, estableciéndose en el art. 17.1º que "El Servicio de Asuntos Internos tiene como misión investigar las conductas contrarias a la ética profesional del personal destinado en la Dirección General de la Guardia Civil, a cuyo fin realizará cuantas actividades sean necesarias para su esclarecimiento; y en el nº 2º que "con arreglo a su dependencia de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, en sus actuaciones como policía judicial, se atenderán a las normas técnicas de la Jefatura de Policía Judicial."

En este caso había indicios de la implicación en los hechos investigados del recurrente en su condición de Guardia Civil en activo, en materia de su competencia, y la investigación se llevó a cabo con el control y a instancia del Juzgado de Instrucción nº 5 de Valencia, por lo que nada hay que objetar a la actuación desarrollada por la citada Unidad.

Por último, la mera afirmación de que se buscó artificiosamente su implicación no deja de ser una conjetura carente de base objetiva, al existir una sospecha razonable para continuar con la investigación de dicho agente.

**VIGÉSIMO.-** Motivo vigésimo. Art. 852 LECrim, solicitud y autorización de informes económicos respecto a personas que nada tienen que ver con el recurrente ni con la causa, en concreto su ex mujer.

**20.1.-** Con carácter previo -y en cuanto puede ser de aplicación a otros motivos del recurrente- debemos recordar que en el recurso de casación se defienden intereses propios. No cabe plantear recurso de casación para la tutela de un interés ajeno, pues el recurso de casación está concebido para los titulares de derechos propios ( STS 224/2001, de 2-2).

En este sentido la STS 2744/93, de 7-12, ya señaló que los derechos fundamentales activos, a diferencia de los reaccionales, son únicamente ejercitables por sus titulares, en cuanto están precisados de un comportamiento positivo por parte de los mismos y nunca pueden tratar de hacerse valer por otro, pues precisamente en ello radica o estriba la específica legitimación activa que en materia de impugnaciones consiste el gravamen para recurrir.

No hay posibilidad de admitir la defensa de derechos ajenos cuya titularidad corresponde a personas cuya representación no se ostenta. Por tanto -como dice la STS 643/2007, de 3-7- cuando se interpone un recurso tiene que ser la condición y limitación impuesta por la ley "ab initio". otra solución supondría una invasión de facultades reservadas a otras partes, defendiendo derechos que no lo son propios, ni personales, ni representados por él a lo largo del mismo.

Es cierto que este principio también tiene algunas matizaciones.

La primera es, como indica la STS 938/98, de 8-6, que la legitimación activa no se otorga exclusivamente a la víctima o al titular del derecho infringido, también a quien ostente aquel interés legítimo, categoría más amplia que la de "derecho subjetivo" o incluso "interés directo". Así es suficiente que el recurrente se encuentre en una determinada situación jurídico material identificable no con un interés genérico en la preservación de derechos sino con un interés en sentido propio, cualificado y específico, que debe ser valorado en atención al derecho fundamental que en cada caso se trate.

La segunda matización se produce en los supuestos en los que se sostiene la vulneración de un derecho ajeno porque produce efectos en derechos propios. En tal caso, la lesión del derecho se produce no solo por la afectación personal de una injerencia, sino también cuando la misma, aun cuando el sujeto pasivo sea otro, forma parte del acervo probatorio tenido en cuenta contra el recurrente (vid. STS 263/2003, de 19-2, en un caso en que no siendo propio el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones que se dice infringido, el interés del recurrente resultaba evidente por ser la intervención telefónica efectuada al coacusado, la fuente de la que emana la condena del recurrente, de suerte que de ser cierta la denuncia habría viciado la prueba refleja que fundamentaba la condena de quien ahora recurriría).

**20.2.-** En el caso actual no consta que la persona afectada hubiera formulado ninguna queja en relación con la diligencia acordada, ni que de la investigación se hubiera derivado algún dato cuya nulidad en concreto se solicite.

Y de otra parte, dada la naturaleza del delito, con importantes repercusiones económicas, y la situación de quiebra económica en la que, según se dice en el motivo, se encontraba el recurrente, la motivación del auto acordando la medida aparece como razonable.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** Motivo vigésimo primero, art. 852, infracción art. 18.1 y 18.4 LECrim. "Instalación de dispositivos de seguimiento en un vehículo sin autorización judicial previa".

En los apartados 22 a 27 la sentencia recurrida procedió al estudio de esta alegación solicitando la nulidad de un medio de prueba adoptado en el presente caso por la supuesta urgencia de la medida.

El recurrente cuestiona la instalación de un dispositivo de seguimiento sin autorización judicial previa en el vehículo con matrícula ....NNG , utilizado por el coacusado Agustín , supuestamente para enseñar el puerto a un tercero, al averiarse su vehículo ....YGR .

Justifican los agentes y así lo refleja la sentencia que al estar ya autorizada su instalación en el vehículo habitual de Agustín cabe prorrogarse sin autorización judicial en el vehículo de sustitución de un taller que puede ser utilizado por terceras personas que nada tienen que ver con la causa.

La sentencia recurrida razonó que en caso de urgencia cabe su instalación previa y exige ratificación judicial en plazo de 24 horas. Ratificación que conforme lo especificado en la sentencia se hizo sobrepasando el plazo antes marcado de 24 horas, al solicitar la adopción y cese de la medida 4 días después sin justificación alguna, y sin haber existido ninguna urgencia para la investigación que justificase la instalación.

El motivo deberá ser desestimado.

**21.1.-** La utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimientos cuenta con la cobertura jurídica del art. 588 quinquies, apartados b y c, LECrim, tras la reforma operada por LO 13/2015.

La jurisprudencia de esta Sala ha tratado esta nueva regulación en SSTS 141/2020, de 13-5; 530/2020, de 21-10; 371/2021, de 5-5. El minucioso y detallado estudio realizado por la primera de las sentencias, justifica su cita extensa:



"El legislador consideró necesario someter a autorización judicial la instalación de ese tipo de dispositivos, pese a que la jurisprudencia de esta Sala no caminaba de forma decidida en esa misma dirección. El debate acerca de la conveniencia de la habilitación judicial no era exclusivo de la dogmática ni de la jurisprudencia españolas. Puede ser suficiente en tal sentido la cita de la conocida sentencia del Tribunal Supremo americano de 23 de enero de 2012 -caso *United States v. Antoine Jones*, 565 US-. en la que, después de intensos debates que llevaron a lo que algún jurista ha llamado un esfuerzo argumental *agónico*, los Magistrados pudieron liberarse de la rígida singularidad del sistema constitucional americano que asocia la defensa de la privacidad a la del derecho de propiedad. Con una vocación eminentemente rupturista, el Tribunal Supremo americano consideró nula la prueba que había llevado a los agentes a la instalación de un GPS en el vehículo usado por el sospechoso. Se declaró que esa diligencia de investigación menoscababa la privacidad del sospechoso y, por consiguiente, vulneraba la cuarta enmienda.

La jurisprudencia del TEDH -sentencia 2 de septiembre de 2010, caso *Uzun v. Alemania*-, incluyó en el contenido material del art. 8.1 del CEDH el derecho de todo ciudadano a mantener contacto con cualesquiera otras personas y a desarrollar relaciones personales sin ser sometido a innecesarias injerencias en su vida privada. Pese a ello, consideró que la legislación alemana, que no exige autorización judicial para la instalación de esos dispositivos, no vulneraba los principios del Convenio de Roma, siempre que se definan legalmente los presupuestos de limitación temporal y su adopción respete las exigencias del principio de proporcionalidad.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias oportunidades acerca de la legitimidad del empleo por los investigadores de este tipo de dispositivos. La ausencia de una cobertura normativa precisa, paralela de ordinario a su utilización en procedimiento penales para la investigación de delitos de especial gravedad ha venido condicionando nuestra respuesta. La STS 798/2013, 5 de noviembre, ante la alegada quiebra del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones por parte del recurrente -que invocaba en su favor la STEDH 2 de septiembre de 2010 (caso *Uzun v. Alemania*)-, descartó cualquier vulneración constitucional. Se trataba de la utilización de este tipo de instrumentos adoptada por iniciativa del Servicio de Vigilancia Aduanera para conocer la ubicación geográfica de un barco que portaba un importante cargamento de droga. La sentencia subraya la normalidad de la utilización de esas balizas y concluye: "*... siendo así no se aprecia violación alguna del derecho a la intimidad. El uso de radiotransmisores (balizas de seguimiento GPS), para la localización de embarcaciones en alta mar por la policía no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o supone una injerencia excesiva sobre el derecho fundamental a la intimidad a los efectos de exigir un control jurisdiccional previo y una ponderación sobre dicha afectación constitucional. Para esta Sala Segunda Tribunal Supremo la ausencia de relevancia constitucional se deriva de que se trata de "diligencias de investigación legítimas desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiera en su derecho fundamental que requeriría la intervención judicial" ( SSTS 22.6.2007 , 11.7.2008 , 19.12.2008), e incluso la sentencia TEDH citada en el recurso, caso Uzun c. Alemania de 2.9.2010, en un caso de intervención de una cabina telefónica habitualmente usada por un supuesto terrorista, si bien consideró que tal vigilancia a través del sistema GPS, y procesamiento de los datos obtenidos constituía una injerencia en la vida privada, art. 8 Convenio, también precisó que la vigilancia GPS, por su propia naturaleza debe distinguirse de otros métodos de seguimiento acústico o visual que, por regla general son más susceptibles de interferir en el derecho de la persona al respeto de su vida privada, porque revelan unas informaciones sobre la conducta de una persona, sus operaciones o sus sentimientos".*

La STS 523/2008, 11 de julio, avaló la utilización de este tipo de dispositivos que, en el caso enjuiciado, habían sido adosados por agentes de policía a una embarcación. La equívoca invocación por la defensa del derecho a la inviolabilidad domiciliaria ( art. 18.2 de la CE), facilitó el argumento mediante el que la Sala desestimó la alegada vulneración de derechos fundamentales: "*... el submotivo 2 b) concierne a la vulneración del derecho a la "intimidad de domicilio", reconocido en el art. 18.2 CE . Para lo que se aduce que en el puente del (buque) fue colocado por el SVA una baliza de seguimiento y localización. En primer lugar, no consta que para situar el artilugio fuera necesario entrar en algún recinto que constituyera un domicilio de los previstos en los arts. 554 o 561 LECrim . (...) Atendidos los documentos de los folios 3510 a 3515 y las declaraciones en el juicio oral de los funcionarios del SVA con números terminados en NUM029 y NUM030 respecto a la colocación exterior de la baliza en la magistral. Por otra parte, nada permite afirmar que la baliza fuera utilizada para clase alguna de injerencia en las conversaciones o mensajes de los investigados "*

Similar desenfoque está en la base del discurso argumental mediante el que la defensa del recurrente intentó obtener la nulidad probatoria por la utilización de una baliza. En la STS 55/2007, 23 de enero, se alegaba la vulneración del derecho a la libertad ambulatoria por la utilización de una baliza -dato, por otra parte, no acreditado- sin el debido control judicial: "*...al margen de lo discutible que pudiera resultar el que, en efecto, esa instalación de un dispositivo localizador en un buque, deba de ser tenida como una verdadera injerencia en el derecho a la libertad ambulatoria y, por ello, precisando del requisito de autorización judicial, lo cierto es que, como con tanto acierto señala la Sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico Cuarto, ni tan siquiera*



ha quedado acreditado en el presente caso que se hubiera llevado a cabo esa operación de balizamiento de cuya práctica intentan deducirse consecuencias anulatorias para las pruebas obtenidas y, en concreto, para la ocupación de la sustancia de tráfico prohibido".

No han faltado precedentes que han desconectado el valor intrusivo de este tipo de dispositivos respecto del contenido material del derecho constitucional a la intimidad. Es el caso de la STS 562/2007, 22 de junio: "...en el segundo de los motivos de su oposición denuncian la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido y a la intimidad que concretan en el hecho de haber colocado una baliza de seguimiento sin autorización judicial. La sentencia impugnada da respuesta a la pretensión deducida como motivo de casación con una argumentación que ha de ser reproducida para la desestimación del motivo. El artificio colocado permitió a los agentes de investigación el seguimiento por mar de la embarcación respecto a la que existían fundadas sospechas de su dedicación al tráfico de drogas. La colocación de esa baliza permitió realizar el seguimiento de la embarcación, ubicarla en alta mar y para su colocación, en los exteriores del barco, no se precisó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos. Se trata, en definitiva, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiriera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial".

La misma desconexión entre el uso de una baliza y el derecho a la intimidad, late en la argumentación de la STS 906/2008, 19 de diciembre. Esta resolución enfatiza el margen de error propio del sistema de localización a partir de los datos electrónicos asociados a una llamada telefónica. En su FJ 1º puede leerse lo siguiente: *"... respecto de la utilización de herramientas electrónicas, sistema GPS, que pudieran producir injerencias, no autorizadas, en la intimidad del investigado, al permitir, entre otras utilidades, que fuera espacialmente ubicado, el propio Tribunal de instancia, con todo acierto, se encarga de replicar este extremo afirmando que, en efecto, podría asistirle la razón al recurrente si esa localización (SITEL o Sistema de Intervención Telefónica) permitiera conocer el lugar exacto en el que el comunicante se encontraba, pero que, cuando como en este caso, esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia"*.

La STS 439/2014, 10 de julio, no abordó el problema que estamos contemplando, al haber mediado autorización judicial para la aplicación de una baliza de geolocalización en el vehículo del investigado.

Ya bajo la vigencia del art. 588 *quinquies* b), la STS 475/2018, 17 de octubre, rechazó la reivindicada nulidad de la instalación de un dispositivo GPS que, si bien no contó inicialmente con autorización judicial, ésta fue dispensada con posterioridad.

"El hecho de que nuestro sistema jurídico, hasta la entrada en vigor de la LO 13/2015, 5 de octubre, no haya venido exigiendo autorización judicial para la utilización de este tipo de dispositivos, ha suscitado las dudas propias de todo cambio normativo que obliga a rectificar pautas de actuación policial, hasta ahora validadas por la jurisprudencia de esta Sala. El aval otorgado por el TEDH a aquellos modelos constitucionales que no condicionan la validez de la injerencia a la obtención de autorización judicial, alienta la controversia y refuerza la argumentación de quienes ven en la utilización de este tipo de dispositivos una injerencia de menor intensidad en el ámbito de la intimidad protegida constitucionalmente.

Sea como fuere, que la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos está ya fuera de cualquier duda. La afectación de la intimidad es incuestionable, más allá de que, conforme a la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, pueden ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo en una sociedad democrática. La entrada en vigor de la LO 13/2015 descarta cualquier duda acerca de la voluntad legislativa de blindar ese espacio de intimidad y subordinar la legitimidad del acto de intromisión a la previa autorización judicial.

Es cierto que el conocimiento por los poderes públicos, en el marco de una investigación penal, de la ubicación espacio-temporal del sospechoso, encierra una injerencia de menor intensidad que otros actos de investigación perfectamente imaginables. La intimidad como valor constitucional adquiere importantes matices axiológicos en función del alcance y la intensidad de la intromisión que cada uno de esos instrumentos tecnológicos permita. Sin embargo, tal forma de razonar no puede llevarnos a banalizar el acto de intromisión estatal que la utilización de un GPS representa en el círculo de derechos fundamentales de cualquier ciudadano. No faltarán los casos en que el conocimiento del lugar exacto en que se halla una persona se limite a otorgar una ventaja operativa a los investigadores. Pero son también imaginables espacios de ubicación que pierden su aparente *neutralidad* para precipitar una radiografía ideológica o religiosa del investigado. La asistencia a actos públicos de una determinada formación política, el seguimiento de actos de culto de una u



otra confesión religiosa, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual del investigado o, en fin, la permanencia en un centro sanitario para cualquier intervención quirúrgica, son datos personales que pueden afectar al núcleo duro de la intimidad y quedar al descubierto si no se protege adecuadamente al ciudadano frente a la tentación de los poderes públicos de extremar injustificadamente los mecanismos de injerencia.

La Sala, por tanto, no puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado. Es preciso reconocer que, a diferencia de lo que acontece con otras medidas de injerencia -cfr. arts. 588 ter a) o 588 *quater* b)-, la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad. El legislador no consideró procedente definir los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que haría viable el empleo de estos dispositivos en la investigación. Este silencio, sin embargo, no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales proclamadas por el art. 588 bis a). Los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante. De ahí que el discurso justificativo basado en una pretendida voluntad legislativa de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, no puede ser admitido.

En cualquier caso, el propio legislador ha incorporado para los supuestos acreditados de urgencia, frente a la vía ordinaria de autorización judicial (art. 588 *quinquies* b, apartado 1º), una vía alternativa de convalidación de lo ya resuelto por la Policía Judicial (art. 588 *quinquies* b, apartado 4). Se concede así al intérprete un margen de flexibilidad para dar respuesta a aquellos casos fronterizos en los que, ya sea por razones de urgencia, ya por un déficit de motivación, la reivindicación de ilicitud probatoria constituya el objeto principal del recurso."

**21.2.-** En el caso presente la sentencia recurrida (puntos 23 a 27) expuso los datos contenidos en el auto de 11-12-2015 que acreditaban la concurrencia de los presupuestos legitimadores. Así, se hace referencia en la resolución al contenido de las conversaciones de los investigados, claramente indicativo de la actividad delictiva, la realización de encuentros en diversos lugares con intercambios de sobres y papeles, la intervención de terceras personas y la dificultad de llevar a cabo las vigilancias por las precauciones que los investigados adoptaban.

Y respecto al hecho de la instalación del dispositivo en un vehículo de Agustín diferente -de sustitución de un taller- del vehículo para el que inicialmente se había autorizado, es explicado en la sentencia recurrida. Así, el auto de 4-2-2016 el Juzgado autorizó la colocación del dispositivo. El 8-2-2016 se recibe nuevo oficio, tras comunicación telefónica del 5-2-2016, respecto de la instalación de dicho dispositivo en el Seat Ibiza ....NNG , utilizado por Agustín . Colocación que se realiza sobre las 17'35 horas del día 5-2, siendo retirado a las 1'20 horas del día siguiente. Ese día Agustín recogió el Peugeot 206, ....YGR de un concesionario, por lo que se solicitó la colocación de nuevo dispositivo en dicho vehículo, lo que se autoriza por auto de 8-2-2016.

Y concluye (punto 26) que las razones expuestas en los oficios dirigidos al Juzgado son plausibles y justifican la urgencia, por la inminencia de la visita al puerto de Valencia que se pretendía observar y la sucesiva utilización de varios vehículos en poco tiempo por parte de Agustín . En todo caso, como se desprende del art. 588 *quinquies* b.4 LECrim -a contrario sensu-, si el juez de instrucción no acuerda el cese de la medida cuando recibe noticia del cambio de vehículo, la información obtenida a partir del nuevo dispositivo tendrá efectos en el proceso.

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, aunque hubiera una sucesión en los vehículos utilizados por los mismos sospechosos, no habiendo ordenado el juez el cese de la medida por esta causa, sino por el contrario, la autorización, tampoco se ha producido infracción de las normas procesales, ni hay causa de nulidad.

Por otra parte, el vehículo al que se refiere el recurso, no era del recurrente, sino de otro investigado, que no consta haya cuestionado la medida y en el motivo no se han concretado qué datos obtenidos con la colocación del dispositivo en el segundo vehículo se pretende que no sean utilizados en la causa.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.-** Motivo vigésimo segundo. Art. 852 LECrim por infracción del art. 18.3 CE "utilización de medios de rastreo sin cumplir con los requisitos del art. 588 ter 1, LO 13/2015.

Cuestiona que la forma de obtener los datos del número de teléfono por rastreo no estaba justificada, que el número del recurrente se hubiera podido conseguir mediante oficio dirigido a la Comandancia de Valencia y el número de teléfono y las líneas asociadas directamente de las compañías telefónicas mediante resolución judicial.

**22.1.-** La sentencia recurrida ha tratado el tema de la obtención de números de línea y terminales, IMEI e IMSI por el sistema de rastreo del espectro radioeléctrico, haciendo referencia a la STS 1115/2011, de 17-11, en el sentido de que esta Sala tenía establecido en diversas resoluciones, ss. 55/2007, de 23-1; 777/2008, de 18-11; 249/2008, de 20-5; 40/2009, de 28-1; 79/2011, de 15-2; 83/2013, de 13-2; 849/2013, de 12-11, que la captura



de los IMSI o IMEI de los teléfonos portátiles en sistema de prepago no exigen una previa autorización judicial, pudiendo ser localizados por la policía científica dadas las posibilidades técnicas existentes.

El Código IMSI es el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity. Se trata de un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, que se integra por una serie de números que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS, este número puede ser capturado pero su hallazgo no facilita ni permite conocer ni el número de teléfono concernido ni menos su titular. Estos datos solo pueden ser cedidos por la operadora correspondiente.

El código IMEI, acrónimo de International Mobile Equipment Identity, es un código pregrabado que identifica el aparato telefónico, viene a equivaler al número de bastidor del vehículo. Tampoco permite conocer ni el número de teléfono ni el titular, lo que solo es posible si la operadora cede estos datos.

