



Roj: **STS 4664/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4664**

Id Cendoj: **28079120012017100844**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2017**

Nº de Recurso: **10236/2017**

Nº de Resolución: **845/2017**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Almería, Sección 1ª, 29-06-2016,  
STS 4664/2017**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10236/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 845/2017**

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por **D. Apolonio** , representado por el procurador D. David García Riquelme y defendido por la letrada Dña. Mónica Moya Sánchez, **D. Balbino** , representado por la procuradora Dña. Isabel Julia Corujo y defendido por el letrado D. Juan Carlos Calatrava Espinosa, **D. Borja** , representado por la procuradora Dña. María Eugenia García Alcalá y defendido por el letrado D. Jesús Rodríguez Ferrer, **D. Cesar** , representado por la procuradora Dña. Rosa María Godoy Bernal y defendido por el letrado D. Francisco Fernández Lupiáñez; y **D. David** , representado por la procuradora Dña María Concepción del Rey Estevez y defendido por la letrada Dña. María Mercedes Blazquez Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Primera, de fecha 29 de junio de 2016 , que les condenó por delito contra la salud pública, cohecho, tenencia ilícita de armas y atentado, siendo también parte el Ministerio Fisca.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 5 de Almería, instruyó Sumario 1/2013 contra Apolonio , Balbino , Borja , Cesar , David , por delito contra la salud pública, cohecho, tenencia ilícita de armas y atentado, y





una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección Sección Primera, que con fecha 29 de junio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: PRIMERO,- El procesado Apolonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador de hecho de la empresa "Invernajes del Mediterráneo SL", de la que es administradora legal su esposa, poseyendo él no obstante, el 98'99 % de las participaciones, con sede en Camino Viejo del Faro, Almadraba de Monteleva sin, de la Barriada de Cabode Gata, de Almería, dedicada, en virtud de autorización de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, al depósito de vehículos, embarcaciones y otros efectos intervenidos en el curso de procedimientos judiciales, desde fechas no concretadas suficientemente pero, en todo caso, y en lo referente a los hechos objeto de enjuiciamiento, próximas a los primeros meses del año 2012, planificó, la realización de los actos necesarios para introducir en territorio nacional y en el de la Unión Europea, gran cantidad de hachís, procedentes del Reino de Marruecos, que se habría de transportar hasta nuestras costas en barco pesquero, asumiendo funciones de dirección y coordinación en esta operación.

Así el procesado Apolonio , sobre el que recalcan sospechas graves por parte de la Guardia Civil y Vigilancia Aduanera -entre otros motivos por haberse intervenido, por agentes de estas unidades, una embarcación con droga oculta en su interior, en un lugar próximo a dicho depósito, siendo reclamada por el citado Apolonio y un empleado suyo- además de dar apariencia de normalidad a gran parte de las actuaciones y movimientos de su actividad merced a sus contactos en el ámbito policial, y a sus relaciones en el ámbito del personal de la Administración de Justicia, de amistad, en algunos casos, pues no en vano llevaba años al frente del Depósito judicial, fue el encargado de establecer los contactos necesarios para la recluta del dueño de la embarcación que había de transportar la droga hasta territorio nacional, de organizar toda la infraestructura personal y material necesaria para el fin previsto, de recibir la ilícita mercancía, de abonar las cantidades de dinero pactadas con los transportistas, descargadores y, demás partícipes en los hechos, de disponer lo necesario para llevar a cabo su transporte al lugar de depósito y de procurar los medios personales y materiales precisos para custodiarla hasta el momento de su ulterior comercialización, proporcionando a tal fin, llegado el caso, las armas necesarias para su defensa y vigilancia;

Entre las personas reclutadas para dicha operación se encontraba Cesar , mayor de edad y sin antecedentes penales, agente del Cuerpo Nacional de Policía, que había prestado sus servicios anteriormente, durante años, en la "Unidad de Drogas y Crimen Organizado" (UDYCO) de esta provincia, en aquel momento destinado en el Aeropuerto de esta capital y que cooperó en tareas de desembarco, transporte y custodia del ilícito tráfico previsto, sin que conste que recibiese o se le ofreciese una suma de dinero para realizar actos relativos a su profesión; David , también mayor de edad y sin antecedentes penales, hombre de confianza de Apolonio y encargado de todas las gestiones necesarias para el alquiler del vehículo que debería transportar la droga a lugar seguro, así como del arrendamiento de las naves industriales donde se debería almacenar el hachís antes de proceder a su distribución, Florentino de nacionalidad marroquí, con residencia legal en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, y Borja , de nacionalidad lituana, residente legal en España, también mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajadores, los dos, de la empresa "Invernajes del Mediterráneo SL", dirigida por Apolonio , con funciones de transporte y vigilancia de la droga, ordenadas por Apolonio ,

Durante la fase de planificación de los hechos antes relatados, unos 15 días antes de la desarticulación de la operación, el procesado Apolonio , en una reunión que fue presenciada por David , que le acompañó a tal efecto a una cafetería de la Barriada de "El Zapillo" de esta capital, acordó, a cambio de una cantidad de dinero que no ha podido ser determinada, con el también procesado Balbino mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, patrón de la embarcación pesquera " DIRECCION000 ",matricula- EE-MU-....-....-.... , propiedad de la SCA familiar "JOPIMAR" de la que él es partícipe ,que el transporte del hachís que se había de introducir en España se iba a realizar con el citado barco, que el día previsto debía arribar cargado con la sustancia al puerto pesquero de esta capital, lugar en el que la droga sería descargada para ulterior transporte, mediante camión, a su lugar de custodia.

Así las cosas, en ejecución del plan proyectado, la embarcación " DIRECCION000 " arribó al puerto pesquero de Almería, procedente de alternar, en horas no concretadas del día 26 de abril de 2012, cargada con una gran cantidad de fardos de hachís procedentes de Marruecos; esperando su tripulación, cuya composición no ha podido ser determinada, y quien la gobernara en aquel momento, también sin identificar, pero siempre por orden y , encargo del procesado Balbino , a que se fuera la luz del día para proceder a la descarga de la droga, lo que así se hizo a primeras horas de la noche, en presencia de los procesados Apolonio , Borja , David y Cesar , que supervisaron y vigilaron todo el proceso de desembarco desde el pesquero, así como el de carga en el camión frigorífico marca "Avia", matrícula ....-RYX , propiedad de la empresa de alquiler "Servibus SCA", cuya disponibilidad había conseguido el mismo día el procesado David , siguiendo instrucciones de Apolonio , merced a la utilización de Hilario , ajeno a los hechos, al que convenció mediante el pago de 50 E Y una falsa oferta de trabajo, para que lo alquilara y después le cediera el uso del vehículo.





Una vez cargada la droga en el camión, sobre las 22 horas, se trasladó la misma, desde el puerto de Almería, hasta una nave sita en la calle Río Adra, número 40, del Polígono industrial "La Juaida", de la vecina localidad de Viator, previamente alquilada por David , siguiendo las órdenes de Apolonio , a su propietario Leon , que ignorando el uso que se iba a dar al inmueble, la alquiló por un periodo de 2 meses por el precio de 800 ?; realizándose el citado transporte desde el Puerto, con el procesado Cesar , conduciendo el vehículo marca Opel, modelo "Vectra" con matrícula ....-FKZ , delante del camión, conducido por Borja , yendo detrás de éste Apolonio y David , abordo del vehículo marca "Audi", modelo A-6, con matrícula ....-ZVR , conducido por el mismo y propiedad de un tercero; llegando la comitiva en horario próximo a 1as23 horas a la nave industrial, donde se introdujo el camión, quedando allí Borja en funciones de vigilancia de la droga, y marchando el resto de los procesados, a la espera de las órdenes que Apolonio pudiera dar en lo sucesivo respecto del destino del cargamento.

En esas circunstancias, sobre las 10'30 horas del día siguiente, 27 de abril, el procesado Borja , alarmado por la continua presencia de un desconocido en las proximidades de la nave, y temiendo que alguien se hubiera percatado del depósito de la sustancia y proyectara robarla, llamó por teléfono a Apolonio , comunicándole tal incidencia; produciéndose acto seguido contactos de este último con Cesar y David , a los que puso al corriente del problema surgido, que realmente no era tal, al ser el desconocido que merodeaba por los alrededores de la nave el propietario de la misma, Leon , que había observado la cerradura del inmueble cambiada, extremo éste no previsto en el momento de alquilarla, lo que así habían realizado con anterioridad a la introducción de la droga David y Cesar , como medida de seguridad. No obstante, en tales circunstancias, y temiendo se tratara de algún intento de robo, el procesado Apolonio decidió cambiar la droga de lugar de depósito, lo que así se hizo en esa misma mañana, bajo la supervisión de Cesar , en concreto, a una segunda nave sita en el mismo Polígono industrial, en la calle Sierra de la Contraviesa número 47, inmueble que, en previsión de cualquier imponderable, también había sido alquilada el día 26 por David , siguiendo instrucciones de Apolonio , a Jesus Miguel que, ajeno a los hechos, la alquiló por tiempo de 15 días y por precio de 300?.

Al igual que la decisión del traslado del hachís, la operación de transporte misma fue controlada y supervisada por Apolonio , que sobre las 13'50 horas del citado 27 de abril, conduciendo el vehículo marca "Audi" con matrícula ....-ZVR se personó, en actitud vigilante, en la puerta de la segunda nave, abriendo la misma, llegando instantes después el procesado Borja conduciendo el camión que contenía el ilícito cargamento e introduciéndolo en el inmueble; haciendo lo mismo, acto seguido, Apolonio , que inmediatamente cerró la puerta de la nave, permaneciendo en la misma hasta las 14'30, momento en que salió de la misma en igual actitud vigilante, abandonando el Polígono industrial conduciendo el vehículo de su propiedad, antes citado, con el que, no obstante, volvió al lugar de los hechos sobre las 16'20 horas. introduciéndose nuevamente en la nave con una bolsa tipo "bandolera" en cuyo interior portaba una pistola marca "Glock" con la -munición correspondiente, del tipo 9 mm. "Parabellurn", para cuya tenencia carecía de licencia; arma y munición que entregó a Borja , que también carecía de la correspondiente habilitación administrativa para su posesión, para que aquel custodiara la mercancía con mayor seguridad y asumiendo, por ende, que la misma pudiera ser utilizada. Instantes después, unos 15 minutos, Apolonio abandonó nuevamente la nave, en cuyo interior quedó Borja .

Posteriormente, sobre las 20'15 horas, en el curso de estas continuas idas y venidas, el procesado Apolonio volvió a personarse en la nave, en actitud vigilante, portando en esta ocasión una bolsa de color verde de las usadas para el transporte de alimentos, con la que se introdujo en su interior; saliendo unos minutos después sin nada en las manos, acompañado de David , cerrando a continuación la puerta Borja . Así las cosas, una media hora después regresó nuevamente a las inmediaciones de la nave el procesado Apolonio conduciendo su vehículo, pero en esta ocasión seguido a corta distancia por otro marca "Renault", modelo "Megane", matrícula W-....- RN , conducido por su empleado en la empresa "Invernajes del Mediterráneo SU", el también procesado Florentino , al que guió hasta el lugar de depósito de la droga; introduciéndose Florentino en el inmueble con el vehículo, tras abrirle Borja la puerta de acceso, que cerró inmediatamente; volviéndola a abrir, no obstante, unos cinco minutos después para que salieran conductor y automóvil, volviendo, acto seguido, a cerrar apresuradamente el portón de acceso.

Ante el desarrollo de los acontecimientos, los mandos de la fuerza actuante, que estaban vigilando todos los movimientos antes citados, decidieron dar las órdenes oportunas para la interceptación del vehículo conducido por Florentino , lo que así hicieron agentes uniformados del Puesto de Huércal de Almería, que practicaron su detención instantes después y le ocuparon el terminal móvil con número NUM003 , con el que había comunicado previamente con Apolonio ; encontrando en el maletero, tras la pertinente inspección del automóvil, dos fardos de una sustancia que, ulteriormente analizada, resultó ser hachís en cantidad de 62'020 kilogramos, un porcentaje de THC del 11 '22% Y un valor en el mercado ilícito de 94.704?54 ? , presentando una apariencia exterior y unos logotipos de presentación idénticos a los que luego serían intervenidos en la nave del polígono industrial.





Acto seguido, con la total seguridad de que en la nave se hallaba un importante cargamento de hachís, con la autorización del propietario de la misma, que les entregó las llaves, los agentes actuantes decidieron introducirse en el inmueble en cuestión, observando al entrar como el mismo se hallaba completamente vacío, a excepción del camión matrícula ....-RYX , a cuya cabina decidieron aproximarse, identificándose verbalmente como agentes de la Guardia Civil, cuatro de ellos, los TIP NUM004 , NUM005 , NUM006 Y NUM007 , vestidos con la uniformidad reglamentaria y, otros tres, con TIP NUM008 , NUM009 y NUM010 , vestidos de paisano pero ataviados con chalecos identificativos de color verde con letras amarillas con el texto "GuardiaCivil-Policía Judicial"; procediendo en ese momento el procesado Borja , con notorio desprecio al principio de autoridad, cuando los agentes se encontraban a menos de tres metros del camión, a disparar de forma indiscriminada a través de la ventanilla delantera izquierda contra todos ellos, asumiendo como cierta la posibilidad de alcanzarles y, por ende, por la distancia y naturaleza del arma utilizada, de acabar con su vida, no alcanzando, no obstante, a ninguno de ellos al arrojarse los agentes al suelo y repeler la agresión con disparos de sus armas reglamentarias. En tales circunstancias, y como quiera que el procesado no dejaba de disparar hacia todos ellos advirtiéndoles que no saldría con vida de allí y que saliesen los agentes primero que los iba a matar, éstos decidieron parapetarse en la parte trasera del camión, en un cuarto de baño situado en la misma zona y fuera del inmueble, solicitando refuerzos de unidades especiales de intervención, a la vez que intentaban convencer a Borja , que en esos momentos llamó desde su teléfono, número NUM011 , hasta en 17 ocasiones a Apolonio sin obtener respuesta alguna, de que cesara en su actitud, lo que en ningún momento hizo, disparando continuamente, casi durante una hora, sobre la zona donde se encontraban los agentes, que en ningún momento pudieron acercarse al camión, so pena de poner en riesgo cierto sus vidas.

Finalmente, como Borja no deponía su actitud, los agentes llegados en apoyo de la fuerza actuante, haciendo uso de medios antidisturbios consistentes en lanzamientos de artefactos fumígenos y de gas, consiguieron provocar la salida del procesado, que, lejos de hacerlo sin violencia, en un momento dado procedió a encañonar a los agentes, lo que determinó que uno de ellos, el TIP NUM012 , en evitación de males mayores, realizara tres disparos hacia zonas no vitales del cuerpo de Borja , alcanzándole das de ellos en la pierna izquierda, lo que motivo que cayera al suelo y, una vez desarmado, fuera reducido. Al procesado se le intervino el terminal móvil que incorporaba la tarjeta SIM con número teléfono NUM011 , con el que había comunicado incesantemente con Apolonio durante el transcurso de los hechos.

Una vez dentro del camión, se observó por la fuerza actuante la presencia de gran número de fardos, en concreto; 122, de una sustancia que ulteriormente analizada resultaría ser hachís en cantidad de 3.45730 kilos y un valor en el mercado ilícito de 5.378.420,71 E. Los daños causados en el camión frigorífico utilizado para transportar la droga ascendieron a la cantidad de 9.390 €, causándose daños por lucro cesante tasados en 5000 euros; los originados en la nave industrial propiedad de Jesus Miguel han sido tasados en 5.733, 61 €; los del vehículo camuflado de la Guardia Civil NUM013 en 410 €; habiéndose valorado los causados en la uniformidad de los agentes actuantes, por efecto del impacto de esquirlas de proyectiles y como consecuencia de arrojarse reiteradamente al suelo para evitar ser alcanzados por los disparos en 244'16 euros.

Acto seguido, ante lo evidente de su participación en los hechos, los agentes de la Guardia Civil se personaron en el domicilio de Apolonio , sito en la Barriada de Pujaire, término municipal de Almería, procediendo, con su consentimiento, ya que se encontraba allí presente, a realizar una entrada y registro en el mismo sobre las 02'40 horas del día 28 de abril, encontrándose en el interior del mismo 25,890 en metálico, una pistola marca "Glow", modelo "F92", en perfecto estado de funcionamiento, detonadora, otra pistola marca "H&K", modelo "USP Compact", del calibre 9 mm, "Parabellum", también en perfecto estado de funcionamiento, gran cantidad de munición del calibre 9 mm. "Parabellum" de la utilizada por el arma usada por Borja en el tiroteo antes descrito, diversos teléfonos móviles, entre ellos el que portaba la tarjeta SIM con el número NUM016 , sometido a interceptación de sus comunicaciones en virtud de resolución judicial y con el que había comunicado con los demás procesados durante las horas y días anteriores, siendo hallado este último, encendido, así como 20 billetes de 500 € y 5 de 200 € en el interior de una lavadora, entre la ropa sucia. Acto seguido, se produjo su detención.

Posteriormente, por su implicación en los hechos, en la forma antes descrita, igualmente fueron detenidos los procesados Cesar , David ! al que se ocupó el terminal telefónico NUM014 , utilizado para comunicar con Apolonio , y Balbino , así como los cuatro miembros de la tripulación de la embarcación que aquella tarde arribó a puerto; siendo, no obstante, puestos en libertad estos últimos al no quedar suficientemente probada su participación en los hechos, ni en lo referente a la carga de la droga en el lugar no concretado donde se produjera, ni en lo atinente a su descarga, una vez en el puerto pesquero de esta capital. Consta acreditado que los días previos al desembarco la referida embarcación, " DIRECCION000 " , realizó maniobras de navegación inusuales para sus labores de pesca, por navegar a escasa velocidad y alejándose de las zonas habituales de pesca, teniendo en su relación oficial de tripulantes a dicho acusado Balbino , como patrón de la misma, quien así mismo figuraba como tal en el diario de navegación en las fechas de estos hechos enjuiciados, teniendo

éste una intervención de control directo de dicha operación de transporte de droga en el barco, conforme a lo convenido con el referido Apolonio , como se ha relatado mas arriba.

En el curso del procedimiento se han intervenido los vehículos y efectos relacionados en el auto obrante a los folios 1424 a 1426, utilizados para la comisión de los hechos o frutos de los mismos, de la ilícita actividad de los procesados. No consta acreditado que los vehículos Mercedes .... HVN y Audi ....ZVR , intervenidos perteneciesen o estuviesen al servicio del procesado Apolonio " .

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos de condenar y condenamos a Apolonio , como autor de un delito contra la salud pública, ya definido anteriormente, a la pena de SEIS AÑOS de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos multas por importe cada una de 12.000.000 euros, y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de UN AÑO de prisión con la misma accesoria, así como al pago de 2/66 de las costas, absolviéndole del delito de cohecho dei que venia acusado, declarando de oficio las costas de 1166,

También, debemos de condenar y condenarnos a Cesar , como autor de un delito contra la salud pública, ya definido, a la pena, de CUATRO AÑOS Y NUEVE meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos multas de 8.000.000 euros, con un mes de arresto sustitutorio caso de impago e insolvencia por cada una de ellas, así como al pago 1/66 de las costas, absolviéndole del delito de cohecho del que venía acusado, declarando de oficio las costas de 1166.

Así mismo, debemos de condenar y condenamos a Borja , como autor de un delito contra la salud pública, ya definido, a la pena, de CINCO AÑOS y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos multas de 8.000.000 euros, con la prohibición de residir en la provincia de Almería durante el plazo de cinco años por cada uno de los delitos; como autor de un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de UN AÑO de prisión y la misma accesoria; como autor de un delito de atentado la pena de CUATRO AÑOS de prisión y multa de siete meses a razón de 6 euros día; y como autor de un delito de atentado en concurso con siete delitos de homicidio, a la pena de CINCO AÑOS de prisión por cada uno de los siete delitos, así como al pago de 10/66 de las costas. Conforme al art. 76 del C. Penal se establece el límite de cumplimiento de la pena en 15 años de prisión.

Y a David y Florentino , como autores de un delito contra la salud pública, ya definido, a la pena, de CUATRO AÑOS de prisión para cada uno, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos multas de 8.000.000 euros, con un mes de arresto sustitutorio, caso de impago e insolvencia, por cada una de ellas y pago cada uno de 1/66 de las costas.

Y a Balbino , como autor de un delito contra la salud pública, ya definido, a la pena, de CUATRO AÑOS de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio de patrón de pesca, en todas las modalidades recogidas en el Real Decreto 36/2014 de 24 de enero por el que se regulan los títulos profesionales del sector pesquero, por igual periodo ( art. 56.3 del C. Penal ) durante el tiempo de la condena y dos multas de 8.000,000 euros, con un mes de arresto sustitutorio, caso de impago e insolvencia, por cada una y pago de 1/66 de las costas. Así mismo se acuerda el comiso de los bienes de su propiedad por el valor de su participación social de la empresa JOPIMAR, propiedad de la embarcación " DIRECCION000 " .

Todos ellos deberán indemnizar conjunta y solidariamente a SERVIBUS SCA en la cantidad de 9.390 euros por daños en su camión y 5000 euros por lucro cesante, a Jesus Miguel en 5.733,61 por daños en la nave industrial de su propiedad, y a la Dirección General de la Guardia Civil en 410 euros por daños causados en el vehículo NUM015 ; y en 244,16 euros por daños en los uniformes de los agentes actuantes.

Se acuerda el comiso de los bienes, vehículos, teléfonos y dinero intervenidos, y en particular los que se relacionan en los folios 1424 a 1426 del Sumario y su entrega al Fondo de Bienes Decomisados, conforme a la Ley 17/2003, con excepción de los vehículos Mercedes .... HVN y Audi ....ZVR .

En relación a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de patrón de pesca, comuníquese, una vez sea firme esta sentencia, se libraré oficio a los efectos oportunos a la Dirección General de Pesca y Acuicultura de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural de la Junta de Andalucía y al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, para la correspondiente anotación en el Registro de Profesionales del Sector Pesquero. Así mismo firme esta sentencia se notificará a la Dirección General de la Policía a efectos de su constancia, respecto del funcionario del Cuerpo Nacional de Policía condenado,

Aprobamos por su propios fundamentos los autos de solvencia e insolvencia remitidos por el Instructor".

La Audiencia Provincial de Almería, Sección Primera, con fecha 14 de julio de 2016, dictó auto de aclaración, con la siguiente PARTE DISPOSITIVA: LA SALA DISPONE: LA SALA ACUERDA: Aclarar y rectificar la sentencia dictada con fecha 29/06/16, nº 6/2016 , en el sentido de:



La condena impuesta a Borja de la prohibición de residir en la provincia de Almería durante el plazo de cinco años, por cada uno de los delitos, lo es por, el delito de atentado en concurso con siete delitos de homicidio a la pena de cinco años de prisión por cada uno de los siete delitos.

Se rectifica el siguiente párrafo, al añadirse al final: todos ellos deberán indemnizar conjunta y ... por daños en los uniformes de los agentes actuantes y se les condena al pago de las costas incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, partes personadas y los condenados.

Llévese el original al legajo de sentencias, dejando copia testimoniada en los autos".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de Apolonio , Balbino , Borja , Cesar , David , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de Apolonio :

**PRIMERO.-** Por Infracción Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ al haberse vulnerado el artículo 18.3 de la CE , relativo al derecho al Secreto de las Comunicaciones Telefónicas en relación con el artículo 11.1 de la LOPJ .

**SEGUNDO.-** Por Infracción Constitucional al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y el artículo 852 de la LECRIM por haberse vulnerado la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 18.2 de la CE , en relación con el artículo 11.1 LOPJ .

**TERCERO.-** Por Infracción Constitucional conforme al artículo 5.4 de la LOPJ en referencia al derecho a un proceso con todas las garantías sin que quepa indefensión, habiéndose vulnerado el art 24.1 y 24.2 de la CE .

**CUARTO.-** Por Infracción Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por colisión del derecho a la presunción de inocencia, y concretamente en relación a la rotura de la cadena de custodia respecto a la bandolera de otro de los imputados, Borja .

**QUINTO.-** Por Quebrantamiento de Forma, al amparo del artículo 850.1º LECRIM por denegación de diligencias de prueba pertinentes y propuestas en tiempo y forma.

**SEXTO.-** Por Infracción Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ en relación al derecho a un proceso con todas las garantías al haberse vulnerado el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española , en relación al artículo 746.6 de la LECRIM , por denegación de la *instrucción suplementaria* interesada

**SÉPTIMO.-** Por Infracción Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por colisión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE , en relación al artículo 120 de la CE y 66 y 72 del Código Penal , referido a la pena impuesta por el delito contra la salud pública de los artículo 368, inciso segundo , 369-5 y 8 , 370. 3 del Código Penal .

**OCTAVO.-** Por Infracción Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al acordar la aplicación de los artículo 127 y 374 del Código Penal , relativos al comiso de los vehículos y efectos relacionados en el auto obrante a los 1424 a 1426, y que se dicen que son utilizados para la comisión de los hechos o frutos de los mismos, de la ilícita actividad de nuestro defendido.

La representación de David :

**PRIMERO.-** Por Infracción Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y el artículo 852 de la LECRIM por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y sin que quepa indefensión, conforme al artículo 24, apartados 1 y 2 de la C .E., en relación con los artículos 120 del mismo cuerpo legal y 66 y 72 del C.P .

**SEGUNDO.-** Por Infracción Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y el artículo 852 de la LECRIM por vulneración del derecho al Secreto de las Comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la C.E ., en relación con el artículo 11.1 de la LOPJ

**TERCERO.-** Por Infracción de Ley al amparo del artículo 850 de la LECRIM al haberse denegado diligencias de prueba que fueron propuestas en tiempo y forma. Y de conformidad con lo estipulado en los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ , al entender vulnerado el derecho fundamental a tener una tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y sin que quepa indefensión, derecho consagrado en el artículo 24,



apartados 1 . y 2 de la C .E., igualmente al haberse denegado por la Sala la práctica de diligencias de prueba que fueron propuestas en tiempo y forma, y reiteradas en el juicio oral.

CUARTO.- Por Quebrantamiento de Forma al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECRIM , al haberse denegado por la Sala la práctica de la instrucción suplementaria interesada. Y con esta misma finalidad al amparo de lo estipulado en los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ , en relación al artículo 24, apartados 1 . y 2 de la C .E. por haberse denegado por la Sala la práctica de instrucción suplementaria propuesta, en relación a lo dispuesto en el artículo 746.1 y 6 de la LECRIM .

La representación de Cesar :

PRIMERO.- Por Infracción Constitucional con base en el artículo 5.4 de la LOPJ y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse vulnerado el secreto a las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 de la CE en relación con el artículo 11.1 LOPJ .

SEGUNDO.- Por Infracción Constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ habiéndose vulnerado el art 24.1 y 24.2 de la CE .

TERCERO.- Por Infracción Constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por colusión del derecho a la tutela judicial efectiva, conforme al artículo 24.1 de la Constitución , en relación al artículo 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , referido a la pena impuesta.-

CUARTO.- Por Quebrantamiento de Forma, al amparo del número uno del artículo 850 LECRIM ., por haberse denegado diligencias de prueba pertinentes y propuestas en tiempo y forma.

QUINTO.- Por Quebrantamiento de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECRIM , en relación al artículo 746.6 de la LECRIM , al haberse denegado por la Sala, la práctica de instrucción suplementaria interesada.

La representación de Balbino :

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECRIM por infracción de ley, considerando infringidos por indebida aplicación los artículos 368, inciso 2 º, 369. 1, circunstancia 5ª; y 370.3ª, así como del Artículo 374, todos del Código Penal .

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 LECRIM y 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional al considera vulnerado el Derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española .

TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por la existencia de un error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal de Instancia sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

CUARTO.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 LECRIM y 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional al entender vulnerado el Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española , con relación al artículo 11.1 de la LOPJ .

La representación de Borja :

PRIMERO.- Por Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM con relación a los artículos 368 inciso segundo ; 369.1 circunstancia 5 y 8, y 370.3 del Código Penal , por aplicación indebida de los mismos.

SEGUNDO.- Por Infracción Constitucional al amparo de los artículos 852 de la L.E.CRIM y 5.4 de la L.O.P.J ., entendiendo como vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la C.E .

TERCERO.- Por Infracción Constitucional al amparo de los artículos 852 de la L.E.CR . y 5.4 de la L.O.P.J ., al considerar vulnerado el derecho fundamental al Secreto de las Comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la C.E . en relación con el artículo 11.1 dela LOPJ .

CUARTO.-Por Infracción Constitucional al amparo de los artículos 852 de la L.E.CRIM y 5.4 de la L.O.P.J ., entendiendo como vulnerado el derecho fundamental a tener una tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y sin que quepa indefensión, derecho consagro en el artículo 24.1 y 2 de la C .E., por haberse denegado por la sala la práctica de instrucción suplementaria propuesta, en relación a lo dispuesto en el artículo 746.1 y 6 de la L.ECR .

QUINTO.-Por Infracción Constitucional al amparo de los artículos 852 de la L.E.CR . y 5.4 de la L.O.P.J ., entendiendo como vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con



todas las garantías y sin que quepa indefensión, derecho consagrado en el artículo 24.1 y 2 de la C .E., en relación con los artículos 120 del mismo cuerpo legal y 66 y 72 del C.P .

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

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 7 de noviembre de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 29 de noviembre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Apolonio

**PRIMERO.-** La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a los recurrentes como autores, según su respectiva responsabilidad, de un delito contra la salud pública, otro de tenencia ilícita de armas. El recurrente Borja es condenado por un delito de atentado a agente de la autoridad en concurso con siete delitos de homicidio intentado.

Respecto a este recurrente cuya impugnación analizamos se le condena como autor de un delito contra la salud pública y otro de tenencia ilícita de armas. En síntesis el relato fáctico refiere que este acusado era administrador de hecho de una empresa que era depositaria de bienes y efectos intervenidos judicialmente y participa en el desembarco y tenencia y posterior tráfico de 3.500 kilogramos de hachís que desde una embarcación se introdujeron en un camión en el que, con diversos avatares, fueron intervenidos.

Formaliza un primer motivo, en el que cuestiona la legalidad de la intervención telefónica que realiza desde diversas consideraciones que analizamos.

Con carácter previo es preciso reseñar la jurisprudencia interpretativa de la injerencia telefónica, la correcta utilización en el proceso penal como medio de investigación y de acreditación del hecho objeto de la condena penal.

Este Tribunal ha recordado en múltiples ocasiones (SSTS. 499/2014 de 17.6 , 425/2014 de 28.5 , 285/2014 de 8.4 o 209/2014 de 20.3 ), que el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3 . El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , también se refieren al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y en la correspondencia, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en el artículo 8.1 que *"toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"*, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH. Añade el Convenio Europeo en su artículo 8.2 , que *"no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho [respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia], sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"*.

No se trata, por tanto, de un derecho de carácter absoluto, sino que viene sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan considerarse prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Es decir, para que puedan hacerse efectivas las restricciones a este derecho, es preciso que -partiendo de la necesaria habilitación legal, hoy recogida en el artículo 588 Ter A y ss-, existan datos que muestren la concurrencia del presupuesto material habilitante de la intervención, así como que pongan de manifiesto que, en el caso concreto, la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido.

Respecto de la concurrencia del presupuesto legal habilitante, la exigencia se concreta en la identificación de datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de su conexión con las personas afectadas. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento y que desde luego deben ser evaluados en la forma en que se presentan en el momento de adoptarse la decisión judicial, sin que pueda efectuarse la evaluación de la pertinencia de la decisión desde un juicio "ex post", como el que sostiene el recurso al indicar que no se ha aportado ninguna prueba que haya corroborado los indicios policiales en los que se asentó la petición de la medida, la cual se ajustó plenamente a lo que hoy exige expresamente el artículo 588 \*Bis B de la LECRIM , al indicar que cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener -entre otros elementos-:





*"La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis A, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia".*

El precepto refleja también la que ha sido doctrina reiterada de esta Sala, en el sentido de que *"la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal Constitucional, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido"* ( STC 49/1999, de 5 de abril ; 166/1999, de 27 de septiembre ; 171/1999, de 27 de septiembre ; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio ; 202/2001, de 15 de octubre ; 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 261/2005, de 24 de octubre ; 220/2006, de 3 de julio ; 195/2009 de 28 de septiembre o 5/2010 de 7 de abril ).

La Jurisprudencia de esta Sala ha expresado también que si bien es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, se admite la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 259/2005, de 24 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo y SSTC de 6 de mayo de 1997 , 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000 y 11 de mayo de 2001, núm. 807/2001 ; 689/14 de 21.10), ya que el Órgano Jurisdiccional carece por sí mismo de la información pertinente, fijado expresamente que no es lógico, ni viable, que el Juez deba abrir una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial, tal y como el recurso sostiene.

En lo relativo al juicio de proporcionalidad exigido, debe evaluarse desde la observación de tres requisitos concluyentes: a) La idoneidad o adecuación de la medida para la consecución de los fines que se pretenden. b) Su necesidad, esto es, que la intervención resulte imprescindible para cumplir el éxito de la investigación pretendida y no se ofrezcan otros instrumentos que, siendo igualmente operativos, resulten menos injerentes en el núcleo esencial del derecho individual que se limita y c) Su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia tenga una relación razonable con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

En todo caso, el juicio de pertinencia de la intervención no precisa de una motivación específica, individualizada y secuencial de cada uno de los presupuestos y principios que debe satisfacer la restricción del derecho, tal y como el recurso parece sustentar. El juicio de proporcionalidad implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida, todo ello puesto en contraste con la importancia del derecho que pretende limitarse y la extensión temporal de su restricción; debiendo el Juez explicitar todos los elementos indispensables para realizar la ponderación y para hacer posible su control posterior ( SSTC 299/2000, de 11 de diciembre ; 167/2002, de 18 de septiembre ). Nuestra recientemente aprobada reforma de la LECRIM, concreta en su artículo 588 Bis A.5 que *"Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho"*.

La queja es extensa y se contrae a varios apartados.

En primer lugar, reclama la nulidad de la injerencia porque la prórroga acordada el 12 de abril de 2012, sobre el teléfono NUM016 adolece de irregularidades sobre su llegada al órgano judicial. Sostiene el recurrente, en un largo motivo, que la solicitud de prórroga aparece fechada en día 13 y el auto de prórroga tiene una fecha del día anterior, lo que pone en relación con la imposibilidad de la llegada del oficio en fecha anterior, dado que el juzgado no estaba de guardia y efectúa diversas consideraciones sobre las fechas y las actuaciones de los órganos de investigación. Ese alegato lo combina con argumentaciones sobre el sistema SITEL que no registró conversaciones durante el día 12 y mediodía del 13 de abril.





El motivo carece de contenido casacional y debe ser desestimado. La sentencia objeto de la impugnación en la fundamentación da cumplida respuesta a la pretensión de nulidad, justificando la divergencia en las fechas, bien en un error del juzgado en la data de la resolución, bien en la comunicación directa y personal de la fuerza instructora y el órgano judicial para acordar su injerencia sin perjuicio de la documentación posterior de la resolución mediante la recepción del oficio policial. En todo caso, y como el recurrente sostiene, no se registraron llamadas ni, por lo tanto, se intervinieron, conversaciones en las fechas respecto a las que se expresa la duda de cobertura de la injerencia, por lo que retomada la cobertura judicial por el auto de prórroga se reanuda la observación de las llamadas. En definitiva, existen datos que permiten desvirtuar la causa de nulidad que expresa el recurrente, página 25 de su escrito de impugnación, "el auto de fecha de fecha 12 de abril, se elaboró el 13 de abril", convencimiento que el tribunal de instancia desvirtúa con razones de lógica y que, en ningún caso, tendría consecuencias más allá de retirar un día la intervención, por otra parte fuera del contenido documentado de la intervención acordada. El motivo carece de contenido y se desestima.

En otro apartado de la impugnación, página 37 del escrito de formalización, refiere la nulidad a la falta de motivación de las intervenciones telefónicas, en referencia al inicial auto de 13 de febrero de 2012, respecto de los dos teléfonos, uno del recurrente, y otro del coimputado Isidoro . Sostiene que el oficio de 9 de febrero anterior carece de la precisa motivación para acordar la injerencia. En la argumentación que desarrolla refiere que la intervención tiene su origen en otras intervenciones anteriormente acordadas en las diligencias previas seguidas en los Juzgados de Pucherna y en el Almería número 4, en las que el recurrente no figuraba como imputado, sino como testigo, las cuales no fueron incorporadas a esta causa pese a que habían sido solicitadas por la defensa de los imputados en la causa, con incumplimiento del Acuerdo de esta Sala de 26 de mayo de 2009.

La sentencia da cumplida respuesta a la queja a que se contrae motivo impugnación, folios 14 y siguientes de la sentencia. Analizamos el oficio en el que se materializa la pretensión de la injerencia. Del oficio del servicio de vigilancia aduanera y del grupo de la guardia civil de policía judicial, de fecha 9 febrero de 2012, resulta la comunicación al juzgado instructor encargado de la adopción de injerencia de la existencia de indicios relevantes de la comisión del delito grave y que se contraen a tres hechos. El primero se refiere que dos años antes se había cometido un hecho delictivo con un importante cargamento de droga que fue remolcado por una cabeza tractora que había sido depositada en la nave del acusado y que había sido utilizada para transporte de la droga. En ese hecho, en el que, en principio, no aparece relacionado al acusado, se produce un secuestro y la investigación no avanza al no encontrarse la droga ni la cabeza tractora, pero sí es identificada como la que fue depositada en la nave del recurrente. De ahí que su nombre salga en las diligencias policiales de investigación, como titular de la nave de depósitos judiciales, sin ser tenido como imputado ni investigado. Es mera referencia de titularidad de la nave. Ahora bien esa referencia se convierte en indicio cuando aparece conectado a otros hechos. La referencia de las diligencias en las que el recurrente es testigo, como persona no implicada en el hecho, no supone otra cosa que la falta de imputación del acusado del que no existe sospecha alguna. Un segundo indicio resulta de las actuaciones que tienen origen el 11 noviembre 2011 en la que el helicóptero del servicio de vigilancia aduanera observa una embarcación neumática navegando alta velocidad que, posteriormente, aparece en las inmediaciones de la nave regentada por el acusado y que en una primera inspección no resulta evidencia ni dato alguno que permita su intervención. Se produce, además, continuas demandas por parte del acusado solicitando la devolución de la embarcación, lo que hace sospechar a la fuerza instructora sobre la existencia del doble fondo que, tras una minuciosa inspección es detectada, de la que obran fotos en el oficio. Por último, y como tercer indicio, el mismo día de petición de intervención telefónica y al tiempo de depositar un vehículo en la nave del acusado se observa la existencia de una embarcación de grandes dimensiones y con potentes motores preparada para la realización de un viaje que pudiera tener como destino el tráfico de sustancias al constatar que dicha embarcación no posee bandera nombre que permita identificarla para otro uso. Estos tres elementos, unidos a criterios de experiencia que se comunican en el oficio, son participados al juez de instrucción comunicando la investigación por un delito grave y basado en indicios relevantes de participación en la actividad delictiva grave. Se trató en la solicitud de intervención telefónica basada en indicios relevantes de la realización del hecho delictivo que debe ser comprobado para conformar una investigación acorde a las normas del proceso debido. No se trata de meras sospechas sino de datos reales que permiten y posibilitan una investigación.

En cuanto a pretensión de que sean traídas a esta causa la resultancia de otras intervenciones acordadas en otros procedimientos que se siguen en otros juzgados, como el de Pucherna o de Almería, nos remitimos a lo declarado en la sentencia, página 15, al comprobar que estas diligencias no traen causa de otra investigación anterior, sino que es una investigación nueva a partir indicios surgidos en la propia investigación y en la que la referencia a otras causas es meramente tangencial para identificar actuaciones anteriores en las que el acusado Apolonio aparece como titular de la nave industrial donde se ha depositado un camión intervenido en





un hecho y donde aparecen las embarcaciones sospechosas de la ilícita actividad y que aparecen relacionadas con la nave industrial que regenta el acusado.

En un cuarto apartado de la impugnación por vulneración de derechos fundamentales concernidos por intervención telefónica, denuncia la falta de control judicial de la medida que contrae al hecho de que ordenando el auto habilitante de la intervención que la resultancia telefónica sea comunicada cada martes, no se produce esta información hasta 18 días después cuando se participa las conversaciones mantenidas, realiza de forma documentada por escrito. En otro orden de argumentación refiere que se ha intervenido algún teléfono constando que el sujeto al que se refiere la intervención, Isidoro , no era quien utilizaba el teléfono sino otra persona de la empresa. El motivo se desestima. El deber de comunicación que se ordena en el auto que autoriza la injerencia se satisface mediante cualquier medio de comunicación que permita dar contenido a la exigencia de control dispuesta. En la causa resulta acreditado que la comunicación entre la fuerza instructora del órgano judicial era constante y que esa comunicación aparece documentada regularmente con la transcripción de las conversaciones relevantes que resultan de la injerencia dotada. El que 18 días después de la adopción del auto ya se participe la documentación de conversaciones que se consideran relevantes en la investigación da cumplida cuenta del control existente y es independiente a otras formas de comunicación. Respecto a la intervención de teléfonos referidos a una persona concreta y respecto a los cuales se constata que no ha sido utilizado por esa persona sino por otras de la empresa, se comprueba que la injerencia se refiere a los terminales telefónicos empleados en el hecho por parte de las personas que son objeto de investigación y que, como recurrente señala, tan pronto se comprueba que ese teléfono es útil en la investigación pero no es empleado por la persona a la que se refiere la intervención, se comunica así al órgano judicial para que con ese conocimiento adopte las medidas pertinentes para asegurar la correcta injerencia. En la causa obran documentación en las cuales el juzgado tomó conocimiento de cuanto se ha señalado por la instrucción policial y se procede a la rectificación sobre identificación de la persona que utiliza el móvil (folios 42 80 y 81).

En otro apartado de impugnación denuncia que no se ha participado a la instrucción el origen del conocimiento de los números de teléfono y de los IMEIS referidos a los terminales telefónicos. La desestimación es procedente. El examen de las actuaciones revela que el investigado conocía la existencia de una investigación en su contra y que las mismas estaban declaradas secretas y así lo participa a un número de la guardia civil a quien comunica la continua relación con órganos judiciales por su actividad negocial. En las sucesivas comunicaciones relacionadas con injerencia se participa el número de los terminales telefónicos, el e-mail, folios 84, 129,213, indicando la correspondencia de unos y otros. En ningún momento de instrucción y del enjuiciamiento se ha cuestionado el conocimiento de esas identificaciones. Un planteamiento como el que se realiza no puede ser atendido en casación en la medida en que no se dispone de elementos necesarios para proporcionar una respuesta a un cuestionamiento de legitimidad que no ha sido discutido en instrucción ni en el enjuiciamiento. El control que se pide ahora del órgano de casación pertenece a una sospecha infundada sobre una actuación ilegítima por parte de la investigación policial que esta Sala no puede realizar y que debido a la constancia de los números de los terminales telefónicas, si el recurrente entiende que había alguna irregularidad, debió ponerlo de manifiesto en el momento en el que pudo investigarse. No es factible que ahora afirmemos una presunción de irregularidad basada en la argumentación que el recurrente ahora realiza respecto a la obtención de unos números de teléfono que fueron puestos de manifiesto desde el inicio de las actuaciones.

Consecuentemente el motivo se desestima.

**SEGUNDO.**- El segundo motivo se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución . Argumenta el recurrente que, como figura al folio 817 de la causa, la fuerza policial se dirigió a su casa para detenerle y que la fuerza instructora realizó un registro sin su consentimiento, lo que supone una vulneración del derecho fundamental que alega en la impugnación, pues el que figura en el atestado fue negado en el juicio oral.

La sentencia de instancia resuelve la cuestión afirmando que el detenido dio su autorización a la injerencia de forma expresa y que en todo caso esa autorización fue tácita. Examinada la causa comprobamos que, en efecto, consta documentalmente, folio 874, que en el acta levantada en el registro del domicilio del investigado Apolonio se afirma que fue requerido para "la práctica registro voluntario de su domicilio por un presunto delito de tráfico de drogas manifestando el mismo libre, voluntaria y espontáneamente que consiente dicho registro firmando a continuación en prueba de conformidad con los agentes". Documentalmente consta por lo tanto su autorización. Ahora bien, es preciso cuestionarse si ese consentimiento por quien está detenido colma las exigencias de un consentimiento habilitador de la injerencia.

El recurrente estaba detenido cuando fue requerido para dar su autorización a un registro en su vivienda. Ese acto como manifestación de su voluntad, debió ser practicado en condiciones de asesoramiento y asistencia letrada requerida por el artículo 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal .





Constatados tales datos como ciertos, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala que establece que cuando un sujeto se halle detenido resulta obligatoria la asistencia de un letrado para que sea válido el consentimiento prestado por el imputado para que la policía practique un registro en su domicilio (SSTS 678/2001, de 17-4; 974/2003, de 1-7; 1182/2004, de 26-10; 1190/2004, de 28-10; 309/2005, de 8-3; 1257/2009, de 2-12; 11/2011, de 1-2; 794/2012, de 11-10; 420/2014, de 2-6; y 508/2015, de 27-7, entre otras).

En la sentencia 11/2011, de 1 de febrero, se señala que es preceptiva la presencia de letrado para que un detenido -en el caso de no existir autorización judicial- preste su consentimiento al registro domiciliario; si el que va a conceder consentimiento se encuentra detenido no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que sea prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza ( STS 2-12-1998 ). Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que ha venido denominándose "la intimidación ambiental" o "la reacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan" ( STS. 831/2000 de 16.5 ).

La sentencia 1080/2005, de 29 de septiembre, argumenta que la asistencia técnica jurídica es necesaria para que preste declaración, conforme al artículo 520.2 d), lo que incluye también que será preciso tal asesoramiento, antes de otorgar el consentimiento, respecto al registro policial en su domicilio, y por tanto que el mismo se conceda después de que un letrado le asesore debidamente. La falta de asistencia del abogado constituye una vulneración del artículo 17.3 de la Constitución Española, con los efectos previstos en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, la ineficacia total de dicho consentimiento y, por tanto, la imposibilidad de conferir validez al resultado de la entrada y registro efectuado, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar por otros medios lo que se descubrió en el registro, cuya diligencia debe ser declarada radicalmente nula.

Esta doctrina había sido ya recogida con anterioridad en la sentencia 96/1999, de 21 de enero, en la que se dice que, al no haber asistido ningún letrado a los detenidos en el momento previo a otorgar el consentimiento, tal manifestación de voluntad puede ser cuestionada en cuanto el detenido podría, cual alega, sentirse condicionado o presionado por la situación de detención en que se encontraba, e incluso desconocer la posibilidad de negarse a autorizar la entrada, así como las consecuencias que pudieran derivarse de dicho acto respecto a la defensa de sus intereses. Si es necesaria la asistencia letrada al detenido para que preste declaración, conforme al artículo 520.2 d), también será preciso tal asesoramiento, antes de otorgar el consentimiento, respecto al registro policial en su domicilio, y por tanto, que el mismo se conceda, después de que un Letrado le asesore debidamente. Y esta falta de asistencia del Abogado, constituye una vulneración del artículo 17.3 de la Constitución Española, con los efectos previstos en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, la ineficacia total de dicho consentimiento y por tanto, la imposibilidad de conferir validez al resultado de la entrada y registro efectuado, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar por otros medios, lo que se descubrió en el registro, cuya diligencia, debe ser radicalmente nula.

En virtud de lo que antecede, es patente que en el caso enjuiciado el registro domiciliario practicado por la policía en la vivienda del recurrente es nulo puesto que, al haberse realizado merced a un consentimiento prestado por el detenido sin asistencia de un letrado, se han vulnerado su derecho de defensa y la inviolabilidad del domicilio del imputado, vulneraciones de derechos fundamentales que determinan la nulidad de la diligencia y la invalidez de las fuentes de prueba obtenidas en el curso de la diligencia ( art. 11.1 LOPJ ).

El efecto que se deriva de la anterior consideración es el de apartar de la causa la resultancia de la entrada y registro, y que resultó documentado en los folios 874 y siguientes, que, en el caso, se limita a la utilización como instrumentos de prueba corroborador de otra prueba.

Por otra parte, la afirmación del teniente que dirigió el operativo sobre la presencia del juez en el registro carece de la relevancia propia que resultaría de una autorización emitida por éste toda vez que el fundamento de la entrada es el consentimiento del morador de la casa, emitido sin la perceptiva asistencia de letrado.

**TERCERO.-** El tercer motivo denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas garantías sin indefensión. Argumenta la vulneración de ese derecho "dado que la condena de mi representado por un delito contra la salud pública y aplicación de la agravante de buque y la graduación de la pena hasta la imposición del máximo, así como su condena por un delito de tenencia ilícita de armas se ha basado exclusivamente en





el testimonio de tres coimputados, testimonios que no han sido ratificados en el acto del juicio oral, siendo policiales y sumariales y habiéndose prestados sin respeto al principio de contradicción y defensa de las partes".

El motivo se desestima. La presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es imputada en un procedimiento penal. En términos generales, la jurisprudencia ha destacado la naturaleza reaccional del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo tanto no necesitado de un comportamiento activo de su titular, que se extiende sobre dos niveles:

- a) fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona.
- b) normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener.

El fundamento de derecho segundo la sentencia es claro en la determinación de la actividad probatoria sobre la que ha alcanzado la convicción. Así reseña las declaraciones de los diputados en fase de instrucción, concretamente de David , de Cesar y de Borja , declaraciones vertidas en la instrucción judicial y no ratificadas en el enjuiciamiento por lo que fueron leídas a partir del artículo 714 de la ley de enjuiciamiento criminal . Además el tribunal tuvo en cuenta las declaraciones de la fuerza instructora en cuanto revela las diligencias de la investigación, los continuos traslados de la droga y su intervención, tanto en el interior del camión, como en el vehículo conducido por Florentino , así como la presencia del recurrente accediendo a la nave donde estaba la droga y llevando bolsas. También tienen cuenta el contenido de las conversaciones telefónicas que corroboran determinados aspectos de la investigación.

De conformidad con nuestra jurisprudencia, por todas STS. 871/2015, de 28 de diciembre , las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente ha afirmado el Tribunal Constitucional que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena ( SSTC 34/2006 de 13 de febrero ; 230/2007 de 5 de noviembre ; 102/2008 de 28 de julio ; 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo ; 125/2009 de 18 de mayo y 134/2009 de 1 de junio ).

El mismo Tribunal ha argumentado que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado ( SSTC 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo ). Y en la misma dirección ha matizado que esa corroboración externa mínima y suficiente que constitucionalmente se exige para completar el carácter inculpativo de las declaraciones de coimputados, no constituye una prueba en sí misma, pues en ese caso bastaría ésta sin necesidad de las declaraciones que respalda. La corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena ( SSTC 198/2006 de 3 de julio y 258/2006 de 11 de septiembre ).

Por último, el supremo intérprete de la Constitución ha afirmado de forma reiterada que "la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (así, SSTC 233/2002 de 9 de diciembre ; 91/2008 de 21 de julio y 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo ).

En similares términos la STS 156/2017, de 13 de marzo , En lo que hace referencia a la validez como prueba de cargo de la declaración sumarial del coacusado, la STC 33/2015, de 2 de marzo , ratificando lo ya dicho





en la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 165/2014, de 8 de octubre, reitera las exigencias para que una diligencia sumarial pueda ser incorporada al acervo probatorio, insistiendo en la necesidad de que se trate de declaraciones que hayan sido prestadas ante la autoridad judicial y añadiendo que "Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral ( art. 714 de LECrim ) o bien una imposibilidad material de su reproducción ( art. 730 LECrim ), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo, siempre y cuando se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentaron o la introducción de su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo la condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción".

En su sentencia 134/2010, de 2 diciembre, el Tribunal Constitucional estructuraba las exigencias diciendo: "En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECRIM, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, F. 5 ; 187/2003, de 27 de octubre, F. 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, F. 4 c)]".

Y contemplando específicamente los supuestos en los que el acusado decide acogerse a su derecho a guardar silencio en el plenario y hubiera declarado en la instrucción sumarial ante el Juez, nuestra jurisprudencia (STS 843/2011, de 29 de julio ó 654/2016 de 15 de julio), concreta que por más que en estos casos no se produzca una auténtica retractación (ante la cual, el artículo 714 LECRIM posibilita la lectura de las declaraciones sumariales), dado que no hay expresión de ningún contenido divergente al anterior, y pese a que tampoco es un supuesto de imposibilidad de practicar la declaración (supuesto en el que también se contempla la lectura de las declaraciones sumariales en el art. 730 LECRIM), pues el ejercicio del derecho a no declarar no puede identificarse con la imposibilidad de practicar la declaración; es igualmente evidente que, en estos casos, el declarante no ratifica ni rectifica lo ya declarado, pues se limita a guardar silencio ( art. 714 LECRIM ). Por ello, dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé otra forma de incorporar tales manifestaciones al material probatorio durante el plenario, y que una interpretación literal de los preceptos indicados supondría impedir la lectura en juicio de tales declaraciones sumariales (lo que supondría de facto reconocer al acusado, no sólo su derecho a no declarar, sino el derecho de excluir o borrar las declaraciones propias hechas voluntariamente en momentos anteriores), la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que, si las declaraciones instructorias se realizaron con todas las garantías (incluyendo el respeto del derecho del investigado a no declarar), sea posible acudir a la aplicación del art. 714 de la LECRIM. En todo caso, la misma jurisprudencia expresa la necesidad de dar lectura a las declaraciones prestadas ante el juez, (SSTS 830/2006 de 21 de julio ; 1276/2006, de 20 de diciembre ; 203/2007 de 13 de marzo ; 3/2008, de 11 de enero ; 25/2008, de 29 de enero ; 642/2008 de 28 de octubre y 30/2009, de 20 de enero, entre otras) o -relativizando el requisito formal de la lectura- considera bastante que las diligencias sumariales hayan entrado en el debate del juicio por cualquier otro procedimiento que garantice la contradicción, admitiendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales, poniéndolas de manifiesto al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTC 137/1988, 161/1990 y 80/1991).

En orden a la queja de ausencia de contradicción, lo que la Ley procesal requiere es la posibilidad de contradicción, y esta concurre en el desarrollo de la prueba, sin que esta exigencia de contradicción consista en una especie de obligación de declarar a las preguntas de la defensa del recurrente. ( STS 426/2016, de 19 de mayo ).

Consecuentemente la impugnación se desestima, pues el tribunal partiendo de la base de los testimonios de los con imputados afirma las concretas observaciones derivadas de la comprobación de sus manifestaciones con la resultancia de las pesquisas policiales y los seguimientos realizados así como la intervención de la droga en el camión donde esta era transportada. También de las intervenciones telefónicas que ratifican el contenido incriminatorio de las declaraciones de los coimputados.

**QUINTO.-** En el quinto de los motivos denuncia la vulneración del derecho al proceso debido y a la presunción de inocencia argumentando la ruptura de la cadena de custodia respecto de la bandolera que el detenido Borja portaba y que al resultar herido en las piernas fue trasladado de urgencia al hospital. Señala que los sanitarios que procedieron a realizar las medidas para su sanidad le intervinieron la bandolera donde se alojaba un terminal telefónico que fue objeto de investigación por la policía. Argumenta que los servicios de sanidad no son los encargados de la recogida de efectos y, por lo tanto, la intervención de los mismos debe ser declarada





nula al no haberse asegurado la cadena de custodia. En las actuaciones costa que en la referida bandolera se intervino un móvil que fue objeto de indagación y examen de su contenido autorizado judicialmente y revela las relaciones y comunicaciones con el recurrente al tiempo de los hechos.

La desestimación es procedente. El recurrente trata de llevar al concreto hecho sucedido, lo acaecido con los sanitarios, la doctrina sobre la cadena de custodia, olvidando la realidad de los hechos que no fueron otros que de una conducta de Borja que al tratar de impedir la actuación policial, mediante los disparos a los agentes policiales para impedir la intervención de la droga. La fuerza policial para detenerlo emplea métodos no agresivos, como botes de humo, y lograr que el conductor del camión saliera del mismo. No obstante, emprende una nueva acción agresora a los agentes de autoridad disparando su arma, lo que propició que éstos para repeler la agresión, dispararan a zonas no vitales. Así el conductor del camión fue herido en la pierna y trasladado de urgencia a un centro sanitario donde personal de este centro procedió a las prácticas de sanidad. Las razones de urgencia motivaron su ingreso urgente y los sanitarios entregan a la policía el contenido de la bolsa que el detenido portaba. En ningún momento se ha discutido la realidad ese hecho, como podría haberlo sido llevando al tribunal al personal sanitario que realizó esa operación. En ningún momento se ha discutido la alteración del contenido de la bandolera, sino que se ha sumido por la investigación, y por la defensa durante la misma y se autorizó el examen del teléfono y se han constatado unos hechos que se han llevado al relato fáctico. Consecuentemente no hay ninguna alteración de la cadena de custodia con relevancia para afirmar una duda sobre el proceso debido. El motivo se desestima.

**SEXTO.-** En el sexto los motivos por Morón quebrantamiento de forma del artículo 850.1 de la ley de enjuiciamiento criminal, denunciando la denegación de prueba consistentes en las diligencias de investigación del Ministerio fiscal, las diligencias seguidas en el juzgado de Pucherna y cuatro testificales.

Como hemos dicho en nuestra jurisprudencia, por todas STS 134/2015, de 12 de marzo, el derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba pertinentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim., aunque la invocación del primero no permite orillar las exigencias contenidas en el segundo precepto.

Se trata de un derecho fundamental, aunque no sea un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás ( artículos 659 y 785.1 de la LECrim ). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes ( STC nº 70/2002, de 3 de abril ).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por las normas que regulan los distintos procesos. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone ( STS nº 1591/2001, de 10 de diciembre y STS nº 976/2002, de 24 de mayo ); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, ( STS nº 1289/1999, de 5 de marzo ); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el





recurrente cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto, según resulta de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Con respecto a la documental que denuncia como indebidamente denegada fundamenta la necesidad y relevancia "a los efectos de valorar las relaciones de amistad o enemistad de nuestro defendido tanto con el teniente jefe de la EDOA, como con el jefe de vigilancia aduanera, e incluso con el juez instructor". Esa justificación, en su caso, hubiera fundamentado una recusación del órgano jurisdiccional pero que no afecta al hecho objeto de enjuiciamiento. Con respecto a la documentación del juzgado de Pucherna, el recurrente se remite a lo argumentado en el primer motivo de su impugnación y, concretamente, a que el recurrente no era objeto de investigación sino era testigo del hecho allí investigado. La falta de relevancia se evidencia porque no es el objeto de este enjuiciamiento. Respecto a las testificales propuestas sólo argumenta respecto a la primera de las de los testigos, Antonia, su mujer y el sentido de su declaración iba referido a la improcedencia del comiso, siendo su testimonio irrelevante dada la naturaleza de empresa familiar de la que el recurrente era titular del 99% de las acciones.

Las diligencias de prueba estaban correctamente delegadas y ninguna lesión al derecho de defensa se produce dada su irrelevancia con relación en la acreditación del hecho.

**SÉPTIMO.-** En el sexto de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración de su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, sin indefensión, "al haberse denegado por la sala la práctica de instrucción suplementaria interesada a la luz de las declaraciones sorpresivas realizadas durante la celebración del acto del juicio oral". Concreta la impugnación argumentando que lo que considera sorpresivo es la argumentación del tribunal en la sentencia referida a las distintas posibilidades por las que se hizo figurar una fecha errónea en la adopción del auto de prórroga. Señala en este sentido que cuando el tribunal ha afirmado "que el oficio podía haberse adelantado telefónicamente por cualquier otro medio" debió haber incoado una información suplementaria para llegar a esa conclusión.

La información suplementaria ( Sentencias de 15 de abril y 3 de Julio de 1991 ) implica una facultad discrecional siempre sometida a que los jueces la consideren, o no, necesaria en función a la importancia y trascendencia de la misma, labor discrecional que habrá de ser justa y equilibrada para proteger un legítimo derecho de la parte y para, a la vez, evitar el abuso jurídico que su invocación irresponsable puede originar. Se trata de rechazar la posibilidad de indefensión, mas también la demora maliciosa del proceso. Como tal función discrecional, normalmente ha de quedar fuera del control casacional la decisión que sobre la misma se adopte por el Tribunal de instancia. Pero en supuestos excepcionales se admite la posibilidad de la casación si se vulneran los presupuestos básicos que han de informar, en justicia, la propia discrecionalidad ( Sentencia de 13 de abril de 1992 ), sujeta a la pertinencia y necesidad.

No existió una declaración sorpresiva sino una conclusión a la que llega el tribunal tras analizar la intrascendencia de la datación de una resolución judicial que, ni ha producido efectos porque no se han intervenido las conversaciones de esa fecha, ni tiene la trascendencia que recurrente señala.

**OCTAVO.-** Denuncia en este motivo la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120 de la constitución y 66 y 72 del código penal cuestionando que el tribunal haya elevado la pena en 2º grado imponiendo la pena de seis años para el recurrente. El cuestionamiento de la penalidad lo refiere respecto de otros condenados en quienes concurren las demás circunstancias de agravación y cuestiona en el motivo la concurrencia de los presupuestos fácticos de las respectivas agravaciones.

La individualización judicial de la pena concebida como "la tercera función autónoma del Juez penal representando el cenit de su actuación" presupone la búsqueda del marco penal abstracto correspondiente a la subsunción en un delito de una conducta probada, su participación y ejecución. La búsqueda del marco penal concreto, segundo momento de la individualización, tras la indagación y declaración, en su caso, de la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Tras la realización de esos apartados de la función jurisdiccional, el tercero y cenit de la actuación, lo constituye el ejercicio del arbitrio judicial que en cumplimiento de los arts. 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, deberán ser





motivados, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el art. 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados. Con relación a la imperfección delictiva se añaden otros parámetros en la fijación de la pena, el peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado.

La sentencia de la instancia motiva adecuadamente la individualización de la pena en el fundamento noveno de la sentencia al señalar la concurrencia de las agravantes y circunstancias concurrentes, la gravedad resultante de la cantidad y el uso de embarcación y valora "sobre todo el que fuese el director de la operación y el que coordinó a los procesados y los reclutó" exponiendo de forma clara el fundamento de la individualización de la pena, fundamento que recurrente no discute limitándose a señalar la falta de motivación que si concurre. La acreditación de los presupuestos de la individualización resulta de la intervención de la droga y la constatación del empleo del buque y especiales elementos de transporte.

Consecuentemente el motivo se desestima.

**NOVENO.-** Denuncia el último de los motivos de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que concreta en la aplicación de los artículos 127 y 374 el Código penal relativo al comiso de los vehículos y efectos acordados en la causa. Sostiene recurrente que los efectos intervenidos no son propiedad de Apolonio sino de la empresa de la que era accionista la cual debió ser traída a la causa como tercero de buena fe. El motivo se desestima. La sentencia razona adecuadamente el fundamento del comiso ratificando lo ya ordenado en la instrucción que actuó de conformidad del artículo 127 y siguientes del Código penal a excepción de los vehículos respecto a los cuales sí se acreditó la titularidad de terceros ajenos al hecho delictivo. Recurrente no cuestiona la titularidad y éste resulta de la presencia de los efectos en la nave industrial administrada por la mujer del recurrente del que era el máximo accionista de la misma. La intervención es procedente para actuar la ejecución de las consecuencias jurídicas impuestas.

RECURSO DE David

**DÉCIMO.-** Este recurrente opone en un escrito de tan sólo una página y media cuatro motivos de impugnación en el que se limita a enunciar los derechos que considera infringidos, por falta de motivación, por vulneración del derecho secreto de las comunicaciones por delegación de pruebas y por error de derecho, sin una mínima argumentación que permita conocer el alcance de su oposición a la sentencia. Analizada la impugnación desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de la atención comprobamos que este recurrente, hombre de confianza del anterior recurrente y encargado de las gestiones necesarias para alquiler de vehículos y el arrendamiento de las naves industriales que fueron utilizadas para alojar el camión con la droga, se corresponde con una actividad probatoria que el tribunal de instancia desarrolla el fundamento segundo y que resultan de las propias declaraciones de este recurrente, folios 966 y 1019, la primera como declaración ante la guarda civil y la última ante el juzgado en la que ratifica lo declarado ante la fuerza instructora y amplía, manifestando el beneficio económico que sabía iba a recibir aunque no se había concretado por el anterior imputado Apolonio y que conocía la participación de éste y de otro de los imputados, siendo el acusado quien abre la nave para que entre el camión que conducía Borja habiendo procedido el declarante a cambiar la cerradura de la primera de las naves como se señala en el hecho probado, reconociendo a preguntas de su letrado la participación en los hechos y los motivos por los cuales los realizó. Consecuentemente la desestimación es procedente.

RECURSO DE Cesar

**DÉCIMO PRIMERO.-** Este recurrente es funcionario de policía que colabora con Apolonio en la realización de los hechos. Formaliza un primer motivo en el cual cuestiona las intervenciones telefónicas en los términos que han sido analizados en el primer fundamento de esta sentencia por lo que motivo se desestima con remisión a lo fundamentado en el primer ordinal de esta Sentencia. En el segundo motivo cuestiona la correcta relación del derecho fundamental a presunción de inocencia. La desestimación procede con remisión al fundamento segundo de la sentencia que fundamenta la comunicación en las propias declaraciones de este acusado, folio 1022 de la causa en las cuales el mismo manifiesta que aceptó ayudar a Apolonio conociendo el transporte de droga su misión era evitar que pasara algo al camión con la droga desde el puerto pesquero hasta la nave industrial afirmando que estuvo vigilando la operación, e identifica a los dos anteriores recurrentes como las personas que participaron en la descarga. Añade que salió delante del camión para llevarlo hasta la nave industrial. La declaración es lo suficientemente exhaustiva sobre los hechos y su ponderación para considerar correctamente enervada la presunción de inocencia máxime cuando estas declaraciones se ponen en relación con las de otros diputados y por las declaraciones de los funcionarios de policía que investigaban y controlaban la operación.





En el tercer motivo denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la penalidad impuesta y cuestiona que el tribunal de instancia ya tuvo en cuenta su condición de policía. El motivo se desestima. El tribunal explica el fundamento del mayor rigor punitivo con respecto a este recurrente precisamente por su condición de funcionario policial que si bien no alcanza a constituir el presupuesto de la agravación prevista en el artículo 369. 1 del Código penal si que es tenido en cuenta el disvalor que supone esta condición para individualizar la pena imponiendo un tramo superior. En todo caso, la diferencia de nueve meses de prisión con relación a los coacusados Balbino y David no revela una desproporción en la penalidad, dada la respectiva gravedad del hecho y las circunstancias personales del recurrente que son tenidas en cuenta en la individualización de la pena.

En el cuarto motivo de oposición denuncia el quebrantamiento de forma del artículo 850 de la ley de enjuiciamiento criminal reproduciendo lo que fue objeto de impugnación en el quinto motivo de la oposición expuesta por el recurrente Apolonio . No remitimos a lo allí argumentado para su desestimación.

En el quinto motivo reproduce lo que fue objeto de impugnación en el motivo sexto de la impugnación de Apolonio , referido a la denegación de la información suplementaria por revelaciones extraordinarias y a la que hemos dado respuesta en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

RECURSO INTERPUESTO POR Balbino

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Este recurrente es el patrón de la embarcación " DIRECCION000 " que realizó el transporte de la sustancia tóxica y que fue desembarcada en el puerto pesquero de Almería, aproximadamente 3.500 kilogramos.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia el error de derecho por la indebida aplicación de los arts. 368.2 , 369.1.5 y 370.3 del Código penal , argumentando la falta de acreditación de la participación en el transporte de la droga por parte del recurrente. Analizaremos conjuntamente este motivo con el segundo, formalizado por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al coincidir ambos motivos en el cuestionamiento de la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia. De no entenderlo así, el primer motivo se desestima al formalizarse en abierta contradicción con el relato fáctico que expresamente refiere que el recurrente era el patrón del barco que realizó el transporte de los aproximadamente 3.500 kilogramos de hachís. El motivo, formalizado por error de derecho no respeta el relato fáctico y su desestimación es procedente.

El contenido esencial del derecho invocado en la impugnación supone que la presunción que acompaña al acusado en un proceso penal puede ser enervada para declarar la culpabilidad de una persona a partir de una actividad probatoria practicada en instrucción de la causa, o en el enjuiciamiento a partir de una prueba regular y lícita, con un sentido razonable de cargo y apreciada por el tribunal de instancia que debe expresar su convicción mediante un razonamiento lógico.

En la causa se practicó la precisa actividad probatoria. El recurrente asistió a una reunión con el coimputado Apolonio y con David . A esa reunión, declarada por éste último, acudió el recurrente con el vehículo propiedad de su mujer, que presenta una singularidad que permite ser identificado sin dudas, y no susceptible de ser equivocado con otros de la misma marca y modelo. La singladura del barco, observada vía satélite y por un servicio de vigilancia de aduanas fue objeto de una pericia que expresó que no era compatible con un recorrido costero de pesca y tampoco con una avería. La documentación del barco hace referencia a la dirección del barco por el recurrente y en el puerto fue avistado en las labores de descarga.

La resultancia de la prueba permite afirmar la conducta participativa en el hecho del recurrente. Éste en la impugnación cuestiona el resultado de la prueba afirmando otras soluciones posibles como que el coche fuera de una tercera persona, que el coimputado que afirmó su presencia en la reunión no le identificó en rueda; que en los días de la navegación tuvo una cita médica, y que pudo producirse el supuesto que en el barco fuera patronado por una tercera persona y no se anotara en los libros de navegación. Estas alternativas son analizadas por el tribunal y destaca, como elemento esencial de la prueba indiciaria, la pluralidad de indicios y la convergencia en la dirección deducida, como ocurre en el presente supuesto en el que la pluralidad de indicios son convergentes afirmando la participación del recurrente en el hecho de tener dominio del hecho respecto al transporte de la sustancia tóxica.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, el motivo se desestima.

**DÉCIMO TERCERO.-** Formaliza un tercer motivo en el que denuncia un error de hecho en la valoración de la prueba. Designa como documentos acreditativos del error, la documentación del barco, la cita médica y la diligencia de reconocimiento en rueda. En defensa un soporte documental de pruebas personales y el





de una actuación médica que no permite la acreditación del error que denuncia. El tribunal ha valorado la documentación designada y la valora junto a otra prueba asertiva del hecho de la ausencia y el tribunal alcanza una convicción que no es desvirtuada por la documentación designada al estar sujeto a esa percepción del tribunal de instancia.

**DÉCIMO CUARTO.-** En el cuarto de los motivos denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Reiteramos para su desestimación la argumentación expuesta en el primer fundamento de esta Sentencia.

RECURSO DE Borja

**DÉCIMO QUINTO.-** Formaliza un primer motivo por error de derecho en el que considera indebidamente apartado el art. 368 Cp al desconocer la existencia de droga en el camión que había conducido y había aparcado en la nave custodiándola con armas que utilizó.

El motivo, formalizado por error de derecho, debe ser desestimado al formalizarse en abierta contradicción al relato fáctico que debe ser respetado en la formalización de la impugnación. De todas formas la dinámica de los hechos, con dos trasvases de la sustancia tóxica, hacen imposible la versión del recurrente sobre un desconocimiento de la llevanza de la droga que fue protegida por el acusado con el uso de armas.

En el segundo motivo de la impugnación cuestiona la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia argumentando que si bien hizo uso del arma, el hecho de no causar ninguna lesión es indicativo de la ausencia de una intención de matar.

El motivo se desestima. La dinámica comisiva de los hechos permite inferir el ánimo de matar al dirigir, en dos momentos distintos, contra la fuerza instructora los disparos para impedir la intervención de la droga. En primer lugar en el interior de la nave, lo que provocó que la guardia civil hiciera uso de gases para propiciar la pérdida de sentido y para que el recurrente saliera de la nave, y cuando lo hizo, lo realizó disparando hacia los funcionarios de policía sin que resultara nadie herido salvo él mismo que fue disparando para impedir la continuación de los disparos efectuados por él. El que no hiriera a nadie sólo evidencia ese resultado pero no invalida la afirmación sobre el ánimo cuando se emplea un medio especialmente peligroso de forma indiscriminada contra quien trata de detenerle.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria, el motivo se desestima.

**DÉCIMO QUINTO.-** Los motivos tercero, cuarto y quinto plantean sendas impugnaciones exponiendo motivos que han sido analizados. En el segundo cuestiona el derecho al secreto de las comunicaciones, el cuarto, la denegación de prueba y en el quinto, la falta de invocación de un informe suplementario ante revelaciones extraordinarias. Nos remitimos a los fundamentos que dan respuesta a impugnaciones similares para su desestimación.

## FALLO

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

**Desestimar** los recursos de Casación interpuesto por las representaciones procesales de Apolonio , Balbino , Borja , Cesar , y David contra sentencia dictada el día 29 de junio de 2016 en causa seguida contra ellos mismos, por delito contra la salud pública, cohecho, tenencia ilícita de armas y atentado.

**Imponer** a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en sus correspondientes recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco

