



Roj: **STS 1678/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1678**

Id Cendoj: **28079120012020100307**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/06/2020**

Nº de Recurso: **3487/2018**

Nº de Resolución: **298/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1350/2018,**
STS 1678/2020

RECURSO CASACION núm.: 3487/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 298/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 11 de junio de 2020.

Esta sala ha visto los **recursos de casación** acumulados bajo el número **3487/2018** interpuestos por **Baltasar** representado por la procuradora Sra. **D.^a Adela GilSanz Madroño**, bajo la dirección letrada de **D. Francisco Miguel Galiana Botella**; **Bernardino**, representado por la procuradora Sra. **D.^a Raquel Sánchez Marín García**, bajo la dirección letrada de **D. Vicente Moisés Candela Sabater**; **Carlos**, representado por la procuradora Sra. **D.^a María Paz Landete García**, bajo la dirección letrada de **D. Carlos Morán Asensi**; **Desiderio**, representado por la procuradora Sra. **D.^a Ana Isabel Rodríguez Bartolomé**, bajo la dirección letrada de **D.^a María Rocío Cumplido Burón**; **Efrain**, representado por la procuradora Sra. **D.^a M.^a del Pilar Vega Valdesueiro**, bajo la dirección letrada de **D.^a Gabriela Pilar López Vázquez**; **Esteban** representado por la procuradora Sra. **D.^a M.^a Paz Landete García**, bajo la dirección letrada de **D. Joaquín de Lacy y Pérez de los Cobos** y de **Fausto** representado por la procuradora Sra. **D.^a Concepción del Rey Estévez** bajo la dirección letrada de **D. Raúl Norberto Esains** contra Sentencia de fecha 15 de junio de 2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante en causa seguida contra los recurrentes por un delito contra la salud pública. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido **ponente** el **Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción **núm.** 2 de Alicante instruyó PA con el nº 133/2015, en causa seguida contra Baltasar y otros por un delito contra la salud pública. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Segunda) que con fecha 15 de junio de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

" **PRIMERO.-** A raíz de una información recibida de la Policía Antinarcóticos de Ecuador, (en Diciembre de 2.012) en relación a la intervención en aquel país de dos contenedores que contenían cocaína mezclada con carbón vegetal con destino a Cádiz, siendo el consignatario la mercantil MULTITIJER SL, con domicilio fiscal en Alicante, carretera Madrid km 4 (Mercialicante) y en la que figuraba como gerente el acusado **Teofilo** , se inició una investigación por un equipo conjunto de Vigilancia Aduanera y de la UDYCO I de Alicante-Alicante.

SEGUNDO.- Que Baltasar , Bernardino , Carlos , Desiderio , Efrain , Esteban (También con la identidades de Carlos Jesús , de Carlos Ramón y de Luis Angel) y Fausto , se convinieron con objeto de traer a España cocaína impregnada en abono orgánico en contenedores importados desde Ecuador por la empresa "IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES BRICOTEN SLU" (en adelante BRICOTEN) de **Bernardino** , adoptando la estrategia de importar (a través del puerto de Valencia) distintos contenedores de abono natural, de prueba, para comprobar los filtros y controles aduaneros.

El 23 de mayo de 2014 llegó por este sistema el primer contenedor con numeración **NUM000** , desplazándose a Alicante el 9 de mayo de 2014 **Desiderio** , para comprobar la recepción del contenedor y demás extremos de la importación, figurando como empresa importadora BRICOTEN (carga legal abono) y como empresa exportadora Lisbigu S.A., reuniéndose a tal efecto en el establecimiento "La Florida" de Alicante, **Baltasar** usuario del turismo MHG , a nombre de su padre [ya fallecido] y **Bernardino** el 26-5-14, entregando el primero al segundo un paquete cuyo contenido no ha podido acreditarse. El 27 de mayo de 2014 se reunieron en la cafetería "CINEMA" de Alicante **Baltasar , Bernardino y Cecilio** .

El día 28 de mayo de 2014 se reúnen en el Bar La Rotonda de Alicante Baltasar , Bernardino y Desiderio , reuniéndose también en la tarde del día 29 de Mayo de 2014, mostrando **Bernardino** unos sacos que había recogido por la mañana en Benifalló y que llevaba en el maletero de su vehículo, realizándole unas fotografías Desiderio que remitió al acusado Efrain , mayor de edad y sin antecedentes penales.

Que procedentes de Ecuador llegaron al puerto de Valencia los siguientes contenedores el NUM001 el 14 de junio de 2014, el NUM002 el 1 de agosto de 2014 y el **NUM003** el 5 de septiembre de 2014, descarga de éste último contenedor que es objeto de vigilancia por los agentes de la Policía Nacional en la nave de Bernardino , participando en la descarga Bernardino y Carlos . El NUM004 llega el 10 de octubre de 2014, llegando el 24 de octubre de 2014 los contenedores NUM005 y NUM006 .

Los contenedores fueron recepcionados a su llegada a puerto por **Bernardino** , sin que conste que se vendiera la mercancía importada. Con fecha 3 de octubre de 2014 se reúne Baltasar con Carlos y con Bernardino .

Aproximándose la llegada del primero de los contenedores con cocaína se inicia la búsqueda de una nave industrial en las proximidades de Madrid donde almacenar el abono orgánico mezclado con cocaína y realizar el proceso de desimpregnación de la cocaína del abono, trasladándose a Madrid Efrain , contactando con Desiderio , al objeto de preparar la llegada de los contenedores pendientes (abono natural con cocaína), hecho éste comunicado por Efrain a Carlos Jesús (también con la identidades de Esteban , de Carlos Ramón y de Luis Angel) .

Durante el mes de Octubre de 2014 se suceden en Alicante distintas reuniones entre **Baltasar , Bernardino , Carlos y Desiderio** , saliendo el 10 de Octubre de 2.014 del puerto de Guayaquil el contenedor número **NUM007** , con destino al puerto de Valencia, llegando a puerto el día 31 de octubre de 2014, hecho éste confirmado por Efrain a Carlos Jesús , contactando éste último con el acusado Sixto , dedicándose Carlos Jesús , Efrain , Sixto y el acusado Fausto , " Bigotes " , a la búsqueda del local, reuniéndose el 16 de octubre de 2014 en el centro comercial "CAPRABO" de Boadilla del Monte, Efrain , Carlos Jesús , Fausto y Eleuterio .

Con fecha 9 de octubre de 2014 Efrain recibe confirmación (desde Ecuador) de la salida del octavo contenedor (con cocaína), dándosele la clave para distinguir los sacos que llevaban cocaína de los que no la llevaban ("**CINCUENTA Y NUEVE (59), CINCUENTA Y NUEVE, SIN LUNAR, DE TODA LA FIESTA**"), lo que a su vez comunica Efrain a Carlos Jesús .

Con fecha 20 de octubre de 2014 se reúnen en el Restaurante "BRASA Y LEÑA" del centro comercial "ALEGRA" de San Sebastián de los Reyes, **Efrain , Carlos Jesús y Sixto** . Con fecha 29 de octubre de 2010 se solicita la entrega vigilada del contenedor número **NUM007** y distintas Entradas y Registros en los domicilios de los investigados que se conceden por Autos de 31-10-14, 4 y 5-11-14.



Con fecha 21 de octubre de 2014 se confirma la localización del local donde se iban depositar finalmente los sacos de abono con cocaína, en concreto lo alquila (a las órdenes de Sixto y Carlos Jesús) el acusado Porfirio, mayor de edad y sin antecedentes penales, con teléfono NUM008, en concreto en Camino Manoterías nº 33, carretera de Fuente el Saz.

Con fecha 29 de Octubre se reúnen en Madrid Desiderio, Sixto y Efrain, para ultimar los últimos detalles.

Con fecha 3-11-2014 el citado contenedor (NUM007) fue cargado en el puerto de Valencia en el camión matrícula-MFH, conducido por Adolfo, que lo trasladó el 4 de noviembre de 2014 al polígono Industrial de Pla de la Vallonga, C/ Bonanza nº 4 (Alicante), a la nave llegó en primer lugar Bernardino, a bordo del turismo ZLJ (a nombre de su empresa BRICOTEN), a continuación Emilio a bordo del turismo-PZD y a continuación Carlos y Hernan (éste último) a bordo del turismo LQN.

Sobre las 11'10 horas Bernardino guió al camión a la nave y sobre las 12'10 se procedió, por la fuerza policial actuante, a la entrada en la citada nave, habiéndose descargado ya unos 200 sacos, pendiente todavía de descargar los 800 restantes.

Examinados los sacos, se apreció que **59 de ellos tenían una marca diferenciadora** y era el punto del logotipo S.A (que no tenía punto) y no S.A., conteniendo cada saco contenía 25 kilos, en total 1.475 kilos de abono mezclado con cocaína y que debidamente analizados resultaron contener **1.448.052 gramos** con una riqueza media expresada en base del 0'6% (**8.700 gramos puros**); deteniendo en ese momento a los cuatro allí presentes ocupándoseles distintos teléfonos móviles, a **Bernardino** una servilleta con el nº de PIN de Baltasar, dos móviles y un Ipad, a Carlos dos móviles uno de ellos con IMEI acabado en NUM009 intervenido judicialmente (asociado al PIN NUM010 y NUM011).

Sobre las 14'10 horas del día 4 de noviembre de 2014 se detuvo en el Hotel ABBA de Alicante a **Desiderio**, ocupándosele 3 móviles con IMEIS acabados en NUM012 y NUM013 intervenidos judicialmente (asociados a los números NUM014 y NUM015); a las 17'30 horas a **Cecilio** ocupándosele dos móviles uno de ellos con IMEI acabado en NUM016 -asociado al PIN NUM017 y NUM018) y un billete de 500€; y a las 17'50 horas a **Baltasar**, ocupándosele una tablet, 5 móviles, (dos de ellos con IMEI acabados en NUM019 y NUM020 intervenidos judicialmente), el turismo MHG y 1.000€ y a las 20'10 horas se detuvo a **Teofilo**.

Por Auto de 4-11-14 se procedió a la Entrada y Registro de los domicilios de los imputados con el siguiente resultado:

-Av. DIRECCION000 nº NUM021 de Alicante, domicilio de Baltasar, ocupándose 2 móviles, 2 tarjetas de telefonía, un ordenador, 7.450€ en billetes de 50 €, 2.000 € en billetes de 20 €. -C/ DIRECCION001, Urb. DIRECCION002 nº NUM022, BW 33 Mutxamel, domicilio de Bernardino, ocupándose 4 móviles, uno de ellos con IMEI acabado en 40841, intervenido judicialmente (asociado al nº NUM023), un ordenador portátil y 2 tarjetas de telefonía. PLAZA000 nº NUM024. domicilio de Cecilio, ocupando 2 móviles, un billete de 500 €, 7 tarjetas de telefonía y un ordenador portátil. -

- Habitación NUM025 del Hotel ABBA-Centrum ocupado por Desiderio, ocupando 3 móviles, uno de ellos con IMEI acabado en NUM016 intervenido judicialmente, una tablet y 40 €.

Con fecha 4 de Noviembre de 2014 se procedió en Madrid a la detención de **Fausto**, ocupándosele dos folios a máquina con productos químicos y cantidades (destinados a extraer del abono orgánico la cocaína en ellos impregnada, documentos iguales intervenidos a **Efrain**) 2 móviles (uno de ellos con IMEI acabado en NUM026 intervenido judicialmente-asociado al nº NUM027) y 855 €. En igual fecha, pero en Algete se detuvo a **Porfirio**, ocupándosele 65 €, las llaves de una nave industrial en Camino Malatones nº 23 y 27 (Algete) y un móvil con IMEI acabado en NUM028 intervenido judicialmente-asociado al nº NUM008.

En Venturada (Madrid) se detuvo a **Sixto** a quien se le intervino el turismoRGK y tres móviles y en su domicilio de Venturada un ordenador, 6 móviles, dos tarjetas de telefonía y un Ipad, uno de los móviles intervenidos tiene el mismo IMEI acabado en NUM029 asociado al PIN NUM030 y nº NUM031 e IMEI acabado en NUM032 asociado al número NUM033.

En Majadahonda a **Eleuterio**, ocupándosele 45 €, 2 móviles (uno de ellos con nº NUM034), el otro con IMEI acabado en NUM035 intervenido judicialmente y asociado al nº NUM036 y el turismo-YBN (a nombre de Hilario) y a **Esteban** (Carlos Jesús y Luis Angel) le ocuparon 860 €, y dos móviles y en su domicilio (Eleuterio), C/ DIRECCION003 nº NUM037 (en Boadilla del Monte) tres móviles a Eleuterio. En Boadilla del Monte se detuvo a **Efrain** (en el interior de la vivienda de la C/ DIRECCION004 nº NUM038) ocupándole 150 €, 10 móviles; y en el domicilio de Efrain y Esteban (Luis Angel, Carlos Jesús) sito en Boadilla del Monte C/ DIRECCION004 nº NUM038 se ocupó a éste tres móviles, un ordenador portátil, una Tablet, una



copia plastificada del NIE de Esteban y un turismo BMW matrícula XGN (vehículo que figuraba de baja desde el 30-11-12, estando el seguro caducado y figurando como tomadora su compañera sentimental).