Puede estimarse que actualmente la doctrina de la Sala no incluye dentro del secreto protegido por la Constitución, la captura de los números IMEI o IMSI, precisándose solo autorización judicial para que la operadora ceda a la policía los números del teléfono y en su caso el titular del aparato correspondiente.

La intervención judicial acordada a través del IMEI forma parte de la normalidad, tanto jurídica como tecnológica ( STS. 694/2011 de 24.6).

Concluyendo que el vigente 588 ter I había recogido esta doctrina jurisprudencial al establecer la preceptiva audiencia del Fiscal que establece el art. 588 bis c. 1 Lecr. fue introducida por la LO 13/2015, de 5 de octubre, que entró en vigor el 6 de diciembre/de 2015, después de los autos acordando las intervenciones telefónicas de fechas 4 y 17 de septiembre, 2, 8, 15 y 29 de octubre, y 13 y 25 de noviembre de 2015. A la fecha de dichos autos no estaba vigente la referida exigencia legal, por lo que no se ha producido infracción alguna de las normas procesales. En ese momento, solamente era necesaria resolución judicial motivada, conforme a lo exigido en el art. 18.3 CE y a la doctrina constitucional al respecto, sin que se estableciera legal ni constitucionalmente ninguna clase de control previo del Ministerio Fiscal. Una vez que entró en vigor la reforma legal mencionada, el 9 de diciembre el Juzgado de Instrucción emplaza al Ministerio Fiscal para que emita informe sobre la solicitud de nuevas intervenciones, y el mismo día el Ministerio Público, informa favorablemente, por lo que el auto de 11 de diciembre de 2015, que acuerda nuevas escuchas telefónicas y, medidas de investigación restrictivas del secreto a las comunicaciones cumple los nuevos requisitos legales. A partir de ese momento, siempre se cumplió el preceptivo emplazamiento al Ministerio Fiscal.

En esta dirección la STS 49/2021, de 22-1, en relación a la nueva normativa recordó que "De conformidad con el art. 588 ter I de la LECrim y dada la escasa relevancia de ese dato en relación con el derecho constitucional reconocido en el art. 18.3 CE, el consentimiento de los titulares no es necesario en tanto que la Policía Judicial puede utilizar cualquier artificio técnico para conseguir ese dato."

Por ello lo que esta Sala considera absolutamente proscrito en nuestro ordenamiento son los "rastreos" indiscriminados de carácter meramente preventivo o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito ( STS 723/2018, de 23-1-2019).

**22.2.-** En el caso presente la cuestión de la forma de obtención del número del teléfono del recurrente ya ha sido tratada en el motivo decimoquinto y la relativa a la intervención del teléfono en el decimotercero, exponiendo los datos que justificaban la autorización de la medida. En el motivo actual se hace referencia a la mera posibilidad de obtención del número de teléfono a través de rastreos, sin dato alguno que lo avale y sin precisar qué datos obtenidos con la actividad denunciada que deberían ser anulados.

El motivo debe ser desestimado.

**VIGÉSIMO TERCERO.-** Motivo vigésimo tercero, art. 849.2 LECrim. Error en la valoración de la droga.

Insiste en la duda acreditada y existente de si la droga encontrada es la que se valora en Sanidad y sobre cuyo informe se elabora el posterior avalúo económico de la misma.

El desarrollo del motivo es similar al motivo duodécimo sobre la rotura de la cadena de custodia, por lo que damos por reproducido lo ya expuesto en orden a la desestimación del motivo.

**VIGÉSIMO CUARTO.-** Motivo vigésimo cuarto, art. 849.2 "Solicitud de valoración de la droga por el Ministerio Fiscal tras concluido y cerrado el Sumario".

Solicita la nulidad de la valoración tanto del informe de Sanidad como del avalúo económico, dado que siendo firme el auto de conclusión del sumario y conferido traslado al Ministerio Fiscal al objeto de formalizar escrito de acusación, éste solicitó la reforma del citado auto de conclusión y solicitó la valoración económica de la droga y la Audiencia Provincial dictó resolución acordando retrotraer las actuaciones al Juzgado de Instrucción al objeto de valorar económicamente la sustancia intervenida.



**24.1.-** Tal cuestión ya fue planteada en el motivo séptimo por lo que nos remitimos a lo ya argumentado para su desestimación, añadiendo solamente que conforme el art. 627 LECrim, al considerarse terminado el sumario el principio acusatorio cobra mayor relieve, correspondiendo al Ministerio Fiscal, al acusador particular o al popular, instruirse durante 10 o 20 días, según la extensión del sumario, para que a continuación muestren su conformidad con la conclusión o su disconformidad, pidiendo nuevas diligencias, pero superando el formalismo de limitar las oportunidades de posponer prueba en el juicio oral, al haberse convertido en derecho fundamental la práctica de tales actividades probatorias ( art. 24.2 CE) más en este caso en que la prueba era necesaria para la adecuada calificación de los hechos, dado que el valor de la droga es presupuesto cuantitativo indispensable para la determinación de la pena de multa.

**VIGÉSIMO QUINTO.-** Motivo vigésimo quinto, art. 851.1 y 851.3 LECrim. "Declaración errónea de los hechos probados al no tomar en consideración ni razonar su descarte de los hechos exculpatorios".

Motivo infracción art. 846 bis c) apartado e), art. 849.2 y art. 851.1 y 3 todos ellos de la LECrim.

El recurrente, con defectuosa técnica casacional, en cuanto por distintas vías: quebrantamientos de forma, arts. 851.1 y 851.3; error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim; imputa a la sentencia de instancia, de forma conjunta, amalgamada y genérica una serie de infracciones normativas, más propias de vulneración de preceptos constitucionales.

Así, discute íntegramente el relato de hechos probados en lo que respecta a Jesús Luis , alegando que no ha existido ninguna prueba de cargo para demostrar que conociera la actividad del acusado Miguel Ángel y colaborara para facilitar la entrada de droga en el puerto de Valencia, salvo la dudosa declaración de Miguel Ángel sin que nada la avale y frente a la cual está la declaración del recurrente, el cual ha negado dicha implicación desde el principio y ha mantenido inalterable su declaración tanto en instrucción como en el acto del juicio y el resto de los condenados nada han manifestado respecto a que Jesús Luis les diera información o de que Jesús Luis supiera a lo que se dedicaba Agustín .

En definitiva, el recurrente fue utilizado por Miguel Ángel y Agustín , pero sin tener intervención ni conocimiento de los hechos delictivos y sin recibir prestación económica alguna por ello.

Se desprecia la prueba de descargo, lo que es una muestra de la falta de tutela judicial efectiva y de la vulneración del principio de presunción de inocencia, hasta el punto de generar indefensión.

**25.1.-** Estas últimas alegaciones hacen necesario recordar la jurisprudencia reiterada de esta Sala, SSTs 434/2014, de 3-6; 105/2017, de 21-2; 1010/2021, de 20-12; 46/2022, de 20-1; 261/2022, de 17-3; 935/2022, de 1-12; 125/2023, de 23-2, - anterior a la reforma operada por Ley 41/2015, que introdujo el recurso de apelación previo ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales- sobre el alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que establece que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe 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 intermediación 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 de 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 intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de 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. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó 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 de contradicción, intermediación, 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, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la intermediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la intermediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

**25.2.-** Expuesto lo anterior, la sentencia recurrida, en relación a Jesús Luis , declara probado, de forma sucinta, que el acusado Miguel Ángel se puso de acuerdo con distintas personas para constituir una organización con la finalidad de facilitar el acceso de grandes cantidades de cocaína por el Puerto de Valencia a narcotraficantes de países sudamericanos, y que de esa organización formaban parte el acusado Agustín , guardia civil retirado, y el recurrente, guardia civil destinado en la sección fiscal del Puerto de Valencia, entre otros. Que el recurrente transmitió información a Miguel Ángel , a través de Agustín , de los cuadrantes de servicio, de buques, y de la relación de contenedores que iban a ser examinados, y en dos ocasiones recibió en el Puerto a representantes de las organizaciones interesadas en enviar cargamentos para que se convencieran de la seguridad que se les ofrecía. Que, tras dos operaciones frustradas, una por haber sido incautada la droga en el puerto de origen,



Panamá, y otra por no haberse podido descargar la droga por incidencias climatológicas, al llegar el buque Hansa Oldenburg, de la agencia consignataria Happa-Lloyd, a Valencia, el día 24 de enero de 2017, procedente del puerto Ilo de Perú, los funcionarios de la Guardia Civil y de Vigilancia Aduanera encontraron en el mismo cuatro bolsos de viaje conteniendo 199 pastillas de cocaína con un peso total de 200 kilogramos, una pureza del 77% y un valor de 8.885.501 euros.

Jesús Luis colaboró a cambio de dinero por lo que en diversas ocasiones recibió de Miguel Ángel cantidades indeterminadas de dinero, recibiendo en concreto 1.000 € cuando facilitaba la información requerida, todo ello a través de Agustín. Con este fin el 11-9-2015 en una reunión mantenida sobre las 11 horas en el restaurante La Herradura de Valencia, Miguel Ángel entregó una cantidad indeterminada de dinero a Jesús Luis y posteriormente le realizó otros pagos.

- La sentencia recurrida (puntos 91 a 116) ha expuesto las pruebas en que funda la condena del recurrente:

- Declaraciones incriminatorias de los coimputados Miguel Ángel, Agustín y Abelardo.

Como ya exponemos en el motivo siguiente, se ha indicado que los beneficios penológicos obtenidos por esos acusados no impiden necesariamente negar valor probatorio a sus declaraciones, que fueron coincidentes, detalladas y coherentes con los resultados de las vigilancias e intervenciones telefónicas, sin que se apreciaran motivos de resentimiento o venganza.

- Elementos de corroboración: testimonio del Guardia Civil instructor del atestado, destacando las visitas al puerto de Valencia de miembros de la organización; el empleo de lenguaje críptico en algunas conversaciones; la presencia del recurrente en el acto en que Miguel Ángel repartió BlackBerrys para tener un canal seguro de comunicación; conversación en el restaurante en la que Miguel Ángel dijo que buscaban el 100 por 100 y Agustín contestó que la mejor hora era por la noche ... que yo sea jefe de turno; encuentros con Miguel Ángel en diversas ocasiones, habiendo llegado a estar en su domicilio; secuencia de encuentros y comunicaciones entre los implicados, habiendo entregado el recurrente un papel con nombres de navieras o buques, y habiendo contestado en otra Agustín, al decir el recurrente que se iba de vacaciones, que la faena estaba prevista para la vuelta; llamada de Jesús Luis a Agustín facilitando una secuencia de números que se correspondía con la distribución de agentes que estaban patrullando en ese momento; comentario de Agustín a Miguel Ángel, después de una de las visitas de uno de los miembros de las organizaciones sudamericanas, diciéndole que todo perfecto que el recurrente era una figura; reunión de Miguel Ángel, Agustín y el recurrente al día siguiente de la otra visita; frecuentes conversaciones de Agustín y el recurrente, entregando este en diversas ocasiones documentos, y en concreto cuadrantes por escrito de los servicios del puerto, lo que excedía del mero interés de quedar para tomar café, y reprendiéndole en una ocasión Agustín por darle una información vía telefónica; aparición en el domicilio de Miguel Ángel de anotaciones del cuadrante de servicios del recurrente; reuniones del recurrente con el grupo de investigados precedidas de llamadas.

- otros datos valorados: conversación de Miguel Ángel diciendo que no podía devolver un dinero porque lo había empleado en pagar a los "verdes", en alusión a los guardias civiles; conversación entre Agustín y el recurrente con alusiones a la recepción de dinero y diciendo que si las cosas llevan buen curso llegarán a buen fin y qué pasara con el festival que tienen en mente; declaraciones de Cirilo y de Jacinto poniendo de manifiesto la posibilidad del recurrente, por su función, para obtener la información que le requerían.

- versión del recurrente: se ha calificado de no verosímil ya que chocaba con los seguimientos y escuchas que se prolongaron durante un año y medio.

- declaración de Fidel: se indica que habló con Agustín sobre temas de contenedores y que le preguntó sobre el puerto de Perú del que había salido la droga, pero que sus manifestaciones eran compatibles con la confesión de los acusados y no eran óbice para que estos utilizaran los servicios del recurrente.

**25.3.-** Llegados a este punto, resulta conveniente recordar el significado incriminatorio de las conversaciones que fueron objeto de grabación. En SSTS 724/2014, de 13-11; 86/2018, de 19-2; 84/2021, de 3-2; 935/2022, de 1-12, decíamos 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).

Expuesto lo anterior, el motivo, tal como señala el Ministerio Fiscal en su documentado informe, buscando interpretaciones alternativas a todos los datos incriminatorios expuestos no tiene contundencia para cuestionar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia. Las disminuciones de las penas conseguidas por los acusados, al haberse apreciado la concurrencia de la circunstancia atenuante de confesión como muy cualificada, no justifican que manifestaran datos que imputaran al recurrente. No



lo hicieron con el acusado absuelto para el que el Fiscal mantuvo la acusación y, en todo caso, las penas impuestas a los mismos han sido elevadas. El mantener que al dar el número de agentes que estaban patrullando se hablaba de un sorteo sin precisar datos, no tiene consistencia. El decir que el recurrente pensaba que las personas que iban a visitar el puerto eran familiares o amigos de Miguel Ángel tampoco resulta creíble teniendo en cuenta que una de las visitas empezó a las 22 h. y dados los comentarios posteriores de Agustín. Ni tampoco resulta admisible el pretender justificar los 900 euros en metálico encontrados en el domicilio del recurrente, en el registro llevado a cabo el 25 de enero, alegando que procedían de un préstamo personal y de la paga extra de Navidad.

En base a lo razonado, ha existido prueba de cargo lícita, suficiente y motivada conforme a los principios de la lógica y las máximas de experiencia. El motivo deviene improsperable.

**VIGÉSIMO SEXTO.-** El motivo vigésimo sexto, art. 851.1 y art. 849.2 LECrim por tomar en consideración la declaración de los propios coimputados sin avalarla con otros hechos o pruebas en concreto.

Alega en síntesis que la declaración de los coimputados no puede considerarse prueba plena porque la rebaja sustancial de las penas las hace sospechosas y es motivo suficiente para corromper su testimonio y que la corroboración debería referirse a hechos concretos de la participación del recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

**26.1.-** Esta Sala tiene declarado con reiteración que: "Respecto a la eficacia probatoria de la declaración inculpativa de un coimputado, señala el Tribunal Constitucional ( STC núm. 115/1998, de 1 de junio, con referencia expresa a las sentencias núm. 153/1997 y 49/1998), que "Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir ( STC 129/1996; en sentido similar STC 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa ( SSTC 29/1995, 197/1995; véase además STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke A, 256-A). Es por ello por lo que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente". Así pues, a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente lógica o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia" ( STS. 637/2021, de 15 de julio).

Asimismo, se ha manifestado que en los supuestos en que el coimputado puede actuar impulsado por motivos espurios (animadversión) o por el deseo de acogerse a unos beneficios penológicos (legales o pactados con las acusaciones) debe reforzarse la motivación sobre la credibilidad ( STS. 297/2021, de 8 de abril), pero "La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Solo será así cuando de ahí quepa inferir racionalmente una falta de credibilidad" ( STS. 80/2019, de 1 de febrero).

Siendo así en el motivo precedente hemos destacado como la sentencia recurrida (puntos 91 a 116) detalla con minuciosidad los elementos que corroboran las declaraciones inculpativas de los coacusados y el resto de pruebas que acreditan su participación en los hechos, por lo que el motivo deviene improsperable.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.-** El motivo vigésimo séptimo, art. 849.2, vulneración art. 297 LECrim y motivo 852 LECrim, por vulneración del art. 5.1 LOPJ y art. 24 CE "Valor del atestado y falta de ratificación de los agentes actuantes."

Sostiene la defensa que el atestado fue ratificado por el instructor pero no por todos los agentes guardias civiles que habían conocido los hechos directamente.

**27.1.-** Ciertamente como hemos dicho en STS 1058/2006, de 2-11:

"La doctrina constitucional relativa al valor probatorio del atestado policial se resume en los siguientes puntos:

1) Solo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de Policía firmantes del mismo ( SSTC. 100/85, 101/85, 173/85, 49/86, 145/87, 5/89, 182/89, 24/91, 138/92, 301/93, 51/95 y 157/95). Ello es así porque únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el acto del juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del Juzgador para conseguir así, en su caso, la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados, mediante el contacto directo con los elementos utilizados. El



atestado policial, así como los datos de investigación policiales que constan en el mismo, tienen en principio, únicamente, valor de denuncia, lo que deriva del art. 297 LECrim. La instrucción previa, se llama diligencias previas o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica a la del sumario, y, como éste, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación del delincuente, siendo su función procesal la preparación del juicio oral ( art. 299 LECrim.). Ahora bien, lo dicho no significa que las diligencias sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales, carezcan de eficacia probatoria. No cabe negarles tal para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la CE. exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por el acusado. En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado ( STC. 303/93).

2) No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser planos, croquis, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de las pruebas preconstituidas o anticipadas, pueden ser utilizadas como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes ( SSTC. 132/92, 157/95) por cuanto ninguna de las enumeradas son practicables directamente en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias.

Por lo mismo, las pericias técnicas que se adjuntan al atestado no pierden por ello su propio carácter y constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez probatoria si son incorporadas debidamente al proceso.

3) Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, las declaraciones tienen la consideración de prueba testifical ( STC. 217/89, SSTS. 2.4.96, 2.12.98, 10.10.2005, 27.9.2006). Solo en los casos antes citados -planos, croquis, fotografías, etc.... el atestado policial puede tener la consideración de prueba documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso respetando en la medida de lo posible los principios de inmediatez oralidad y contradicción ( STC. 175/97 de 14.10)."

**27.2.-** Ahora bien, la sentencia recurrida al valorar la prueba en los distintos puntos, analiza los testimonios de los diferentes agentes que intervinieron en la investigación de los hechos: el agente NUM031 , como instructor y supervisor de las actuaciones, el agente NUM028 como secretario y dando fe, y los agentes NUM032 , NUM033 , NUM034 y NUM035 , precisando las actuaciones de cada uno de ellos en las vigilancias, seguimientos y registros. En el motivo se alega que el agente NUM031 no pudo ratificar lo que el agente NUM035 vio en el restaurante La Herradura, pero a continuación hace referencia a la intervención del agente NUM035 en el plenario. También se alega que ese mismo agente no había visto dinero, pero ese dato reflejado en la sentencia procedía de la declaración de Miguel Ángel , no del agente. Las transcripciones de las conversaciones fueron ratificadas por el secretario del atestado.

En definitiva, los datos que han servido al Tribunal para basar su convicción incriminatoria han procedido de la prueba practicada en el acto de juicio oral. Se interesa la inadmisión del motivo.

El motivo se desestima.

**VIGÉSIMO OCTAVO.-** El motivo vigésimo octavo, error en la valoración de la prueba art. 849.2 y 851.1.3. Discrepancias entre la declaración de los testigos y los coimputados.

La defensa en su extenso motivo manifiesta su disconformidad con la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida, en concreto de las pruebas personales de Miguel Ángel , Agustín , del propio Jesús Luis , Juan Pablo , Modesta , Marisol , Pedro Jesús , Abelardo y Alejo , así como de las inferencias que realiza la Sala de cada uno de los distintos indicios, para llegar a la conclusión de que este recurrente fue utilizado por Miguel Ángel y Agustín , pero sin tener conocimiento de los hechos delictivos.

El motivo deberá ser desestimado.

**28.1.-** En primer lugar, como con reiteración ha declarado esta Sala, por todas SSTS 360/2022, de 7-4 y 1016/2022, de 18-1-2023, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.



En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Por ello, la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada doctrina de esta Sala, por todas SSTs 72/2021, de 28-1; 46/2022, de 20-1, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba ( STS 982/2011, de 30.9).

En definitiva, el motivo previsto en el art. 849.2 LECrim exige para su prosperabilidad, la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa.
- 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.
- 3) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente era importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos ( STS. 693/2015 de 12 de noviembre).
- 4) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.

Igualmente, la STS. 911/2013 de 3.12, recuerda: "... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan".

Por lo tanto el motivo sólo puede prosperar cuando existe en la causa algún documento literosuficiente que evidencie el hecho contradictorio a lo constatado por el tribunal en el "factum".

**28.2.-** En el caso de autos las pruebas personales cuya valoración desestima no son documentos a efectos casacionales.

Lo que el recurrente cuestiona es la credibilidad que el Tribunal otorga a distintos testigos, pero como hemos dicho en SSTs 585/2020, de 5-11 y 607/2022, de 1-7, no es éste, sin embargo, el ámbito propio de este motivo cuando se invoca en sede casacional. Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad (cfr. STS 636/2015, 27 de octubre), nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal *a quo*. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, ( SSTs 399/2013, 8 de mayo; 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril) o, en palabras contenidas en otros precedentes, siempre que esas alternativas a la hipótesis que justificó la condena no sean susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas



que puedan considerarse razonables (cfr. SSTs 848/2999, 27 de julio; 784/2009, 14 de julio y 625/2008, 21 de octubre). No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal *a quo*. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre y SSTC 16/2012, 13 de febrero; 89/1998, de 28 de septiembre; 135/2003, de 30 de junio; 137/2005, de 23 de mayo y 26/2010, de 27 de abril, entre otras muchas).

Es, por tanto, en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar la queja de la defensa. Y ninguna de las alegaciones exculpatorias que se hacen valer tienen la entidad suficiente para desmembrar la consistencia del juicio de autoría formulado en la instancia.

Criterio reiterado en la STS 707/2021, de 16-9, que recuerda que: "el control casacional no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal".

**28.3.-** En este motivo, la defensa va ofreciendo interpretaciones alternativas a los distintos datos incriminatorios que ya han sido expuestos al impugnar el motivo vigésimo quinto del recurso. En ese sentido se hace referencia a la entrega de dinero por Miguel Ángel a su mandante; a haber facilitado su mandante información de buques y de cuadrantes de servicio, y haber aparecido uno de los cuadrantes en el domicilio de Miguel Ángel; a la entrega de BlackBerrys por Miguel Ángel; a las conversaciones entre Agustín y su mandante, y, en concreto, a la llamada en la que este detalló una serie de números; al encuentro en el restaurante La Herradura; a las visitas al puerto de Abelardo y de un tercero; a las conversaciones mantenidas entre Agustín y su mandante; a las reuniones de Miguel Ángel con su mandante; al ofrecimiento de dinero de Agustín a su mandante.

Como ya se ha dicho con anterioridad, el Tribunal sentenciador ha basado la condena del recurrente en las declaraciones de los coimputados Miguel Ángel, Agustín y Abelardo corroboradas con la declaración testifical de los funcionarios que llevaron a cabo la investigación aportando grabaciones y observaciones que, como se ha dicho en la sentencia, solo tenían explicación desde la veracidad de las imputaciones efectuadas al recurrente y hacían inverosímil la versión del recurrente. Se ha tratado de una prueba de cargo válida, la valoración de la misma no ha sido arbitraria y las alegaciones efectuadas en el motivo no tienen consistencia para afectar a la conclusión alcanzada. La defensa intenta negar valor a las declaraciones de los coimputados alegando que habían respondido al interés de obtener un beneficio penológico, postura que ya ha sido descartada porque, además de haber sido elevadas las penas finalmente impuestas, no constaba que los coacusados tuvieran motivos de resentimiento contra el recurrente y las declaraciones habían sido coherentes con el resultado de las vigilancias e intervenciones telefónicas.

**28.4.-** Y en cuanto al análisis individualizado de los distintos indicios corroboradores, esta Sala, SSTs 56/2009, de 9-3; 877/2014, de 22-12; 796/2016, de 27-9, ya ha descartado 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.

En este sentido la STS. 412/2016 de 13.5, rechazó las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado..." la fragmentación del resultado probatorio para analizar seguidamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar el cuadro probatorio ( SSTS. 631/2013 de 7.6, 136/2016 de 24.2).

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 fundamente 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".

**VIGÉSIMO NOVENO.-** Motivo vigésimo noveno, art. 852 por "falta de valoración en la sentencia de la prueba documental exculpatória practicada a solicitud de la defensa" vulneración de presunción de inocencia.

Alega la parte que ha habido una serie de documentos, declaraciones de testigos, informes médicos e informe pericial que no habían sido tomados en consideración por el Tribunal para la correcta valoración del testimonio de su mandante y de las declaraciones del resto de coimputados y testigos. Al respecto designa diecisiete "documentos" (siete declaraciones, dos informes, páginas de internet, relación de buques, solicitud y admisión de prueba, anuncio de prensa, baja/alta de Jacinto, acreditación origen legal del dinero incautado, solicitud devolución dinero y parte médico), informes médico psicológicos de su mandante, liquidación préstamo personal, testifical de dos personas, pericial de perito psicólogo forense y listado de las doce pruebas solicitadas por el Ministerio Fiscal a las que se había adherido.

En base a ese listado de prueba se alega que no se habían tenido en cuenta los problemas cognitivos de su mandante; que no se habían tomado suficientemente en cuenta las declaraciones de los testigos Fidel, del capitán Indalecio y de Jacinto; que no se habían tomado en consideración los documentos acreditando el origen legal del dinero, ni la declaración sumaria acreditando el error en la cadena de custodia; y que se habían despreciado las declaraciones de los coimputados que ratificaban la versión de su mandante. Se concluye manifestando que hubo una colaboración esporádica explicar a Miguel Ángel la forma de solucionar los problemas de unas etiquetas, explicar a Miguel Ángel el funcionamiento de las páginas web para consultar los barcos, compulsar documentos para Miguel Ángel y hacer fotocopias de pólizas de seguro para Agustín, y consultar en locutorios listados de barcos-, pero que no eran suficientes para acreditar su integración en la organización e imponer una pena tan elevada.





Teniendo en cuenta que el recurrente lo que pretende es una revaloración de la prueba en su conjunto, lo que no es factible en esta vía casacional, las cuestiones que plantea ya han sido analizadas en sentido contrario a sus pretensiones y las relativas a los problemas cognitivos del mismo son objeto del motivo trigésimo segundo.

**TRIGÉSIMO.-** Motivo trigésimo, art. 849.1 LECrim, art. 851.1 y 851.3 LECrim. "Error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos y participación del recurrente." (Vulneración del art. 368, 570 ter CP, 417 CP y 419 CP, y art. 7.5, 8.8 y 9.17 LO 12/2007, de Régimen Disciplinario).

Plantea el recurrente siete opciones de penas para los hechos realizados por este acusado.

-opción A: no habiendo quedado acreditado que su defendido perteneciera a la organización y habiendo sido su colaboración de menor entidad, procedería aplicar el art. 368 p.2 CP.

-opción B: si se considera que tuvo una colaboración leve con la organización, procedería aplicar el art. 570 ter.1 a) CP.

-opción C: no habiendo acreditado el acuerdo previo, ni su pertenencia a organización criminal, procedería aplicar los arts. 419 (cohecho) y 417 (revelación de secretos) CP.

-opción D: si se considera que su mandante fue engañado y utilizado por Agustín, procedería la libre absolución.

-opción E: si se declara la nulidad total o parcial de los medios de prueba denunciados, procedería la libre absolución.

-opción F: si se reconoce la nulidad de actuaciones por la falta de competencia de la Jurisdicción española y la falta de competencia objetiva de la Audiencia Provincial, procedería declarar la competencia de la Audiencia Nacional.

-opción G: si se considera que los hechos no constituyen un ilícito penal, procedería determinar si constituyen una infracción administrativa, conforme a la LO 12/2007, de régimen disciplinario.

**30.1.-** Previamente debemos recordar que formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, constante jurisprudencia de esta Sala -por todas SSTs 991/2021, de 16-12; 261/2022, de 17-3; 984/2022, de 21-12-, tiene dicho que cuando el motivo se articula por esta vía, se ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir ni una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un motivo de carácter sustantivo penal, cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados ya inalterables se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juricidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal o de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECrim ( STS 421/2018, de 20-9).

El art. 849.1 LECrim fija como motivo de casación "cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal." Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a revaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado y obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los arts. 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art. 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable ( STS 511/2018, de 26-10).

**30.2.-** En el caso analizado la sentencia recurrida ha declarado probado que el acusado formaba parte de una organización, de al menos 8 personas, con reparto de funciones, cuyo cometido desde su puesto de trabajo -Guardia Civil destinado en la sección fiscal del puerto de Valencia- era suministrar información logística para



organizar el transporte de cocaína oculta en los buques, navieras, contenedores, itineración, horas de arriba y dársena del puerto, donde atracarían y cuadrantes de servicio de los agentes destinados en el puerto. Y además tenía la función de informar acerca de la intervención de los servicios de Guardia Civil y de Vigilancia Aduanera sobre los contenedores.

Siendo así, los hechos son constitutivos de un delito de una organización criminal respecto de sustancias que causan grave daño a la salud (cocaína) y en cantidad de notoria importancia -en la operación se intervinieron 199.968,46 gramos, con pureza del 77%, y un valor en el mercado ilícito de 8.285.501,81 €, y del art. 369 bis 1, en relación con los arts. 368 y 369 CP, pues no puede entenderse que su intervención fuese esporádica y sin participación en el reparto de papeles, cuando su colaboración con la organización empezó en septiembre de 2015 y duró hasta enero de 2017, lo que implica, a su vez, la inaplicación del subtipo atenuado del art. 368.2, no solo por disponerlo así el propio precepto que excluye la posibilidad de hacer uso de la facultad de rebaja en un grado de la pena en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias del culpable si concurriese alguna de las circunstancias de los arts. 369 bis y 370, sino porque incluso en SSTS 782/2005, de 14-12 y 714/2016, de 26-9, hemos dicho que "la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de la droga poseída por el autor, la cuantía es uno de los criterios -no el único- que la ley toma en consideración vital para resolver el asunto. No es el único parámetro para evaluar la gravedad, pero la cantidad es una guía nítida para la ley. De ahí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar en materia de delitos contra la salud pública que el hecho reviste "escasa entidad" sería justamente la reducida cuantía de la droga manejada."

Obvio resulta que la implicación del recurrente en una operación de tráfico de cocaína de casi 200 kg. de cocaína con pureza del 77%, impide hablar de la "escasa entidad del hecho".

**30.3.-** Y en cuanto al delito de cohecho del art. 419 CP, es un tipo de corrupción que -como hemos dicho en reciente STS 78/2023, de 9-2- se enmarca dentro de las relaciones económicas existentes entre el sector público y el privado, en el intercambio de favores entre funcionarios y particulares, sin desconocer que cuando las relaciones personales e institucionales entran en juego la línea divisoria entre lo que son actuaciones legales y lo que son conductas guiadas por la corrupción es bastante defensa y complicada y mucho más, de regular.

El delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a estos ( STS. 27.10.2006). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no solo la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que la finalidad perseguida por el legislador al tipificar las diferentes conductas es atender no sólo la tutela del principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, que es común a todas las modalidades del cohecho, sino también a la defensa del principio de legalidad en la actuación administrativa.

Asimismo los delitos de cohecho han sido estudiados doctrinalmente desde diferentes clasificaciones. A efectos sistemáticos y de orientación normativa, se pueden destacar:

- a) cohecho activo y pasivo, el primero es el cometido por el particular que corrompe o intenta corromper al funcionario público o autoridad con sus dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas. El segundo es el realizado por el funcionario que solicita, recibe o acepta el soborno.
- b) cohecho propio e impropio, el primero se relaciona porque su finalidad es la consecución de un acto propio del cargo contrario al ordenamiento jurídico. En el segundo el acto es también propio del cargo, pero adecuado al ordenamiento jurídico.
- c) cohecho antecedente y subsiguiente en el antecedente el soborno se realiza antes de adoptarse el acto administrativo correspondiente. En el subsiguiente, el soborno o intento de soborno se concreta una vez que se ha producido el acto propio.

Bien entendido que la homogeneidad entre los distintos tipos de cohecho ha sido expresamente proclamada por la jurisprudencia. La posible heterogeneidad de las diversas figuras de cohecho es más aparente que real, en cuanto que el bien jurídico que tratan de proteger sus diferentes modalidades delictivas es perfectamente unificable. Como señala la STS. 362/2008 de 13.6 una moderna corriente doctrinal pone el acento en la necesidad de perseguir, con instrumentos penales, todas las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. Desde esta perspectiva se tiende a una política unitaria que trata de homologar todas las conductas que suponen la expresión de un comportamiento corrupto. En esta línea tanto el cohecho activo como el cohecho



pasivo, el propio como el impropio, son manifestaciones de esta lacra de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración pública y a la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho.

**30.4.-** En el caso que nos ocupa, la conducta de Jesús Luis debe ser incardinada en dicho precepto, pues como destaca la sentencia recurrida, recibió de Miguel Ángel diversas cantidades de dinero para favorecer la entrada de droga en territorio español, incumpliendo su deber de persecución de los delitos y aprovechándose del ejercicio de sus funciones, de las que se valió, no solamente para obtener informaciones que luego transmitió a Miguel Ángel, sino para presentarse cuando estaba de servicio ante los representantes enviados por las organizaciones de origen con el fin de mostrar una infraestructura de seguridad en el puerto que inspirara la suficiente confianza para aventurar el envío de cocaína. Tal actuación fue realizada, sin duda, en ejercicio de su cargo y en contra de sus deberes profesionales; hasta el punto de que él mismo facilitaba sus cuadrantes de servicio, con la presumible intención de valerse de su presencia en el puerto como funcionario de la Guardia Civil, y en ejercicio de su función, para favorecer el rescate de la droga.

(vid. SSTS 399/2018, de 17-9 y 677/2019, de 23-1-2020, que contempló el caso de la participación de un comandante de puesto de la Guardia Civil en actividades correspondientes a una organización dedicada a la introducción de hachís en costas andaluzas, previo cobro de cantidades de dinero, y que fue condenado por delito de tráfico de drogas con pertenencia a organización y delito de cohecho como en el caso que nos ocupa).

**TRIGÉSIMO PRIMERO.-** El motivo trigésimo primero, art. 849.1 LECrim, infracción art. 369 bis CP y art. 417 CP "error en la valoración de la prueba y su calificación".

Alega el recurrente que se le atribuye una participación errónea por aplicación incorrecta de los preceptos penales y una declaración de hechos probados errónea y sin tomar en consideración medios exculpatorios.

Insiste en que no se ha acreditado que conociera los negocios reales de Miguel Ángel ni su participación en conversaciones o negociaciones al respecto, ni que cobrara cantidad alguna. Y que en todo caso estaríamos ante una colaboración previa no esencial.

Alegaciones todas ya expuestas en motivos precedentes y desestimadas, por lo que nos remitimos a lo ya razonado con anterioridad con la consiguiente improsperabilidad del motivo.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.-** El motivo trigésimo segundo, art. 849.1 LECrim, infracción art. 20 y 21 CP en orden a las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

La defensa parte del informe de un perito judicial que concluyó que el recurrente padece un trastorno adaptativo con síndrome depresivo, tratándose de una persona con limitación cognitiva, manipulable y obcecación para superar una grave situación económica, lo que le impidió darse cuenta de que Miguel Ángel no era un empresario de prestigio y que su amigo Agustín le estaba utilizando para sacarle información, por lo que solicita la aplicación de la eximente completa o incompleta del art. 20.1 o la eximente del art. 20.3 o la atenuante del art. 21.3, obcecación.

En segundo lugar, considera que la causa, aun siendo compleja, se había demorado en exceso, sin justificación, atenuante dilaciones indebidas.

Y por último, que el acusado había reconocido determinados hechos, pero no había reconocido lo que no era verdad y había intentado explicar las acusaciones falsas, por lo que debió aplicarse la atenuante de confesión tardía.

**32.1.-** Para la adecuada resolución del motivo en cuanto a las posibles anomalías o alteraciones psíquicas del acusado, debemos recordar que la pericia, como destaca la doctrina y la jurisprudencia -vid. STS 351/2021, de 28-4- es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "El tribunal valorará los dictámenes periciales, según las reglas de la sana crítica", lo cual en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el tribunal, como con carácter general, se establece en el art. 741 LECrim para toda la actividad probatoria, sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE).

El tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales, únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de experiencia y, en último término, el sentido común-, las cuales le imponen lógicamente, la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen (a este respecto se ha de reconocer que el peritaje psiquiátrico es el más trascendental, complicado y difícil de todos los peritajes forenses), la preparación del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicadas, los antecedentes del dictamen (reconocimientos,



periodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del tribunal, etc.) debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia, las razones que le han impulsado a aceptar las conclusiones de una u otra pericia, en casos de ser varias.

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación.

**32.2.-** Expuesto lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 1126/2011, de 2-11; 1377/2011, de 29-12; 856/2014, de 26-12; 351/2021, de 28-4, en cuanto a la posibilidad de la existencia de un trastorno de la personalidad, precisa que no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del CP está basado en esos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico: la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anormales o alteraciones psíquicas, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo ( STS 314/2005, de 9-3) y sigue insistiéndose en que "es necesario poner en relación al alteración mental con el acto delictivo concreto" ( STS 437/2001, de 22-3-, 332/97 de 17-3), declarando que "al requerir cada uno de los términos integrantes de la alteración de imputabilidad prueba específica e independiente, la probanza de uno de ellos no lleva al automatismo de tener imperativamente por acreditado el otro" ( STS 937/2004, de 19-7), y se puntualiza que "cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión" ( STS 175/2008, de 14-5).

No obstante, se considera aplicable este segundo elemento "cuando los presupuestos biológicos de la capacidad de culpabilidad (las enfermedades mentales, las graves alteraciones de la conciencia o la debilidad mental) se dan en un alto grado" ( STS 258/2007, de 19-7).

Sentada esta premisa debemos reconocer que la doctrina jurisprudencial en materia de tratamiento jurídico de los trastornos de la personalidad es desgraciadamente fluctuante y a veces con confusión conceptual psíquica, lo que no debe sorprender cuando en la propia bibliografía médica especializada persisten las discusiones sobre su naturaleza y origen, clasificación, efectos y posibilidad de tratamiento terapéutico.

Formado el concepto tradicional de enajenación a partir del modelo de la psicosis como arquetipo de la enfermedad psíquica, no es de extrañar que encontrara resistencia el reconocimiento del efecto excluyente y aún sólo limitativo de la imputabilidad de otros trastornos mentales distintos.

La Sentencia 2006/2002, de 3 de diciembre, se ocupó de un caso de trastorno delirante de perjuicio y un trastorno límite de la personalidad, patologías éstas que, en el momento de ser cometidos los hechos, disminuía levemente su facultad de control de los impulsos, por lo que la Audiencia Provincial apreció la concurrencia de una atenuante análoga a la semiximente de anulación de las facultades mentales por anomalía psíquica.

El Tribunal casacional recordaba que la Jurisprudencia había establecido... que "no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas ( S. de 9/10/99, núm. 1400).

Ya la jurisprudencia anterior al vigente Código Penal había declarado que la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige no sólo una clasificación clínica sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, "ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo" ( STS. de 20/01/93, núm. 51).

Igualmente ha señalado que los trastornos de la personalidad, como es el caso, son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad



neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto, y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la Jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad del mismo ( STS. de 11/06/02, núm. 1074; 1841/02, de 12/11; 848/2008, de 1-11; 939/2008, de 26-4; 240/2017, de 5-4).

Esta última precisión es muy importante. La categoría no nosológica de los trastornos de la personalidad (como antes, la de las psicopatías) incluye una serie de desórdenes mentales ("mental discordes") de contenido muy heterogéneo, por lo que el tratamiento jurídico penal de uno de ellos no siempre será exactamente extrapolable a todos los demás. Por eso, la Sentencia 2167/2002, de 23 de diciembre, advierte prudentemente que se trata de "... anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos...".

Los trastornos de la personalidad, en definitiva, son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto, y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la Jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad ( STS. de 11-06 y 12-11-2002; 846/2008 a 1-11; 939/2008 de 26/12).

**32.3.-** En el caso presente la sentencia recurrida, tras referirse a los informes aportados por la defensa en los que se hacía referencia a la existencia de un trastorno adaptativo y de un trastorno depresivo-ansioso, señala que en el informe psiquiátrico penitenciario de 11-8-2017, se diagnosticó trastorno adaptativo con síndrome depresivo pero sin apreciar alteraciones del curso y forma o contenido del pensamiento, que el informe médico forense de 27-1-2017, hace constar que el acusado presentaba síntomas positivos compatibles con un cuadro depresivo, pero no se apreció ningún trastorno psíquico que afectara a sus funciones intelectuales y volitivas, y que en el informe médico forense de 30-11-2017 se decía que el hoy recurrente no presentaba antecedentes psicobiográficos de patología psiquiátrica ni síntomas psicopatológicos de padecerla en ese momento y que presentaba síntomas compatibles con un cuadro depresivo ansioso de tipo reactivo o adaptativo comprensible en una persona en sus circunstancias (fallecimiento de su pareja y situación penal).

La conclusión del Tribunal ha sido que no podía apreciarse ni la eximente, ni la atenuante de alteración psíquica ya que el cuadro depresivo no implicaba limitación de las facultades intelectivas ni volitivas, que no podría relacionarse con la pertenencia del acusado durante un año y medio a la organización destinada al narcotráfico y que se había originado a raíz de acontecimientos posteriores y las características de su personalidad o estado de ánimo, no limitaban su capacidad de comportarse conforme a las normas y convenciones sociales.

Razonamiento correcto por cuanto habría que distinguir los trastornos observados en el acusado que parecen responder a circunstancias posteriores a los hechos enjuiciados y los rasgos de su personalidad o carácter previos que pudieran afectar a su culpabilidad. Y en este sentido los distintos informes médico-forenses coinciden en la no afectación de sus facultades intelectivas y/o volitivas.

Asimismo -como destaca el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación al motivo- son datos que hay que valorar que el acusado era agente de la Guardia Civil en activo, que no consta que estuviera en tratamiento ni tomara ningún tipo de medicación ni consumiera sustancias estupefacientes y que los hechos imputados sucedieron durante un largo periodo de tiempo.

Por lo expuesto, no existe base fáctica para apreciar la eximente completa, art. 20.1 CP, ni la incompleta, art. 21.1 en relación con el art. 20.1 CP.

**32.4.-** En cuanto a la eximente del art. 20.3 CP que exime de responsabilidad criminal al que "por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad" hemos dicho en SSTS 139/2001, de 6-2 y 170/2011, de 24-3, que la redacción anterior es fruto de la reforma del C.P. de 1983 y su antecedente se refiere a la sordomudez desde el nacimiento o desde la infancia, desde el C.P. de 1.932, que introdujo la circunstancia como eximente, hasta la redacción vigente hasta la reforma citada: "el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción" (antiguo artículo 8.3 C.P. 1973).

El primer presupuesto de la eximente se refiere a las alteraciones de la percepción. La consideración de las mismas, tras la reforma de 1.983, pues de otra forma no se justificaría, permite asentarlas no sólo



en las deficiencias sensoriales (sordomudez, ceguera, autismo .....), siempre que sean causa de grave incomunicación socio-cultural, sino también en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de dicha incomunicación por falta de instrucción o educación, de forma que el sujeto haya sufrido una merma importante e intensa en su acceso al conocimiento de los valores propios de las normas penales, pues tratándose de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con aquéllos, lo que la diferencia del error de prohibición donde se parte de la imputabilidad del sujeto.

En segundo lugar, en el plano normativo-valorativo, la alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave, elemento que puede servir de referencia para graduar su intensidad, eximente completa o incompleta, e incluso en supuestos de levedad la atenuante por analogía del artículo 21.6 C.P.

Por último, debe concurrir el ingrediente biológico-temporal que consiste en deferir la alteración al nacimiento o a la infancia, y teniendo en cuenta la naturaleza del mismo no parece que pueda prescindirse de él para acoger la versión incompleta de la eximente.

Por otra parte, la exención prevista en el artículo 20.3 C.P. tampoco puede considerarse como una cláusula "de recogida" o subsidiaria de la prevista en el número 1º de dicho artículo, por lo que las deficiencias psíquicas o la incapacidad intelectual no son acogibles en el esquema anterior. Igualmente las alteraciones de la percepción de raíz psiquiátrica, como son los trastornos esquizofrénicos (alucinaciones por ingesta de alcohol, alucinógenos ....), deben tener asiento en el nº 2 del artículo 20 en la mayoría de los casos, con independencia de no cumplir el requisito biológico-temporal, como recuerda la S.T.S. de 24/2/99 (Fundamento 5º). En cuanto a las psicopatías, como alteración de la personalidad, no implican necesariamente una alteración de la percepción en el sentido ya explicado e igualmente concurriría la dificultad de su existencia desde el nacimiento o desde la infancia. Hoy los términos de la eximente primera del artículo 20 C.P. -cualquier anomalía o alteración psíquica- facilita su encaje a través de dicha vía.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda, posterior a la reforma de 1983, atinente al caso, no muy copiosa, ha seguido una línea de moderación en lo que concierne a fijar el alcance de la eximente que analizamos. La S.T.S. de 20/4/87, con cita de la anterior de 14/3 del mismo año, sienta que la alteración en la percepción "estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial -sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sea efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad". La de 22/6/89, con cita de la anterior, incide también en la existencia de un defecto sensorial. La de 23/12/92, también apoyándose en las ya citadas, se refiere al presupuesto biológico, deficiencia sensorial, como elemento previo imprescindible, que requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad, "y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes físicas derivada de la incomunicación del contorno social .....". Siguiendo su labor de síntesis de la Jurisprudencia anterior afirma que su efecto típicamente exonerador "ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción" determinada por un defecto sensorial sin excluir lo ya señalado anteriormente a propósito de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad. La de 9/2/98 sigue la misma línea. Por fin, la de 24/2/99, que resume las anteriores, concluye que ha de partirse del defecto sensorial "o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos", añadiendo que no pueden descartarse por completo las excepcionales circunstancias ambientales a las que hemos hecho referencia. Se refiere igualmente a la diferencia que establecen los apartados 1º y 3º del artículo 20, señalando que lo relevante en el presente caso es "centrar el problema de la imputabilidad que cabe atribuir y recaer sobre quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad".

Obvio resulta que no concurre ningún elemento de los descritos que permita ser tomado como base para la apreciación de la referida eximente.

**32.5.-** Otro tanto sucede con la atenuante del art. 21.3 CP ("la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación y otro estado pasional de entidad semejante"), la jurisprudencia de esta Sala, SSTs 18/2006, de 19-1; 487/2008, de 7-7; 170/2011, de 24-3; 246/2011, de 14-4; 539/2014, de 2-7; 856/2014, de 26-2, ha señalado que son dos los elementos que configuran esta atenuante: causa y efecto.

Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción ( STS 27.2.92). Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima ( STS 20.12.96). El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural ( STS 14.3.94). 2º. Tal causa o



estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante ( STS 2.4.90). Arrebato se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (S. 14.4.92). El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos".

En la STS nº 1147/2005, se señalaba que "su esencia, como se recuerda en la STS núm. 582/1996, de 24 de septiembre, radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, mermándolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia. La jurisprudencia de esta Sala, que excluye el arrebato en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente. Se ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación.

En primer lugar, debe constataarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima ( STS núm. 256/2002, de 13 de febrero), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación ( sentencia de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebato consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor ( STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre).

En segundo lugar ha de quedar acreditados la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción.

En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo.

En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebato no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo.

Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia" ( STS núm. 1301/2000, de 17 de julio).

Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

La STS. 1003/2006 de 19.10, compendia la doctrina de esta Sala -SSTS. 2085/2001 de 12.11, 1369/2003 de 8.11-, "la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal, denominada de "estado pasional", que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de



cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de "arrebato" u "obcecación". El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de cegüedad u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda ( STS 2-7-1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el "arrebato como emoción súbita y de corta duración" y la "obcecación es más duradera y permanente" ( STS 28-5-1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa ( STS 10-10-1997)".

En este sentido la STS. 632/2011 de 28.6 insiste en que el fundamento de la atenuante del art. 21.3 CP. se encuentra "en la disminución" de la imputabilidad (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebato) o por la mas persistente de incitación personal (obcecación) pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso.

En ambas modalidades precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderosos de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones ( ssTS. 1385/98 de 17.11, 59/2002 de 25.1).

Igualmente si no está contrastada la importancia del disturbio provocador, del disturbio emocional en que el arrebato consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor a partir de una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la equivocación o la pasión con la que se ha actuado ( sTS. 267/01 de 23.1), ni deja de exigir una cierta proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción ( sTS. 1483/2000 de 6.10), calificando la atenuante como "la más subjetivamente matizada", pero "sin desdeñar aspectos objetivos atinentes a la índole y potencialidad de los estímulos, por exigencia de una razonable adecuación reaccionad. Como regla general "el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación" sTS.256/02 de 13.2).

Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebato u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos si próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión ( ssTS. 1110/96 de 20.12, 1479/99 de 18.10).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos, no pueden ser amparada por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante, que en esta relación de causa o afecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal y que cualquier reacción colérica que las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas, no basta para la estimación de la atenuante ( SSTS 17.11.98, 15.1.2002).

- En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida razona que "con independencia de las motivaciones económicas de Jesús Luis o de su personalidad, propensa a buscar la aprobación o a dejarse influir por terceros, es evidente que no actuó fruto de una reacción pasional ni repentina, ni por estímulos inmediatos y suficientemente poderosos, sino de forma continua durante largo tiempo y con oportunidades de sobra para recapacitar sobre su comportamiento ilícito, ni se puede comprender desde el punto de vista social su implicación en el tráfico de drogas, por lo que es evidente que esta atenuante tampoco puede ser estimada."

Razonamiento correcto pues no se aporta ni se ha practicado prueba alguna que acredite el estado anímico o psíquico en el que se encontraba el recurrente en el periodo en que ocurrieron los hechos, siendo una alegación de parte que ha de desestimarse dada la ausencia de soporte probatorio, lo cual es además aplicación de la doctrina jurisprudencial reiterada ( SSTS 23-4-2001, 4-1-2002, 20-5-2003) de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen, al no ser aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio in dubio pro reo, sin que pueda ser presumida su existencia, mientras las acusaciones no prueben lo contrario.

**32.6.-** En cuanto a la atenuante del art. 21.4, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1104/2010, de 29-11; 318/2014, de 11-4; 541/2015, de 18-9; 643/2016, de 14-7; 240/2017, de 5-4; 203/2018, de 25-4; 114/2021, de 11-2; 44/2023, de 30-1), exige como requisitos de la atenuante del art. 21.4 CP que el sujeto confiese a las





autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; que la confesión sea veraz, con exclusión de los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpatorio que después se revele totalmente falsa; y que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento -entendiendo por tal también las diligencias policiales de investigación- se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión. Quedan al margen aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad.

Recordaba la STS 427/2017, de 14-6, que esta atenuante encuentra su justificación en razones de política criminal. Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión -siempre voluntaria y espontánea- del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del ius puniendi.

Las SSTs 750/2017, de 22-11; y 454/2019, de 8-10, recuerdan como la atenuante de confesión, superada ya su antigua configuración que la vinculaba al arrepentimiento del culpable, encuentra hoy su fundamento en razones de política criminal, en la medida que ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa. Además del elemento cronológico se exige de ella que sea sustancialmente veraz, aunque no una coincidencia total con el hecho probado. El requisito de la veracidad parte de su propio fundamento como atenuante. La confesión (resaltan entre otras SSTs 832/2010 de 5-10; 240/2012, de 26-3; 764/2016 de 14-10; 118/2017 de 23-2) supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta. Si lo que pretende el confesante no es posibilitar la actuación instructora sino la defensa ante un hecho delictivo, no se cumple con esa finalidad que fundamenta la atenuación. Ahora bien, eso no implica que, puesta sobre la mesa la veracidad de los hechos, no pueda el confesante poner también de relieve aquellos elementos de donde deducir cualquier género de comportamiento atenuatorio de su responsabilidad penal.

De ahí que la atenuante no resulte incompatible con el mantenimiento de versiones defensivas en aspectos que no sean sustanciales, que puedan resultar no acreditados, siempre que no quede desvirtuada su propia finalidad.

En el mismo sentido la STS 84/2020, de 27-2: "La atenuante de confesión del artículo 21.4º del Código Penal exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido, pues lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias. Cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal".

Es obvio que proyectando esta consolidada doctrina jurisprudencial sobre la veracidad y persistencia de la confesión al caso sujeto a examen casacional, la atenuante de confesión del art. 21-4º no resulta admisible y debe ser rechazada, por cuanto -como dice la sentencia recurrida: "ni Jesús Luis ha reconocido los hechos ni ha facilitado la investigación en modo alguno. De hecho en su primera declaración sumarial de 27-1-2017 se acogió a su derecho a no declarar y la posterior admisión de que tenía contactos con Agustín y Miguel Ángel, a los que habría enseñado páginas públicas donde buscar barcos y navieras, alegando que no realizó actividad ilegal alguna, no equivale a ningún reconocimiento de los hechos ni favorece en modo alguno su descubrimiento. Por el contrario, se ha opuesto con todos los argumentos habidos y por haber, de modo que no puede recibir los mismos beneficios que quien verdaderamente colabora con la justicia para el esclarecimiento de los hechos."

**32.7.-** En relación a la atenuante de dilaciones indebidas cuestiona el razonamiento de la Sala de instancia que inaplica esta atenuante por el hecho de que la duración de la instrucción fue la normal para perseguir delitos de esta entidad en los que hay investigaciones internacionales, lo que a su juicio supone reconocer implícitamente que la competencia por esta clase de delitos es de la Audiencia Nacional, que está dotada de más medios para su persecución, lo que habría justificado que la comisión rogatoria a Panamá no hubiera tardado tanto tiempo en tramitarse.

Dicha duración de la instrucción desde enero 2017 a junio 2019 en la espera de esa comisión, unido al tiempo durante el que la causa era secreta, desde agosto 2015 a enero 2017, hizo que se produjese una



dilación extraordinaria dado que a pesar de ser una causa de extremada complejidad, se demoró en exceso sin justificación suficiente, y sin transformar el procedimiento en tiempo y en forma en sumario, ni en declarar compleja la causa, por lo que procedería estimar la presente atenuante como muy cualificada, reduciendo la pena uno o dos grados.

Pretensión de la parte que deviene improsperable.

En efecto, como hemos dicho en SSTS 817/2017, de 13-12; 152/2018, de 2-4, entre otras muchas, la reforma introducida por LO 5/2010, de 22-6, ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad ( STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras ( SSTS. 27.12.2004, 12.5.2005, 25.1, 30.3 y 25.5.2010).

Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo, STS. 30.3.2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que, si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTS. 875/2007 de 7.11, 892/2008 de 26.12, 443/2010 de 19.5, 457/2010 de 25.5, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).

Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24-2 CE mediante la cual poniendo la parte al órgano jurisdiccional de manifiesto en inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa.



En este sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7-4, recuerda que para apreciarse la queja basada en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es requisito indispensable que el recurrente les haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en la misma. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso con lo que se presiona el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos de los que, tras la denuncia del interesado -carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso-, el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable, podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este tribunal.

Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo, STS 1497/2010, de 23-9; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y, sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe ( art. 11.1 LOPJ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación ( STS 654/2007, de 3-7; 890'/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatar una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En definitiva, conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante ( STS. 21.7.2011).

Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora les siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

En este sentido las SSTS 737/2016 del 5 octubre, y 262/2009 de 17 marzo, en este punto son significativas, al declarar que "debe tenerse muy en cuenta que la necesidad de concluir el proceso en un tiempo razonable que propugna el art. 6.1 del Convenio citado, no debe satisfacerse a costa de o en perjuicio de los trámites procesales que establece el derecho positivo en un sistema procesal singularmente garantista hacia el



justiciable como es el nuestro. En similar sentido la STS. 525/2011 de 8.6, que la dilación, por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La solicitud de que se practiquen diligencias de prueba con la interposición de recursos comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa, por lo que la dilación propia de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida.

Por ello no puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las partes cause una dilación que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que las partes soliciten y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello.

2) En cuanto a su consideración como muy cualificada, esta Sala Segunda, STS 650/2018, de 14 de diciembre, tiene dicho que si para apreciar la atenuante simple se requiere una dilación indebida "extraordinaria" en su extensión temporal, ello debe comportar que los elementos que configuran la razón atenuatoria se den de forma intensa y relevante.

En concreto en relación a la dilación se exige que supere el concepto de "extraordinaria", que sea manifiestamente "desmesurada", esto es que esté fuera de toda normalidad. También cuando la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales ( SSTS 95/2016 de 17 febrero, 318/2016 de 15 abril, 320/2018, de 29 de junio).

En definitiva, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria.

Como explica y compendia la STS 668/2016 de 21 de julio "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003 de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo ( 9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo ( 9 años); 39/2007 de 15 de enero (10 años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 440/2012 de 25 de mayo (diez años ); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años ); y 360/201, de 21 de abril (12 años)." Más recientemente la STS 760/2015 de 3 de diciembre estimó una atenuante de dilaciones muy cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste.

De la anterior doctrina jurisprudencial se colige el acierto de la sentencia recurrida al rechazar la concurrencia de la atenuante -y más aún con el carácter de muy cualificada-, teniendo en cuenta en el presente caso que no se detectan paralizaciones excesivas durante la tramitación de la causa y que la duración total de la instrucción, (aproximadamente tres años desde la detención de los investigados) no excede de lo normal en esta clase de delitos, de ámbito transnacional y cometidos a través de una organización criminal, no puede concluirse que se hay producido un retraso que justifique la atenuante solicitada. En este sentido, debemos subrayar que, no solamente han sido preciso el uso de numerosos medios técnicos para el descubrimiento del delito, sino también el libramiento de comisiones rogatorias. Además, ha sido preciso investigar a un gran número de posibles implicados y el estudio de las posibles ramificaciones económicas de la organización. La tardanza de la comisión rogatoria, por las dificultades que plantea al tener que llevarse a cabo en otro país, no constituye ninguna dilación indebida. Por todo ello, la comprobación del delito es tan dificultosa que está plenamente justificada la duración de la causa.

**TRIGÉSIMO TERCERO.-** El motivo trigésimo tercero en base al art. 851.4 LECrim en relación con el art. 849.1 LECrim, por condenar de manera más grave al recurrente, con infracción del art. 8.1 y 8.4 CP y la no aplicación del art. 570 ter a) CP. Error en la aplicación del derecho sustantivo penal y en la aplicación de la pena.

El recurrente plantea diferentes opciones de calificación de los hechos y penas a imponer al mismo, pero prescinde de los tipos penales aplicados en la sentencia y tiene en cuenta la concurrencia de eximentes y atenuantes cuya aplicación la sentencia ha rechazado -tal como se ha razonado en el motivo precedente- por lo que la pretensión del recurrente debe ser desestimada.



**33.1.-** Y en cuanto a la concreta aplicación de las penas impuestas al recurrente, la jurisprudencia de esta Sala -por todas SSTs 849/2013, de 12-11 y 720/2017, de 6-11, tiene establecido que ciertamente, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida. En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero.

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el Art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24.1 C.E. – conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional– resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril)."

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...."

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11- que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE. ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional ( SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTs. 976/2007 de 22.11, 349/2008 de 5.6, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el Art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal, cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha precisado ( STS de 18-6-2007, nº 599/2007), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el Art. 66, regla primera, del Código Penal, disponía que: "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: "razonándolo en la sentencia", no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del Art. 120.3 de la Constitución Española y el Art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que



se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del Art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002:

- a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;
- b) Subsanan el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;
- c) Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el Art. 240.2 párrafo 21 LOPJ. en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 ("en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal"). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del Art. 66 CP. y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado. En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.

**33.2.-** En el caso recurrido, la sentencia recurrida, fundamento derecho quinto, puntos 188 y 191, motiva las penas impuestas a este acusado por el delito de tráfico de drogas, art. 169 bis, partiendo de la no concurrencia de atenuante alguna, considera que la pena de diez años de prisión es proporcionada, partiendo de que se



sitúa en la mitad inferior del arco punitivo legalmente previsto de nueve a doce años de prisión. La extensión se justifica además por la elevada cantidad de estupefaciente que fue introducida en España, que sobrepasaba con creces la consideración de notoria importancia, tratándose además de diversas operaciones las que fueron llevadas a cabo por la organización. La instrumentalización de su condición de funcionario de la Guardia Civil también implica un especial reproche para su conducta, superior al de otros partícipes que no desempeñan funciones relacionadas con el control fiscal de las fronteras, debido al daño causado a la confianza que la sociedad le había confiado en especial por su puesto. La opción del Ministerio Fiscal por la mitad inferior de la extensión de la pena ya valora la entidad de su participación y las dificultades que por su personalidad y situación económica presentaba para poder inhibirse ante las propuestas recibidas y la perspectiva de una ganancia pecuniaria.

Y por el delito de cohecho del art. 419 del Código Penal, se impone a Jesús Luis la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de once meses, con una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante 10 años. La pena de prisión se sitúa en la mitad inferior, pero no próxima al mínimo, considerando el carácter continuado de su conducta, tratándose de diversas actuaciones que quebrantaron sus deberes profesionales, así la entidad de las consecuencias que esa colaboración con una organización criminal podía generar en su función, propiciando la comisión de delitos graves, teniendo en cuenta que precisamente debía prevenir esta clase de delitos. La inhabilitación especial está justificada por haberse cometido el delito en el ejercicio de sus funciones, contraviniendo las obligaciones de su puesto y en contra de su deber de prevenir delitos, especialmente los que alcanzan la gravedad del que es objeto de enjuiciamiento. Lógicamente, la inhabilitación tiene, como una de sus finalidades, la prevención de futuros comportamientos similares, considerando la gravedad del delito contra la salud pública y la integración en una organización con dicha finalidad. Por lo que se refiere a la cuota de la multa, la cantidad de seis euros no resulta excesiva, considerando que el acusado es funcionario público, que la cuota se sitúa próxima al mínimo y que no se halla en una situación de indigencia o miseria acreditada tal que justifique cuotas todavía más bajas.

Ha habido por tanto, motivación suficiente y las penas son adecuadas a la gravedad de los hechos. El motivo deviene improsperable.

**TRIGÉSIMO CUARTO.-** Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**1º) Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Jesús Luis** , contra la sentencia nº 281/2020, de fecha 30 de julio de 2020, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Procedimiento Sumario Ordinario nº 113/2019.

**2º) Imponer** al recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura