

Roj: **STS 2375/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2375**Id Cendoj: **28079120012009100369**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/04/2009**Nº de Recurso: **10534/2007**Nº de Resolución: **277/2009**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP IB 834/2007,**
STS 2375/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Abril de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por las representaciones procesales de los acusados Vicente , Amadeo , Flor , Felipe , Mario , Jose María , Anibal , Teodora , Cristina , Felicísimo , Noelia , Miguel y Antonia , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda) de fecha 26 de febrero de 2007, en causa seguida contra Benedicto , alias " Chili " , Mario , Vicente , alias " Virutas " , Teodora , Flor , Jose María , alias " Pesetero " , Amadeo , alias " Bigotes " , Anibal , alias " Ganso " , Cristina , Antonia , alias " Bailarina " , Celestino , alias " Avispado " , Felicísimo , Noelia , Miguel , Felipe , Pio y Luis Enrique , más otros tres declarados en rebeldía, por un delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. Don. Manuel Marchena Gómez. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y los recurrentes representados por los/as Procuradores/as Sres/as. De Murga Florido, Rosique Samper, Cardenas Porras, Castro Rodríguez, Alfaro Rodríguez, González Sánchez, Gómez Rodríguez, Santander Illera, Rubio Peláez, Moya Gómez, Guijarro de Abia, De la Torre JUSDADO y Alberdi Berriatua.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 9 de Palma de Mallorca, incoó Procedimiento Ordinario núm. 10/2005, contra Benedicto y dieciséis más y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda) Rollo de Sala nº 1092/05 que, con fecha 26 de febrero de 2007, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Son hechos probados y así expresamente se declaran, que Benedicto , alias " Chili " , mayor de edad en cuanto nacido el día 13-11-1971, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el día 6-03-05; Mario alias " Gamba " , mayor de edad en cuanto nacido el día 26-12-1970, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el día 18-02-2005, Vicente , alias " Virutas " , mayor de edad en cuanto nacido el día 16-12-1980, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y privado de libertad por esta causa desde el día 7-03-05, Teodora , mayor de edad en cuanto nacida el día 19-11-1984, sin antecedentes penales y privada de libertad por esta causa desde el día 6-03-05, Flor , mayor de edad por cuanto nació el día 29-10-1980, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, privada de libertad por esta causa desde el día 6-03-05, Jose María alias " Pesetero " , mayor de edad en cuanto nacido el día 10-08-1977, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el día 18-02-2005, Amadeo , alias " Bigotes " , mayor de edad en cuanto nacido el día 16-11-1973, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta





causa desde el día 18-02-2005, Anibal alias " Ganso " mayor de edad en cuanto nacido el día 19-05-1966, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el día 6-03-05, Cristina , mayor de edad en cuanto nacida el día 31-12-1969, sin antecedentes penales y privada de libertad por esta causa los días 6 a 8 de marzo de 2005, Antonia , alias " Bailarina " , mayor de edad en cuanto nacida el día 21 de septiembre de 1968, sin antecedentes penales y privada de libertad por esta causa los días 15, 16 y 17 de marzo del 2005, Felicísimo , mayor de edad en cuanto nacido el día 23 de marzo de 1969, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y privado de libertad por esta causa los días 15, 16 y 17 de marzo del año 2005, Noelia , mayor de edad en cuanto nacida el día 6 de mayo de 1971, sin antecedentes penales, privada de libertad por esta causa dos días, Miguel , mayor de edad en cuanto nacido el día 12-12-1963, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa los días 17 y 18 de Marzo de 2005 y Felipe , mayor de edad en cuanto nacido el día 2 de enero de 1971, sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa los días 17 y 18 de marzo de 2005, realizaron los siguientes hechos:

Benedicto durante los meses de noviembre de 2004 hasta marzo de 2005, en que fue detenido, introdujo en Mallorca, para su distribución y posterior venta, diversas cantidades de cocaína que le eran suministradas a través de al menos de tres fuentes: la primera desde Santo Domingo, remitida por el proceso en rebeldía Marino , utilizando normalmente a mujeres como correos, que habían ingerido la sustancia estupefaciente y que una vez en la isla, la expulsaban, para posteriormente ser distribuida a terceros por el acusado; la segunda a través de remesas de la misma sustancia que realizaba por diversos medios desde Barcelona Mario , y, otra tercera que era introducida posiblemente a través del procesado declarado rebelde Cosme que trabajaba en Mercabarna y a través de los camiones de reparto de pescado, cuyo destino era la empresa "Torres Ramón" sita en Mercapalma y propiedad de la familia de Benedicto , llegando la sustancia estupefaciente a manos de éste también para su posterior distribución a terceros.

Vicente , colaboraba permanentemente con el procesado declarado en Rebeldía Marino y con la esposa de éste, también rebelde, Africa , actuando en Mallorca cumpliendo los encargos de aquel, sobre todo buscando personas que pudieran introducir en España sustancias estupefacientes, posibles compradores y distribuidores de la misma al tiempo que colaboraba en la financiación y preparación de la droga y su venta posterior, encargándose de defender sus intereses vigilando y atendiendo a las correos que éste enviaba desde la República Dominicana durante el tiempo que aquellas arrojaban las sustancias estupefacientes que habían introducido en su organismo y se encontraban en Mallorca.

Teodora y Flor , cuñada de la primera, ejercían la función de correos introduciendo a cambio de una cantidad en metálico, en Mallorca desde la República Dominicana, la cocaína ingerida o adosada a su cuerpo, habiendo participado la procesada Flor en al menos dos introducciones en Mallorca desde la República Dominicana, si bien en la primera ocasión, a mediados de noviembre del 2004, cuando llegó en compañía de una tercera mujer no procesada, la referida introducción no fue interceptada por la policía por falta de tiempo, siendo finalmente detenida junto con Teodora en la segunda ocasión, el 6 de marzo de 2005 en el Aeropuerto de Son San Juan de esta Ciudad.

Por otra parte Jose María apodado " Pesetero " y Amadeo , apodado " Bigotes " colaboraban con el procesado Mario introduciendo droga en Palma de Mallorca desde Barcelona, también a través del Aeropuerto, al tiempo que buscaban compradores de la misma, habiendo participado Jose María en una introducción acaecida hacia el mes de diciembre que tampoco fue interceptada por la policía y en el que los procesados Mario y Jose María , según la investigación policial y las conversaciones telefónicas interceptadas, introdujeron una cantidad indeterminada, pero posiblemente cercana a los 700 gramos de cocaína en la Isla y de mala calidad.

Benedicto era el principal destinatario de la droga remitida a Palma de Mallorca por los tres referidos medios de introducción, contando con la colaboración para su venta y distribución de los acusados Anibal , de Cristina que le ayudaban en su preparación para la venta posterior, como también en la búsqueda de compradores finales o intermedios, como la entrega efectiva de cocaína a compradores que habían contactado y convenido con él tal entrega, como la financiación de la misma para su introducción en España, constatándose a lo largo de la investigación que ambos procesados también adquirirían cocaína por otros conductos ajenos a Benedicto y llevaban a cabo ventas a terceros por propia iniciativa.

Antonia , mantenía igualmente contactos permanentes con Benedicto y Marino , con el fin de financiar nuevas remesas de droga a Palma y beneficiarse económicamente con la venta posterior, arrendando a ambos el piso de la CALLE000 NUM000 . NUM001 de su propiedad, que era utilizado indistintamente por el procesado Benedicto y Anibal para la confección de dosis o papelinhas para su distribución e igualmente para que sirviera de residencia temporal de las correos y de Marino y su compañera sentimental Africa cuando llegaban de la República Dominicana. También posiblemente fuera utilizado por Jose María cuando presumiblemente introdujo cocaína a mediados de enero de 2005, en una operación que como ya hemos dicho, no pudo ser interceptada por la policía.





Felicitísimo junto con su esposa Noelia , mantenían constantes y estrechos contactos con Benedicto y con Anibal y participaban en la actividad de distribución entre terceras personas, prestaban cobertura y ayuda en la actividad ilícita desarrollada por Benedicto y vendían a terceros cocaína que obtenían generalmente de aquel.

Fruto de la investigación policial, consistente en las intervenciones telefónicas efectuadas con autorización judicial de diversos teléfonos empleados así como del seguimiento de los procesados y vigilancia de sus reuniones y contactos existentes entre ellos, se pudo constatar la participación de los procesados en la distribución a terceros de sustancias estupefacientes concluyendo con la detención de los mismos. Concretamente, fruto de esa investigación, el día 18 de Febrero de 2005 fueron detenidos Mario , Jose María y Amadeo cuando llegaban juntos al aeropuerto de Palma de Mallorca, en el vuelo Iberia NUM002 procedente de Barcelona, portando Jose María un paquete forrado con cinta de embalar e impregnado de viks vaporub para dificultar su detección por los perros utilizados por la policía y que contenía en su interior una sustancia blanca compacta, que convenientemente analizada resultaron ser 996,020 gramos de cocaína con una pureza de un 76% y que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 85.880,97 euros en su venta por gramos y 123.204,79 euros en su venta por dosis. Los procesados pretendían entregar la referida sustancia a los acusados Benedicto y Anibal , que aunque supieron de la detención, no detuvieron sus actividades porque consideraron que la fuerza realmente investigaba las actividades del poblado de Son Banya, y que aquella droga era para alguno de sus moradores.

Teodora junto con Flor , el día 6 de Marzo de 2005, de común acuerdo y previamente concertadas con el procesado declarado en rebeldía o fallecido Marino , que desde la República Dominicana actuaba cumpliendo otro encargo del también acusado Benedicto , de común acuerdo, a cambio de una cantidad de dinero como retribución por su actuación, se desplazaron desde Santo Domingo hasta Madrid y desde allí hasta el Aeropuerto de Son San Juan, siendo detenidas en el mismo, portando Teodora adosados a su cuerpo un total de 76 envoltorios de plástico de forma cilíndrica que contenían una sustancia blanca que convenientemente analizada resultaron ser 753,580 gramos de cocaína, con una pureza del 75%, sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 64.121,79 euros en el caso de la venta por gramos y 91.989,13 euros en la venta por dosis y una bolsa de plástico que contenía igualmente otra sustancia blanca, que también convenientemente analizada resultaron ser 102,126 gramos de cocaína, con una pureza de un 76% sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 8.805,67 euros en su venta por gramos y 12.632,57 euros en su venta por dosis, llevando por su parte la otra procesada, Flor , que como ya reflejamos más arriba, realizó otro viaje similar introduciendo una cantidad no determinada de cocaína en Palma de Mallorca, un total de 98 envoltorios de plástico en el interior de su organismo, que contenían una sustancia blanca que convenientemente analizada resultaron ser 982,830 gramos de cocaína con una pureza de un 73%, sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 81.398,52 euros en su venta por gramos y 116.774,27 euros en su venta por dosis.

Dichas sustancias iban dirigidas a Benedicto , que era el encargado de recibir las mismas y se encontraba esperándolas en las inmediaciones del aeropuerto, con la intención de distribuir las referidas drogas en Mallorca, con el fin de beneficiarse económicamente con su distribución entre terceros, siendo detenido en este momento e intervenidas en su poder otras tres bolsitas de plástico conteniendo una sustancia blanca que convenientemente analizada resultaron ser 1,863 gramos de cocaína con una riqueza del 34%, sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 71,85 euros en su venta por gramos y 103,04 euros en su venta por dosis, más otra bolsita de plástico, con una sustancia blanca, que convenientemente analizada resultó contener 0,325 gramos, igualmente de cocaína, con una riqueza de un 65%, sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 34,25 euros en su venta por dosis.

Autorizada judicialmente una entrada y registro en su domicilio sito en la calle Pasaje de Pollensa de Son Caliu de Calviá, fueron encontrados en su poder una agenda con numerosas anotaciones, siendo hasta 10 de ellas referidas a Pelanas , Bicho o Chipiron en referencia al procesado Pio conteniendo una cifra al lado de dicho nombre, 9 resguardos de envío de dinero a través de Western Union, siendo 8 de ellos destinatario Marino , 2 recibos de pago de la empresa Uno Mon Transfer, y 2 resguardos de envío pagados para una imposición en efectivo de 2.500 euros, más una balanza de precisión.

Autorizada judicialmente una entrada y registro en el domicilio de Anibal , sito en la calle Jaime Ferrán de esta Ciudad, fueron hallados en el mismo también distintas anotaciones en las que se constataban transacciones de cocaína y resguardos de ingreso, cuatro cajas de guantes de plástico, una balanza de precisión de la marca Gram, un bote de talco Johnsons, otro de la marca Mexana, un cilindro metálico, y otro que estaba en la sala comedor, todos ellos efectos destinados a la manipulación de cocaína a efectos de su posterior venta a terceros y una prensa de la marca Perel, que había sido trasladada días antes desde la CALLE000 NUM000 , y que se encontró en su habitación, siendo utilizada indistintamente por los acusados para compactar, una vez adulterada, la droga que distribuían a terceros a fin de darle apariencia de mayor calidad, una caja con





un molde de metacrilato, una bolsa con sustancia blanca, amen de un pasaporte de la República Dominicana a nombre de Alejo , otro a nombre de Bernardo , 980 euros y 14 pastillas con el anagrama Mitsubischi que convenientemente analizadas arrojaron un resultado de 3'060 gramos de M.D.M.A., sustancias que en el mercado ilícito habrían alcanzado un valor de 136'08 euros, un cilindro metálico y otro pasaporte de la República Dominicana N.I.E. a nombre de Evaristo .

Autorizada una entrada y registro en el domicilio de Cristina sito en la CALLE001 n° NUM003 de Palma, fueron hallados en su poder 400 euros y efectuado un registro de su bolso personal fueron encontradas tres papelinas con una sustancia blanca que convenientemente analizada arrojaron 2,405 gramos de cocaína con una riqueza de un 71%, sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 193,67 euros en su venta por gramos y 277,79 euros en su venta por dosis y que la procesada poseía para su distribución y venta a terceros.

Asimismo, autorizada otra entrada y registro en el domicilio sito en la CALLE000 NUM000 , titularidad de la procesada Antonia , alquilada a ésta por el procesado Benedicto , y que fue ocupado temporalmente por el otro procesado rebelde Marino , y que utilizaban además los también procesados Felicísimo y Noelia , que acudían con frecuencia a dicho piso, como lugar para preparar la droga para su venta posterior o concertarse en la misma o sus inmediaciones con otras personas que iban a adquirir sustancia estupefaciente. En dicho registro fueron hallados 2 embudos con restos de sustancia blanca, un envoltorio de plástico color blanco, un cuchillo y una línea sobre la mesa con restos de sustancia blanca, otras dos bolsitas con restos de sustancia blanca, guantes de plástico, otras dos bolsitas con restos de sustancia blanca, 4 cajas de lacteol (2 vacías, una conteniendo 13 pastillas y otra 15), en una ensaladera un trozo de tarjeta de embarque a nombre del procesado Mario , una cuchilla, 2 resguardos de reservas a nombre de los procesados Vicente , Africa y Marino , una denuncia a nombre del procesado Vicente , una carpeta con un pasaporte español a nombre de Flor , un pasaporte español a nombre de Vicente , dos cartillas de la Caixa a nombre del procesado Vicente y un contrato de Amena a nombre de la procesada Antonia .

Felicísimo junto con su esposa Noelia mantenían constantes contactos telefónicos con Benedicto , y el primero, también con Anibal , recibiendo de ambos cocaína para su distribución a terceros.

Los procesados Miguel , entre los meses de Enero a Marzo de 2005 y Felipe , mantuvieron numerosos contactos telefónicos y personales con Benedicto , en los que con conocimiento de la procedencia de la sustancia estupefaciente, se concertaron a fin de proveerse de la droga en la cantidad suficiente para distribuirla entre terceras personas y con ánimo de enriquecerse injustamente en el mercado ilícito, se dedicaron a distribuir entre terceros la citada sustancia que les entregaban los procesados anteriores.

Aunque Celestino , Pio y Luis Enrique , fueran consumidores de cocaína, no consta que distribuyeran la misma a terceros consumidores por cuenta de Benedicto ni que favorecieran su tráfico de cualquier otra forma".

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

"FALLAMOS: Que debemos absolver y efectivamente, absolvemos libremente a Celestino , Pio y a Luis Enrique de las presentes actuaciones penales declarando de oficio 3/17 partes de las costas procesales causadas.

Que debemos condenar y efectivamente condenamos a Benedicto , como autor responsable de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de sustancias que causan grave daño a la misma, subtipo agravado de notoria importancia de lo incautado, concurriendo en el mismo la circunstancia atenuante de grave drogadicción, a la pena de DIEZ años de prisión y multa de 616.304 euros.

A Teodora , como autora del mismo delito que el anterior, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a NUEVE AÑOS de prisión y multa de 616.304 euros.

A Flor , también como autora del mismo delito, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de NUEVE AÑOS de prisión y multa de 616.304 euros.

A Mario , como autor de un delito contra la salud pública, con tráfico de sustancias que causan grave daño a la misma, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de NUEVE años de prisión y multa de 257.640 euros.

A Jose María y a Amadeo , como autores del mismo delito sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE años de prisión y multa de 257.640 euros.

A Vicente y a Anibal , como autores responsables de un delito contra la salud pública, con tráfico de sustancias que causan grave daño a la misma, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la de SEIS años de prisión y al segundo multa de 408 euros.

A Antonia como autora del mismo delito y también sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO años de prisión.





A Cristina , Felicísimo , Noelia , Miguel y a Felipe , también como autores responsables del mismo delito sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a TRES años de prisión. A Cristina también multa de 579 euros, con cinco días de arresto sustitutorio en caso de impago derivado de insolvencia.

Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo para todos ellos durante el tiempo que duren sus respectivas condenas.

Pago de 14/17 de las costas procesales causadas por partes iguales entre ellos.

Se decreta el comiso del dinero, de las sustancias y de los demás objetos intervenidos, dándoseles a todos ellos el destino legal.

Para el cumplimiento de las penas que se imponen declaramos de abono todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por los hechos objeto de la presente causa, siempre que no les hubiera sido computado o les fuera computable en otra (sic) ”.

Tercero .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, 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 legal de la recurrente Teodora , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). **II** .- Infracción de los derechos de los arts. 15.1 y 18.1 CE , al amparo del art. 852 LECrim. **III** .- Al amparo del art. 852 LECrim , por infracción del derecho a la integridad física del art. 15.1 CE. **IV** .- Al amparo del art. 852 LECrim , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. **V** .- Al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia. **VI** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim , por vulneración de los arts. 368, 27 y 28 CP. **VII** .- Infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 22.6 en relación 22.5 (se refiere en realidad al art. 21) del CP.

Quinto .- La representación legal de la recurrente Flor , basa su recurso en un único **MOTIVO DE CASACIÓN** :

MOTIVO ÚNICO .- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por vulneración de los arts. 368, 27 y 28 CP .

Sexto .- La representación legal del recurrente Mario , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). **II** .- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia, al amparo del art. 852 LECrim. **III** .- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por no aplicación indebida del art. 21.2 y 6 CP (atenuante analógica de drogadicción). **IV** y **V** .- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 21.6 en relación al art. 21.1 CP. **VI** .- Al amparo del art. 852 LECrim , por tutela judicial efectiva en cuanto a la motivación de la individualización de la pena.

Séptimo .- La representación legal del recurrente Jose María basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia (art. 18.3 CE). **II** .- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por no aplicación indebida del art. 21.2 y 6 CP (atenuante analógica de drogadicción).

Octavo .- La representación legal del recurrente Amadeo , basa su recurso en un único **MOTIVO DE CASACIÓN** :

MOTIVO ÚNICO .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE).

Noveno .- La representación legal del recurrente Vicente , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE). **II** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción del art. 66 CP .

Décimo .- La representación legal del recurrente Anibal , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración de la presunción de inocencia, art. 24 CE. **II** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim , por vulneración del art. 368 CP. **III** .- Al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba. **IV** .- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por vulneración del art. 368 CP .





Decimoprimero .- La representación legal de la recurrente Antonia basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE). II .- Al amparo del art. 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba.

Decimosegundo .- La representación legal del recurrente Felipe , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones, tutela judicial y presunción de inocencia (arts. 18 y 24 CE). II .- Al amparo del art. 849.1 LECrim. III .- Al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba. IV .- Al amparo del art. 850 y 851 LECrim .

Decimotercero .- La representación legal de la recurrente Cristina , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). II .- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia, al amparo del art. 852 LECrim. III .- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por no aplicación indebida del art. 21.2 y 6 CP (atenuante analógica de drogadicción). IV y V .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración de la presunción de inocencia (art. 24 CE).

Decimocuarto .- La representación legal de la recurrente Noelia , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). II .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración de la presunción de inocencia, art. 24 CE. III .- Al amparo del art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 368 CP .

Decimoquinto .- La representación legal del recurrente Felicísimo , basa su recurso en un único **MOTIVO DE CASACIÓN** :

MOTIVO ÚNICO .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia (arts. 18.3 y 24 CE).

Decimosexto .- La representación legal del recurrente Miguel , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

I .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). II .- Al amparo del art. 852 LECrim , por vulneración de la presunción de inocencia, art. 24 CE). III .- Al amparo del art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 368 CP .

Decimoséptimo .- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 3 de diciembre de 2008, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

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

Decimonoveno .- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 12 de marzo de 2009. La Sala acuerda por auto de fecha 26 de marzo de 2009 , prorrogar el término para dictar sentencia en la presente causa por treinta días naturales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 2007, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , se formalizan trece recursos de casación por quienes resultaron condenados como autores de un delito contra la salud pública. Procede el análisis individualizado de cada uno de los motivos hechos valer por los recurrentes, sin perjuicio de las oportunas remisiones en aquellos casos en los que el contenido de la impugnación participe de los mismos argumentos.

A) RECURSO DE Teodora

PRIMERO .- La defensa de la recurrente hace valer siete motivos distintos. Cinco de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, sostienen la existencia de vulneración de precepto constitucional. Los otros dos sirven de vehículo para denunciar, con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim , error en el juicio de subsunción llevado a cabo por el Tribunal *a quo*.





I.- El primero de los motivos -invocado también en similares términos por otros recurrentes- alega la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas proclamado por el art. 18.3 de la CE. Argumenta la parte recurrente que la intervención fue acordada con el exclusivo respaldo de la denuncia de Laura, que acudió a las dependencias policiales para poner en conocimiento de los agentes las continuas agresiones y los malos tratos a que se hallaba sometida por su anterior pareja, Marino. El auto habilitante no exterioriza las razones objetivas e indicios de conexión entre el sujeto y el delito a investigar, tampoco se concreta el límite del delito que debe ser investigado, ni la conexión con otras personas que inexcusablemente deberían participar, ni pondera la proporcionalidad de la medida. Añaden a su queja algunos de los recurrentes el hecho de que las prórrogas fueron acordadas de forma automática, sin un verdadero control judicial.

No tiene razón la recurrente.

Es cierto que la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de los imputados, fue acordada judicialmente a raíz de una denuncia formulada por Laura por razón de los malos tratos a los que estaba siendo sometida, de forma continua, por su anterior pareja. Sin embargo, en esa denuncia ya se ofrecían elementos de juicio concretos que no hacían sino completar el resultado de las investigaciones puestas en marcha, fechas atrás, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Con apreciable rigor técnico, el Ministerio Fiscal subraya la legitimidad del acto de intervención de las comunicaciones a la vista de la suficiencia de los elementos de juicio ofrecidos por los agentes al Juez instructor. En esa solicitud se hizo constar que el anterior novio de la denunciante - Vicente, alias Virutas - y otros amigos de éste pertenecían a una organización de ciudadanos dominicanos especialmente peligrosos. El cabecilla era un tal Gamba, quien lideraba una organización dedicada al transporte e introducción de cocaína desde Madrid y Barcelona a las Islas Baleares, utilizando para ello a personas que ingerían la droga para expulsarla en un lugar seguro de la isla. Iban siempre armados con pistolas, pudiendo tener en la actualidad hasta tres o cuatro pistolas en su poder.

Esos datos objetivos ofrecidos en la denuncia de la maltratada, no fueron los únicos ponderados por el órgano jurisdiccional. Por el contrario, el Grupo de Crimen Organizado, puso en conocimiento del Juez que "... se han comprobado los hechos manifestados, los cuales coinciden con multitud de confidencias y datos que ya habían sido recogidos por los investigadores con anterioridad y que apuntarían a lo declarado por la reseñada". Y añade el mencionado oficio -folios 2 a 5 del sumario-: "... sobre los ahora investigados, se empezaron a hacer indagaciones en el mes de enero del presente año, cuando el Grupo UCRIF de esta Jefatura, investigando al grupo organizado de dominicanos referido, los cuales en un principio se pensaba que se venían dedicando a la comisión de estafas y falsedades documentales para la compra-venta de vehículos. Como resultado de las gestiones practicadas por dicho Grupo se llegó a la comprobación de que aparte de a estas supuestas actividades, también se dedicaban a la introducción en esta Isla de importantes cantidades de <cocaína>, consiguiendo la detención de dos de los miembros de la banda investigada, siendo los llamados Carlos Manuel, titular del N.I.E núm. NUM004, nacido el 15-03-58 en República Dominicana, y Florian, titular del N.I.E núm. NUM005, nacido el 23-11-74 en Santo Domingo (República Dominicana), ocupándole al primero de ellos en fecha 29-01-04 la cantidad de 100 gramos de <cocaína>. (...) Por fuentes confidenciales - continúa el oficio policial- se tuvo conocimiento de que los cien gramos intervenidos, forman parte de una partida de dos kilogramos de dicha sustancia que tenía como destinatario los ahora investigados, y que más concretamente el llamado Vicente, <Virutas>, fue la persona que se habría encargado de esconder la referida droga, la cual no pudo ser localizada por la Policía. (...) Esta partida, al parecer, según las mismas fuentes confidenciales, pertenecía a una organización de ciudadanos colombianos afincada en Barcelona, a los cuales no les habrían pagado el importe de la droga, motivo éste por el que los investigados temer que puedan atentar contra su vida la referida organización, y es por lo que al parecer habitualmente portan armas de fuego. (...) Que todas las informaciones descritas, han sido contrastadas con diferentes informadores, coincidiendo todas ellas en los mismos términos, y sobre todo haciendo mención a que trafican con <cocaína>, que portan armas y son muy peligrosos".

Como se desprende de la lectura de la solicitud policial, los agentes no otorgaron una incondicional credibilidad a la información ofrecida por la denunciante. Por el contrario, practicaron gestiones a la búsqueda de otros elementos de apoyo a esa información inicial y contrastaron los datos ofrecidos con el resultado de las investigaciones que venían practicándose por la propia unidad policial desde fechas atrás. El resultado de todo ello es un oficio modélico desde la perspectiva de la exigencia jurisprudencial para respaldar la solicitud del intenso acto de injerencia que implica la adopción de la medida de intervención autorizada por el art. 579 de la LECrim.

Y la respuesta a esa solicitud -auto incorporado a los folios 11 a 13- no fue tampoco un acto jurisdiccional acríptico en el que, de forma mecánica y rutinaria, se acepta la información policial, convirtiendo lo que debería ser el ejercicio de la función constitucional de control en una burocrática autorización, de tan intensos efectos en el ámbito de los derechos fundamentales. Aquella resolución integra y selecciona la información





proporcionada y fija los mecanismos de control precisos para la legitimidad de la diligencia de investigación acordada: "... de los seguimientos y vigilancias efectuadas que refleja la propia solicitud policial para comprobar la veracidad de las noticias recibidas se desprende la posible implicación de Vicente , alias < Virutas >, y de Marino -filiación al parecer falsa-, alias < Gamba > en los delitos de tenencia ilícita de armas y contra la salud pública; ambos, según las coincidentes informaciones que maneja la policía, forman parte de un grupo organizado de ciudadanos dominicanos que se dedican a la introducción, distribución y venta en Mallorca de cocaína habiéndose procedido en el mes de enero de 2004 a la detención de dos de sus miembros, Carlos Manuel , al que se le ocupó la cantidad de cien gramos de cocaína y Florian , igualmente se tienen noticias de que habitualmente portan armas de fuego y son muy peligrosos. Los referidos, no realizan actividad laboral legal alguna y bien pudieran utilizar para sus contactos criminales los teléfonos cuya intervención se pide. Por otro lado, la intervención policial directa, que probablemente daría resultado positivo, frustraría, sin embargo, las serias expectativas de averiguar el verdadero ámbito de la actividad de tráfico de drogas que presuntamente llevan a cabo y la identidad de las demás personas que en él puedan participar en escalones superiores de la organización criminal o de los proveedores e importadores directos de la droga o las armas, por lo que es necesario para continuar eficazmente la investigación acceder a la medida de intervención telefónica solicitada e interesar de la compañía Telefónica Servicios Móviles que, con una periodicidad semanal, remita al Grupo de Crimen Organizado el listado de las llamadas entrantes y salientes a través de los mencionados números..."

Los indicios ofrecidos por la Policía y ponderados por el órgano jurisdiccional tenían, pues, la entidad suficiente para justificar, en la fase del procedimiento en el que tal acto de injerencia se acuerda, la procedencia de la medida. Recuerda la STC 253/2006, 11 de septiembre que, a tales efectos, los indicios a los que se alude son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4; 14/2001, de 29 de enero, F. 5; 138/2001, de 18 de junio, F. 3; y 202/2001, de 15 de octubre, F. 4).

En definitiva, no es posible, a la vista de esa resolución, estimar que existió la vulneración denunciada. Antes al contrario, se cumplieron todas y cada una de las exigencias impuestas por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala en el momento de resolver acerca de la legitimidad de la injerencia, tal y como recordábamos en nuestra STS 231/2009, 5 de marzo . En efecto, hemos dicho en numerosos pronunciamientos -de los que representan un ejemplo la STS 1419/2004, 1 de diciembre y la STC 253/2006, 11 de septiembre - que en el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, en primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no solo se debe atender a la previsión de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar. En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Y, en tercer lugar, a la excepcionalidad o idoneidad de la medida, ya que solo debe acordarse cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, F. 3; 236/1999, de 20 de diciembre, F. 3; 14/2001, de 29 de enero, F. 5).

La gravedad de los hechos inicialmente perseguidos se desprende sin esfuerzo de la lectura de la resolución habilitante. Se trata de una organización estable de ciudadanos dominicanos, habitualmente armados ante la necesidad de protegerse de un previsible ajuste de cuentas por una banda colombiana afincada en Barcelona. De ahí que la proporcionalidad de la medida resulte incuestionable desde la perspectiva del necesario sacrificio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, como presupuesto para preservar bienes jurídicos de, cuando menos, igual rango axiológico. Las exigencias de especialidad también quedaron sobradamente colmadas, pues el oficio que servía de vehículo formal a la petición policial fijaba de forma precisa la identidad de las personas y hechos a investigar, así como los teléfonos susceptibles de intervención. La necesidad y utilidad de la injerencia también estaban justificadas, en la medida en que otras formas de investigación, basadas en la percepción directa de los agentes, habrían frustrado el resultado de la investigaciones, a la vista de las lógicas medidas de protección adoptadas por quienes tenían razones para sentirse vigilados.

En definitiva, las alegaciones de la parte recurrente tienen justificación desde la perspectiva del legítimo ejercicio del derecho de defensa, pero no pueden ser acogidas por esta Sala. Ni el oficio mediante el que se interesó la medida de intervención telefónica, ni la resolución judicial habilitante incurren en defecto estructural alguno del que derivar su ilicitud probatoria. Conviene recordar, además, que una resolución judicial puede entenderse motivada si, integrada con la solicitud de la autoridad a la que se remite, «contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo





posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva» (SSTC 123/2002, 20 de mayo; 200/1997, de 24 de noviembre, F. 4; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 7; 126/2000, de 16 de mayo, F. 7; y 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4).

Todo indica, pues, que el procedimiento penal incoado a raíz de la petición policial no implicó, ni mucho menos, una investigación a la búsqueda de elementos indiciarios todavía no conocidos. Esos indicios estaban claramente reflejados en la solicitud y fueron adecuadamente ponderados por la el Juez instructor.

Tampoco tienen razón los recurrentes que añaden a su queja el hecho de que no existiera un efectivo control judicial de las prórrogas que fueron acordadas. El examen de la causa (art. 899 LECrim) pone de manifiesto las distintas comparecencias efectuadas por la fuerza actuante, dando cuenta al Juez instructor del desarrollo de las investigaciones y del resultado que en ese momento arrojaba la investigación en marcha (cfr. folios 19, 27, 28, 29, 42, 43, 53, 58, 66, 83). Todo ello revela, en palabras del Ministerio Fiscal, el intenso seguimiento por el órgano judicial de la evolución de las escuchas mediante las numerosas comparecencias a las que se ha hecho mención.

La falta de fundamento impone la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

II .- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se formalizan dos motivos.

El segundo sostiene la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la dignidad (art. 15.1 CE). Considera la defensa que el cacheo y registro sobre las partes íntimas de Teodora , que se hallaba detenida, se practicó sin su consentimiento y sin autorización judicial. Se vulneró con ello la jurisprudencia de esta misma Sala y se infringieron los derechos constitucionales a la intimidad y la dignidad.

El tercero de los motivos aduce, con idéntica cobertura, la infracción del derecho a la integridad física (art. 15.1 CE), en la medida en que se efectuaron radiografías a las detenidas Teodora y Flor , conllevando una irreparable vulneración de aquel derecho.

La íntima relación entre ambos motivos, pese a su distinta significación jurídica, autoriza un examen conjunto, anticipando desde ahora la procedencia de la desestimación de ambos por su falta de fundamento.

A) El régimen jurídico de las intervenciones corporales ha sido objeto de tratamiento por esta misma Sala y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones. No es fácil, desde luego, someter a un régimen unitario la multiplicidad de cuestiones que son abarcables en su ámbito. La distinta significación y naturaleza del acto de injerencia, determina la necesidad de importantes matices en cada caso, sobre todo, si tenemos en cuenta que no siempre quedan comprometidos los mismos derechos fundamentales. Y es que dentro del amplio abanico de intervenciones corporales susceptibles de ser acordadas en el seno del proceso penal, pueden sucederse actos de muy distinto carácter: la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, cacheo externo, extracción de orina o examen radiológico, son sólo algunas de las posibilidades que puede ofrecer la práctica y a las que es preciso dar respuesta individualizada.

Desde la perspectiva del sacrificio del derecho a la intimidad, la STC 206/2007, 24 de septiembre , recuerda que, en relación con las intervenciones corporales practicadas como actos de investigación o prueba del delito, que ya la STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4 , estableció como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal»); que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no pudiendo ser autorizada la misma sólo por la vía reglamentaria (principio de legalidad); que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Del mismo modo y reproduciendo esta doctrina, SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, F. 9; 70/2002, de 3 de abril, F. 10; y 25/2005, de 14 de febrero, F. 6).





El consentimiento, además, puede actuar como fuente legitimadora del acto de injerencia. Dicho en palabras de la misma jurisprudencia constitucional, debe recordarse que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que (...) exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 83/2002, de 22 de abril, F. 5). El art. 18.1 CE impide, por tanto, decíamos en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, las injerencias en la intimidad "arbitrarias o ilegales". De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» (STC 206/2007, 24 de septiembre).

En el presente caso, el recurrente sostiene la ilicitud del cacheo practicado por la agente de policía núm. NUM006 y consiguiente aprehensión de algo más de cien gramos de cocaína que se hallaron tras un registro sobre las partes íntimas de Teodora. El recurrente argumenta que "... aunque el consentimiento fuese prestado voluntariamente...", en la medida en que la afectada se encontraba ya detenida, debió haberse practicado ese cacheo, reconocimiento corporal y aprehensión de la droga con intervención de Letrado.

No tiene razón el recurrente.

Lo que verdaderamente llega a cuestionar la defensa no es tanto la ausencia de consentimiento, cuanto que éste fuera prestado sin asistencia letrada. Es lógico, pues el cacheo de que se trata fue practicado con el inequívoco consentimiento de Teodora. La mejor muestra de ello lo ofrece, no sólo el reconocimiento de ese hecho en el escrito de formalización de la propia defensa, sino en la estrategia procesal seguida por la recurrente. Como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, no cabe afirmar que la acusada no consintiera el cacheo. A lo largo de la fase de investigación, ya debidamente asistida de Letrado, no formuló alegación alguna acerca de esa ausencia de consentimiento que, de ser cierta, podría haber afectado de manera bien directa a la licitud probatoria. Y ello es así ya que en ninguna de sus declaraciones durante la instrucción, ni tampoco en el acto del juicio oral, cuestionó su autorización o alegó que las pruebas se hubieran llevado a cabo contra su voluntad. Y no se trata ahora de invocar el obstáculo formal de la *cuestión nueva*, en la medida en que, tratándose de derechos fundamentales, cualquier idea de preclusividad podría implicar el indebido sacrificio de la vigencia de tal derecho en aras de un principio de ordenación del procedimiento, como tal, de inferior rango material. Pero ello no es obstáculo para derivar de esa alegación tardía -la sentencia dictada por la Audiencia ni siquiera se ocupa de esta cuestión, que no fue planteada-, un elemento de especial significación a la hora de concluir la incuestionable concurrencia del consentimiento como fuente de legitimación del acto de injerencia.

En el supuesto de que se trata, por tanto, no ha quedado acreditada circunstancia alguna de la que inferir la pretendida ilicitud del cacheo y del consiguiente acto de aprehensión de la droga. El cacheo fue practicado por una agente femenina y en condiciones que aseguraron el respeto a la dignidad de la recurrente.

Es doctrina de esta Sala -señala la STS 92/2004, 30 de enero- que la diligencia de cacheo no vulnera ningún derecho fundamental siempre que la actuación policial cuente con amparo legal que, en este caso, es el art. 19.2 de la LO 1/1992 de 21 de febrero, que autoriza su realización por la policía judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos. Será necesario, además, que esté racionalmente justificado, y se mantenga en los límites de la proporcionalidad. El derecho a la integridad física no está afectado tampoco por la mínima intervención corporal que el cacheo supone y el derecho a la intimidad hay que preservarlo extremando cuidadosamente el respeto a la persona haciéndolo en lugar reservado, evitando siempre posturas o situaciones degradantes o humillantes. (cfr. en este sentido SSTs 1066/23 de diciembre, 1378/1999, 6 de octubre y 3139/1998, 31 de marzo).

La alegación referida a la ausencia de Letrado tampoco debe ser aceptada. Esta misma Sala ha declarado -STS 525/2000, 31 de marzo- que, aun tratándose de un detenido, el cacheo es una actuación inmediata sobre éste que no exige la asistencia letrada, por las siguientes razones (...) a) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los agentes de la autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia; b) porque la presencia de Letrado no supone un «plus» de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación (...).

En el presente caso, los agentes de policía, en el momento en el que tienen conocimiento de los hechos, se encuentran a una mujer que evidencia la posible introducción en su cuerpo de sustancias estupefacientes, situación que no sólo aconsejaba, sino que imponía la necesidad de un cacheo practicado por una agente





policial femenina, momento en el que se produjo " *una expulsión voluntaria*" de la vagina de un preservativo en el que se contenían 100 gramos de cocaína.

Con independencia de cuanto antecede, y como se razona *infra*, el reconocimiento de los hechos por parte de la recurrente, relativiza el alcance de la ilicitud ahora denunciada, admitiendo la valoración jurisdiccional de la aprehensión de la droga que fue intervenida por las fuerzas de seguridad.

B) También sostiene la defensa de Teodora la vulneración de su derecho a la integridad física, en la medida en que la exploración radiológica puso en riesgo de forma grave y real la salud de aquélla. El embarazo de Teodora expuso a ésta a un gravísimo peligro. El auto habilitante ponderó sólo la intimidación frente a la invasión leve que supone una radiografía.

El motivo no es viable.

El acto de injerencia en la esfera de los derechos fundamentales de la recurrente fue autorizado judicialmente. La impugnación de su validez gira ahora en torno a la idea de que esa resolución basó sus consideraciones en la necesidad de sacrificio del derecho a la intimidad, sin mención alguna al " *... gravísimo riesgo para su salud y la del nasciturus*".

Sin embargo, el argumento de la defensa de Teodora no es acogible. Al margen de la certera puntualización del Ministerio Fiscal acerca del significado constitucional del derecho a la salud, frente al contenido del derecho a la vida e integridad física a que se refiere el art. 15.1 de la CE , conviene no perder de vista que de haber existido algún riesgo para la salud de la recurrente no habría sido precisamente su exploración radiológica la que lo ocasionó. No deja de ser paradójico que la mujer embarazada que ha aceptado la introducción de cuerpos extraños en su organismo, como medio de transporte clandestino de cocaína, reaccione frente a un acto médico de exploración que, más allá de su significado incriminatorio, tiene también una indudable dimensión terapéutica. La práctica de esa radiografía no sólo permitió constatar que portaba droga -hecho, por otra parte, reconocido por la propia recurrente- sino que sirvió, en términos médicos, para asegurarse de que todos los objetos habían sido expulsados, sin que quedara en el interior del organismo ninguno de ellos que pudiera ocasionar un verdadero peligro para la acusada o para el feto que alojaba en su interior. Este hecho era de singular importancia a la vista de la declaración de la afectada ante el Juzgado -folio 377- quien señaló haber expulsado bolas, creyendo que ya no alojaba en su interior ninguna, " *... aunque no está segura*".

En cualquier caso, conviene recordar la jurisprudencia de esta Sala acerca del régimen jurídico de las exploraciones radiológicas acordadas durante la fase de investigación. Recuerda la STS 1579/2005, 22 de diciembre , que el examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles -en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo- no es por sí misma una detención, ni comporta que necesariamente ésta previamente se haya practicado. (...) Por otra parte desde la perspectiva propia de la actividad probatoria tampoco la asistencia letrada es condicionante de la licitud del examen radiológico voluntario, por lo mismo que este examen carece por sí solo de valor alguno, más allá de la pura utilidad que representa para el posterior encauzamiento de la investigación policial. Será actividad probatoria en su caso el testimonio posterior de los Agentes sobre lo que vieron o la inspección y análisis de lo que en el interior del cuerpo portara el sujeto, después de su expulsión, pero el momento del examen radiológico no se sitúa en la esfera de la prueba anticipada sino en el de la pura investigación policial. Y ya esta Sala en la Junta General del día 5 de febrero de 1999 aprobó considerar que «Cuando una persona - normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero- se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos». En tal sentido se han pronunciado ya las SSTS 1831/1999, 22 de diciembre, 682/2000, 17 de abril, 1020/2000, 10 de junio y 1021/2000, 5 de junio , entre otras.

Esta doctrina ya había sido avanzada por otras resoluciones de este mismo Tribunal, siendo de destacar la STS 103/2000, 3 de febrero , que, sintetizando la doctrina jurisprudencial sobre la materia, subraya que cuando una persona se somete voluntariamente -así, por ejemplo, en la STS 792/1998, 10 de junio - a una exploración radiológica, solicitada por la Policía Judicial a fin de comprobar si es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni su exploración constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, por lo que, no estando detenida, no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos. A tenor de esta doctrina, dos son los requisitos necesarios para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia: a) que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE , y b) que preste libremente su





consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían en todo caso, bajo la tutela y salvaguarda de la autoridad judicial. Concurrentes esos dos requisitos -y con ello contestamos a las alegaciones del recurrente- no habría vulneración del derecho a la intimidad porque el acceso a la misma, que supone la exploración radiológica, estaría legitimada por el consentimiento del interesado, ni la habría del derecho a la asistencia de letrado, toda vez que este derecho nace de la situación de detención «ex» art. 17.3 CE , o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECrim .

Cuanto antecede permite a la Sala concluir la licitud de las intervenciones corporales practicadas -cacheo y exploración radiológica-, sin que puedan acogerse las alegaciones sobre su invalidez estructural, reiteradas por la defensa del recurrente. Con independencia de todo ello, también ahora es menester tener en cuenta que el reconocimiento libre y espontáneo por parte de la acusada de su condición de portadora de drogas, introduce un elemento ponderativo que refuerza la afirmación de licitud probatoria, ofreciendo una desconexión respecto de los elementos de prueba que el recurrente considera -de forma injustificada, como acabamos de exponer- contaminados por su ilegalidad constitucional (cfr. STS 370/2008, 19 de junio y SSTC 81/1998, 121/1998, 151/1998, de 13 de julio, 49/1999, 166/1999, 171/1999).

III .- El cuarto de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, invoca la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial (art. 24.1 CE). Sin embargo, el recurrente se limita a una afirmación conclusiva, sin desarrollo argumental alguno acerca del origen de la infracción, por lo que procede su desestimación en aplicación de lo prevenido en los arts. 884.4 y 885.1 de la LECrim.

IV .- El motivo quinto, con idéntica cobertura, sostiene que la sentencia cuestionada ha implicado una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

Alega que en su declaración en el plenario manifestó que fue obligada y amenazada para realizar el transporte de cocaína. Si no reveló este dato en comisaría ni ante el Juez de instrucción, fue debido a que se encontraba muy asustada y nerviosa, temiendo por sus familiares.

El motivo no puede prosperar.

De entrada, la línea argumental de la recurrente poco tiene que ver con el significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia. La defensa no niega haber colmado el tipo y que ese hecho esté suficientemente probado. Lo que pretende es alegar una motivación asociada a un temor que explicaría los actos de transporte. Sin embargo, no es ésta la vía casacional adecuada para hacer valer cualquier alteración de la culpabilidad. Existió, por tanto, prueba lícita y bastante, desde el punto de vista de su significación incriminatoria. Además, el material probatorio aportado por la acusación pública fue racionalmente valorado por el órgano decisorio que, a mayor abundamiento, contó con el reconocimiento de los hechos por parte de quien ahora sostiene el vacío probatorio. No existió quiebra alguna del derecho a la presunción de inocencia.

Procede la desestimación del motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

V .- El sexto de los motivos -coincidente con el motivo único hecho valer por Flor - denuncia error jurídico en el juicio de subsunción (art. 849.1 LECrim), al aplicar indebidamente los arts. 369.6 y 10 del CP , en relación con los arts. 27 y 28 del mismo texto legal.

La defensa de la recurrente limita su argumentación -pese al epígrafe que rotula el motivo- al hecho de que la aplicación del tipo agravado de *notoria importancia*, previsto en el art. 369.6 del CP , está basada en la suma de las cantidades de droga portadas por la recurrente y la coacusada Flor . Sin embargo, la decisión de trasladar sustancias estupefacientes en el interior del cuerpo fue de carácter individual, no pudiendo afirmarse la coautoría. De ahí la incorrección -concluye la parte recurrente- del criterio de la Sala de instancia.

El motivo no es viable.

El juicio histórico, de obligado acatamiento, recuerda que ambas acusadas actuaban "... de común acuerdo y previamente concertadas con el procesado declarado en rebeldía o fallecido Marino , que desde la República Dominicana actuaba cumpliendo otro encargo del también acusado Benedicto , de común acuerdo a cambio de una cantidad de dinero como retribución por su actuación, se desplazaron desde Santo Domingo hasta Madrid y desde allí hasta el Aeropuerto de Son San Juan, siendo detenidas en el mismo, portando Beatriz adosados a su cuerpo un total de 76 envoltorios de plástico de forma cilíndrica que contenían una sustancia blanca que convenientemente analizada resultaron ser 753,580 gramos de cocaína, con una pureza del 75%, sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 64.121,79 euros en el caso de la venta por gramos y 91.989,13 euros en la venta por dosis y una bolsa de plástico que contenía igualmente otra sustancia blanca, que también





convenientemente analizada resultaron ser 102,126 gramos de cocaína, con una pureza de un 76% sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 8.805,67 euros en su venta por gramos y 12.632,57 Euros en su venta por dosis, llevando por su parte la otra procesada, Flor , que como ya reflejamos más arriba, realizó otro viaje similar introduciendo una cantidad no determinada de cocaína en Palma de Mallorca, un total de 98 envoltorios de plástico en el interior de su organismo, que contenían una sustancia blanca que convenientemente analizada resultaron ser 982,830 gramos de cocaína con una pureza de un 73%, sustancia que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor de 81.398,52 euros en su venta por gramos y 116.774,27 euros en su venta por dosis".

Y esa afirmación del factum está sólidamente respaldada por la actividad probatoria desarrollada ante el Tribunal de instancia. Entre ambas acusadas existía una relación de parentesco y un acuerdo compartido de transporte. Ambas, en sus respectivos testimonios, relataron la forma en que les llegó la droga y la manera en que fueron escondiendo la misma en una cabaña. Así, en la declaración policial y judicial de Flor (folios 315 y 379) se afirma que "... el día 3 jueves, la llevaron en coche junto con su amiga Teodora a una cabaña, lugar donde le fueron entregados 97 huevos para que se los tragaran (...). A la mañana siguiente les trajeron 40 huevos más". Al margen de ello, fue Flor quien gestionó el pago conjunto y la que llamó a Benedicto Chili con el fin de que fuera a esperar a ambas al aeropuerto.

En definitiva, existe un supuesto claro de coautoría, en el que cada una de las acusadas abarcó con el dolo la cuantía total de droga que iba a ser introducida, por sí misma y por su compañera de viaje. La aplicación del tipo agravado resultó, por tanto, correcta, sin que se evidencia el error jurídico que se denuncia.

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

VI .- El último de los motivos también se basa en la alegación de un error de derecho cometido por el órgano jurisdiccional a quo, por indebida aplicación de los arts. 21.5 y 21.6 del CP , atenuante analógica de confesión.

A juicio de la defensa de Teodora , ésta colaboró en todo momento con la autoridad policial, de ahí que debió haber resultado también favorecida por la aplicación de la atenuante, que la Sala de instancia ha limitado a Flor .

No tiene razón la recurrente.

La limitación de la atenuante a Flor está plenamente justificada por la sentencia, razonando que "... ambas reconocieron los hechos policialmente y ante el juzgado (folios 311 y ss.); sin embargo, aquella aportó datos precisos sobre el viaje de noviembre, la participación de Virutas y el montaje de las operaciones por lo que sí se estima que en cierta manera colaboró y se concede la atenuante solicitada " .

Con independencia de lo anterior, la pena impuesta por la Audiencia a ambas acusadas es idéntica, 9 años de prisión y multa de 616.304 euros, lo que haría irrelevante, a efectos punitivos, la apreciación de la atenuante reivindicada.

B) RECURSO DE Flor

SEGUNDO .- La defensa de la recurrente formaliza un único motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , infracción de ley, aplicación indebida del art. 369.6 del CP .

En la medida en que sus alegaciones participan de la misma línea argumental que la hecha valer por Teodora en el sexto de los motivos, conviene remitirse a lo ya expuesto para justificar su desestimación (art. 885.1 LECrim).

C) RECURSO DE Mario

TERCERO .- El recurrente formaliza seis motivos, tres de ellos por vulneración de derechos fundamentales, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. Otros tres , por infracción de ley, error de derecho (art. 849.1 LECrim).

I .- Desde la perspectiva de las vulneraciones de alcance constitucional, el recurrente considera que se han infringido sus derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

A) El primer motivo sostiene la infracción del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

El motivo no puede prosperar por las mismas razones expuestas al desestimar el primero de los motivos formalizados por Teodora . En el presente caso, además, se da la circunstancia de que el propio acusado reconoció en el plenario su participación en los hechos, conformándose con la acusación contra él formulada. De ahí que una eventual declaración de ilicitud -absolutamente descartable en el presente caso- no permitiría



afirmar una conexión de antijuridicidad entre las escuchas telefónicas y la confesión de los hechos por el acusado.

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

B) El segundo de los motivos alega la infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Considera la parte recurrente que la prueba pericial del análisis de la sustancia intervenida fue nula, entre otras razones, porque no pudo participar en la práctica de esa diligencia durante la fase de instrucción. Además, el perito no compareció en el acto del juicio oral.

La Sala no puede aceptar ese razonamiento.

Cualquiera de las partes personadas puede, en fase de investigación, instar del órgano judicial la práctica de aquellas diligencias que resulten pertinentes (cfr. art. 311 LECrim). Además, acordada la práctica de una prueba pericial, puede el imputado nombrar a un perito que intervenga en el acto pericial (art. 471 LECrim), pudiendo someter a los peritos las observaciones que estimen convenientes, haciéndose constar todas ellas en la diligencia que documente el acto (art. 480 LECrim). Basta un examen de las actuaciones para percatarse de la inactividad procesal del recurrente durante la fase de investigación.

Pero más allá de las razones que llevarían a la desestimación del motivo, conviene no perder de vista que quien ahora cuestiona la legitimidad de la prueba pericial obrante en las actuaciones, reconoció en el acto del plenario su participación en las tareas de distribución clandestina de cocaína. Mal se concilia ese reconocimiento -con su indudable significación desde el punto de vista de la desconexión de antijuridicidad- con la impugnación de uno de los actos de prueba que permitieron afirmar el elemento objetivo de un delito cuya existencia ni siquiera discute el recurrente.

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

C) El sexto motivo reivindica la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de falta de motivación de la pena, si bien con una mención genérica referida al derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

La pena impuesta -se razona- debería ser sustituida por otra inferior, no superior a tres años, en la medida en que el acusado reconoció los hechos en el plenario y colaboró al esclarecimiento de los mismos.

El motivo no puede ser atendido.

Le asiste la razón al condenado cuando recuerda la relevancia jurídica del proceso de motivación en la fase final de individualización de la pena. En nuestras sentencias 434/2007, 16 de mayo; 12/2008, 11 de enero y 634/2007, 2 de julio , señaláramos que mediante la motivación se fija un mecanismo explícito de control y fiscalización de la justicia de la decisión. Lo que se proscribía es, ante todo, la arbitrariedad en la determinación de los límites de la pena a imponer. La Constitución no ampara una estrategia metódica en el ejercicio de la función decisoria que rinda culto al puro voluntarismo jurisdiccional, sustraído a toda forma de control. Y, desde luego, la imposición de la pena en el grado máximo ha de estar debidamente justificada. Así acontece en el presente caso.

La Sala de instancia explica, en el momento de la individualización de las penas asociables a cada uno de los acusados, que Mario " *...era el lugarteniente de Marino , y era quien tomaba las decisiones en su ausencia y también organizaba la entrada de cocaína desde Barcelona, habiéndosele intervenido una partida ciertamente importante que rozaba la notoria importancia* " .

No existe déficit de motivación. La imposición de la máxima pena está claramente justificada, excluyendo cualquier atisbo de arbitrariedad en la fijación de un quantum que es acorde con las reglas generales de determinación de la pena fijadas en el art. 66 del CP . Su condición de lugarteniente, la cantidad próxima a la notoria importancia y su destacada intervención en otras operaciones, avalan la corrección del criterio de la Sala de instancia.

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

II .- Las alegaciones del recurrente, referidas a una infracción de ley, error de derecho en el juicio de subsunción, toman como fundamento el art. 849.1 de la LECrim y denuncian la indebida inaplicación de dos atenuantes, drogadicción y colaboración espontánea con las autoridades.

A) En relación con la necesidad de aplicar la atenuante de drogadicción a Mario (arts. 21.2 y 6 del CP), estima la defensa que el recurrente es adicto a las drogas, según habría quedado acreditado por el análisis tóxico



de sus cabellos, lo que demostró una adicción y consiguiente menoscabo de sus facultades intelectivas y volitivas.

El rechazo del motivo es obligado.

En efecto, en el presente caso, la ofensa del bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, empujado por la adicción a las drogas o el deterioro psicosomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -como recordábamos en nuestras sentencias 209/2008, 28 de abril y 4457/2007, 12 de junio - ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquéllas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece (cfr. STS 28/2004, 1 de marzo). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente reivindicada por el recurrente, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del artículo 21.2 del CP, a saber, su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado. Y todo apunta a que la aplicación de la atenuante a Mario supondría conferir a aquélla un carácter puramente objetivo, ligado a la simple constatación de la presencia de droga en el organismo, al margen de su verdadera influencia en la capacidad de culpabilidad. Con ello se propugna una concepción de la atenuante de aplicación automática, ligada al segmento de la población que, en uno u otro momento ha podido tener contacto con alguna sustancia estupefaciente. Y ello implica, desde luego, apartar la atenuación del fundamento que le es propio.

El argumento del que se vale la Sala de instancia para rechazar la aplicación de la atenuante es perfectamente coherente con la jurisprudencia anotada. En efecto, *"... admitimos que Mario fuese adicto a la cocaína, pero no que tuviese alteradas sus facultades mentales. Como en el anterior, sus muchas conversaciones son lúcidas, y sus juicios sobre el mercado y posibilidades también, incluso en el viaje desde Barcelona se había aprovisionado de otro envase de viks vaporu (sic) -con este producto se untaba el paquete en el que se alojaba la droga para impedir su reconocimiento olfativo por los perros adiestrados-, por lo que no se accede a la atenuación, ni siquiera en su modalidad analógica"*.

No basta -decíamos en la STS 73/2009, 29 de enero - la objetiva constatación de un consumo más o menos prolongado en el tiempo para apreciar la alteración de la imputabilidad. Sobre todo, tratándose de personas que no se limitan a traficar a pequeña escala para subvenir a su acuciante necesidad de droga, sino que tejen una red de distribución clandestina en la que el propósito lucrativo y la clara conciencia acerca de los efectos que esa conducta tiene en la salud colectiva, no se perciben, desde luego, con una distorsión valorativa que haga obligada la apreciación de la atenuante. Todo apunta a que el mandato imperativo que late en la estructura de toda norma penal, tuvo que ser necesariamente captado, con absoluta nitidez, por el recurrente. De ahí que no pueda sostenerse que el consumo más o menos prolongado en el tiempo puede implicar interferencias valorativas que ahora hayan de ser asociadas a una disminución de la imputabilidad.

Procede la desestimación del motivo (arts. 885.1 y 2 LECrim).

B) Los motivos cuarto y quinto sirven de vehículo para reivindicar, por el cauce que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, la aplicación de la atenuante analógica de confesión y colaboración con la justicia.

El hecho de haber confesado en el plenario la autoría de los hechos debería servir de base para la apreciación de la atenuante, con la consiguiente rebaja de pena.

Tampoco ahora el rechazo de la atenuación es fruto de una decisión inmotivada o arbitraria por parte de la Sala de instancia. En el FJ 4 de la sentencia recurrida puede leerse: *"... igual suerte desestimatoria debe correr la petición de confesión del artículo 21.4º y 5º del Código Penal. Negó los hechos ante el Juzgado de Instrucción número Once y en el plenario solo quiso contestar a las preguntas de su Letrado negándose a las del Fiscal, tal actitud nada tiene que ver con confesar algo oculto, o colaborar con la administración de justicia"*.

Como sugiere el Fiscal, glosando ese fragmento de la sentencia cuestionada, no fue el requisito cronológico el único incumplido, sino que realmente no hubo nada de confesión o colaboración.

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

D) RECURSO DE Jose María

CUARTO .- El recurrente hace valer dos motivos. El primero denuncia infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim), mientras que el segundo atribuye a la sentencia recurrida un error de derecho (art. 849.1 LECrim).

I.- Argumenta la defensa de Jose María que se infringió su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE), además de su derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).





Respecto de la primera de las alegaciones, basta remitirnos a lo ya expuesto al tratar del motivo formulado con idéntica inspiración por Teodora (FJ 1º, apartado I). Y por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, además del resultado probatorio que ofrecen las escuchas practicadas, basta remitirnos al fragmento de la sentencia en el que el Tribunal *a quo* razone el juicio de autoría: "... *desestimada la nulidad, poco hay que decir sobre Jose María , que fue detenido también en el Aeropuerto portando un paquete que contenía 996.020 gramos de cocaína con una pureza del 76%. La posibilidad de error para llegar a los 750 gramos de alcaloide puro, nos lleva a aplicar el tipo básico, aunque a la hora de individualizar las penas hagamos uso de la facultad que nos concede el artículo 66.6ª C.P., pues no se trata sólo de la elevada cantidad incautada, sino que en muchas transcripciones consta como desempeñaba de forma continua otros menesteres de colaboración y ayuda a los principales implicados* " (FJ 3º).

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

II.- El segundo motivo aduce que la Sala ha inaplicado indebidamente la atenuante analógica de drogadicción (art. 21.2 y 6 CP).

El análisis del cabello practicado a Jose María revela un consumo crónico de cocaína. Ese análisis, elaborado por un servicio oficial, no fue cuestionado por el Ministerio Fiscal.

El motivo no es viable.

El hecho de que el Fiscal no cuestione el desenlace probatorio de una determinada pericia no implica, sin más, la aceptación de los presupuestos fácticos de una atenuante, en este caso, la de drogadicción. No basta esa constatación objetiva de restos de droga en el organismo para justificar alteración de la culpabilidad. Al resolver el motivo tercero, formulado en los mismos términos por Mario , ya anotábamos la jurisprudencia de esta Sala, contraria a un entendimiento no motivacional de la atenuación.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

D) RECURSO DE Amadeo

QUINTO .- El recurrente formaliza un único motivo de impugnación. Con fundamento en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, estima vulnerado su derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

Estima la defensa del recurrente que éste ha mantenido a lo largo de la causa que nada tiene que ver con la droga incautada a Mario y Jose María -alias " Pesetero ". Si bien ha reconocido que se desplazó desde Barcelona a Palma de Mallorca con ellos, en el mismo avión, lo hizo por razones absolutamente ajenas al tráfico de drogas, sin que exista en la causa elemento probatorio alguno ni indicio que permita afirmar que se viene dedicando al tráfico de drogas o que efectivamente estaba concertado con aquéllos o el resto de los coprocesador para la realización del delito. En especial, se insiste, no existe prueba alguna que respalde la idea de que mantuviera contactos telefónicos con Mario y Jose María en las fechas previas al desplazamiento. Además, él no es la persona que se menciona en las conversaciones interceptadas, pues el apodo " Pajarero ", que le atribuye la sentencia, es de uso común en Colombia para referirse a las personas de ojos azules.

La invocación del derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuando se fundamenta en la ausencia de pruebas bastantes para sustentar la condena, obliga a esta Sala a un examen de la conclusión probatoria alcanzada por el Tribunal *a quo*, cuyo significado ha sido reiteradamente proclamado en resoluciones precedentes (cfr. SSTs STS 553/2008, 18 de septiembre, STS 209/2008, 28 de abril y STS 49/2008, 25 de febrero). En efecto, tratándose de la casación penal, la posición de esta Sala a la hora de fiscalizar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no permite desplazar la valoración que ha llevado a cabo el Tribunal de instancia por otra de carácter alternativo. Nuestro papel se limita a constatar la existencia, la licitud y la suficiencia de la prueba de cargo invocada por los Jueces a cuya presencia se han desarrollado las pruebas. Sólo nos queda verificar que el proceso intelectual que ha llevado a la afirmación de la autoría del recurrente no adolece de ninguna grieta estructural que convierta lo que debiera ser un discurso coherente, ajustado a las reglas de la lógica formal, en una decisión puramente intuitiva, ajena al canon de racionalidad que ha de presidir toda valoración de la actividad probatoria.

Pues bien, aplicando ese canon valorativo al razonamiento de la Audiencia Provincial mediante el que se razona la autoría del recurrente, no cabe otra conclusión que aceptar su incuestionable corrección. Argumenta el órgano jurisdiccional *a quo* en los siguientes términos: "... *La defensa de Amadeo , alias Bigotes o Pajarero , niega cualquier tipo de participación en el ilícito tráfico afirmando que había venido a Mallorca para vender un automóvil. El planteamiento de dicha tesis es antiguo, y destacable el auto de 12 de mayo de 2.005, que obra a los folios 890 y siguientes del sumario. No dudamos en ningún momento que en Colombia el calificativo*





Bigotes se aplique a individuos con tez blanca (el procesado físicamente no desentona), presentándose nos dos problemas, si realmente Amadeo es el del apodo, y en segundo lugar, que relación tenía con el alijo.

Se desprende del sumario - sigue razonando la sentencia recurrida- que a finales de enero y comienzos de febrero, poseían poca mercancía siendo además de mala calidad, lo que perjudicaba sus ventas, interesándoles aprovisionarse de más y de mejor calidad, desplazando para ello a Jose María a Barcelona, posteriormente lo haría Gamba . El 12 de febrero (f.-1.120), desde Palma, Mario le llama y es cuando aparece ya el Bigotes que en aquellos momentos estaba en un pueblo; vuelve a aparecer al 1.123 diciendo que Bigotes tenía un amigo que estaba embalando baffes para venderlos para un coche; el 14 de febrero (1.125 es Bigotes quien llama a Gamba y al Pesetero , deduciéndose de las siguientes conversaciones que también estaba interesado Anibal y que necesitaban urgentemente dinero el 15 de febrero, pidiéndoselo a Cristina . A los folios 1.143 y siguientes obran negociaciones entre Bigotes y el ratón (sic) , amén de gestiones para conseguir el dinero.

Finalmente, el 18 de febrero detienen a los tres procedentes de Barcelona, con billetes sacados electrónicamente y desde el mismo lugar y hora, con numeración correlativa al igual que los asientos, saliendo del finguer (sic) charlando los tres animadamente.

Según atestiguaron los funcionarios actuantes, policialmente no cabía ninguna duda de que Bigotes se correspondía con Amadeo , pues en Comisaría siempre había atendido con el apodo e incluso les proporcionó un número del teléfono equivocado, cuyo error enseguida reconoció cuando le pidieron por el cambio.

Si Amadeo es Bigotes , la segunda cuestión a resolver es por qué venía a Mallorca. Se sostiene que era para vender un vehículo del que jamás se ha sabido modelo, matrícula o cualquier otro dato en concreto, ni quien era el posible comprador. De las conversaciones habidas con Mario y Jose María , deducimos que era quien verdaderamente puso a su disposición el alijo conteniendo cocaína y que no era ningún vehículo, viniendo a Mallorca porque parte del precio había sido aplazado y también para llevar a cabo una prospección del mercado".

Frente a ese razonamiento -ajeno a cualquier quiebra de las exigencias racionales que han de presidir la valoración probatoria- el Letrado de la defensa propugna una tesis alternativa, con la esperanza de que esta Sala la acoja para desplazar la apreciación del órgano jurisdiccional ante el que se han practicado todas las pruebas. No es ése el significado procesal de la queja casacional referida a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por lo que se impone la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

F) RECURSO DE Vicente

SEXO .- Dos son los motivos esgrimidos. El primero, con fundamento en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El segundo , invoca un error en la aplicación de un precepto penal sustantivo, concretamente el art. 66 del CP , en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE .

I .- Por lo que atañe a la infracción del derecho reconocido en el art. 24.2 del texto constitucional , sostiene la defensa del recurrente, con cita del consolidado cuerpo de doctrina acerca del significado de la presunción de inocencia en el proceso penal, que su condena se basa en la absoluta ausencia de prueba de cargo. No existe imputación de tercero que lo involucre en el tráfico de estupefacientes. No se le ocupó sustancia alguna, ni siquiera cualquier otro útil o compuesto adulterante. Las afirmaciones extractadas de las conversaciones son vagas y ambiguas, debiendo prevalecer la verdad interina que encierra el derecho constitucional vulnerado.

El motivo no puede prosperar.

También ahora resulta obligado remitirnos a lo ya expuesto *supra* acerca de la posición de esta Sala cuando ha de ponderar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Y una vez más, el impugnante pretende ensanchar el espacio funcional que el recurso de casación nos reserva, ofreciendo una inaceptable valoración alternativa a la llevada a cabo por el Tribunal *a quo*. Frente a la propuesta que, en comprensibles términos de defensa, sugiere el Letrado del recurrente, el examen del razonamiento que ha permitido al órgano decisorio proclamar la responsabilidad de Vicente , excluye cualquier sombra de duda acerca de su afirmada insuficiencia o su cuestionada racionalidad.

En efecto, la sentencia de instancia afirma lo siguiente: "...ya en un nivel inferior se encuentra Vicente , que niega su participación en este continuado tráfico de drogas. Este Tribunal cree lo contrario, aunque no haya sido detenido en contacto con droga alguna. No podemos olvidar que el legislador cuando redactó el artículo 368 del Código Penal , empleó casi todos los verbos que tenía a su alcance, incluyendo el favorecer y el facilitar el consumo ilegal. Al amparo de lo que dispone en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , formamos convicción que cuando menos es lo que hacía Vicente .

En su declaración judicial de 9 de marzo (también se acogió a sus derechos constitucionales en el juicio oral) y que obra al folio 352 y ss. de la causa, negó haber estado en Alcudia cuando llegaron Flor y Laura portando



droga. Niega haberse trasladado a vivir a la calle Lladoner de esta Ciudad y en cambio sí reconoce que se fueron a Santo Domingo donde descubrió que Marino se dedicaba a introducir droga en Mallorca, proponiéndole un pase que no llegó a cuajar porque se enemistaron. Pues bien, nada más principiar la causa, se produjo a medianos de noviembre una entrada que cogió desprevenida a la fuerza, además fue trasladada directamente a Alcudia, al domicilio de Marino, en vez de a la CALLE000 NUM000 . NUM001 de esta ciudad. La introducción la llevaron a cabo Flor y Laura transportándola en el interior de su organismo (45 bolas de diez gramos cada una); al principio se encontraban en el mismo Gamba y Nuri, pero a la mañana siguiente llegaron Jaimito y Virutas .

Este, el 21 de noviembre comunica a un tercero por teléfono que llegó la gallinita ponedora. El 28 del mismo mes, recibe la llamada de una tal "mami" diciéndole que le traigan, a continuación dice que quiere uno y medio contestándole éste que en diez minutos. El 26 de noviembre desde el teléfono de Marino, un tal Mario y Mario acuerdan mandar a Virutas a buscar 100 pesos que debe tratarse de gramos de droga. También Virutas se encuentra en Santo Domingo para preparar el segundo viaje de Noelia. Sobre la peligrosidad y talante del mismo basta ver el contenido del folio 1.530 y sobre su implicación, en los folios 1.154 y ss. con Benedicto de dinero y sus relaciones con una discoteca, al 1.158 con una "baina", 1.158 y 1.160 de financiación y en el 1.602 cómo Benedicto envía dinero a Marino a través de él.

No sólo se encontraba en el lugar inadecuado y en el momento inoportuno, sino que a sabiendas tomaba parte activa coadyuvando al tráfico, igualmente en la calle Lladoner se encontró diversa documentación suya, pasaporte y cartillas, por ello, debe ser tenido también como autor de conformidad con lo que establece el artículo 28.1º del Código Penal".

Como puede apreciarse, la inferencia del Tribunal no es ilógica, ni se construye sobre el vacío probatorio que denuncia el recurrente. La Sala de instancia expresa el porqué de su inferencia, haciendo transparente la coherencia de su razonamiento. No ha existido, por tanto, vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia. Y procede la desestimación del motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

II.- La infracción de ley que reivindica la representación legal del recurrente (art. 849.1 LECrim) está basada en el supuesto error de derecho en que habría incurrido la Sala de instancia, al haber impuesto a Vicente una pena superior al mínimo sin que concurren circunstancias que hagan explicable esa exacerbación de la pena.

El motivo es inviable.

Tiene razón el recurrente cuando reacciona frente al argumento esgrimido por la Sala de instancia, basado en la participación del recurrente en "cuestiones de armas". La individualización de la pena ha de tomar en consideración los elementos volcados en el factum y con relevancia para la calificación jurídica de los hechos.

Sin embargo, obligado resulta coincidir con el Fiscal cuando apunta que, al margen de esa mención, perfectamente prescindible, la Sala sí explica las razones que ha tomado en consideración para decidir acerca de la duración de la pena. En el FJ 5º el Tribunal a quo justifica que Vicente "... colaboraba tanto con Marino como Mario tanto en la preparación y vigilancia de correos, como en otras misiones puntuales". Esta idea, completada con la cantidad de droga que se motivó en las operaciones y el papel del recurrente en la organización -hechos fácilmente deducibles del factum- suponen motivación suficiente sobre la "gravedad del hecho", parámetro valorativo señalado en el art. 66 del CP.

Conviene recordar, en fin, que las SSTC 170/2004, 18 de octubre y 193/1996, de 26 de noviembre, han declarado innecesario especificar las razones justificativas de la pena impuesta siempre que "éstas pudieran desprenderse con claridad del conjunto de la decisión" (FJ 6). Dicho en palabras de la STS 863/2006, 13 de septiembre, pueden tenerse en cuenta los aspectos del hecho que resultan de la misma sentencia, de los cuales puede desprenderse con claridad la proporcionalidad de la pena a la culpabilidad por el hecho cometido, sin que sea precisa en estos casos una extensa motivación, pues no es preciso explicar lo que resulta obvio.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

G) RECURSO DE Anibal

SÉPTIMO.- Se formulan cuatro motivos de casación. El primero de ellos -descompuesto en cinco submotivos- sostiene la infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. El segundo y cuarto motivos reiteran algunos de los argumentos hechos valer en el primero, si bien desde la perspectiva que ofrece el art. 849.1 del CP. El tercero, imputa a los Jueces de instancia un error en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que demuestran el error del juzgador.

I.- La vulneración del derecho a la presunción de inocencia que esgrime el recurrente se proyectaría -apartados I a VII del escrito de formalización- sobre distintos aspectos de la sentencia de instancia, cuyo tratamiento ha de ser individualizado.



A) Se sostiene la ausencia de pruebas para fundamentar la condena de Anibal y el quebrantamiento de las reglas impuestas por una valoración racional del material probatorio ofrecido por las partes en el plenario. En realidad, el juicio oral se limitó, desde el punto de vista de la aportación de las pruebas de cargo, a una ratificación genérica del atestado. La sentencia no recoge dato alguno que implique al recurrente en la realización de algunas de las conductas descritas por el art. 368 del CP. La defensa -en un laborioso escrito de formalización- incorpora a su discurso una serie de afirmaciones acerca de la insuficiencia probatoria que lastra el juicio de autoría.

Sin embargo, una vez más resulta indispensable recordar que el papel de esta Sala no consiste en seleccionar, entre las distintas versiones sometidas a su consideración, cuál de ellas resulta más atractiva. No se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama el Tribunal de instancia y la que, con carácter alternativo, formula el recurrente. No nos incumbe decidir, mediante un juicio electivo, con cuál de las versiones la Sala se siente más identificada. Nuestro papel, por el contrario, se limita a un examen de la existencia, la licitud y la suficiencia de las pruebas valoradas por el Tribunal *a quo*. Estamos obligados, además, a fiscalizar la racionalidad del discurso argumental mediante el que el órgano decisorio proclama la responsabilidad del recurrente.

Y esto es lo que hemos hecho al analizar el fragmento que la sentencia cuestionada dedica a Anibal. En él se razona en los siguientes términos: "... Anibal, que siempre había colaborado con Marino, Benedicto y Mario, había decidido independizarse (seguramente por ello quería la opinión de Bigotes). Ya trató de adquirir participación en aquel envío de Barcelona y se hizo con una prensa que tenía en su domicilio bajo su cama, con moldes y substancias de corte para mejorar la presentación de las dosis a los compradores y conseguir mayor ganancia. (...) De las conversaciones intervenidas se deduce que se suministraba, tanto de las cajas de pescado que el rebelde Cosme, alias Millonario, remitía desde Mercabarna a Mercapalma (Benedicto), como que ya tomaba participación directa en los otros alijos, sin perjuicio de que algunas veces fuera surtido directamente por el precitado Benedicto, "dos películas igual que la de ayer que era muy buena, que pague a Flor lo que le debe, otras diez películas, necesita CD'S, que pague a Millonario, que hoy tiene pescado y mañana no compra, que tiene un cliente que quiere uno semanal, que si es nítida la coge, pero si no se mete en una vaina, que puede marcar 90 (porcentaje de pureza), que quiere empezar él sólo pero despacio etc. Es innegable que se dedicaba al ilícito tráfico, negocio en el que quería prosperar".

Más allá del incuestionable significado incriminatorio de estas conversaciones, mantenidas por el recurrente con otros de los más destacados imputados en la distribución clandestina de cocaína, en el juicio histórico se mencionan los hechos relacionados con el registro practicado en el domicilio de Anibal. Los objetos y anotaciones allí encontrados permiten al Tribunal de instancia respaldar, de forma rigurosa y acorde con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, su conclusión acerca de la responsabilidad del recurrente: "...Autorizada judicialmente una entrada y registro en el domicilio de Anibal, sito en la calle Jaime Ferrán de esta ciudad, fueron hallados en el mismo también distintas anotaciones en las que se constataban transacciones de cocaína y resguardos de ingreso, cuatro cajas de guantes de plástico, una balanza de precisión de la marca Gram, un bote de talco Johnsons, otro de la marca Mexana, un cilindro metálico, y otro que estaba en la sala comedor, todos ellos efectos destinados a la manipulación de cocaína a efectos de su posterior venta a terceros y una prensa de la marca Perel, que había sido trasladada días antes desde la CALLE000 NUM000 y que se encontró en su habitación, siendo utilizada indistintamente por los acusados para compactar, una vez adulterada, la droga que distribuían a terceros a fin de darle apariencia de mayor calidad, una caja con un molde de metacrilato, una bolsa con sustancia blanca, amen de un pasaporte de la República Dominicana a nombre de Jon, otro a nombre de Sebastián, 980 euros y 14 pastillas con el anagrama Mitsubischi que convenientemente analizadas arrojaron un resultado de 3'060 gramos de M.D.M.A., sustancias que en el mercado ilícito habrían alcanzado un valor de 136'08 euros, un cilindro metálico y otro pasaporte de la República Dominicana N.I.E. a nombre de Evaristo".

En definitiva, los objetos hallados en el domicilio del recurrente -14 pastillas, balanzas, sustancias aptas para el corte de la cocaína, una prensa destinada a compactar la droga y distintos pasaportes- añaden nuevos elementos de juicio que refuerzan la interpretación que la Sala de instancia atribuyó al contenido de las conversaciones mantenidas por Anibal.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

B) La misma cobertura lleva al recurrente a sostener que no existen pruebas para la aplicación del delito contra la salud pública tal y como ha sido definido por el Tribunal *a quo*, debiendo haber sido aplicado, en su caso, en grado de tentativa.

Como quiera que debe declararse probado -sostiene el recurrente- que no ha quedado acreditado que el acusado Anibal haya recibido sustancia estupefaciente de terceras personas, ni que haya realizado actos



de venta o entrega a terceras personas consumidoras o intermediarias y que tampoco se ha probado que aquél fuera destinatario de alguna de las cantidades intervenidas en esta causa, los hechos sólo podrían ser constitutivos de un delito de tráfico de drogas en grado de tentativa.

El motivo no puede tener acogida.

Los términos en los que el motivo es razonado habrían hecho aconsejable la vía impugnativa que ofrece el art. 849.1 de la LECrim , defendida *infra* . El juicio histórico, tal y como ha sido proclamado, es el desenlace jurisdiccional de la valoración de las pruebas por el Tribunal *a quo* . La suficiencia para sostener lo que allí se proclama, ya ha sido ponderada al descartar *supra* cualquier quiebra del derecho a la presunción de inocencia. Si lo que se pretende ahora es ofrecer una calificación alternativa, ésta tendría que acomodarse al *factum* . Y desde luego su lectura no sugiere los elementos de la tentativa del delito contra la salud pública, tal y como esta Sala ha aceptado con cierta nota de excepcionalidad (cfr. SSTS 1697/2001, 3 de diciembre y 1265/2002, 1 de julio, entre otras muchas). No se olvide que, conforme a lo que el Tribunal *a quo* declara probado, el acusado también promovió la distribución clandestina de la droga hallada en poder de los demás coacusados.

Incluso si lo que el recurrente propugna es un nuevo relato de hechos probados en el que se afirme que "*... los objetos encontrados en su domicilio estarían destinados al tráfico sin que en ningún caso hayan sido utilizados previamente por el Sr. Anibal con tal finalidad*", es más que dudoso que ese fragmento autorice la calificación alternativa que se propone, pues si los objetos están destinados al tráfico, en realidad, se están poseyendo con tal finalidad, lo que integra, al fin y al cabo, una de las acciones típicas descritas en el art. 368 del CP . Todo ello sin perjuicio de constatar que para sugerir una rectificación del *factum* tendría que haberse empleado el cauce impugnativo del art. 849.2 de la LECrim .

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.4 y 885.1 LECrim).

C) Este submotivo denuncia -con una mezcla de alegaciones que habrían recomendado un tratamiento impugnativo diferenciado- la no aplicación de la atenuante de drogadicción. Estima el recurrente que ha quedado suficientemente acreditado, sobre todo a la vista de la prueba del análisis del cabello, que Anibal era adicto a la cocaína.

El motivo es improsperable (art. 885.1 y 2 LECrim).

Basta ahora remitirnos a lo ya expuesto al glosar el significado funcional que nuestra jurisprudencia atribuye a la atenuante de drogadicción, repitiendo lo que ya razonamos *supra* al descartar la aplicación de la misma circunstancia modificativa, sugerida en el motivo 3º de los formalizados por Mario .

D) Estima la defensa de Anibal que la pena impuesta de 6 años es contraria al principio de proporcionalidad, quebrantando las reglas esenciales del Estado de Derecho, entre ellos, el valor justicia (art. 1 CE), el principio de legalidad (art. 9.3 CE), la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE La Sala de instancia, se sostiene, no explica el porqué impone la pena en la máximo de la mitad inferior.

No tiene razón el recurrente.

Ya hemos dicho, al resolver el segundo motivo formalizado por Vicente , que la jurisprudencia constitucional admite una motivación implícita, cuando ésta fluye del *factum* y expresa la corrección y equilibrio entre la pena impuesta y el principio de culpabilidad. En el presente caso, además, la sentencia recurrida expone con precisión que "...a Anibal , que formaba parte con anterioridad de aquella trama y al momento de los hechos comenzaba a traficar solo, participando ya, seis años de prisión".

La privación de libertad impuesta, perfectamente ajustada a la regla dosimétrica que ofrece el art. 66.6 del CP , no es el resultado de un acto inmotivado y, por tanto, susceptible de arbitrariedad. Por el contrario, se ajusta perfectamente a la posición del acusado respecto del grupo delictivo enjuiciado -"*... en atención a las circunstancias personales*- y a la conducta que el *factum* atribuye al acusado -"*... a la mayor o menor gravedad del hecho*- , de ahí la corrección del proceso de individualización de la pena y la necesidad de desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

E) La representación legal del recurrente sostiene que se ha vulnerado en derecho a la inviolabilidad del domicilio, garantizado en el art. 18.2 de la CE . Ello habría conllevado la nulidad de la prueba, con exclusión de todos los efectos que fueron aprehendidos en el interior de su vivienda, en aplicación del mandato que acoge el art. 11 de la LOPJ .

Se afirma que cuando la solicitud policial se dirige al Juez de instrucción, aquélla debe contener datos que le permitan apreciar el carácter fundado de la sospecha de la comisión de un delito y de la participación en él de unas determinadas personas, en particular, de Anibal .



La Sala no puede compartir esa argumentación.

La autorización judicial expresada en el auto de fecha 6 de marzo de 2005 (folios 226 a 228), es el resultado de la ponderación de los fundados argumentos que la policía podía ofrecer en ese momento al instructor. En los folios 221 a 224 puede leerse lo siguiente:

N/REF: BPPJ/12.442/CO.- FECHA: 6 de marzo de 2005.-ASUNTO: Solicitando Mandamientos de Entrada y Registro.- DESTINATARIO: Juzgado de Instrucción de Guardia.- Por parte de este Grupo de Crimen Organizado de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de esta Capital, se viene investigando a un grupo organizado compuesto en su mayoría por ciudadanos procedentes de la República Dominicana por presuntos delitos de tenencia ilícita de armas y contra la salud pública (tráfico ilícito de sustancia estupefacientes, concretamente "cocaína") hechos de los que entiende el Juzgado de Instrucción número NUEVE, de los de esta Ciudad, y que instruye Diligencias Previas número 5505/04 .- Por considerarse necesario para la investigación, a dicho Juzgado se solicitó, y por su parte así se concedió, la intervención de diversos teléfonos, todos ellos relacionados con la investigación y de los que son titulares varios de los componentes principales de dicha organización, concretamente los llamados Vicente , a. " Virutas ", titular del D.N.I. número NUM007 , nacido en Republica Dominicana el 16/12/1980 y si domicilio conocido en esta Ciudad (usuario del teléfono móvil intervenido NUM008); Marino , a. " Gamba " del que se presume que dicha filiación pudiera no corresponder con su verdadera identidad (usuario del los teléfonos móviles intervenidos NUM009 y NUM010), y Benedicto , a. " Chili ", titular del D.N.I. NUM011 , n/Palma de Mca., el día 13/11/1971, h/Juan y de Aurelia, con domicilio en Son Caliu Nou (término municipal de Calviá), c/ PASAJE000 , n° NUM001 -blq. NUM012 , escalera NUM013 - NUM013 - NUM014 (usuario del teléfono móvil intervenido NUM015 del teléfono fijo igualmente intervenido NUM016).- Fruto de las observaciones telefónicas llevadas a cabo sobre dichos teléfonos, se ha tenido conocimiento de la llegada el día de hoy a nuestra Ciudad, de la llamada Flor , titular del DNI NUM017 , nacida el 29 de Octubre de 1980, en Barahona (República Dominicana), hija de Abraham y Celeste Aurora, sin domicilio conocido en esta ciudad, en vuelo de la Cía Iberia procedente de Santo Domingo (República Dominicana), vía Madrid, acompañada de otra mujer, de la que se desconoce cualquier dato de filiación, las que portarían en el interior de su organismo cierta cantidad de sustancia estupefaciente y que a ambas iba a recogerlas al aeropuerto el llamado Benedicto .- Por gestiones efectuadas con la Cía. Iberia se constató que el embarque en Santo Domingo lo efectuó la antes citada Flor juntamente con otra mujer llamada Teodora , y que ambas efectuaban todo el trayecto hasta Palma, es decir, Santo Domingo-Madrid y Madrid Palma, en asientos uno junto al otro.- Por lo expuesto, se ha procedido a montar el correspondiente dispositivo en el aeropuerto de esta Ciudad, dando como resultado la detención de Flor , titular del Dni NUM017 , n/ el 20 de Octubre de 1980, en Barahona (República Dominicana), hija de Abraham y Celeste Aurora, sin domicilio conocido en esta Ciudad, Teodora , n/ Madrid, el día 19 de noviembre de 1.984, h/ Elvira y Diego, sin domicilio conocido en esta Ciudad, y Benedicto , n/ Palma de Mca., el día 13 de noviembre de 1.971, h/Juan y de Aurelia, con domicilio en Son Caliu Nou (Calviá), en la c/ PASAJE000 , blq. NUM001 , piso NUM013 - NUM013 .- Una vez efectuada la detención de los antes citados, han sido éstos trasladados a las dependencias de este Grupo, donde se les ha efectuado un registro sobre sus personas. En el registro que se le efectuó a la llamada Teodora , por parte de personal femenino, la misma expulsó de forma espontánea de sus partes íntimas UN PRESERVATIVO QUE CONTENÍA UNA SUSTANCIA BLANCA, y que según lo por ella manifestado, era cocaína y que llevaba más en su interior.- Ante estos hechos, se ha solicitado de ese Juzgado de Instrucción de Guardia la realización de exploraciones radiológicas a las dos detenidas, las que, una vez autorizadas por Su Autoridad, se han realizado en la Residencia Sanitaria de "Son Dureta".- Igualmente se participa que a las 15.45 h. del día de hoy, en la c/ Jaime Ferrán, se ha procedido a la detención del llamado Anibal , alias " Ganso ", titular del pasaporte de Estados Unidos NUM018 , n/ Nueva Cork (EEUU), el día 19 de mayo de 1.966, con domicilio en la c/ DIRECCION000 , n° NUM019 - NUM020 , individuo éste integrante de la organización investigada y en la que participa, juntamente con el llamado Benedicto , en el "corte" de la sustancia estupefaciente y su distribución.- A los efectos de proceder al desmantelamiento pleno de la organización investigada así como a la intervención de cuanta sustancia estupefaciente pudieran tener oculta y de otros efectos relacionados con la ilícita actividad por sus componentes desarrollada, se solicita de V.I. tenga a bien conceder los oportunos Mandamientos de Entrada y Registro de los domicilios que a continuación se citan, indicándose a la vez el titular/es del mismo y su relación dentro de la estructura de la organización:- Domicilio sito en "Son Caliu Nou", término municipal de Calviá, c/ PASAJE000 , n° NUM001 , bloque NUM012 , escalera NUM013 - NUM013 - NUM014 , en el que residen el matrimonio formado Benedicto y su esposa Celestina . En las observaciones efectuadas sobre los dos teléfonos intervenidos a Benedicto (móvil y fijo de su domicilio), se ha constatado que el mismo es, juntamente con Marino , el principal dirigente de la organización investigada y la persona que debía ser la receptora de la presunta sustancia estupefaciente que, portan en su interior las ya citadas como detenidas, no solo aporta capital para la compra de la sustancia estupefaciente, sino que también busca capital para invertir en la compra, es decir, contacta con personas que quieran invertir una cierta cantidad de dinero ofreciéndoles como beneficio el doble de la cantidad invertida. Este individuo también





quien "corta" la sustancia estupefaciente (la mezcla con otras sustancias para no solo aumentar la cantidad de droga sino también aumentar el beneficio), empaquetándola en "papelinas" que pueden ser de a 5 ó 10 gramos, realizando a su vez labores de venta de dicha sustancia, tanto a consumidores finales como a otros vendedores intermediarios. En este domicilio pudiera tener tanto sustancia estupefaciente como efectos utilizados para su manipulación.- Domicilio sito en esta Ciudad en la c/ CALLE000 , n° NUM000 - NUM001 - NUM012 . Este domicilio actualmente se encuentra deshabitado pendiente de la llegada de la República Dominicana de sus moradores, que son el matrimonio, o pareja, formado por Marino y Africa . Marino , alias " Gamba ", es, como anteriormente consta, junto con Benedicto , el principal dirigente de la organización. Es quien dispone de los contactos en la República Dominicana para comprar ahí la sustancia estupefaciente, organizando su "viaje" hasta nuestra isla y utilizando siempre a "correos" (personas que, a cambio de una remuneración económica, transportan la "mercancía"), como es el caso actual de las detenidas antes citadas. Marino , a día de la fecha se encuentra, como ya se ha hecho constar, en Santo Domingo, teniendo una reserva aérea para regresar a Palma el próximo día 7 de los corrientes. En este domicilio, aparte de efectos que pudieran relacionar a sus moradores con el tráfico de sustancias estupefacientes, es posible que pudieran tener escondidas.- Domicilio sito en esta Ciudad en la c/ DIRECCION000 , n° NUM019 - NUM020 . En este domicilio reside el detenido Anibal , alias " Ganso ", usuario del teléfono móvil NUM021 . Este individuo es la el hombre de confianza de Benedicto . Juntos "cortan" la sustancia estupefaciente, la dividen en papelinas y realizan el reparto a consumidores y otros pequeños traficantes. En este domicilio, de lo observado en las escuchas telefónicas, se deduce que es donde guardan y manipulan la droga que les llega, por lo que en su interior se presume la intervención de sustancia estupefaciente así como de útiles para su manipulación.- Domicilio sito en esta Ciudad en la c/ CALLE001 , n° NUM003 - NUM013 - NUM014 .. En este domicilio reside una tal "Elena", de la que se desconoce cualquier dato de filiación, si bien es de procedencia sudamericana y usuaria del teléfono móvil NUM022 .- La citada es una de las mayores compradoras de sustancia estupefaciente a Benedicto , para su posterior venta a consumidores. En este domicilio se pudiera hallar sustancia estupefaciente y efectos útiles para su manipulación.- De todo lo expuesto en estos párrafos anteriores referentes a los domicilios y personas a ellos vinculados y de los que se solicita la entrada y registro, tiene conocimiento el Juzgado de Instrucción n° NUEVE, que es quien tiene abiertas Diligencias Previas por los hechos investigados, a quien, puntualmente se ha ido haciendo entrega semanal de todas las conversaciones interceptadas en los teléfonos intervenidos en virtud del procedimiento abierto por dicho Juzgado.- De ser concedido lo solicitado, los registros se llevarían a cabo el día de hoy, por Funcionarios adscritos a la Brigada Provincial de Policía Judicial de esta Jefatura, solicitándose tenga a bien conceder que los mismos pudieran llevarse a cabo en horas diurnas o nocturnas, dándose oportuna cuenta a Su Autoridad del resultado que de los mismo se obtenga.- EL INSPECTOR.-Fdo.: C.P. NUM023 (sic).

Los arts. 546 y 550 de la LECrim condicionan la legitimidad de la entrada y registro de cualquier domicilio, entre otras exigencias, a que "... *hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación*". No resulta fácil, a la vista del contenido del oficio policial transcrito, sostener la quiebra del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Los agentes ofrecen a la consideración del Juez instructor todos los elementos que, hasta ese momento, arrojaban las diligencias practicadas, algunas de ellas, como las escuchas telefónicas, llevadas a cabo con pleno conocimiento y autorización del propio Juez.

En definitiva, la entrada y registro del domicilio sito en la DIRECCION000 , n° NUM019 - NUM020 , se ajustó a las exigencias constitucionales y no vulneró el derecho fundamental que se dice infringido, por lo que procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

F) Entre las nulidades que la defensa del recurrente reivindica, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se incluye la que afectaría a los autos de autorización de las escuchas telefónicas que fueron practicadas durante la instrucción.

En la medida en que esta alegación ya ha sido objeto de desestimación al analizar el primero de los motivos de Teodora y de Jose María , procede remitirnos a las razones allí expuestas, acordando ahora la desestimación del motivo.

G) El último de los apartados sostiene, con idéntica cobertura constitucional, la vulneración de los derechos de defensa, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, como consecuencia de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE).

Este submotivo, formulado en términos conclusivos, ya ha sido contestado al desestimar los anteriores. De ahí la remisión a lo ya explicado *supra*.





II .- El segundo de los motivos se estructura en un bloque sistemático que, a su vez, acoge siete submotivos, ahora formulados al amparo del art. 849.1 de la LECrim , infracción de ley. Todos ellos se articulan como obligado complemento a los motivos ya defendidos por vulneración de precepto constitucional.

Resulta imperativa su desestimación. De una parte, por cuanto que todas esas alegaciones están subordinadas a la correlativa estimación de los motivos que denuncian la vulneración de precepto constitucional. De otra, por cuanto que no existen las infracciones legales que se denuncian, en la medida en que el hecho histórico -de ineludible acatamiento- ha sido certeramente traducido en términos jurídicos por la Sala de instancia, sin que pueda estimarse ninguno de los errores de derecho que se consideran cometidos. Además, existe una reiteración de los argumentos hechos ya valer con anterioridad.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

III .- Los motivos tercero y cuarto son correlativos. En el primero de ellos se denuncia, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y demuestran la equivocación del juzgador. El segundo, corolario del anterior, presupone para su viabilidad la estimación de aquél. Considera que, una vez aceptada la modificación del factum, se evidenciaría la indebida aplicación del art. 368 del CP .

Ambos motivos han de ser rechazados.

Los documentos que justificarían el error decisorio están integrados por: a) el informe analítico del laboratorio acerca de una bolsa de plástico conteniendo una sustancia blanca, del frasco de polvos de talco marca *Jhonsons* y del frasco de polvo marca *Mexana* (folios 533, 536, 537 y 539); b) el original del recibo de inquilinato del *Bar Ecoa* (folios 266 y 430) y c) certificación de la jefatura de tráfico relativa a la titularidad e historial del vehículo de la marca Ford, matrícula UP-....-SP .

El examen de los documentos invocados evidencia que ninguno de ellos cumple con el requisito de la literosuficiencia para acreditar el error que se pretende justificar. Y es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -como recordábamos en la STS 1023/2007, 30 de noviembre - no deja a este respecto margen alguno para la duda. El documento ha de poner de manifiesto el error en algún dato o elemento fáctico o material por su propio poder demostrativo directo. Ese dato o elemento no puede estar contradicho por cualquier otro elemento probatorio que haya sopesado el tribunal. Además, ese dato contradictorio, acreditado documentalmente, ha de ser relevante para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo. La autosuficiencia probatoria tiene que traducirse en que el documento, por sí solo, ha de proyectar su intrínseco significado jurídico frente a todos, sin necesidad de otros medios probatorios. Dicho en palabras de la STS 166/1995, 9 de febrero , resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Y nada de lo expuesto concurre en el presente caso. Los documentos que señala el recurrente como demostrativos del error decisorio ni por sí, ni en su apreciación interrelacionada, permiten concluir la equivocación valorativa de la Sala.

Procede, en consecuencia, la desestimación del tercer motivo. En la medida en que el cuarto está subordinado al éxito de aquél, obligada es su desestimación (arts. 885.1 LECrim).

H) RECURSO DE Antonia

OCTAVO .- La recurrente sostiene, frente a la sentencia que le condena como autora de un delito contra la salud pública, dos motivos. El primero, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El segundo, pretendiendo una rectificación del factum por la vía del art. 849.2 de la LECrim .

I .- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , se alega por la defensa de Antonia que la sentencia se ha limitado a consignar como hechos probados un relato histórico inconcreto, que es prácticamente una transcripción del escrito de acusación del Fiscal. No ha existido verdadera actividad probatoria de cargo. Lo único verdaderamente acreditado es el arrendamiento de la vivienda sita en la CALLE000 NUM000 a Benedicto y Marino , su condición de consumidora y su intervención en algunas conversaciones grabadas por la policía, pero que son perfectamente compatibles con expresiones propias del mundo del consumo.

No es eso, sin embargo, lo que se desprende de la sentencia.

Existen numerosas conversaciones -resaltadas por el Tribunal a quo- en las que la ahora recurrente habla con Benedicto en términos bien indicativos de su implicación en el mundo de la distribución clandestina de cocaína. En alguna de ellas, se llega a negociar la rentabilidad de su aportación de 5.000 euros. Benedicto





le ofrece el doble y ella aspira a obtener el triple. Además, el piso del que ella es arrendadora es la verdadera fuente de numerosas operaciones de negociación y venta.

La Sala de instancia razona con minuciosidad los elementos de cargo que respaldan la condena de Antonia , "...cuñada de Luis Enrique , era la arrendadora del piso de la CALLE000 NUM000 . NUM001 . NUM012 , que era el utilizado por el resto de los componentes de la organización, pero no se conformaba con el inquilinato: como ya hemos dicho su capacidad económica no era boyante, normalmente tenían dificultades para pagar al proveyente, y, cuando menos en el último viaje de Santo Domingo tuvieron que acudir a su peculio, ofreciéndoles 5.000 euros, oyéndose claramente las negociaciones sobre su beneficio, pues se le ofrecía el duplo y ella quería el triplo, interesándose además por las garantías de recobro (20-12-05). (...) Pero es que Antonia , no sólo participaba en temas económicos, sino que también estaba al tanto del devenir del negocio, que su cuñado quiere material, si lo que ayer está todavía sin mezclar, si el café es para hoy o mañana, que saldrá seis puntos más caro, que quiere pasta de las dos clases y que pase por la calle Lladoner que hay en chico que se la dará, que la gente se queja de la mala calidad etc.; no cabe duda que amen de financiar vendía y también buscaba clientes a Benedicto " .

En el juicio histórico se proclama que Antonia "... mantenía igualmente contactos permanentes con Benedicto y Marino , con el fin de financiar nuevas remesas de droga a Palma y beneficiarse económicamente con la venta posterior, arrendando a ambos el piso de la CALLE000 NUM000 . NUM001 , de su propiedad, que era utilizado indistintamente por el procesado Benedicto y Anibal para la confección de dosis o papelinas para su distribución e igualmente para que sirviera de residencia temporal de las correos".

Ni el fragmento del factum que la sentencia dedica a la acusada ni la justificación probatoria con la que se apoya esa inferencia, adolecen del defecto que la defensa le adjudica. La prueba fue adecuada, en la medida en que se obtuvo con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba fue bastante dado su contenido netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia construyó 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.

No ha existido vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

II .- El segundo motivo adjudica a la resolución cuestionada un error valorativo en el que habría incurrido el Tribunal a quo (art. 849.2 LECrim). Esa equivocación quedaría evidenciada a la vista del acta del juicio oral y la transcripción de las conversaciones telefónicas.

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, las transcripciones de las conversaciones telefónicas intervenidas no constituyen prueba documental susceptible de acreditar el «error facti», pues se trata de pruebas de naturaleza personal por más que figuren documentadas en un soporte sonoro o escrito (por todas, SSTS 1024/2007, 1157/2000, 18 de julio y 942/2000, 2 de junio).

Tampoco encierra el carácter de documento a efectos casacionales el acta del juicio oral -cfr. SSTS 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre -, exclusión que también afecta al soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio. (Cfr. STS de 196/2006, 14 de febrero y 284/2003, 24 de febrero).

De ahí que el esfuerzo argumental encaminado a acreditar la pretendida equivocación del órgano decisorio esté condenado de antemano a ser inatendido.

El mismo motivo, articulado por la vía del art. 849.2 de la LECrim , sirve de heterodoxo vehículo formal para sostener que, además, existió una inaplicación indebida del art. 373 del CP , en relación con los arts. 17, 18 y 62 o, en su caso, 16 y 62 del CP. Los hechos declarados probados, a lo sumo, permitirían afirmar que estamos ante una conspiración criminal o que son constitutivos de una tentativa inacabada.

No existió conspiración ni tentativa.

La jurisprudencia de esta Sala se ha referido al castigo de la conspiración como forma singular de *coautoría anticipada* (STS 120/2009, 9 de febrero , con cita de la núm. 601/1996, 24 de septiembre). En palabras de la STS 321/2007, 20 de abril , la conspiración pertenece a una fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, por lo que tiene -hasta cierto punto- naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, como una especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del *pactum scaeleris* o concierto previo, y la resolución firme o decisión seria de ejecución.





En el presente caso, sin embargo, basta una lectura detenida del juicio histórico para descartar que estemos ante una conspiración incriminable por la vía del art. 373 del CP. En palabras del Fiscal, la fase de ideación o preparatoria se superó con creces mediante la realización de actos de ejecución perfectamente descritos en el factum.

Tampoco existen datos que avalen, ni en la versión actual del relato de hechos probados, ni en la propuesta alternativa sugerida por el recurrente, que los hechos deberían ser calificados como tentativa de un delito contra la salud pública. La aportación de Antonia fue determinante para la financiación de algunas de las operaciones claramente consumadas. Y su apoyo en la búsqueda de potenciales clientes, desborda con creces el limitado marco que ofrece la ejecución imperfecta.

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

l) RECURSO DE Felipe

NOVENO .- Se sostienen por la defensa del recurrente cuatro motivos de casación, alguno de ellos con un mensaje reiterativo, alterando el formato de la impugnación.

I.- El primero de los motivos, formulado al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, integra dos submotivos. Como quiera que se insiste, en línea compartida con otros recurrentes, en la nulidad de las escuchas telefónicas, por vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE, procede remitirnos a lo ya expuesto al resolver alegaciones precedentes en la misma dirección.

También considera la representación legal de Felipe que se ha vulnerado su derecho constitucional a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la regla *in dubio pro reo*.

Se recalca que al acusado no se le intervino ninguna clase de sustancia estupefaciente, no tiene antecedentes penales ni ninguna relación con el mundo de las drogas, más allá de algún consumo esporádico. Era amigo de Benedicto desde hacía años, al que le compraba pescado, pero no ha tenido relación alguna con el resto de los coimputados. La Sala de instancia, en fin, ha interpretado el contenido de las conversaciones de forma contraria al reo.

No existe ninguna de las vulneraciones denunciadas.

El recurrente ha gozado del derecho a un proceso con todas las garantías. Contó con cuantas posibilidades de alegación y prueba se derivan de su condición de parte. Tampoco ha visto infringido su derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que la sentencia de instancia motiva de forma ejemplar su aportación a la ofensa del bien jurídico, describiendo con precisión la acción típica que se le imputa y los elementos de prueba con que ha contado el Tribunal a *quo* para afirmar su participación en los hechos.

La existencia y suficiencia de prueba de cargo también descarta cualquier vulneración del derecho a la presunción de inocencia: "... Felipe, como los anteriores compra para sí y revende el resto para autofinanciarse. Su profesión parece ser la de conductor de la empresa municipal de transportes, oficio que no parece indicado para ir a comprar una merluza de diez kgs. (lógicamente son gramos), ni un jersey parece lugar adecuado para su transporte, discutiendo el 4 de enero sobre el precio y evidentemente la merluza no va a 40 ó 50 euros el kilo, que fue el precio final que acordaron. Cuando le dice tu ganas diez y son cien, claramente le aclara Benedicto que no se queje porque en la reventa gana un 10% (...) Aparte de implicar a Felicísimo y a Noelia (26 enero), el mismo día 4 de enero, le dice que necesita cinco sepias, diciéndole aquél si ya lo había sacado todo en tono jocoso, así continuando con doradas de 10 kilos (?) y otras sobre el comportamiento del mercado. Finalmente el 2 de marzo le dice que casi le ha costado el divorcio y que se retira, respondiéndole Benedicto que no lo haga que perderá los clientes. Manolo se los ofrece aunque al siguiente día rectifica y le dice que va a continuar con el negocio; por ello es autor" (sic).

La Sala de instancia, pues, no ha expresado duda alguna en el proceso de valoración de los elementos de prueba con los que la acusación respaldaba la acusación formulada contra el imputado. No existe vacilación alguna en la interpretación que los Jueces de instancia adjudican a los términos en los que se produjeron las conversaciones incriminatorias. De ahí la improcedencia de sostener la infracción del *in dubio pro reo*. Es claro que tal principio sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio *in dubio pro reo* no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (cfr. SSTS 999/2007, 26 de noviembre, con cita de la STS 939/1998, 13 de julio, 1186/1995, 1 de diciembre, 1037/1995, 27 de diciembre y 705/2006, 28 de junio).



Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

II .- El segundo motivo invoca el art. 849.1 de la LECrim, al estimar infringido, por aplicación indebida, el art. 368 del CP.

Sin embargo, el recurrente reitera su discurso referido a la ausencia de pruebas y a la incorrección de los juicios de valor suscritos por la Sala de instancia.

Es procedente, pues, desestimar el motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim), remitiéndonos de nuevo a lo ya expuesto al tratar el motivo precedente.

III .- Igual suerte desestimatoria ha de correr el tercero de los motivos, mediante el que se pretende demostrar la existencia de un error en la apreciación de la prueba en el que habría incurrido el Tribunal *a quo* (art. 849.2 LECrim). Sin embargo, el hecho de que para construir el discurso impugnativo se designen como particulares "*...la totalidad de los autos y el acta del juicio oral*", acarrea como ineludible consecuencia la desestimación del motivo (arts. 884.6 y 885.1 y 2 LECrim).

IV .- El mismo desenlace desestimatorio espera al cuarto de los motivos. Se enuncia como quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en los arts. 850 y 851 de la LECrim y, pese a ello, se pone el acento en la falta de prueba directa, sugiriendo una reinterpretación de las respuestas dadas por los agentes de policía a las preguntas formuladas por la defensa en el acto del juicio oral. No es éste, sin embargo, el significado procesal del recurso de casación por quebrantamiento de forma, sobre todo, cuando ni siquiera se cita el apartado concreto de aquellos dos preceptos que serviría de apoyo al motivo.

Procede la desestimación (arts. 884.4 y 885.1 y 2 LECrim).

J) RECURSO DE Cristina

DÉCIMO .- La defensa suscribe cinco motivos de casación, no faltando la misma inspiración presente en otros motivos hechos valer por los demás recurrentes. De ahí la posibilidad de remisión a lo ya resuelto.

I .- Los dos primeros motivos formalizados coinciden con los que, con el mismo contenido, hizo valer el coacusado Mario. Las vulneraciones del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) -en este último caso, originada por la no ratificación de la prueba pericial referida a la composición de la droga-, pueden ser resueltas por remisión a lo entonces razonado.

En efecto, la inactividad procesal del ahora recurrente, en relación con el análisis pericial de la droga, se mantuvo a lo largo de la instrucción, la fase intermedia y la celebración del juicio oral. Es ahora, en sede casacional, cuando se resucita una alegación con el respaldo de que una de las partes sí impugnó el dictamen pericial. Sea como fuere, no se aporta el más mínimo elemento contradictorio que permita cuestionar la metodología o las conclusiones científicas en relación con el informe de la droga. Además, el tráfico con cocaína es un dato admitido por varios coimputados, que reconocieron su participación en los hechos, ofreciendo un elemento probatorio que refuerza, si cabe, las conclusiones de la Sala sobre el elemento objetivo del delito.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

II .- El tercer motivo denuncia, con el respaldo del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, error de derecho, aplicación indebida de los arts. 21.2 y 21.6 del CP.

El motivo no puede ser atendido.

Como ya hemos razonado en otros pasajes de esta misma sentencia, a los efectos de apreciación de la atenuante de drogadicción, no basta con acreditar el consumo de estupefacientes por el recurrente. La comisión del delito, en el presente caso, no es el resultado de una alteración de la imputabilidad. No se delinque para atender la propia toxicomanía. El volumen de las operaciones y las ganancias económicas asociadas a esa actividad clandestina, van mucho más allá de lo que la atenuación exige como presupuesto fáctico. De ahí la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 885.1 LECrim).

III .- Los motivos cuarto y quinto participan del mismo enunciado, vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim).

En la medida en que no se especifica el grado de pureza de la droga que le fuera intervenida a la recurrente, que no existe declaración alguna de coimputado que involucre a Cristina en el tráfico de drogas y que las conversaciones telefónicas no permiten la inferencia del Tribunal *a quo*, se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pues no ha prueba bastante para sustentar su autoría.



No tiene razón el recurrente.

El razonamiento con el que los Jueces de instancia construyen la responsabilidad criminal de Cristina no es, ni mucho menos, incoherente o contrario a las reglas de la lógica: "... Cristina , alias Pava ,, era persona de confianza de Mario .. Parece ser que en el mes de diciembre del 2.004 éste introdujo en la Isla otra partida de cocaína que pasó policialmente desapercibida y que por ser de mala calidad causó múltiples reclamaciones, además de un distanciamiento entre Gamba y Benedicto ((existen muchas conversaciones al respecto), que determinó por motivos económicos que Cristina intentara "sacar" aquella cocaína adulterada, así el 4 de diciembre Benedicto le pide a Gamba un "bolígrafo entero" y le contesta que lo tiene Pava ,, para después llamarla directamente diciéndole que pasará por su casa para recoger algo de parte de aquél. Al día siguiente Benedicto le ofrece un trabajo mejor que el de Gamba , aunque prefiere el de Gamba para tomar él, respondiéndole que si lo necesita ya pasará, al otro día cinco empanadas, hasta que con ocasión de un robo se frustró el negocio.

Por último Benedicto le dice que tiene que abandonar el piso porque vienen Marino y su mujer, que tiene que sacar todos los enseres, preguntándole la mujer si la casa no sería para Ganso ,, respondiéndole que no dijera nombres por teléfono. Evidentemente aunque las conversaciones sean crípticas, estaba vendiendo droga por cuenta de los primeros".

En el juicio histórico se proclama que "... Benedicto era el principal destinatario de la droga remitida a Palma de Mallorca por los tres referidos medios de introducción, contando con la colaboración para su venta y distribución de los acusados Anibal , de Cristina , que le ayudaban en su preparación para la venta posterior, como también en la búsqueda de compradores finales o intermedios, como la entrega efectiva de cocaína a compradores que habían contactado y convenido con él tal entrega, como la financiación de la misma para su introducción en España, constatándose a lo largo de la investigación que ambos procesados también adquirían cocaína por otros conductos ajenos a Benedicto y llevaban a cabo ventas a terceros por propia iniciativa".

No existió, pues, vulneración alguna del derecho constitucional a la presunción de inocencia. El razonamiento es correcto desde el punto de vista del canon constitucional de aquel derecho, no permitiendo nuestra capacidad de fiscalización casacional otra conclusión que la aceptación del criterio del Tribunal *a quo*.

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

K) RECURSO DE Noelia

UNDÉCIMO .- La defensa de Noelia hace valer tres motivos. Los dos primeros sirven de vehículo formal para denunciar una vulneración de alcance constitucional. El último, corolario de los anteriores, reivindica la indebida aplicación del art. 368 del CP .

I .- El primero de ellos se formula al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denunciando vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE , con la consiguiente infracción del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, del art. 24.2 de la CE . Como quiera que está basado en alegaciones que ya han sido atendidas al resolver motivos similares, formalizados por otros recurrentes, procede su rechazo por simple remisión a lo ya expuesto *supra*.

II .- Centramos nuestra atención en el segundo de los motivos, en el que se aduce, con el mismo fundamento normativo que el precedente, vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su modalidad de insuficiencia de la prueba, falta de verdadera prueba de cargo (art. 24.2 CE).

En un esfuerzo por ofrecer una valoración probatoria alternativa, la representación legal de la recurrente alega que su relación con Benedicto es explicable a la vista de los estrechos vínculos que existen entre aquél y el marido de la propia Noelia . Además, la adición de este último justificaría el contenido de algunas de las conversaciones interceptadas por los agentes de policía. De hecho, ella acompañaba a su esposo con un consumo esporádico los fines de semana "... para que él estuviera más relajado y no consumiera mucho".

El motivo no es acogible.

El juicio histórico establece que "... Felicísimo , junto con su esposa Noelia , mantenían constantes y estrechos contactos con Benedicto y con Anibal y participaban en la actividad de distribución entre terceras personas, prestaban cobertura y ayuda en la actividad ilícita desarrollada por Benedicto y vendían a terceros cocaína que obtenían generalmente de aquél". Al mismo tiempo, al describir en el factum la entrada y registro en el domicilio de la CALLE000 NUM000 , puede leerse lo siguiente: "...Asimismo, autorizada otra entrada y registro en el domicilio sito en la CALLE000 NUM000 , titularidad de la procesada Antonia , alquilada a ésta por el procesado Benedicto , y que fue ocupado temporalmente por el otro procesado rebelde Marino , y que utilizaban además los también procesados Felicísimo y Noelia ,, que acudían con frecuencia a dicho piso, como lugar para preparar la droga para su venta posterior o concertarse en la misma o sus intermediaciones con otras personas c"





iban a adquirir sustancia estupefaciente. En dicho registro fueron hallados 2 embudos con restos de sustancia blanca, un envoltorio de plástico color blanco, un cuchillo y una línea sobre la mesa con restos de sustancia blanca, otras dos bolsitas con restos de sustancia blanca, guantes de plástico, otras dos bolsitas con restos de sustancia blanca, 4 cajas de lacteol (2 vacías, una conteniendo 13 pastillas y otra 15), en una ensaladera un trozo de tarjeta de embarque a nombre del procesado Mario ,, una cuchilla, 2 resguardos de reservas a nombre de los procesados Vicente , Africa y Marino , una denuncia a nombre del procesado Vicente , una carpeta con un pasaporte español a nombre de Flor , un pasaporte español a nombre de Vicente , dos cartillas de la Caixa a nombre del procesado Vicente y un contrato de Amena a nombre de la procesada Antonia .. (...) Felicísimo junto con su esposa Noelia , mantenían constantes contactos telefónicos con Benedicto , y el primero, también con Anibal , recibiendo de ambos cocaína para su distribución a terceros".

También ahora la sentencia de instancia puntualiza con precisión y de forma ajustada a los cánones de apreciación racional de la prueba, los elementos de cargo que han permitido sostener el juicio de autoría: "... El matrimonio formado por Felicísimo y Noelia , igualmente trabajaban para vender cocaína por cuenta de Benedicto , ello se deduce claramente de las conversaciones habidas entre ellos. Posiblemente ambos fueran consumidores de la misma, y con su reventa paliaban su coste. El 10 de diciembre del 2.004 le dejó Salvador 8 de 1'4, 0'5 y una piedra de cinco. El 12 de diciembre le dice a Benedicto (Gotico) que hoy ha sacado un poco, dos; posteriormente hablan de temas económicos. Si le suben en precio a Benedicto , que repercute también él en sus ventas y se preocupan de la mala calidad. El 14 de diciembre Noelia le dice a Benedicto que la nueva va a ser un exitazo; que ella la ha probado y será un exitazo. El 17 Felicísimo le dice que dio una buena al moro, respondiéndole Benedicto que es mejor no meterse en líos. El 25 de diciembre, Noelia le dice a Benedicto que sí sacaron mucho (en múltiples conversaciones sale a relucir el intereses en que para Navidad estuvieran bien surtidos. Que no quiere más que le basta aunque el 22 de enero le piden porque la han terminado. (...) También existen otras conversaciones sobre temas administrativos derivados de las relaciones con el del Pup o con Ganso y a nombre de Felicísimo se enviaban giros a Marino . Ambos deben reputarse autores del precitado delito" .

No ha existido vacío probatorio. La valoración alternativa que propugna la defensa de Noelia es tan respetable como inatendible, pues choca frontalmente con la conclusión probatoria alcanzada por el Tribunal, sin que exista quiebra argumental alguna que sugiera su irracionalidad.

Se desestima el motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

III .- El tercer y último motivo se formula condicionando su prosperabilidad al acogimiento de las alegaciones anteriores. Se denuncia, con apoyo en el art. 849.1 de la LECrim , la indebida aplicación del art. 368 del CP .

La desestimación del motivo precedente permite apreciar la adecuada congruencia entre el factum y el juicio de subsunción verificado por la Sala de instancia. Procede, por tanto, la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

L) RECURSO DE Felicísimo

DUODÉCIMO .- Se formulan dos motivos. El primero, con el mismo eje argumental que ha hecho valer la coacusada Noelia -esposa del recurrente-, denuncia vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE . Las mismas razones que justificaron su desestimación, nos llevan ahora al rechazo del motivo (art. 885.1 LECrim).

El segundo de los motivos alega infracción de ley (art. 849.1 LECrim), indebida falta de aplicación de la atenuante del art. 21.2 del CP .

Es cierto que la sentencia de instancia reconoce la drogodependencia de Felicísimo . Sin embargo, como hemos expresado *supra* al resolver varias impugnaciones en similar dirección, no basta acreditar la toxicomanía para dar por probada la existencia de una disminución de la imputabilidad.

Procede, pues, la desestimación del motivo por su falta de fundamento (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

M) RECURSO DE Miguel

DECIMOTERCERO .- Se formalizan dos motivos. El primero -vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE - puede ser desestimado por remisión a lo argumentado *supra*.

I .- El segundo considera, también con fundamento en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, que ha existido vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

Se queja la defensa de la insuficiencia de verdaderas pruebas para respaldar la condena de Miguel . Ésta se ha basado exclusivamente en la intervención telefónica y las declaraciones prestadas en sedes policial y judicial y en el plenario por el propio recurrente.



El motivo no puede ser acogido.

Si bien se mira, con esa argumentación el recurrente reconoce la existencia de prueba, aunque ofrece una valoración alternativa como presupuesto para una conclusión probatoria discrepante de la alcanzada por el Tribunal *a quo*. No es éste sin embargo, el significado casacional de la presunción de inocencia.

La Sala de instancia pudo valorar abundante prueba de cargo y razonó de forma más que aceptable las bases sobre las que se sustenta la proclamada autoría: "... *Luis Pablo que dice no consumir, le dice al gordo que la que le proporcionó era de mala calidad, demasiado corte y aunque no vendiera si se encargaba de llevarle clientes a Benedicto , el mismo lo reconoció; más tampoco era tan accesoria su colaboración para bajar de la autoría, entendía de precios e incluso le buscaba clientes importantes como el de la fábrica de bañeras de Marratxí y otras veces hace de intermediario transportista como en el caso de los calamares o los carpinteros de la obra o de las quejas de Domingo sobre el corte de la "bellota" (2.03.05). Debe ser considerado autor* ".

En definitiva, el Letrado del recurrente, en su legítimo ejercicio del derecho de defensa, ofrece a esta Sala una valoración probatoria alternativa a la que llevó a cabo el Tribunal *a quo*. Es, pues, entendible que ese filtro de legítima parcialidad que condiciona su razonamiento, le lleve a poner el énfasis en aspectos que, por sí solos, no tienen virtualidad para impugnar la coherencia del discurso inculpativo de los jueces de instancia. Es al órgano decisorio al que incumbe valorar, tanto los elementos de cargo con los que la acusación pretende respaldar el juicio de autoría, como aquellos otros que, para hacer valer la resistencia a la pretensión punitiva del Estado, esgrime el imputado. Aceptada su licitud y su suficiencia, si la autoría puede afirmarse más allá de cualquier duda razonable, la condena del imputado no implicará vulneración alguna del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

II .- El tercero de los motivos razona la existencia de un error de derecho por la indebida aplicación del art. 368 del CP .

Considera la defensa del recurrente que las actuaciones imputables al recurrente no tienen cabida en el art. 368 del CP , pues se está realizando una interpretación desorbitada y odiosa del precepto, que en realidad convierte a cualquiera en autor de un delito. El CP no está para castigar las malas compañías. Miguel ha podido ser un imprudente desde el punto de vista personal, pero su actividad ha de reputarse impune.

No es esta la conclusión que autoriza el *factum*: "... los procesados Miguel , entre los meses de Enero de Marzo de 2005 y Felipe ,, mantuvieron numerosos contactos telefónicos y personales con Benedicto , en los que con conocimiento de la procedencia de la sustancia estupefaciente, se concertaron a fin de proveerse de la droga en la cantidad suficiente para distribuirla entre terceras personas y con ánimo de enriquecerse injustamente en el mercado ilícito, se dedicaron a distribuir entre terceros la citada sustancia que les entregaban los procesados anteriores".

En ese fragmento, pues, se condensan todos los elementos objetivos y subjetivos del delito por el que Miguel ha sido condenado. No existió error jurídico por parte del Tribunal *a quo*, lo que impone la desestimación del motivo (arts. 884.3. y 4 y 885.1 LECrim).

DECIMOCUARTO .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos no haber lugar** al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Teodora , Flor , Mario , Jose María , Amadeo , Vicente , Anibal , Antonia , Felipe , Cristina , Noelia , Felicísimo y Miguel , contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 2007, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca , en la causa seguida por delito contra la salud pública, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Pérez D. Andrés Martínez Arrieta D. José Ramón Soriano Soriano D. Manuel Marchena Gómez D. Luis-Román Puerta Luis



PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gómez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