TERCERO: Que con fecha 17 de Octubre de 2.014 se efectuó un segundo envío de contenedor con abono orgánico impregnado de cocaína, desde Guayaquil (Ecuador) así confirmado, por **Efrain**, en su teléfono nº NUM039 en concreto 148 sacos con IVA (con cocaína), de un total de 1.000 sacos en el **contenedor NUM040** que llegó al puerto de Valencia el 7 de noviembre de 2014, ocupándose en el mismo **3.650.393 gramos** con restos de cocaína (sin posibilidad de fijar riqueza media), Con fecha 10 de Noviembre se obtuvo Auto de apertura y reconocimiento del citado contenedor.

CUARTO: Con fecha 28 de Noviembre llegó al puerto de Valencia un tercer contenedor el nº NUM041, también confirmado por teléfono por Efrain en el nº NUM039, y Bernardino, con teléfono NUM023, ocupándose en el mismo 78 sacos de abono-orgánico-cocaína con un peso de **1.878.698 gramos**, con una riqueza media de cocaína del 0'2% (**3.757 gramos de cocaína puros**), de un total de 1.000 sacos.

El informe de la Unidad Central de Análisis Científicos, laboratorio químico de la Comisaría General de Policía Científica de Madrid, respecto de muestras indubitadas del primer contenedor (abono orgánico-cocaína) arroja como riqueza media expresada en base 1'26 % y del segundo contenedor, se identifica cocaína pero no en cuantía que permita determinar la riqueza media. El total de sacos importados fue de 2.715 (descontados los 285 sacos de abono-cocaína) con un precio de venta en el mercado de 19.800'49 € y con difícil salida comercial visto su alto coste de importación.

El valor de la droga 12.457 gramos (8.700 gramos + 3.757 gramos) a 60 € el gramo es de 747.420 €.

QUINTO: Que a **Esteban** se le intervino una copia plastificada de un N.I.E. auténtico con ese nombre. Los datos del documento intervenido corresponden con los del soporte auténtico, así como la foto, huella, firma del titular y fecha de validez, tratándose de una reproducción de un soporte auténtico.

Esteban fue identificado dactilarmente con el n.º NUM042 de la Base de Datos de la Dirección General de la Policía, constando que además de la identidad de Esteban le constan las siguientes identidades relacionadas: Edmundo, Carlos Jesús y Eugenio".

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

" FALLAMOS: Que debemos condenar y CONDENAMOS a:

-A) Baltasar, como autor de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia) del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, al pago de una MULTA de 747.420 €, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la veintiunava parte de las costas causadas.

-B) Bernardino, como autor de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia) del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, al pago de una MULTA de 747.420 €, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la veintiunava parte de las costas causadas.

-C) Carlos como autor de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia) del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, al pago de una MULTA de 747.420 €, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la veintiunava parte de las costas causadas.

-D) Desiderio como autor de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia) del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, al pago de una MULTA de 747.420 €, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la veintiunava parte de las costas causadas.

-E) Efrain como autor de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia) del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, al pago de una MULTA de 747.420 €, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la veintiunava parte de las costas causadas.



-F) Esteban (Carlos Jesús) como autor de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia) del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, al pago de una MULTA de 747.420 €, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la veintiunava parte de las costas causadas.

-G) Fausto como autor de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DE LOS ARTÍCULOS 368 (grave daño) y 369.5ª (notoria importancia) del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, al pago de una MULTA de 747.420 €, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la veintiunava parte de las costas causadas.

-H) Se decreta el COMISO Y DESTRUCCIÓN DE LA DROGA INTERVENIDA y EL COMISO DEL DINERO Y EFECTOS ELECTRÓNICOS INTERVENIDOS A LOS MENCIONADOS ACUSADOS AL SER PRODUCTO DE SUS ILÍCITAS ACTIVIDADES E INSTRUMENTOS DEL DELITO.

-I) Que debemos absolver y ABSOLVEMOS a Baltasar , Bernardino , Carlos , Desiderio , Efrain , Esteban (Carlos Jesús), Fausto , Teofilo , Eleuterio y Porfirio del delito de pertenencia a grupo criminal objeto de acusación, declarándose de oficio las 10/21 parte de las costas causadas.

-J) Que debemos absolver y ABSOLVEMOS a Teofilo , Eleuterio y Porfirio del delito contra la salud pública objeto de acusación, declarando de oficio las 3/21 partes de las costas causadas.

-K) Que debemos absolver y ABSOLVEMOS a Esteban del delito de falsedad objeto de acusación, declarando de oficio la 1/21 parte de las costas causadas.

Abonamos a los acusados condenados todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Requíerese a los acusados condenados a multa el pago en el plazo de QUINCE DÍAS.

Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber que contra la misma cabe interponer **Recurso de Casación** ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días".

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

Motivos aducidos en nombre de Baltasar .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en relación con el art. 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Motivos aducidos en nombre de Bernardino .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art 18.3 CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por violación del derecho a la presunción de inocencia, art . 24.2 CE. **Motivo tercero.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 368 y 369.5 CP. **Motivo cuarto.-** Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. **Motivo quinto.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art . 369.5 CP.

Motivos aducidos en nombre de Carlos .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y arts. 5.4 y 11.1 LOPJ en relación con el art. 18.3 CE por vulneración al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y principio *in dubio pro reo*. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 368, 369.5, e inaplicación indebida de los arts. 16 y 29 CP.

Motivos aducidos en nombre de Desiderio .



Motivos primero y segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por infracción de los arts. 18.3 y 24.2 CE (derecho al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia), en relación con el art. 11.1 LOPJ. **Motivo tercero.**- Por infracción de ley al amparo del art 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). **Motivo cuarto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo quinto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida de los arts. 368 y 369.5 CP. **Motivo sexto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida de los arts. 368 y 369.5 CP.

Motivos aducidos en nombre de Efrain .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 18.3 CE (vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones) y 24.2 CE (presunción de inocencia). **Motivo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional: art. 9.3 CE (proscripción de la arbitrariedad) y 24.2 CE (presunción de inocencia). **Motivo tercero.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim invocando los arts. 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones) y 24.2 CE (presunción de inocencia). **Motivo cuarto.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1º LECrim por denegación de diligencia de prueba.

Motivos aducidos en nombre de Esteban .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 18.3 CE. **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 24.2 CE (presunción de inocencia). **Motivo tercero.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 368 y 369.5 CP. **Motivo cuarto.**- Por infracción de precepto constitucional art. 24.2 CE (presunción de inocencia) al no haberse acreditado debidamente la cantidad de cocaína reducida a pureza incautada. **Motivo quinto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 369.5 CP. **Motivo sexto.**- Por infracción de ley y precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y arts. 5.1 y 4 LOPJ por vulneración de los arts. 18.3 y 24 CE (secreto de las comunicaciones).

Motivos aducidos en nombre de Fausto .

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 LECrim y art. 5.1 por vulneración del art. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos). **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.1 LOPJ por vulneración del principio de legalidad penal, arts. 25.1 y 9.3 CE. **Motivo tercero.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 LECrim.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los **recursos** interpuestos, impugnando todos sus motivos. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos pendientes de señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 10 de junio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La temática común de la inmensa mayoría de los motivos suscitados por los diferentes recurrentes aconseja un tratamiento transversal, agrupando los que plantean cuestiones similares para darles una contestación unitaria y evitar reiteraciones, solapamientos, visiones fragmentarias, o planteamientos incompletos. Ganará con ello en claridad la sentencia.

Por razones de lógica -y no solo de lógica; en algún punto también de legalidad-, el análisis ha de comenzar por aquellos motivos de cuya estimación se derivaría la nulidad bien del juicio oral, bien de la sentencia; a continuación, aquellos otros que cuestionan la valoración probatoria, tanto su validez y licitud; como su suficiencia. Por fin, los que, de forma bien subsidiaria, bien dependiente, plantean temas jurídicos de naturaleza penal sustantiva.

SEGUNDO.- En el primero de esos tres bloques enunciados tropezamos con un único motivo: el planteado como ordinal cuarto en el **recurso** de Efrain . Denuncia denegación de prueba (art. 850.1 LECrim). El contenido del otro motivo con igual encabezamiento (art. 850.1 LECrim) que aparece en el **recurso** de Fausto (motivo tercero) es peculiar. Como veremos, encierra otro tipo de petición.

La Audiencia Provincial de Alicante, estimando un **recurso** de apelación interpuesto contra una decisión del instructor acordó la procedencia de practicar gestiones encaminadas a esclarecer la información que constaba en unas diligencias de la unidad de aduanas relativa a la imposibilidad alegada por el Departamento de



Ingeniería Química de la Universidad de Alicante, para realizar un informe concluyente sobre la sustancia allí presentada. A la vista de ello se trasladaron los sacos que la contenían para su análisis en otra institución.

No se logró la identificación del funcionario responsable de esa información (información, que no informe: la existencia de éste no consta como explica el auto obrante a los folios 90 a 93 del tomo XII).

En el escrito de defensa se reiteró la propuesta de prueba.

En el plenario se rechazó.

Alega el recurrente indefensión en tanto no habría podido valorar la trascendencia que podrían tener las razones en virtud de las cuales la Universidad de Valencia no estaba en condiciones de analizar la pureza de la sustancia incautada y presentada en esa forma (abono orgánico impregnado con cocaína).

Es exagerado y nada lógico deducir de ahí -como quiere deducir el recurrente- la imposibilidad de realizar un análisis certero sobre tales extremos. Solo se evidencia que en tal centro no disponían de la metodología o instrumental necesarios para hacerlo. Pero los análisis se llevaron a cabo en otros organismos. Obrán en la causa.

La STS 44/2016, de 3 de febrero explica el marco teórico que ha de presidir la decisión sobre una denegación de prueba:

"Como ya hemos recordado en ocasiones precedentes la **casación** por motivo de denegación de prueba previsto en el art. 850.1 LECrim requiere para que prospere, según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 785 y 786.2 LECrim y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, las condiciones siguientes:

1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley actual art. 786.2).

2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona.

3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio.

4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa.

5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (...).

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

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

Desde esa doctrina general, retomemos el caso concreto. La prueba no se llegó a practicar, pues fueron fallidos los intentos no ya para localizar ese supuesto informe (inexistente) sino para identificar a quien

trasladó esa explicación a la Unidad investigadora. La prueba podía ser en verdad pertinente. Pero desde luego, su necesidad es muy cuestionable. La presencia de otras periciales analizando la sustancia convierte esta hipotética indagación en una diligencia totalmente prescindible, a años luz del juicio de indispensabilidad que sería necesario constatar para dar viabilidad en **casación** a una queja de este tipo.

El motivo no puede prosperar por estas razones que se resumen en una pregunta retórica: ¿es lógico anular un costoso proceso, con tanta dedicación de horas de profesionales, incomodidad a testigos, y necesidad de alargar la situación de interinidad procesal con los perjuicios que ello conlleva, para localizar y citar a alguien no identificado pero radicado en el ámbito universitario que alegó carecer de medios suficientes para aportar datos útiles?

El motivo tercero del recurso de Efrain no puede tener acogida.

TERCERO.- En lo que es casi una constante en los procesos en que desempeñan un papel relevante unas intervenciones telefónicas, un nutrido grupo de motivos se marcan como objetivo descalificar tales escuchas deteniéndose en algunos de los puntos del amplio listado de requisitos o presupuestos cuya ausencia o no cumplimentación rigurosa podría condenar a la nulidad de esta medida injerente y, por ende, a la inutilizabilidad de todas las pruebas derivadas de una investigación que estaría viciada en su origen. Ante la contundencia de las pruebas obtenidas, ciertamente, se hace difícil en este supuesto articular otras estrategias de defensa.

En este caso podemos agrupar las quejas que apuntan de forma directa a la validez de las intervenciones telefónicas que se fueron sucediendo en tres grandes apartados:

- a) Irregularidades formales (significadamente la ausencia de firmas en algunas resoluciones).
- b) Falta de control judicial (que, aunque se liga a la circunstancia anterior, se le confiere autonomía propia).
- c) Falta de base indiciaria para la adopción de algunas de las medidas de intervención.

Daremos respuesta separada a cada uno de esos grupos de denuncias, pese a que en algunos **recursos** se presentan entremezcladas.

CUARTO.- Casi todos los recurrentes hacen bandera de la ausencia de firmas -en algún caso del Secretario; en otros del Magistrado- en varios de los autos dictados. En el caso del Instructor, cinco de los cincuenta y tres que contabiliza la sentencia en la primera fase de la investigación concretada en sucesivas intervenciones telefónicas autorizadas y que, al hilo de sus resultados, se iban cancelando, prorrogando, ampliando o modulando, combinadas con seguimientos e indagaciones adicionales derivadas de las escuchas.

Varios de los **recursos** -consta también tanto en la sentencia como en la contestación efectuada por el Ministerio Fiscal en esta Sala-, recogen una síntesis completa y correcta de los precedentes de esta Sala que abordan cuestiones similares ofreciendo respuestas no siempre uniformes según las circunstancias: SSTS 1356/2011, de 12 de diciembre; 402/2008, de 30 de junio, 431/2013, de 15 de mayo, 157/2014, de 5 de marzo o 394/2015, de 17 de junio, entre otras.

La STS 1356/2011 admite que la ausencia de firmas puede deberse a un mero error. Como tal, no comporta necesariamente la nulidad. No obstante, acaba decretado la invalidez por el descontrol en la organización de la oficina judicial que evidencia. Ese aparente descontrol judicial de la injerencia no podría ser tratado como simple e irrelevante olvido.

La STS 402/2008 sienta unas directrices que se sintetizan en tres puntos:

- a) La ausencia de firmas constituye una grave irregularidad (arts. 141 LECrim y 248.2 LOPJ).
- b) De ahí no se sigue que las resoluciones judiciales fuesen inexistentes. Apareciendo unidas al procedimiento, se enmarcan en una cadena de actuaciones que sin ellas carecería de sentido. Se entregó el mandamiento derivado de tales resoluciones a la unidad de policía correspondiente y esta los cumplimentó, obran copias de los mandamientos originales, tanto de las autorizaciones iniciales como de las prórrogas. Es inimaginable que el mandamiento original careciese de los correspondientes sellos y firmas del juzgado: los funcionarios receptores se habrían preocupado de subsanar tal omisión, pues de otro modo no habrían podido recabar el auxilio de la mencionada empresa telefónica.
- c) Estando acreditada de forma indudable la realidad de las decisiones no se puede otorgar mayor trascendencia a la ausencia de firmas .

La STS 431/2013 con cita de la STS de 16 de marzo del 2012 explica que la firma es un requisito relevante, destinado a garantizar la autenticidad de la resolución como acto jurisdiccional realmente emitido por quien aparece como tal; a evitar eventuales suplantaciones, por tanto. Si la finalidad de ese requisito es de autenticación habrá que diferenciar según surjan o no dudas razonables. No habrá duda cuando el auto



aquejado de tal omisión se inserta con normalidad en el contexto de las actuaciones y evidencia una conexión razonable con el objeto de la causa y, por ende, la intervención del titular del órgano, demostrada con fuerza redoblada cuando lo acordado, a más de coherente en el marco procesal, resulta confirmado por ulteriores decisiones suyas que, por tanto, convalidan las anteriores en las que se basan y de las que traen causa, hasta el auto que pone fin a la instrucción acordando dar traslado a la acusación.

La STS 157/2014 tras un escrutinio detallado de las actuaciones sobre las que versaba el **recurso** concluye que la ausencia de firmas en algunos autos constituye una irregularidad sin alcance constitucional en tanto las resoluciones se dictaron dentro de un procedimiento debidamente identificado y las intervenciones se practicaron por las operadoras tras recibir los mandamientos firmados por el titular del órgano judicial. "No se trata de que haya una apariencia de resolución, como se decía en la STS. 1356/2011, de 12 de diciembre, citada en el **recurso**, sino de un mero error que se subsana por el examen de las actuaciones (STS. 402/2008, de 30 de junio). Por lo tanto, estando suficientemente acreditada la intervención de un juez en la adopción de las medidas limitativas de derechos, la ausencia de firma -en las copias de la resolución unidas a la causa- no afecta a la legitimidad de la resolución, que por otra parte fue notificada a la única parte a la que no afectaba el secreto declarado, es decir, al Ministerio Fiscal".

La STS 394/2015 examina un caso diferente. Lo que se cuestiona no es la ausencia de firmas autorizantes, sino la propia existencia del auto. La mera omisión de las firmas -se dice- integra una mera irregularidad no determinante de nulidad (SSTS 402/2008, de 30 de junio y la 157/2014, de 5 de marzo). Con cita también de la STS 1356/2011, de 12 de diciembre, proclama que puede deberse a un mero error, y como tal no tiene por qué suponer la nulidad de la injerencia. *In casu* el contexto procesal y el sistema informático de gestión disipan dudas y garantizan que recayeron decisiones judiciales aunque no se llegasen a firmar. La STS 431/2013, de 15 de mayo, le sirve de apoyo para culminar su razonamiento: la persistencia de la actuación judicial, tributaria y consecuencia de las intervenciones así ordenadas, aleja toda duda sobre la existencia y autoría de las resoluciones. La cobertura jurisdiccional de las intervenciones quedaba así constatada.

La doctrina jurisprudencial, referenciada sintéticamente, invita, de una parte, a distinguir casos y casos; y de otra, a no quedarse en lo superficial, a no confundir fondo con forma. Un auto no firmado no equivale a inexistencia de una decisión judicial. Una cosa es incumplir el mandato del inciso final del art. 248.2 LOPJ o del inciso final del párrafo penúltimo del art. 141 LECrim; y otra, muy diferente, que no exista una decisión adoptada por el Juez competente. No atender a ese mandato imperativo y omitir por inadvertencia la firma es un grave defecto y no puede merecer más que el reproche. Es obvio - casi sonroja afirmarlo- que no es lo mismo firmar que no firmar: hay una obligación legal nítida e importante de plasmar la firma en cada resolución como garantía de su autenticidad. No hacerlo por olvido o descontrol o injustificada actitud de desdén hacia esos trámites por considerarlos más rutinarios o burocráticos pone de manifiesto una desidia o descuido que desmerecen de la función que se desarrolla en un órgano jurisdiccional.

Ahora bien, lo realmente determinante no es que la intervención telefónica (o cualquier otra decisión jurisdiccional) aparezca en un escrito rubricado por un juez, sino que lo haya decidido un Juez de forma racional y motivada. La firma no es lo que confiere vida jurídica a la decisión. Eso no significa que no sea importante; y que no se deba extremar el cuidado para que no se produzcan situaciones que hay que lamentar como la aquí denunciada. Pero no puede convertirse ese trámite de firma en lo esencial, ni se puede confundir con lo material transformándose en una especie de rito sacramental sin el cual no existiría actuación jurisdiccional. Precisamente por eso no puede considerarse, ni siquiera irregular, que se expida el mandamiento de prisión momentos antes de que en la causa se rubrique el auto ya dictado acordándola, como consecuencia de la distinta rutina de cada oficina para fijar una metodología laboral para el trámite obligado de firma.

Cuando estamos ante lo que de forma evidente y sin lugar a dudas alguna aparece como un mero descuido, no podemos otorgarle mayor alcance procesal, sin que ahora nos debamos plantear nada más que ese nivel.

Conviene distinguir en cualquier caso entre la firma del letrado de la Administración de Justicia y la del Instructor. Aquélla no es exigible en los autos según se deduce del art. 248.2 LOPJ y 141 LECrim aunque sí, obviamente, en la diligencia posterior que da cuenta de la ejecución de lo ordenado, y por más que la práctica no sea totalmente uniforme en las oficinas judiciales. Lo recordaba, entre otras, recientemente la STS 562/2019, de 19 de noviembre: "para la validez formal de los autos el art. 248.2 L.O.P.J. sólo exige la firma del Juez o Magistrado que los dictan, siendo la dación de fe del Secretario el medio propio para dar fe de la existencia de la resolución en los autos". No obstante, el hecho de que la mayoría de los cinco autos no firmados por el Instructor sí recojan una diligencia consecutiva firmada por el Letrado de la Administración de Justicia minimiza en alguna medida aquella omisión -ausencia de firma del Instructor-: no es que la subsane o sirva para suplirla, pero sí acredita que el Letrado da fe de que el Auto fue dictado por el Instructor y por ello se procede a ejecutar lo resuelto.



La ausencia de firma del Instructor en ese número de resoluciones, reducido si se compara con el total, no puede ser bendecida. Es una irregularidad clara y patente. No sobra insistir otra vez en ello aún a costa de ser repetitivos. Ahora bien, si lo que se pretende es sostener es que la falta de firma arrastra a la nulidad, la tesis no puede ser aceptada por esta Sala. Eso significaría que la misma incoación del procedimiento sería no nula, sino inexistente y que todo lo que siguió hasta este **recurso de casación** estaría edificado sobre el vacío, sobre una causa que no existe porque falta la firma del Instructor en el auto de incoación de diligencias previas (¡!). Llegando a la caricatura, también estos párrafos que se van escribiendo por el **ponente** serían palabra a palabra, esfuerzo baldío, algo jurídicamente inexistente, edificado sobre el vacío, sobre un procedimiento que no se ha incoado.

La nulidad sería la consecuencia drástica y correcta si no hubo decisión del Juez titular de aquel órgano para proceder a la incoación de ese procedimiento (aunque es de advertir que el acuerdo de incoación se reiteró inútilmente en el primer auto autorizando intervenciones). En ese caso habría que abrir una investigación, no para subsanar nada, sino para averiguar los responsables de esa actividad delictiva, para identificar a quienes, arrogándose funciones jurisdiccionales, han suplantado la voluntad del juez y creado la apariencia de un procedimiento.

Se entiende fácilmente que eso supone *sacar las cosas de quicio*, dicho castizamente. Cualquiera, en este concreto supuesto, y en ese concreto y específico contexto, máxime si está mínimamente familiarizado con la forma de operar de la oficina judicial, desbordada muchas veces por un cúmulo de trabajo que no corre en paralelo a los medios personales y materiales de que se dispone, comprende con certeza plena que el Instructor ordenó la incoación de diligencias, pero que luego por alguna de las mil razones posibles -todas muy prosaicas-, a algún funcionario desbordado, o entretenido en otras tareas, o, si se quiere, descuidado, se le pasó presentar la resolución ya documentada a su firma. La firma sirve para dar autenticidad a la resolución. Por eso es esencial. Y por eso la ley ordena que los Jueces o Magistrados firmen los autos y sentencias que dictan. Ahora bien, no siempre la falta de firma -que es un defecto o irregularidad que no merece más que censuras- equivale a falta de autenticidad. Esto es tan obvio que abochorna explicarlo.

Nadie podrá pensar tampoco -así lo explica la sentencia con razones que derrochan sentido común- que la falta de firma en esos otros cuatro autos que se señalan constituye la prueba de que el Instructor no tomó las decisiones que reflejan cada uno de ellos. Fueron seguidos de una ejecución que requería inexcusablemente oficios confeccionados en el Juzgado que sin la firma correspondiente no se hubiesen cumplimentado. El letrado de la Administración de Justicia da fe de la existencia de esas decisiones.

Y es que *dictar* una resolución es concepto diferente de *firmarla*. Así se desprende inequívocamente tanto de la LPOJ como de la LECrim. Los arts. 154, 156 y 158 LECrim ponen de manifiesto esa realidad que todavía aparece de manera más cristalina en los arts. 259 y 261 LOPJ, aunque pensando en las sentencias. También para los autos extraemos la misma elemental idea de los artículos equivalentes.

Si existiese alguna duda con un mínimo de razonabilidad de que esas intervenciones o medidas, o la incoación de la causa, no fueron fruto de la decisión meditada y razonada de un juez, el resultado no podría ser otro que decretar la nulidad de todas las actuaciones afectadas (y, por supuesto, iniciar una investigación para depurar unas responsabilidades que serían muy graves). Pero siendo eso una hipótesis tan rocambolesca como de todo punto incompatible con la secuencia de actuaciones en que aparecen esas resoluciones, las consecuencias no pueden ser las añoradas por los recurrentes. No ya porque no lo reclamasen antes; o porque no se haya subsanado el defecto estampándose tardíamente la firma en esos documentos; ni porque el Juez (o jueces, pues se sucedieron varios) no haya sido citado como testigo al juicio para demostrar la autenticidad de esas resoluciones y acreditar que no hay duda de su legitimidad; sino porque lo relevante es la falta de una decisión; no la falta de una firma cuando de esa omisión no puede desprenderse la más mínima duda sobre la realidad procesal. No es esto minusvalorar la importancia del mandato legal (*los jueces y magistrados dictarán los autos que dicten*), pero sí darle su justa relevancia.

El ciudadano tiene derecho a que sea un juez quien adopte esas decisiones. Su realidad queda autenticada por la firma. Pero el derecho fundamental no consiste en que los documentos donde plasman las decisiones estén firmados; sino en la materialidad.

Quedan así contestados y desestimados el submotivo primero del primer motivo del **recurso** de Baltasar, el motivo primero del presentado por Esteban los motivos primero y segundo (unificados) del **recurso** de Desiderio, y primero de los **recursos** de Efrain y Bernardino en cuanto se refieren a esta cuestión (que no es la única argumentada en esos dos motivos).

QUINTO.- Enlazando con ese defecto procesal (ausencia de firmas en algunas resoluciones documentadas) varios recurrentes dan un salto a lo material, seguramente animados por la íntima convicción de que el simple defecto formal no puede acarrear las consecuencias deseadas. Tomando pie de alguno de los precedentes



que hemos citado, quieren deducir de esa omisión en unos pocos autos la ausencia de control judicial de las intervenciones: sería la manifestación no solo de un descuido sino de una actitud displicente del instructor frente a la marcha e incidencias de las medidas. Y esa queja nuclear la adornan con otros elementos: la falta de notificaciones al Ministerio Público (cuya relevancia ha sido negada a estos efectos por la más reciente doctrina del TC y esta Sala como no ocultan los **recursos**), errores llamativos en algunos autos, no exposición expresa de los indicios...

Esa inferencia en este caso es muy poco fundada: si se analiza toda la secuencia investigadora, se leen los informes que se van elevando al Instructor, y se verifican las decisiones tomadas a raíz de cada una de las peticiones, no es legítimo suponer falta de control, sino sencillamente constatar que se dejaron de firmar unas resoluciones (no, en cambio, los documentos que se precisaban para su ejecución). Pueden existir unas intervenciones con todos los autos esmerada y cuidadosamente firmados pero con un control insuficiente por limitarse el instructor a convalidar la actuación policial sin reflexionar sobre ella y sin pedir dación de cuenta; y, al revés, es perfectamente plausible un control cuidadoso y una supervisión estrecha y que por las razones que sean se haya dejado de firmar alguna de las resoluciones. La vinculación que se hace en los **recursos** entre falta de firma y falta de control no es racional.

Tampoco esas otras deficiencias formales señaladas alteran esta conclusión. Son numerosas, pero menores. Su multiplicación no permite dar el salto a la falta de control. Es verdad que se vinieron utilizando impresos y fórmulas rituales o repetidas con las incongruencias que ello va generando (se mencionan en la fundamentación diligencias que no tienen nada que ver como un registro; se sugiere que se está pensando en otros delitos; se omite la calificación delictiva en el auto de incoación de previas -lo que es totalmente irrelevante en el contexto en que se produce-, se denuncia un error en el informe del Fiscal (fácilmente apreciable en tanto menciona un lugar de ubicación de la droga distinto del señalado en el oficio inicial, y que no podía llamar a engaño al juzgado), etc...

A diferencia de lo que sucede con los indicios, que han de ser sumados y contemplados íntegramente, las irregularidades o defectos formales o son determinantes de una nulidad o no lo son. Pero no podremos encontrar una nulidad alcanzada a base de sumar irregularidades menores que no acarrear la invalidez.

El uso de impresos y, posteriormente, de la informática ha servido para agilizar la actuación jurisdiccional. Pero a veces degrada también la imagen ofrecida por su uso casi *industrial*. El cúmulo de trabajo lleva a descuidar el esmero exigible en la presentación y adaptación de esos impresos protocolizados sobre los que se insertan los datos diferenciadores a veces con una premura impuesta por el ritmo trepidante que en algunos órganos judiciales impone la sobrecarga de trabajo. Hay que lamentar esas deficiencias formales. Y hay que repudiarlas. Ahora bien, de ellas -por fácil que sea presentarlas de forma efectista o aparatosa- no cabe inferir sin más deficiencias materiales. Que el auto de incoación de diligencias previas no consigne que se trataba de una investigación por un supuesto delito contra la salud pública no significa que el Juez ordenase la incoación sin leer el informe inicial y sin importarle qué tipo de delito podía ser y ni siquiera plantearse si era o podía ser una actividad delictiva; es exponente de algo tan vulgar como que dispuso la incoación del procedimiento y que en la oficina judicial se operó con un automatismo poco artesanal que genera omisiones de ese tipo (¡o duplicidades!: el auto sigue a continuación vuelve a ordenar la incoación de diligencias un día después: día 19). Que en los modelos de algunos autos aparezcan menciones poco congruentes tampoco es signo de arbitrariedad como si el Instructor sin pensarlo y sin examinar los respectivos informes y estudiarlos para valorarlos fuese frívola y alegremente dando el *pláacet* a cada petición. Cualquier persona familiarizada con la gestión judicial -mejorable en tantos aspectos y este no es más que uno de ellos- intuye que la decisión judicial consciente y basada en datos plasmó en un impreso que no se acomodó. Que en las resoluciones se detecten alusiones a entradas y registros es otra manifestación de esa indeseable burocratización de la oficina judicial que podemos criticar. Pero no permite extraer conclusiones anulatorias.

No podemos convalidar una ecuación que pretenda anudar a esas deficiencias formales, groseras si se quiere, pero estrictamente formales, la evidencia de descontrol judicial. No hay base para concluir que el Instructor no decidía tras el examen y análisis en clave constitucional de cada uno de esos informes sopesando los distintos factores.

Cosa diferente es que no sea exigible cada vez que se acuerda una prórroga o una intervención volver a exponer una teoría general de las medidas injerentes en el ámbito penal; o lo que ya se expuso al justificar las primeras intervenciones; o reiterar lo que el informe policial expone, o volver a repetir todos los indicios ya acumulados y que obran en las investigaciones.

Las resoluciones de ampliaciones y prórrogas de unas intervenciones de teléfonos, no pueden ser examinadas aisladamente. Se insertan en una secuencia de la que no puede prescindirse para valorar su fundamento. La prolongación de las escuchas o extensión a otras líneas han de ser analizadas en un contexto: permanecen



vivos los indicios iniciales que determinaron la intervención, que no han sido desvirtuados y que han sido confirmados o al menos no desmentidos por las escuchas. De ahí se puede derivar la necesidad de su prórroga o la conveniencia de extender la escucha a otros teléfonos sin repetir cansinamente la inicial base indiciaria en cada ocasión, en cada resolución. Y las sucesivas informaciones que se iban desprendiendo de las conversaciones avalaban la continuación de la investigación para la que no se contaba con otros medios de eficacia parificable a la de las escuchas; ni siquiera de eficacia posible. No tiene en ese sentido razón la queja de Desiderio .

Resulta gráfica y demostrativa la cuidadosa exposición que de toda la secuencia investigadora contiene la sentencia con una minuciosidad y meticulosidad dignas de alabanza (casi dobla el abecedario al ir diferenciando los apartados valiéndose del alfabeto): identifica cada decisión del Instructor mientras se prolongaron las escuchas y analiza los fundamentos que la avalaban.

También en esta segunda faceta las intervenciones telefónicas cumplen los estándares exigibles para el aprovechamiento probatorio de sus resultados.

SEXTO.- Por fin denuncian varios recurrentes la insuficiencia de la base indiciaria tanto para la intervención inicial; como para algunas posteriores ampliaciones.

Recordemos como preludio los estándares que ha de manejar un Instructor en el momento de decretar una intervención telefónica como medio de investigación. Lo hace también con una exposición asumible en todos sus puntos y expuesta con rigor y salpicada de citas jurisprudenciales la Sala de instancia.

Los indicios necesarios para justificar la intervención telefónica, no son los correspondientes a una Sentencia condenatoria, ni siquiera a un Auto de inculpación o procesamiento (vid. SSTs 203/2015, de 23 de marzo y 382/2015, de 11 de junio, entre otras). No es dable confundir los indicios aptos para irrumpir en el derecho al secreto de las comunicaciones, con los que basan un auto de procesamiento o una inculpación formal. Los que legitiman la intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas y no tanto como la solidez de una "provisional cuasi certeza".

Existen formas de delincuencia, como muchas de las relacionadas con el tráfico de estupefacientes, que hacen imprescindibles técnicas policiales de investigación que implican restricciones de derechos fundamentales. La ausencia de testigos que se sientan "víctimas"; el blindaje y opacidad de sus operaciones, y la capacidad organizativa a ciertos niveles en que se mueven significativos montos económicos aboca a esas técnicas de investigación más agresivas, si no se quiere claudicar en la lucha contra ese tipo de criminalidad.

Las resoluciones judiciales que autorizan la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 167/2002, de 18 de septiembre), deben expresar los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona; número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas; tiempo de duración; quiénes han de llevarla a cabo y cómo; y los periodos en los que debe darse cuenta al juez para controlar su ejecución. Particular relevancia reviste la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo. Han de ser accesibles a terceros y de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito.

La STC 299/2000, como recuerda la ya citada 167/2002, apunta igualmente a este respecto que "el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa". Por ello habrá que indicar al menos en qué han consistido las investigaciones y sus resultados (elementos objetivos indiciarios). La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el nivel de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas únicamente en confidencias.

Aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos aludidos, la jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión: la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene 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).

Tal doctrina jurisprudencial es reiterada en la STC 145/2014, de 22 de septiembre, con cita de la 25/2011, de 14 de marzo: lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifican la intervención telefónica sea exteriorizada directamente en la resolución judicial. Sin embargo, esa premisa no impide que dicha intervención, cumpla el canon de motivación suficiente si, una vez integrada con la solicitud policial a



la que venga a remitirse, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo la ponderación de la proporcionalidad de la medida. Por eso no es acogible la queja de algunos recurrentes sobre esa falta de motivación: existen referencias expresas a cada oficio policial. Y estos son detallados.

a) La justificación de la intervención acordada por el Auto inicial de 4 de octubre no exige demasiado razonamiento (folio 4 y siguientes). Autoridades aduaneras ecuatorianas comunican oficialmente la ocupación de aproximadamente 160.000 gr. de cocaína camuflados como carbón que iban a ser importados a España por vía marítima por una empresa cuyo administrador único es Teofilo. Entretenerse en explicar por qué resultaba pertinente y necesaria la intervención del teléfono del citado para averiguar qué implicación pudiera tener en la importación de droga desde Ecuador a España sería casi insultar al destinatario de esas reflexiones: *res ipsa loquitur*. Es obvio que la medida es proporcionada: cuenta con una base indiciaria sobrada en cuanto hay elementos objetivos que sugieren serias sospechas de que a través de la empresa de la que es administrador el titular de los teléfonos se puede estar importando cocaína a España de forma camuflada, máxime cuando las investigaciones y primeras informaciones evidencian que la empresa ha efectuado algunas importaciones y en concreto en algún caso carbón recibido desde Colombia. No es dable en este momento procesal es dudar por definición de todas las afirmaciones que hace la policía judicial. Si explican que han recibido una información de la autoridad aduanera ecuatoriana, es tan absurdo como improcedente pensar que eso es un invento bien de la Autoridad aduanera ecuatoriana, bien de la unidad española y, en consecuencia, que el Juez se sienta obligado a exigir pruebas fehacientes que, por otra parte, las hay: la Autoridad Aduanera del país hispanoamericano remite un informe amplio con reportaje fotográfico y análisis.

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

En principio el Instructor ha de fiarse lógicamente de los datos objetivos que le transmite la policía. Es absurdo pensar que ha de comprobar todas y cada una de las afirmaciones que se le facilitan, como a veces vienen a exigir de manera tan improcedente como infundada algunas defensas. Aquí se deslizan en la argumentación de los recurrentes algunas afirmaciones que discurren por esa senda. Si se informa que una persona tiene antecedentes policiales por un determinado delito, no es necesario que lo corrobore el juez con un certificado antes de la intervención; si se afirma que han realizado vigilancias y han observado determinada secuencia, tampoco hay que dudar de la veracidad de esos datos objetivos reclamando la declaración a su presencia de los agentes encargados de los seguimientos; si el oficio policial indica que han observado que varias personas se acercaban a otra breves momentos e intercambiaban algo, no es necesario antes de decidir sobre la autorización solicitada ni tomar declaración bajo juramento a los testigos, ni a los que contactaban, ni a los agentes. o, como en este caso, si narra actividades previas de importación.

La medida exige que se cuente con indicios suficientes, con "buenas razones"; no que se practiquen todos los posibles medios de averiguación que podían corroborar o no esa base indiciaria. Postergar las escuchas a la realización de todas las imaginables informaciones que podrían colateralmente coadyuvar al esclarecimiento de los hechos o robustecer los indicios carece de lógica. No es necesaria una a modo de "mini-instrucción" previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia. En absoluto.

La inicial intervención estaba justificada.

b) La comprobación de que Baltasar ayudaba a su hermano Teofilo en la gestión de la empresa y otras investigaciones que se realizan sobre él (folio 23 y siguientes) avalaron unos días después la necesidad de intervenir sus teléfonos. Lo que hay que verificar ahora es la consistencia de esas sospechas y los datos que las respaldaban expuestos en el oficio policial; no lo que el Jefe de la Unidad de Vigilancia Aduanera contestado en un juicio en que se le piden valoraciones sobre algunos elementos de forma descontextualizada. Es dialécticamente efectista esa argumentación construida sobre preguntas realizadas a los investigadores muchos años después; y es legítima esa estrategia de defensa. Pero, desde luego, no puede llevarnos a hacer descansar nuestra decisión en la mayor o menor memoria del testigo, o en su capacidad de responder con agilidad a cuestiones muy concretas que muy probablemente por el transcurso de años deben haber desaparecido o estar alojadas en un recóndito lugar de su cerebro ("*¿Qué significa en una conversación telefónica hablar de "Piñas?"*", v.gr. Esa pregunta en abstracto puede desconcertar, pero si la situamos en su contexto, adquiere un sentido radicalmente distinto: puede significar mucho); y lo significaba cuando los encargados de la investigación (folio 23 vuelto) habían comprobado que se investigaban envíos previos de cocaína con esa apariencia o etiqueta.



Nuestra labor de fiscalización posterior ha de estar orientada por los informes y datos con que contaba el Instructor en el momento en que adoptó sus decisiones; no sobre lo que recordaban cuatro años después unos agentes que seguramente han participado en muchas operaciones similares. Lo podemos hacer con facilidad porque están documentadas. Y el juicio no puede ser si no positivo: había razones para entender que la colaboración de Baltasar con su hermano Teofilo en la actividad empresarial podía alcanzar probablemente la sospechada implicación en tareas de importación de droga. Datos recabados y expuestos lo corroboraban (aparece también como responsable de la empresa que aparecía en internet como gestora de las importaciones; se la menciona como responsable de la gestión de temas relacionadas con el "carbón" y pescado...).

Las escuchas e investigaciones posteriores confirmaron sobradamente esa estimación como va exponiendo la sentencia sintetizando cada paso en la investigación previo a nuevas decisiones sobre intervenciones telefónicas o prórrogas. Por más que el Jefe de la Unidad pueda no recordar esos datos con precisión, el Juez no intervino el teléfono de Baltasar por ser el hermano de Teofilo (como no intervino el de otros posibles hermanos, ni indagó si los había). Lo intervino por otras razones bien fundadas que aparecen en las actuaciones.

Conseguir que un testigo diga que una investigación es prospectiva tampoco nos vincula. Es ridículo tener que afirmarlo, pero el argumento de uno de los **recursos** obliga a esa elemental aseveración. Sabe esta Sala Segunda lo que es una investigación prospectiva. Y sabe sobradamente lo que no lo es. Y conoce que una está prohibida por nuestro sistema. Y ésta no fue una investigación prospectiva, pues nació de unas sospechas sólidas de la realidad de un sistema empresarial organizado con un proyecto de importación de cocaína a España.

Cada auto aparece fundado y apoyado en detallados oficios policiales que dan cuenta del curso de las intervenciones y sus resultados. En ninguna de las resoluciones judiciales, ni en sus prórrogas se descubre ni falta de proporcionalidad ni ausencia de motivos, ni arbitrariedad en la decisión.

c) Carlos cuestiona, por su parte, la legitimidad del Auto de 14 de marzo de 2014 por el que se acordó la intervención de sus comunicaciones. Lo hace aludiendo al oficio anterior de la unidad de vigilancia aduanera que menciona una conversación con Baltasar. Sostiene que nunca existió esa comunicación. De ahí deduce que el fundamento de la injerencia fue exclusivamente la reunión que había tenido el 24 de enero con Baltasar, entrevista de la que no podría deducirse en modo alguno su relación con actividades delictivas en la medida en que mantenían entre ellos una amistad desde años anteriores. Haber concertado una cita en una cafetería con quien está siendo investigado no proporciona base para intervenir sus comunicaciones.

El cuadro que presenta el **recurso** está interesadamente sesgado. Interesada ¡y legítimamente! sesgado. La defensa ha de ser necesariamente parcial. No se le puede exigir ni objetividad ni neutralidad. Pero, desde luego, es muy deformante la visión que ofrece. La entrevista el 24 de enero de 2014 entre Baltasar y Carlos se produce en un contexto: aquél está siendo investigado por proyectadas operaciones de importación de droga; mantiene relaciones con esos fines con una pluralidad de personas usando apodos y nickes para preservar cierta clandestinidad y dificultar identificaciones. A Carlos le conoce en una comunicación con un concreto apodo "Bola", lo que ya arroja sospechas de que puede ser uno más de los involucrados en esas actividades. Esa idea vendrá a apuntalarse cuando días después Bola reenvía un mensaje de otra persona identificada como Dionisio a Baltasar. Y la involucración del tal Dionisio en esas actividades ya podía considerarse patente y confirmada por algunos otros mensajes (vid el glosario especial) anteriores al auto de 14 de marzo de 2014).

No. La intervención de las comunicaciones de Carlos no se basa en esa conversación que dice no existir (probablemente no transcrita por tratarse quizás de una comunicación no verbal sin más interés que la obtención del teléfono del comunicante que, además, estaba ya identificado y podía averiguarse, como se hizo, a través de la documentación de la Seguridad Social). Se fundó en unos elementos previos: uso de un apodo, al modo que hacían todos los implicados; entrevista personal con Baltasar; vinculación con el entonces conocido como Dionisio que a su vez estaba señalado como uno de los activos partícipes en la trama... Decir que a Carlos se le intervino el teléfono sencillamente por quedar a tomar un café con un amigo es una simplificación muy grosera.

Es más, aunque llegásemos a la conclusión -insostenible conclusión- de que esa medida no fue legítima y prescindieramos de las conversaciones intervenidas a Carlos (con un matiz importante: solo las captadas por virtud en exclusiva de la intervención de su teléfono, no de aquellas otras mantenidas con otros cuyas comunicaciones estaban legítimamente intervenidas, como las de Baltasar), observamos atendiendo a la paciente y minuciosa secuencia trazada en la sentencia de las conversaciones más significativas y el curso de la investigación:



1. que los indicios frente a Carlos siguieron incrementándose hasta el punto de que hubiera sido inevitable la intervención de sus comunicaciones;
2. que aunque no fuese así y suprimiésemos todas las conversaciones mantenidas por él con personas cuyos teléfonos no estaban intervenidos, nada hubiese cambiado. La investigación no se hubiese visto alterada en absoluto en tanto son otras escuchas las determinantes para fijar el momento de la incautación y proceder a las detenciones;
3. que la detención de Carlos en un escenario y con unos acompañantes que no permiten más explicación que la de su participación preconcertada en el delito, se hubiera producido igualmente.

Y es que no basta con aludir genéricamente a la conexión de antijuricidad para, después de identificar alguna quiebra en la investigación, reclamar su total nulidad. Es necesario establecer, en primer lugar, una causalidad natural que permita afirmar que, suprimida esa prueba o ese medio de investigación, no se hubiesen obtenido las restantes; y, solo después, verificar la conexión de antijuricidad que comporta todavía mayores exigencias.

Con esto quedan refutados los argumentos contenidos en el submotivo segundo del primer motivo del **recurso** de Baltasar, el motivo primero de Carlos, el sexto de Esteban, los motivos primero y segundo de Desiderio, el motivo primero del **recurso** de Bernardino y el de igual ordinal de Efraín que también aludía a la insuficiencia de los indicios de la intervención de Baltasar.

SÉPTIMO.- Partiendo de la nulidad de las intervenciones telefónicas, varios motivos concluyen que el efecto reflejo consagrado en el art. 11.1 LOPJ contamina también los resultados de las incautaciones de cocaína que han dado lugar a su condena.

Resultan claras dos cosas:

- a) Nada hay que objetar en lo esencial a la tesis de esos motivos: si las escuchas eran nulas, la ineficacia arrastra a la prueba obtenida como consecuencia de las incautaciones de droga vinculadas a la investigación desarrollada por las intervenciones telefónicas. Habría no solo causalidad natural, sino también conexión de antijuricidad. Pero ha de tratarse, como hemos apuntado antes, de la nulidad de esas precisas escuchas que llevan a la obtención de las pruebas finales decisivas; no cualquier escucha de la que pudiera prescindirse sin que variase el resultado. Y en ese punto en general ninguno de los recurrentes realiza esfuerzos para fijar ese hilo conductor que estando claro en cuanto a los dos primeros autos de intervención de cuya legitimidad no hay duda, no lo está respecto de otros. Sirva esto como pura advertencia en relación a algunas denuncias concretas ya analizadas, por más que se consigne solo a efectos dialécticos: ya hemos concluido que no se aprecian defectos invalidantes en la investigación soportada por esa secuencia de intervenciones telefónicas.
- b) Esa premisa inicial carece de aplicación al presente supuesto: las intervenciones telefónicas se han ajustado a las previsiones legales y constitucionales como se ha razonado en los fundamentos jurídicos anteriores. Eso priva de todo sustento a estos motivos.

Decaen así por ello los motivos segundo de los **recursos** de Esteban, de Bernardino y de Carlos (que además invoca de manera inviable en **casación** el principio *in dubio*, aunque de forma genérica y sin descender al caso concreto en el que es difícil intuir a la vista de las circunstancias de su detención, qué duda podría albergar no ya el Tribunal sino cualquier otro observador imparcial).

OCTAVO.- Otro nutrido grupo de motivos gira en torno a los análisis y pesaje de la sustancia intervenida: desde ahí postulan la supresión de la agravación basada en la notoria importancia (art. 369.1.5º CP) previa parada en la presunción de inocencia.

Se pueden admitir las dificultades en el análisis de la cocaína dada la forma en que se importaba, impregnando abono orgánico. También se pueden llegar a admitir las objeciones sobre posibles extrapolaciones de un margen de error. Y podríamos enzarzarnos en un debate sobre las distintas periciales. Algunas señalan esas dificultades. Pero ninguna afirma que el total de cocaína pudiese ser inferior a 750 grs, lo que, por otra parte, resulta totalmente inverosímil.

El peso total fijado por la Audiencia con una base pericial sólida asciende a 12.457 gr. Pues bien, argumentar que como pueden haberse producido imprecisiones, hay que considerar que no sobrepasaba los 750 gr. supone un razonamiento tan acrobático y voluntarista como inasumible. Ninguno de los peritos ha sembrado dudas que puedan llegar a esa estimación. No tiene sentido entretenerse en desmontar esas objeciones: no hay duda alguna de que la cantidad superaba (es más multiplicaba) la cifra de 750 gr. y ninguna duda suscita la aplicación del art. 369.1.5, dejando a un lado otras agravaciones no invocadas que recoge el art. 370. Podemos estar seguros de que no hubo una contaminación de la sustancia de tal calibre que la dejase en una cifra inferior a los 750 gramos.



Basta remitirse al extenso razonamiento de la Audiencia Provincial que menciona los informes que fundan su certeza sobre este extremo:

SÉPTIMO: *Obra al folio 30 del Tomo 11 informe analítico de la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Alicante, en el expediente n.º NUM043*, (fecha de depósito 17/11/2014) que aprecia un porcentaje de impregnación de la muestra del 0'6 %, señalando un peso total de cocaína en la muestra de **8.700 gramos**.

Obra al folio 28 del Tomo 11 informe analítico de la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Alicante, en el expediente n.º NUM044, (fecha de depósito 17/11/2014) que aprecia restos de cocaína en la muestra analizada.

Obra al folio 26 del Tomo 11 informe analítico de la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Alicante, en el expediente n.º NUM045, (fecha de depósito 21/01/2015) que aprecia un porcentaje de impregnación de la muestra del 0'2 %, señalando un peso total de cocaína en la muestra de **3.757 gramos**.

Obra al folio 250 del Tomo 11 informe de la Comisaría Provincial de Alicante que manifiesta que el informe 14-Q1-0782 hace referencia al contenedor n.º NUM007 y que el informe 15-Q1-0025 hace referencia al contenedor n.º NUM040.

Obra al folio 139 del Tomo informe n.º 14-Q1-0782 del Laboratorio Químico de la Unidad Central de análisis Científicos de la Comisaría General de Policía Científica que en las muestras analizadas 14- Q1-0782-M1, M2, M3, M4, M5, M6, M7 y M8 se identifica la presencia de cocaína y que las muestras tienen una riqueza expresada en cocaína base del 1'26 % pp. (Coeficiente de variación \pm 5 %).

Manifiesta el informe que en las muestras analizadas 14-Q1-0782-MA y MB no se identifican sustancias estupefacientes, obrando al folio 150 del Tomo 11 que las muestras MA y MB corresponden a muestras de sacos que no fueron incautados por no contener droga. Obra al folio 188 del Tomo 11, informe **15-Q1-0025** del Laboratorio Químico de la Unidad Central de análisis Científicos de la Comisaría General de Policía Científica que en las muestras analizadas 15-Q1-0025-M2, M3, M4, M5, M7, M12, M12, M13, M14, M15 y M16, se identifica la presencia de cocaína.

En las muestras analizadas 15-Q1-0025-M2, M4, M5, M9, M10, M11, M12, M13, M15, M18 y M19 se identificó anhidrometilecgonina y ecgonina metil ester.

En la muestra analizada 15-Q1-0025-M8 se identificó ecgonina metil ester.

En las muestras analizadas 15-Q1-0025-M1, M6, M17 y M20, no se identificó la presencia de sustancias estupefacientes.

Señala el informe que la anhidrometilecgonina y la ecgonina metil ester son alcaloides de la cocaína.

Obra al folio 277 del Tomo 11, informe **15-Q1-0236** del Laboratorio Químico de la Unidad Central de análisis Científicos de la Comisaría General de Policía Científica que manifiesta que en la muestra 15- Q1-0236-M1 se ha identificado cocaína base del 25'43 % (+/-2'99 % p/p); que en la muestra 15-Q1-0236-M1 se ha identificado también la presencia de anhidrometilecgonina, fenacetina, levamisol y tetracaína; en la muestras 15-Q1-0152-M2 y M3 se ha identificado manitol y almidón; en las muestras 15-Q1-0152-M2 y M3 no se ha identificado cocaína.

Obra al folio 281 del Tomo 11, informe **15-Q1-0067** del Laboratorio Químico de la Unidad Central de análisis Científicos de la Comisaría General de Policía Científica, relativo al análisis de 50 viales de cristal conteniendo sustancia vegetal de color negro según acta de 78 sacos de 25 kg (contenedor NUM041), obrando al folio 283 los resultados obtenidos.

Los informes periciales mencionados de la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Alicante y del Laboratorio Químico de la Unidad Central de análisis Científicos de la Comisaría General de Policía Científica acreditan la existencia de cocaína mezclada con la mercancía declarada en la importación y los porcentajes de la mezcla.

Valentín, catedrático del departamento de Ingeniería Química de la Universidad de Alicante, comparece en las actuaciones en calidad de perito, ratificando su informe obrante al folio 263 del Tomo 12, informando que los análisis termogravimétricos de las muestras que le fueron facilitados no son adecuados para resolver esta cuestión.

Las Defensas cuestionan los resultados obtenidos por los mencionados laboratorios oficiales y presentan la pericial del catedrático Secundino (Folio 222 del Tomo 11) informe de encargo que concluye que "A partir de los razonamientos anteriores y de los bajos niveles encontrados en las muestras del 0 %, 0'2 % y 0'6 %, se puede intuir



que se haya dado una contaminación en origen de las muestras a partir de los sacos o los contenedores o que se hayan contaminado los extractos en la etapa final de determinación cromatológica en el propio laboratorio; a pesar de las medidas de control que, evidentemente, se toman en estas instalaciones".

El Sr. Secundino en modo alguno cuestionó los procedimientos empleados por los laboratorios de la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Alicante y del Laboratorio Químico de la Unidad Central de análisis Científicos de la Comisaría General de Policía Científica.

El Tribunal entiende que no concurre indicio alguno de que las muestras extraídas para su análisis hayan podido contaminarse por contacto. En efecto, de las conversaciones intervenidas se desprende, sin género de dudas, que la trama urdida pretendía traer a España cocaína mezclada con la mercancía legalmente declarada, sin que el porcentaje de riqueza expresada en cocaína base pueda explicarla la contaminación invocada. A mayor abundamiento ha de decirse que en las muestras "no marcadas" no se detectó la presencia de sustancia estupefaciente

En el caso de autos, no hay indicio alguno que desvirtúe los informes NUM043 (folio 30 Tomo 11), NUM044 (Folio 28 Tomo 11) y NUM045 (folio 26 Tomo 11), elaborados por la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Alicante -laboratorio oficial-, en relación con los análisis relativos a la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, análisis realizados siguiendo los protocolos recomendados por la División de Estupefacientes de las Naciones Unidas.

El informe NUM043 determina que la muestra contiene un 0'6 % de impregnación de cocaína en la muestra, estimando un peso total de cocaína de **8.700 gramos**.

El informe NUM045 determina un 0'2 de porcentaje de impregnación de cocaína en la muestra, calculando que el peso total de cocaína era de 3.757 gramos.

El informe NUM044 solo detecta restos de cocaína en la muestra analizada.

Queda pues, acreditada la introducción de cocaína en nuestro país mezclada intencionadamente con abono orgánico para burlar los controles aduaneros".

Los motivos segundo del **recurso** de Baltasar , cuarto del de Esteban y de Sixto , segundo de Efrain y cuarto de Bernardino han de ser desestimados.

NOVENO.- Se suscita también la cuestión de la regularidad de la cadena de custodia (motivo tercero del **recurso** de Desiderio y segundo del **recurso** de Efrain).

Ese tema ha sido objeto de análisis en muchas ocasiones. Estamos ante un problema no tanto de validez, como de fiabilidad. Así lo recordaba la STS 1072/2012, de 11 de diciembre. La regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción intervenido. Se quiere asegurar que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido contaminación alguna. El decaído proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 contenía una sintética regulación de esa materia (arts. 357 a 360), hoy ausente, al menos en esa visión integrada, en nuestra legislación procesal, sin perjuicio de algunas inequívocas referencias (vid. art. 334, entre otros). Con el valor puramente doctrinal que cabe atribuir a ese texto, se establecía por vía de principio la obligación de cuantos se relacionan con las fuentes de prueba de garantizar su inalterabilidad, o dejar constancia de las eventuales modificaciones que hayan podido producirse como consecuencia de su depósito, recogida, inspección, análisis o depósito. Disposiciones de rango reglamentario estarían llamadas a regular un procedimiento de gestión de muestras, cuyos hitos básicos, que habían de documentarse, se reflejaban legalmente: dejar constancia de las circunstancias del hallazgo, personas y lugares que hayan tenido a su cargo la muestra, tiempo y motivo de los sucesivos trasposos, así como detalle de las técnicas que hayan podido aplicarse y el estado inicial y final de las muestras (art. 359).

Sin necesidad de tan específicas disposiciones a nivel legal es exigible también en la actualidad asegurar y documentar la regularidad de la cadena para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba. Cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas razonables, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada. No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ese es el alcance que se atribuía a la regularidad de la cadena de custodia en la normativa proyectada aludida: "El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral... El quebrantamiento de la cadena de custodia será



valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba" (art. 360). No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad.

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

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

"La cadena de custodia sirve para acreditar la "mismidad" del objeto analizado, la correspondencia entre el efecto y el análisis o informe, su autenticidad. No es presupuesto de validez sino de fiabilidad. Cuando se rompe la cadena de custodia no nos adentramos en el campo de la ilicitud o inutilizabilidad probatoria, sino en el de la menor fiabilidad (menoscabada o incluso aniquilada) por no haberse respetado algunas garantías. Son dos planos distintos. La ilicitud no es subsanable. Otra cosa es que haya pruebas que por su cierta autonomía escapen del efecto contaminador de la vulneración del derecho (desconexión causal o desconexión de antijuridicidad). Sin embargo, la ausencia de algunas garantías normativas, como pueden ser las reglas que aseguran la cadena de custodia, lo que lleva es a cotejar todo el material probatorio para resolver si han surgido dudas probatorias que siempre han de ser resueltas en favor de la parte pasiva; pero no a descalificar sin más indagaciones ese material probatorio".

La mera irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad de la prueba (STS 339/2013, de 20 de marzo).

Solo "si las deficiencias formales despiertan serias dudas racionales, debería prescindirse de esta fuente de prueba, no por el incumplimiento de algún trámite o diligencia establecida en el protocolo de recepción de muestras y su custodia, sino por quedar cuestionada su autenticidad" (STS 129/2015, de 4 de marzo).

En suma, la cadena de custodia podemos definirla como la garantía de la autenticidad de los elementos probatorios recogidos durante la fase de investigación preliminar, al incidir sobre las condiciones de conservación del cuerpo y de los efectos e instrumentos del delito, de modo que no haya duda de que sean ellos mismos los elementos sobre los que se verifiquen las oportunas pericias, o sean mostradas en el juicio oral, como auténticas piezas de convicción.

Como quiera que en toda actuación policial se parte de su regularidad procesal, para examinar adecuadamente si se ha producido la ruptura relevante de la cadena de custodia no es suficiente con el planteamiento genérico de la cuestión, es necesario que la parte que la cuestión precise en qué momentos, a causa de qué actuaciones o en qué medida se ha producido tal interrupción.

A tal efecto, la STS 332/2019, de 27 de junio, expone que a través de las declaraciones testificales de los policías o de los expertos forenses, que aseguraron y examinaron las fuentes de prueba, se pueden aclarar en el juicio las cuestiones controvertidas que las partes, al formular las preguntas, tengan sobre la conservación o ruptura de la cadena de custodia - STS 195/2014, de 3 de marzo-. Son pues sus declaraciones y la valoración judicial que se hace de ellas, las que permiten al Tribunal mantener la fiabilidad, autenticidad e integridad que se predica de las muestras y el material intervenido relacionado con el acto delictivo.

In casu la Sala sentenciadora expresa que no ha existido irregularidad relevante alguna. Y argumenta que "para examinar adecuadamente si se ha producido una ruptura relevante de la cadena de custodia no es suficiente con el planteamiento de dudas de carácter genérico, debiendo precisar en qué momentos, a causa de qué actuaciones y en qué medida se ha producido tal interrupción.

En el caso que nos ocupa los funcionarios que intervienen en el plenario manifiestan el camino recorrido desde la incautación de los sacos en los contenedores hasta los laboratorios en los que se analizan las muestras extraídas. El Tribunal no tiene duda alguna sobre la "cadena de custodia", entendiendo garantizada la "mismidad" del objeto analizado, esto es, la correspondencia entre el efecto y el análisis. Los porcentajes de cocaína hallados descartan la contaminación invocada, sin que exista la más mínima sospecha de la que pueda deducirse que la cocaína encontrada en los análisis haya sido introducida en las muestras por agentes de la autoridad con objeto de incriminar falsamente a los acusados.

No existe irregularidad relevante alguna, ni puede sospecharse de la real existencia de las dudas expuestas, ni estaríamos, en todo caso, ante vulneración verdadera de un derecho fundamental sino tan sólo frente a cuestión propia de la valoración probatoria que corresponde al Tribunal".



La regularidad de la custodia queda avalada por el testimonio de los agentes que declararon en el juicio oral.

DÉCIMO.- También se debe denegar la pretensión de que la conducta llevada a cabo por algunos de los recurrentes (motivo tercero de Carlos) sea degradada de la autoría de la complicidad. El relato de hechos probados excluye todo margen interpretativo para esa posibilidad -admisible, pero excepcional- de apreciar una complicidad en los delitos contra la Salud pública. Refrenda tal conclusión una doctrina jurisprudencial reiterada de la que constituye buen botón de muestra la STS 679/2016, de 26 de julio:

"En el ámbito concreto del delito contra la salud pública de tráfico de drogas, se subraya en las sentencias de esta Sala la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal. Se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor", con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 (STS núm. 93/2005 de 31 de enero; 115/010 de 18 de febrero; 473/2010 de 27 de abril; 1115/2011 de 17 de noviembre; 207/2012 de 12 de marzo; y 401/2014 de 8 de mayo).

Se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", ha optado por permitirla, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga o en el solo acompañamiento a ese lugar".

La conducta de Carlos venía concertada previamente. Supone no un auxilio puntual puramente material y esporádico; sino una intervención convenida, pactada desde tiempo antes. Nada tiene que ver con quien es requerido para una descarga concreta de droga mediante una pequeña retribución tras la cual queda desvinculado totalmente de los organizadores; supuesto éste, por cierto, que también es tradicionalmente considerado un caso de autoría o cooperación necesaria, constituyendo islotes muy solitarios los casos excepcionalísimos en que por razones específicas y muy singulares (cuando la colaboración no ha empezado a prestarse, por ejemplo, pudiendo hablarse de una tentativa de participación lo que es radicalmente distinto de lo que ahora examinamos) se ha podido llevar esa conducta a la complicidad.

Los motivos tercero del **recurso** de Carlos y segundo del interpuesto por Efrain paralelo a éste, decaen.

UNDÉCIMO.- Los motivos por infracción de ley del art. 849.1º LECrim formalizados sencillamente como necesaria secuela de la estimación de motivos relacionados con la nulidad de las escuchas o la presunción de inocencia bien en relación a la cantidad de droga, bien a la participación de hechos carecen de contenido autónomo. El fracaso de aquéllos determina la suerte de estos (motivos tercero y quinto del **recurso** de Esteban ; o tercero y quinto del **recurso** se Bernardino).

DUODÉCIMO.- Un matiz diferencial presenta el motivo que por el mismo cauce casacional (art. 849.1 LECrim) articula como quinto el **recurso** de Desiderio : aduce que el hecho probado no recoge que la sustancia estuviese destinada al consumo de terceros e invoca la jurisprudencia que exige que el *factum* sea autosuficiente.

Es correcta esa jurisprudencia pero no puede ser llevada al absurdo extremo al que nos quiere empujar el recurrente. No es necesario que el hecho probado consigne lo evidente, lo que fluye de la narración sin necesidad de una mención particular. Y no es serio aducir que se causa indefensión porque los condenados pueden ignorar por esa omisión cuál es la razón de la condena. ¿Para qué otra finalidad podían querer la sustancia? ¿Para el propio consumo de los acusados? ¿Para almacenarla sin otra finalidad distinta que su conservación? ¿Para su destrucción? Si fuese así -o fuese dudoso, porque alguien lo hubiese alegado suscitando dudas- esa otra exótica finalidad era lo que habría de consignarse así.

Siendo real y estando vigente la jurisprudencia invocada que sustituyó felizmente a unas tesis mucho más laxas, no puede ser llevada a tales extremos que la transforme en una incomprensible y absurda idolatría a un *tótem* vacío o en un formalismo (ajeno a toda idea de indefensión) que convierta un simple defecto de sistemática (corregible a través de un mero *cortaypega*) en causal de **casación**. Para evitar esos peligros que generarían decisiones incomprensibles, es necesario no perder de vista el fundamento de esa jurisprudencia ya consagrada: y el fundamento estriba en disipar todo riesgo de indefensión que podrá surgir si de los defectos de sistemática de la sentencia o si de su pobreza narrativa la parte pasiva no puede conocer con precisión y debidamente perfilados y acotados los hechos que motivan su condena para poder impugnarlos.



Si no se modula con criterios de racionalidad el axioma proclamado por la jurisprudencia acabaríamos empujando a las partes recurridas a adherirse preventivamente a los **recursos** aduciendo quebrantamientos de forma encaminados exclusivamente a subrayar lo obvio, con los consiguientes retrasos, inútiles en cuanto no servirían a soluciones más justas, y, por tanto, perniciosos (v. gr., frente a un **recurso** por infracción de ley, reclamaciones adhesivas pidiendo el reenvío de la sentencia al Tribunal -art. 851.1º- para que añadida en el hecho probado la locución *con intención de matar* solo justificada en el fundamento de derecho; o las expresiones *puestos de común acuerdo* o *con ánimo de distribuir la droga* -para evitar bien la estimación del motivo ex art. 849.1º fundado en que el hecho probado solo describe que dos personas entraron a realizar un atraco mientras un tercero les esperaba con el coche arrancado, pero no consigna expresamente que este tercero actuaba en connivencia con aquéllos y aunque luego lo justifique en la motivación fáctica de la sentencia; o se limita a proclamar que alguien ha sido sorprendido con veinte kilogramos de cocaína que mantenía ocultos en un almacén-).

El hecho probado recoge un relato que es inequívoco para el menos perspicaz de los lectores: se importa cocaína a España de una forma clandestina, y eso no puede obedecer, dadas las cantidades y la mecánica, a la voluntad de comercializarla. Si no, ni se entiende la referencia constante a los arts. 368 y concordantes, ni resulta comprensible nada de lo que se explica y acuerda en la sentencia. Deducir de la economía narrativa del hecho probado (que desde luego no es el modelo ideal en ese único punto: en el resto la sentencia resulta elogiada por el trabajo motivador que denota) que alguno de los condenados desconoce o puede no comprender con la suficiente nitidez por esa omisión que se les condena por entenderse probado que el destino final de esa cocaína era el consumo por personas, es pisotear el sentido común. La sentencia ha omitido lo obvio, por obvio. Pero por ser precisamente algo obvio, implícito en toda la sentencia, en la secuencia narrativa y significadamente en los apoyos legales, no puede eso traducirse en una absolución fundada en algo tan absurdo como que al recurrente se le sitúa en una posición de indefensión al no poder identificar con precisión que se ha considerado probado que la droga no tenía otro destino distinto (como la destrucción, el consumo animal, o el empleo como abono...). Esto sería lo insólito y, por tanto, lo que de haber sido aducido como coartada debiera haberse probado y en su caso consignado en el hecho probado. El silencio en algunos contextos es también comunicación. Y en el relato de la Audiencia (sin que dejemos de subrayar que era preferible reflejar también lo obvio) esa omisión solo se entiende desde la perspectiva que añade una acusación primero y una condena después por el delito del art. 368 CP.

Ningún lector del hecho probado llegará a otro entendimiento; no porque deduzca algo más, sino porque en sí, de forma implícita pero totalmente expresiva e inteligible, se está describiendo una importación de droga con fines comerciales. Exigir en el hecho probado una proclamación expresa de esa obviedad (que de todas formas no sobraba y era procedente: constituye la plasmación de una parte del tipo subjetivo) desborda la racionalidad de la doctrina invocada sin fortalecer para nada el derecho de defensa. Además podría significar deslizarse por una pendiente en la que se acabase absolviendo del delito de homicidio intentado por no aparecer la expresa mención en el *factum* de que existía *intención de matar* pese a declararse que se clavó el cuchillo en una zona próxima al corazón; o negando la participación de quien aguarda el fin del atraco en el coche para darse a la fuga con los dos autores materiales, por omitirse el tópico *puestos de común acuerdo*. El lenguaje está también formado por el contexto y sobreentendidos, que permiten a veces excluir, sin merma de la comprensión, las explicaciones o aclaraciones innecesarias.

La necesidad de unas operaciones químicas necesarias para disponer la cocaína para el consumo -y con esto contestamos otro argumento de este **recurso**- no desvirtúa la tipicidad del art. 368: se han llevado a cabo actividades encaminadas a facilitar el consumo de drogas. La aducida imposibilidad de preparar la cocaína habría de ser demostrada. Nada, más allá de la voluntariosa argumentación del recurrente, permite pensar que la sustancia camuflada, como venía, con abono, no pudiese ser preparada para el consumo.

El delito está consumado, en otro orden de cosas, en cuanto que se han producido actos dirigidos a facilitar un ulterior consumo de sustancias estupefacientes. Era conducta idónea para alcanzar tal fin: importación de cocaína impregnando abonos y adopción de medidas preparatorias para lograr disponerla para el consumo (motivo sexto de Desiderio).

Se desestiman los motivos quinto y sexto de Desiderio.

DÉCIMO TERCERO.- El **recurso** de Fausto compuesto de tres motivos resulta singular: tiene autonomía propia e incide en cuestiones desvinculadas de las alegadas por los restantes recurrentes. Están relacionadas exclusivamente con la atribución a él del delito contra la salud pública. Los tres motivos están presentados con formatos un tanto retorcidos y poco naturales:

a) Primeramente invoca el art. 9.3 CE (proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos) para encabezar un alegato que guarda un estrecho parentesco con la presunción de inocencia, aunque en el desarrollo se



enfatisa su contrariedad con la afirmación de la sentencia de que no declaró y, por tanto, no dio explicación de la ocupación en su poder de unos papeles. Esa afirmación no se ajustaría a la realidad procesal. Aunque no declaró en sede policial ni al ser presentado como detenido ante el Juez de Instrucción, sí lo hizo en la indagatoria. Luego en el plenario respondiendo a las preguntas de su defensa se remitió al contenido de esa indagatoria.

b) En un segundo motivo se invoca el art. 25 CE: la conducta que se le atribuye no sería típica. Como veremos detrás de la argumentación lo que se esconde de nuevo son divergencias con la valoración probatoria. No es típica si prescindimos del concierto con los restantes acusados que le atribuye la sentencia. Pero eso sería predicable de todos (o casi todos) los condenados y sus respectivas acciones.

c) Por fin, a través de una extraña vía - art. 850.1º LECrim- se queja no por la denegación de una prueba, sino por no valoración de una prueba: su declaración indagatoria que la Audiencia parece haber olvidado. El planteamiento procesal es original pero tampoco puede descalificarse precipitadamente: el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE) repudia el rechazo de pruebas propuestas y que sean posibles y pertinentes; pero de alguna forma también puede introducirse en su contenido material la pretensión de que las pruebas practicadas formalmente sean materialmente valoradas, para negarles virtualidad, o para tomarlas de alguna forma en consideración; pero valoradas. Esa fórmula encaja más bien con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y en concreto a la motivación fáctica, pero alguna ligazón cabe establecer con el art. 850.1º, aunque en efecto como señala el Fiscal no sea un planteamiento procesalmente ortodoxo. La petición que encadena a la estimación de ese motivo es también característica de la canónica para un motivo basado en la falta de motivación exhaustiva: devolución a la Audiencia para que dicte nueva sentencia valorando esa prueba que parece haber sido ignorada (declaración indagatoria a la que se remitió en el plenario).

Los tres motivos así enunciados pueden ser abordados de forma conjunta, pues giran en torno a la misma cuestión: ¿existe prueba suficiente de la implicación del acusado en la actividad planificada de importación de cocaína desde Latinoamérica y en concreto Ecuador?

Esa es la clave.

DÉCIMO CUARTO.- Para despejar esa incógnita lo decisivo es ponderar si la Sala contaba con material probatorio suficiente para afirmar sin género de dudas lo que proclama al comienzo del hecho probado: que se concertó con el resto de condenados para, con la colaboración y coordinación de todos (obviamente con actividades diversificadas), participar en la recepción de cocaína camuflada enviada desde Ecuador (para luego prepararla para el consumo y comercialización). Esa es la conducta que le atribuye la sentencia y por la que está condenado. Lo demás son concreciones de esa afirmación preliminar y nuclear a la vez. Se desenfoca el motivo cuando se busca la tipicidad en las actuaciones posteriores prescindiendo de ese enunciado situado en el pórtico del relato.

Hablar por teléfono, reunirse con otras personas, intentar alquilar una nave, guardar unos papeles con un listado de productos químicos, no son conductas típicas. ¡Eso es claro! Como no lo es conducir un vehículo; llevar una contabilidad; importar mercancías, conseguir productos químicos, etc... Pero cualquier actividad, por inocente que sea si se examina aisladamente (invitar a otro a un viaje en avión; acceder a llevar una maleta como favor; presentar a posibles personas dispuestas a colaborar en la descarga de mercancía...), es apta para dar contenido a uno de los verbos típicos del art. 368 CP: *facilitar de cualquier modo el consumo de sustancias estupefacientes*. Todas las conductas enumeradas encajarían en la tipicidad del art. 368 CP si su objetivo es propiciar el consumo de sustancias estupefacientes (aunque sea mediante actos previos a la venta: cualquier intervención en la cadena que va desde el cultivo y producción hasta el consumo). Por tanto, el debate sobre la tipicidad que suscita el motivo segundo está abiertamente desenfocado. No está el acusado condenado por la tenencia de un par de folios, ni por reunirse con personas implicadas en actividades de importación de drogas un par de horas al comienzo de la tarde; ni por hablar por teléfono con otro implicado. Así descritas, es obvio que tales conductas no son típicas: nadie discute eso. Y la sentencia no le condena por eso. Se le condena porque la Audiencia ha considerado probado que estaba concertado con un grupo de personas para, entre todos y con distintas actuaciones, traer cocaína de Ecuador, lo que finalmente llegó a producirse aunque la operación quedó abortada por la intervención de efectivos de vigilancia aduanera.

Lo demás no son las conductas típicas, sino los hechos que sirven de prueba de ese concierto, de esa actuación de consumo con los restantes condenados; y, en otro orden de cosas, una concreción específica de alguna de las actividades que el recurrente se comprometía a aportar en esa actuación que por ser conjunta y concertada es atribuible a todos, más allá de las funciones asumidas por cada uno.



Volvamos a la pregunta decisiva dejando a un lado un debate inútil sobre tipicidades, alquileres o compras de naves que no llegan a cuajar; o reuniones cuyo contenido se desconoce. ¿Hay prueba suficiente y concluyente de esa participación en el concierto de este recurrente?

No hay inconveniente alguno -y la sentencia no dice lo contrario- en admitir que no hay prueba de una implicación anterior a octubre de 2014. Ahora bien, eso no significa nada relevante: si su incorporación al plan conjunto se produjo en esa última fase, ya superadas las etapas previas de ensayos, en nada queda enturbiada la subsunción jurídica. De hecho, hasta ese momento lo que se habían sucedido eran actos preparatorios y no propiamente ejecutivos.

Desde el 14 de octubre hace su aparición en la investigación; y la hace en un momento en que las intervenciones telefónicas previas (especialmente varias de las datadas en el mes de septiembre) evidencian que ya está pactado el envío de contenedores con droga y que se están realizando los preparativos indispensables para contar con una nave en la que extraer la droga oculta en el abono para poder comercializarla, y con el material químico e instrumental necesarios para esa transformación: en varias conversaciones aparecen mencionados los "listados" de productos y aparatos, que se necesitan, para trasladarlos a otras personas (no hace falta una perspicacia especial para deducir que habían de ser los encargados de adquirir esos materiales). Y hace su aparición el recurrente asumiendo el encargo de Sixto (uno de los implicados en la actividad ilícita y organizadores de la trama) de buscar una nave. ¿Es posible que no le indicase para qué buscaba una nave de determinadas características? En principio sí. Pero esa inicial posibilidad se va diluyendo hasta mutar en muy poco probable, primeramente, y luego en inverosímil cuando a ese dato sumamos otros indicios, muy incriminatorios en el contexto en que se producen.

El recurrente se emplea en el intento de buscar la nave. Llega a hacer gestiones y tantea posibilidades como demuestran las conversaciones posteriores con Sixto (se descarta una oferta por no aceptar el propietario la opacidad que reclamaban). Y se producen conversaciones con Sixto y con otros de los condenados relacionadas con esa búsqueda de una nave (14 de octubre). Además, como es costumbre en la organización, se utiliza un Nick.

Luego volverá a aparecer dos días después en una cita que se concierta "en donde la bandera, en el centro comercial del otro día". forma de expresión que evoca contactos previos. No se personará allí Sixto -única persona a la que dice conocer- sino otros de los involucrados en la actividad delictiva, que en los días inmediatamente anteriores se habían interesado por las listas y por la nave. ¿De qué hablan allí? ¿Había quedado con Sixto para un pago pendiente y Sixto no va? Sin embargo, se reúne con esas otras personas, en unas fechas en que ya esperan el inminente envío de cocaína.

¿Fue todo una fatal casualidad? ¿Una equivocación de Sixto? ¿Qué explicación dar a esa reunión concertada ese día justamente con esas personas precisamente? ¿Encomendarían los responsables una tarea como la de alquilar una nave para preparar droga a quien ignora el destino que piensan darle? ¿Se exhibirían ante él sin necesidad de ello?

Si, por fin, cuando el recurrente es detenido, se le ocupa un listado con sustancias idóneas para las labores de transformación de esa sustancia, lista idéntica a la ocupada a otro de los inequívocamente implicados en la actividad delictiva, y se relaciona el dato con las menciones a esa nota en las conversaciones de unos días antes cuando se ultimaban los preparativos para la recepción de la cocaína, la posibilidad de que todo sea fruto de unas desgraciadas coincidencias es descartable: puede llegarse a la clara conclusión de que el recurrente estaba al tanto de toda la operación, que no era ajeno a la trama y que asumía algunas funciones concertadas con el resto: encargarse de hacer acopio de los productos para preparar la droga, buscar una nave en Madrid que pudiese ser utilizada como almacén y laboratorio, u otras. Constatada esa implicación concertada es absolutamente irrelevante que sus gestiones concretas fuesen o no exitosas. Es coautor de toda la actividad porque es una actividad de todos, más allá de las funciones de cada cual.

Ese es el cuadro probatorio. Eso es lo que funda la condena. No es dable la comparación con otros acusados absueltos porque nunca la situación probatoria es idéntica. Pero sí de verdad fuese idéntica la conclusión no sería absolver a este recurrente, sino concluir que quizás también la condena podría haberse extendido a alguien más (lo que se expone como simple **recurso** argumental: no hemos examinado, ni nos corresponde hacerlo, la situación de algunos acusados absueltos).

DÉCIMO QUINTO.- Pasemos a analizar el tema del uso por la Audiencia de su silencio inicial (hasta la indagatoria) como dato que apuntala su convicción.

La Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia en su art. 7 proclama el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. Interesa ahora un párrafo de tal precepto:



"5. El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate".

Pese a que muchos textos internacionales y nacionales solo mencionan un genérico derecho a la no autoincriminación, y a que se ha debatido si derecho al silencio es un derecho autónomo, o una manifestación de ese único derecho, en general se entiende que el derecho a no declararse culpable ampara también la negativa a someterse a un interrogatorio inculpatario.

Así lo aceptó siempre nuestro Tribunal Constitucional: entre muchas, STC 161/1997, de 2 de octubre, que evocando la jurisprudencia del TEDH (SS de 17 de diciembre de 1996 -caso *Saunders* contra el Reino Unido, parágrafo 68-, de 25 de febrero de 1993 -caso *Funke* contra Francia, parágrafo 44 - y la muy citada -doctrina *Murray*- de 8 de febrero de 1996 -*John Murray* contra el Reino Unido, parágrafo 45), hacía suya sus conclusiones: el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, aún no expresamente mencionados en el artículo 6 del Convenio, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia.

Se dice por algún sector que solo queda garantizado el derecho al silencio si su ejercicio no supone ningún coste para el acusado, tampoco en términos de valoración probatoria.

El silencio no es de ninguna forma signo de culpabilidad. Jamás una condena podrá basarse en el silencio del acusado.

Pero en determinados contextos y condiciones no es algo totalmente neutral en una valoración probatoria, como no son neutras (sino que pueden formar parte de la motivación fáctica) otras actitudes o estrategias procesales del acusado o de otras partes: el acusado que rehúsa formar un cuerpo de escritura cuando de ser negativa la prueba caligráfica (art. 391.3 LECrim) resultaría prueba irrefutable de su inocencia; la negativa a someterse a pruebas biológicas en un procedimiento para determinación de la paternidad cuando muchos indicios apuntan a esa paternidad; la desidia de una acusación no trayendo a declarar como testigos a quienes según sostiene presenciaron los hechos... No son pruebas en sentido estricto; pero son elementos valorables que ayudan, a veces decisivamente, a alcanzar una conclusión obtenida del cuadro probatorio. No se trata sencillamente de un tema de carga de la prueba (si es que ese concepto no debe ser definitivamente abandonado, especialmente en el ámbito penal); sino de que en el razonamiento valorativo las actitudes procesales de cada parte aportan elementos a veces aprovechables o reveladores.

Eso sucede en ocasiones con la negativa a declarar. No es signo de culpabilidad en modo alguno. El aserto *el que calla, otorga* es no solo falso, sino, además, llevado al mundo procesal, perverso. El que calla, sencillamente, calla.

Pero también es cierto que el silencio en la vida social, en el lenguaje, en la conversación, en una reunión o diálogo o discusión, a veces habla y comunica y es portador de mensajes según los contextos. No podemos cegar esa fuente de convicción a los Tribunales penales: si se prohibiese formalmente, queriendo abolir lo que es una máxima de experiencia que manejada con prudencia y cautela puede proporcionar buenas razones, aparecería de forma camuflada e hipócrita y, por tanto, sin posibilidad de fiscalización: que el Tribunal aquí exprese honestamente que en su convicción ha pesado el silencio inicial del acusado, es lo que permite ahora a este acusado combatirlo con argumentos.

El silencio no siempre es neutro desde el punto de vista de la valoración probatoria; aunque obviamente si no hay pruebas inculpatorias en sentido estricto jamás podrá fundar una condena. Muchas veces, también en esos supuestos, no aportará absolutamente nada.

La tesis imperante en nuestra jurisprudencia y que parece inspirar a la Audiencia se aproxima a esa idea, aunque se expresa habitualmente apoyándose en la conocida como doctrina *Murray*: el silencio es un contraindicio poderoso cuando las pruebas de cargo que se presentan reclaman una explicación que solo el acusado podría dar, y éste, pudiendo hacerlo, se niega a proporcionarla (test de la explicación). Pero si no se está en esas circunstancias o hay otras explicaciones del silencio (el prudente asesoramiento del abogado, por ejemplo) ninguna consecuencia negativa puede extraerse de él.

La STS 474/2016, de 2 de junio con ánimo de fijar postura proclama que la ausencia de explicaciones del acusado frente a unas pruebas que le inculpan de manera vehemente, cuando solo él está en condiciones de articular una explicación es un elemento indiciario. Pero el silencio como estrategia procesal no es en abstracto una prueba inculpatoria.

La STC 26/2010, de 27 de abril se expresa así: "ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en



virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria" (SSTC 202/2000, de 24 de julio; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado" (STC 155/2002, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre).

Y de la STC 155/2002, de 22 de julio proviene esta reflexión: "...nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 220/1998, dijimos que 'so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes'; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que 'según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria...".

El mero silencio no es más que ejercicio de un derecho procesal fundamental; nunca un indicio de cargo. pero puede tener significación cuando el silencio comporta también una faz positiva: supone rehusar ofrecer una explicación que, si existiese, solo el acusado puede ofrecer. De ahí sí puede inferirse legítimamente en algún supuesto que si no se ofrece es porque no la hay. Pero sería improcedente desde esa base dar el salto a considerar que el acogimiento al derecho a no declarar es señal de que se oculta algo inconfesable, y por tanto podría generar legítimas sospechas. Esa concepción debe ser tajantemente rechazada.

En fechas más próximas podemos recoger unos pasajes de la STS 447/2019, de 3 de octubre, que aborda el tema en el marco del juicio con jurado y que enlaza con lo señalado por algunos autores en el sentido de que el silencio no es propiamente prueba, pero sí puede proporcionar una línea argumental justificativa de la certeza sobre la culpabilidad:

"1. Fundamenta este motivo en que el Magistrado Presidente no impartió al Tribunal del Jurado la debida información sobre el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse.

2. Así formulado, debería ser rechazado ad limine, pues una incompleta instrucción sobre derecho probatorio y probática, es casi consustancial a todo proceso por jurado. Es difícil, no ya en horas, sino en día, semanas o meses, compilar y hacer partícipe de ese conocimiento procesal a un grupo de personas ajenas a la licenciatura de derecho, el contenido de esta materia.

Pero de manera más sencilla, sí es posible hacer comprender la presunción de inocencia y posibilitar una suficiente motivación sobre la existencia de prueba de cargo; y el quebranto para los derechos del recurrente, derivaría no de la mayor o menor comprensión de esas enseñanzas, sino de la eventual aplicación práctica de las mismas; es decir, si la prueba afirmada y valorada para firmar la culpabilidad del recurrente, era suficiente para vencer la presunción de inocencia.

Suficiencia que ya hemos expresado anteriormente, sin necesidad de ponderar el silencio del recurrente.

3. No obstante, conviene recordar, como precisa la STC 54/2015, de 16 de marzo, con cita del 18/2005, que "conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 'aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio". El derecho a no autoincriminarse, en particular -ha señalado-, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la 'persona acusada'. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6' (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68 ; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39). "En este sentido -concluye el Tribunal de Estrasburgo- el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio" (Sentencias Saunders, § 68; Heaney y McGuinness, § 40; Quinn, § 40; y Weh, § 39).



Igualmente esta Sala Segunda, (vd. STS 158/2018, de 5 de abril) reitera que el derecho del imputado al silencio, y también la ausencia para él, cuando decidiese declarar, de un deber de decir la verdad, compendiados en la máxima *nemo tenetur se detegere*, forman uno de los principios cardinales del proceso penal de inspiración liberal-democrática. Y como tal se encuentra consagrado en el art. 24.2 CE. Así, el silencio del acusado, desde el punto de vista probatorio, es igual a cero; y la prueba de cargo tendrá que formarse a expensas de otras fuentes y a tenor de la calidad convictiva de lo que aporten.

Es decir, el rechazo a dar explicaciones (STS **núm** 92/2016, de 17 de febrero o **núm**. 849/2014, de 2 de diciembre con cita de las SSTs 711/2014 de 15 de octubre y 487/2014, de 9 de junio), no posibilita su integración como indicio para obtener prueba de cargo, cuando la existente es insuficiente: De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del caso John Murray contra Reino Unido (STEDH de 8 de febrero de 1996) se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible.

Ahora bien, una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia (como acaece en autos), es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores, la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal.

La valoración del silencio, no en sede probatoria, sino meramente argumental, deviene posible; es decir, como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado sirve como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de prueba de cargo contra él. Así las SSTC 9/2011, de 28 de febrero o la 26/2010, de 27 de abril, que concluyen que el relato de hechos probados no ha descansado sobre el silencio de la parte recurrente y su negativa a contestar, pues con carácter previo al mismo la propia resolución da por sentada la existencia de prueba de cargo, la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) debe ser desestimada.

4. En definitiva, la argumentación corroboradora sobre la falta de explicaciones del recurrente sobre su presencia portando armas en la mortal pelea, una vez que mediaba plural testimonio sobre ese extremo, en nada afecta a su presunción de inocencia"

Volvamos al asunto que examinamos.

DÉCIMO SEXTO.- Frente al cuadro indiciario sólido, consistente, que ha quedado descrito que apunta al recurrente como uno de los implicados activamente en la operación y con el que no cuadran explicaciones alternativas imaginables, podría operar alguna versión aducida por el investigado que rompa la coherencia de la deducción y permita construir una hipótesis alternativa igualmente posible. Si no se brinda es máxima de experiencia no reprochable deducir que además de no ser imaginable, no existe. Si existiese esa explicación exculpativa razonable, no dudaríamos en exponerla. Eso no es condenar por el ejercicio de un derecho constitucional. Es acudir a una regla epistemológica basada en experiencias de sentido común.

Vayamos a algún ejemplo. La aparición de droga en alta cantidad en el maletero del vehículo propiedad de Ticio es un indicio poderoso para atribuir al citado un delito contra la salud pública. No será siempre definitivo: si aduce y demuestra que había dejado el vehículo a Cayo y que éste es quien lo iba a usar en los días siguientes, el indicio se tambalea. O si explica que lo usan indistintamente varios amigos que comparten residencia.

Ahora bien, si Ticio guarda silencio y renuncia a dar explicación de ese hallazgo, no parece muy lógico absolver porque hipotéticamente sería posible que el coche lo usen otros. No resulta descabellado un sencillo razonamiento en virtud del cual se descarta esa hipótesis: si fuese real, Ticio se hubiese apresurado a explicarlo y alegarlo.

El silencio no siempre es neutro desde el punto de vista valorativo. Eso no significa que quien guarda silencio se convierte en sospechoso o que el silencio es un indicio de culpabilidad. No. Eso significa que el carácter concluyente de un cuadro indiciario robusto queda fortalecido y reforzado si frente al mismo no se contraponen una hipótesis posible por quien debería tenerla. Deducir que si no se ofrece es porque no se cuenta con ella es una regla de puro sentido común. Al Ticio del ejemplo no se le condena por haber guardado silencio sino por existir una sólida prueba que no ha contrarrestado con otra hipótesis y pese a que, en una situación igual si hubiese dado esa explicación plausible, aunque no llegase a quedar demostrada, hubiera sido absuelto.

En este caso se dice y se dice con razón que la Audiencia ha pasado por alto que el acusado ofreció una explicación en la declaración indagatoria. Es verdad. Pero eso no hace tambalearse los pilares de la convicción probatoria de la Sala de instancia, que seguramente han sido expuestos de forma no suficientemente clara. Eso permite al recurrente deformarla hasta querer insinuar -lo que es radicalmente inexacto- que se le condena por haber ejercido su derecho al silencio, cuando no ha sido así. El esquema del razonamiento de la Audiencia



debe ser modificado. Pero no pierde un gramo de su valor. Frente a la tenencia de esos folios con esa lista de sustancias y frente a su encuentro con otros implicados el día 16 de octubre, no fue capaz de ofrecer explicación alguna en los primeros momentos: ni en sede policial, ni en su declaración ante el Juez de instrucción. Si hubiese contado una explicación convincente y justificativa una persona en esas condiciones ordinariamente la aporta.

Aquí sí podemos y debemos contar con la indagatoria. Pero su presencia tampoco anula el argumento, y, además, viene a demostrar que no es solo el silencio lo que puede dar peso valorativo a esa actitud procesal: la ausencia de explicaciones opera de igual manera que una explicación inverosímil. El recurrente solo aduce una excusa exonerante cuando ya se ha contado con tiempo para elaborarla elucubrando sobre cómo explicar unos datos tan difíciles de conciliar con la inocencia. La explicación que se ofrece, resulta tan poco verosímil que puede descartarse. Confirma que es solo un intento tardío de ofrecer una alternativa a lo que solo se presenta como coherente desde la versión inculpativa.

¿Es lógico que unos días antes Sixto olvide esos papeles en el coche? ¿Es lógico que no hubiera tratado de recuperarlos si el recurrente era ajeno a los planes en marcha? ¿Es congruente con esa explicación que además el recurrente se hubiese visto antes con esas otras personas en un lugar convenido y conocido? ¿Es verosímil que hubiese quedado con Sixto para recibir el pago de una deuda y que no fuese Sixto sino otras tres personas que estaban de lleno involucradas en esa actividad? De lo que no cabe duda, dada la identidad con los listados encontrados a otro de los condenados, es que esos folios habían sido elaborados con el objetivo de hacer acopio de los productos necesarios para preparar la sustancia importada.

Los tres motivos que integran este **recurso** decaen.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En materia de costas rige el art. 901 LECrim: para el caso de desestimación de los **recursos**, prevé la imposición del pago de las mismas a los recurrentes.

FALLO

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

1.- DESESTIMAR los **recursos** de **casación** interpuestos por Baltasar ; Bernardino ; Carlos ; Desiderio ; Efrain ; Esteban y Fausto contra Sentencia de fecha 15 de junio de 2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante en causa seguida contra los recurrentes por un delito contra la salud pública

2.- Imponer a Baltasar ; Bernardino ; Carlos ; Desiderio ; Efrain ; Esteban y Fausto , **el pago de las costas** de sus respectivos **recursos**.

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

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez **Antonio** del **Moral García** Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer **García** Pablo Llarena Conde