

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 675/2012 de 24 julio

[RJ2012\9444](#)



**PRESUNCION DE INOCENCIA:** INTERVENCIONES TELEFONICAS: existencia de prueba: sospechas fundadas: informes policiales. TRAFICO DE DROGAS: ACTOS DE TRAFICO: penalidad: mínima: tres años de prisión: confusión al no especificarse debidamente en el análisis cuál era la partida de droga que se le atribuye al acusado; AUTOR: inexistencia: esposa de acusado: tener conocimiento de las actividades ilegales de su marido: intervención telefónica de la cual no puede inferirse que ejecutara actos de colaboración en el tráfico de cocaína. DILACIONES INDEBIDAS: inapreciable: transcurso de casi cuatro años entre el inicio real del trámite de la causa y la celebración de la vista oral del juicio: trece acusados y cambio de procedimiento.

ECLI: ECLI:ES:TS:2012:5709

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 1934/2011

Ponente: Excmo Sr. Alberto Jorge Barreiro

El TS **declara haber lugar en parte** al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 22-02-2011 dictada por la Sección Segunda de la AP de Málaga, casándola y anulándola en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Julio de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, de fecha 22 de febrero de 2011. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, los acusados Horacio representado por la procuradora Sra. Murillo de la Cuadra, Salvador representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Crespo, Agapito representado por el Procurador Sr. Pérez de Sevilla y Guitard, Enrique representado por la Procuradora Sra. Jiménez Torrecillas, Emilia representada por la Procuradora Sra. Jiménez Torrecillas, Rita representada por el Procurador Sr. García de la Cruz Romeral, Maximino representado por el Procurador Sr. García de la Cruz Romeral, Carlos Manuel representado por la Procuradora Sra. Cilla Díaz y Bernabe representado por la Procuradora Sra. López Varelo. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### I. ANTECEDENTES

1

El Juzgado de Instrucción número 2 de Vélez-Málaga instruyó Procedimiento Abreviado 44/08, por delito contra la salud pública contra Horacio, Salvador, Agapito, Enrique, Emilia, Rita, Maximino, Carlos Manuel, Bernabe y otros, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga cuya Sección Segunda dictó en el Rollo de Sala 1004/10 sentencia en fecha 22 de febrero de 2011 con los siguientes hechos probados:

*"Primero.- Del conjunto de pruebas practicadas apreciadas en conciencia resulta probado y así se declara que durante los últimos meses del año 2006 y los primeros del año 2007 los acusados, puestos de común acuerdo, venían dedicándose a la adquisición de sustancias estupefacientes para su posterior transmisión a terceras personas.*

*De este modo el acusado Horacio mantuvo contactos telefónicos con unos colombianos afincados*

en Madrid con los que convino le enviarían cierta cantidad de sustancia estupefaciente. Así el día 1 de febrero del 2007 llega procedente de Madrid Salvador quien traía un paquete cuyo destinatario era Horacio si bien, como habían convenido previamente, lo dejó en el domicilio de Agapito, sito en la localidad de Vélez- Málaga, PASAJE000. A la mañana siguiente, después de haber sido requerido telefónicamente por Horacio para que llevara dicho paquete a su domicilio, sito en AVENIDA000, Agapito es seguido por agentes del Cuerpo Nacional de Policía cuando sale de su domicilio procediéndose a su detención en las proximidades del de Horacio. En el momento de ser detenido se procede a su registro encontrándose los bolsillos del pantalón tres bolsas conteniendo un total de 81 envases con una sustancia blanca que una vez analizada resultó ser cocaína con una pureza de 39,8% y peso neto de 798 gramos, siendo su valor en el ilícito mercado de 56.508# (folios 1341 y 1403).

Tras dicha detención, en la mañana del día 3 de febrero del 2007, Marisa, pareja de Agapito con el que convivía en el domicilio de PASAJE000, temiendo que algo pudiese haber sucedido dada la actividad ilícita a la que se dedicaban mantiene varias conversaciones telefónicas con Horacio en las que hacen referencia a que la policía podía haber estado hablando con la madre de Agapito y la necesidad de sacar del domicilio de éste cualquier cosa relacionada con su ilícita actividad. Tras dichas conversaciones Marisa se dirige al domicilio de Horacio sobre las 10,10 horas saliendo del mismo juntos poco después, momentos en que son detenidos, arrojando al suelo Horacio dos bolsitas conteniendo una sustancia que tras lo correspondientes análisis resultó ser cocaína con una pureza de 29,58% y peso neto de 3,87 gramos siendo su valor en el ilícito mercado de 138,47#. Así mismo el citado portaba la cantidad de mil euros en billetes de diferente valor, las llaves del domicilio de Agapito y dos teléfonos móviles nº NUM000 y NUM001, intervenidos ambos en la presente causa. Este mismo día se llevó a cabo un registro en el domicilio de Horacio encontrándose una agenda con distintas anotaciones, una papelina de cocaína y resguardos de un giro postal.

Tras estas detenciones, Juan Luis, que también se dedicaba a la misma ilícita actividad, hubo de buscarse nuevos suministradores para poder hacer frente a las solicitudes de sus clientes. Así tras solicitarle al mismo Rita que le suministrara cocaína, que ella a su vez vendía en pequeñas dosis, José contacta con Enrique para que éste le promocionara la citada sustancia. A fin de satisfacer la petición de Juan Luis así como la de Maximino, quien también se dedicaba a la venta de dicha sustancia al menudeo, Enrique contacta con Bernabe para que le suministrase la sustancia en cuestión. De este modo sustancia el día 10 de marzo del 2007, acompañado de su mujer Emilia, quien no sólo era consciente de la ilícita actividad de su entonces pareja sino que colaboraba con el mismo, sale de su domicilio sito en Vélez-Málaga, AVENIDA001 y se dirige a Málaga donde recoge la sustancia que le tenía preparada Bernabe. Cuando regresan a Vélez-Málaga son interceptados por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a la altura de la AVENIDA002 de Vélez-Málaga (folios 507..), portando Enrique dentro del pantalón tres bolsitas conteniendo una sustancia blanca siendo el peso de una de ellas cien gramos y cincuenta del de cada una de las otras dos. Los destinatarios de las mismas eran Juan Luis y Maximino.

Tras estas nuevas detenciones Juan Luis se vio obligado a contactar con otras personas fin de poder suministrar a Rita la sustancia que ésta le había solicitado. Así contacta por teléfono con Carlos Manuel para que le suministre los cincuenta gramos de cocaína que le había pedido Rita, quedando en las inmediaciones del Hospital Comarcal en la tarde del mismo día 10 de marzo del 2007. Allí llega Carlos Manuel en una motocicleta matrícula ....WWW y Juan Luis en un taxi, dirigiéndose inmediatamente hacia el primero quien le entrega una bolsa, momento en que intervienen los agentes de policía y proceden a su detención cuando Juan Luis aún tiene la bolsa citada en la mano.

Una vez analizada, la sustancia intervenida a Enrique, Emilia, Juan Luis y Carlos Manuel la misma resultó ser cocaína con una pureza de 39,8%, un peso neto de 98,49 gramos, cocaína con una pureza de 1,18% y un peso neto de 49,07 gramos, cocaína con una pureza de 1,72% y un peso de 49,36 gramos y cocaína con pureza de 39,3% y peso neto de 48,46 gramos, siendo su valor en el ilícito mercado de 15.446#.

Posteriormente el día 15 de mayo del 2007, en la C/ Ayala de Málaga se intercepta el vehículo matrícula 9996CXY, taxi conducido por Bernabe y propiedad de un tercero ajenos a estos hechos,

encontrándosele al mismo en un bolsillo una bolsa conteniendo una sustancia de color blanco con un peso aproximado de 20 gramos y dentro de los calzoncillos cinco bolsitas de un peso aproximado de un gramo cada una. Una vez analizada dicha sustancia resultó ser cocaína con una pureza de 40,7% y un peso neto de 19,27 gramos siendo su valor en el ilícito mercado de 1542#. Esta sustancia al igual que el resto de intervenida en esta causa estaba destinada a su transmisión a terceras personas.

*Segundo: Rita fue condenada en sentencia de fecha 3 de marzo del 2003 , firme el día 25 de noviembre del 2003, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión como autora de un delito contra la salud pública".*

2

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Horacio , Salvador , Agapito y Marisa a las penas de 5 años y 6 meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 56.508 euros; y al pago de una onceava parte de las costas cada uno, como autores de un delito contra la salud pública sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Que debemos condenar y condenamos Enrique , Juan Luis , Emilia , Maximino , Bernabe y Carlos Manuel a las penas de 3 años y 6 meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena legal y multa de 16.988 euros; con 1 mes de arresto sustitutorio en caso de impago; y al pago de una onceava parte de las costas del juicio cada uno de ellos, como autores de un delito contra la salud pública sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Que debemos condenar y condenamos a Rita a las penas de 4 años de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena legal y multa de 16.988 euros; con 1 mes de arresto sustitutorio en caso de impago; y al pago de una onceava parte de las costas del juicio, como autora de un delito contra la salud pública concurriendo la agravante de reincidencia.

*Procédase a la destrucción de la droga intervenida.*

*Se acuerda el comiso del dinero, los vehículos y los teléfonos móviles intervenidos en la presente causa.*

*Abónense los días indicados en el tercer antecedente.*

*Notifíquese a las partes haciéndoles saber que no es firme y contra esta resolución cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta misma Sala dentro de los 5 días siguientes a su notificación. Deposítense en Secretaria previo testimonio en la causa".*

3

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Horacio representado por la procuradora Sra. Murillo de la Cuadra, Salvador representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Crespo, Agapito representado por el Procurador Sr. Pérez de Sevilla y Guitard, Enrique representado por la Procuradora Sra. Jiménez Torrecillas, Emilia representada por la Procuradora Sra. Jiménez Torrecillas, Rita representada por el Procurador Sr. García de la Cruz Romeral, Maximino representado por el Procurador Sr. García de la Cruz Romeral, Carlos Manuel representado por la Procuradora Sra. Cilla Díaz y Bernabe representado por la Procuradora Sra. López Varelo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4

Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Horacio : PRIMERO.- Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el [art. 18.3 CE](#) . SEGUNDO.- Por infracción del ordenamiento jurídico por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1.

B) Salvador : PRIMERO.- Por infracción de ley, según nos autoriza el [art. 849.1º](#) de la [LECrím](#) ., en relación con lo establecido en el art. 852, por vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas recogido en la Constitución . SEGUNDO.- Por infracción de ley, según autoriza el art. 849.2º de nuestra [LECrím](#) .

C) Agapito : PRIMERO.- Al amparo del [art. 852](#) de la [LECrím](#) . en relación con el [art. 5.4](#) de la [LOPJ](#) , por violación del art. 24 de la C.E . SEGUNDO.- Por vulneración del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso de la pena impuesta en relación con los art. 9.3 , 24.1 y 120.3 de la C .E., 142.4 y 741 de la [LECrím](#) .; 247 y 248 de la [LOPJ](#) . TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º de la [LECrím](#) . por inaplicación del [art. 21.6](#) del [CP](#) .

D) Rita : PRIMERO.- Por infracción de Precepto Constitucional, al amparo de lo preceptuado en los [art. 852](#) de la [LECrím](#) . y 5.4 de la [LOPJ](#) , por vulneración del derecho fundamental a la Presunción de Inocencia, art. 24 de la C.E . SEGUNDO.-Por infracción de Precepto Constitucional al amparo de lo preceptuado en los [art. 852](#) de la [LECrím](#) ., por vulneración del derecho fundamental al Secreto de las Comunicaciones, art. 18.3 de la C.E . TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo de lo preceptuado en el [art. 849](#) de la [LECrím](#) ., por inaplicación indebida del art. 21.6ª del C.P ., atenuante de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo de lo preceptuado en el [art. 849.1](#) de la [LECrím](#) ., por aplicación indebida del art. 22.8º del C.P ., agravante de reincidencia.

E) Enrique : PRIMERO.- Al amparo del [art. 852](#) de la [LECrím](#) . en relación con el [art. 5.4](#) de la [LOPJ](#) por violación del art. 24 de la C.E . SEGUNDO.- Por vulneración del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso de la pena impuesta en relación con los art. 9.3 , 24.1 y 120.3 de la C .E., 142.4 y 741 de la [LECrím](#) .; 247 y 248 de la [LOPJ](#) . TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º de la [LECrím](#) . por inaplicación del [art. 21.6](#) del [CP](#) .

F) Maximino : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo preceptuado en los [art. 852](#) de la [LECrím](#) . y 5.4 de la [LOPJ](#) , por vulneración del derecho fundamental a la Presunción de Inocencia, art. 24.2 de la C.E . SEGUNDO.- Por infracción de Precepto Constitucional al amparo de lo preceptuado en los [art. 852](#) de la [LECrím](#) ., por vulneración del derecho fundamental al Secreto de las Comunicaciones, art. 18.3 de la C.E . TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo de lo preceptuado en el [art. 849](#) de la [LECrím](#) ., por inaplicación indebida del art. 21.6ª del [C.P](#) ., atenuante de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo de lo preceptuado en el [art. 849.1](#) de la [LECrím](#) ., por indebida aplicación del art. 66 del C.P ., ausencia absoluta de motivación en la individualización de la pena.

G) Bernabe : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del [art. 852](#) de la [LECrím](#) ., en concreto, por vulneración del secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18.3 de la C.E . SEGUNDO.- Por infracción del precepto constitucional al amparo del [art. 852](#) de la [LECrím](#) ., al haber quebrantado la sentencia el derecho de presunción de inocencia que el art. 24.2 de la C.E . confiere en relación con el [art. 11.1](#) de la [LOPJ](#) . TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del [art. 852](#) de la [LECrím](#) . al haber quebrantado la sentencia el derecho de presunción de inocencia que el art. 24.2 de la C.E . confiere. CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del [art. 851.3º](#) de la [LECrím](#) ., al no resolverse en sentencia todos los puntos que han sido objeto de defensa.

H) Emilia : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del [art. 5.4](#) de la [LOPJ](#) . SEGUNDO.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del núm. dos del [art. 849](#) [LECrím](#) . TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. uno, inciso primero, del [art. 851](#) [LECrím](#) ., por no expresar la Sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados. CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del num. dos del [art. 851](#) [LECrím](#) ., por expresar únicamente la sentencia que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resulten probados. QUINTO.- Por

quebrantamiento de forma, al amparo del num. tres del [art. 851](#) LECrim ., por no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de la acusación y defensa. SEXTO.- Por infracción de precepto constitucional, Art. 24.2CE , que recoge el derecho a la presunción de inocencia. SÉPTIMO.- Por infracción de precepto constitucional, [Art. 120.3](#) CE , que recoge la necesaria motivación de las sentencias.

I) Carlos Manuel : PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del num. primero del [art. 849.2](#) de la LECrim ., en conexión y por vulneración del art. 24.2CE . SEGUNDO.- Infracción de precepto Constitucional, [art. 18.3](#) CE en materia de nulidad de intervenciones telefónicas. TERCERO.- [Art. 849.1](#) de la LECrim . por inaplicación del art. 21.6 del C.P . CUARTO.- Al amparo del contenido del [art. 851.3](#) LECrim . por incongruencia omisiva.

5

Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos los motivos de todos los recursos, a excepción del cuarto motivo de Rita que apoya; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 10 de julio de 2012.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR** . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga condenó, en sentencia dictada el 22 de febrero de 2011 , a Horacio , Salvador , Agapito y Marisa , como autores de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de 5 años y 6 meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 56.508 euros; y al pago de una onceava parte de las costas cada uno.

También condenó a Enrique , Juan Luis , Emilia , Maximino , Bernabe y Carlos Manuel , como autores de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de 3 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 16.988 euros, con un mes de arresto sustitutorio en caso de impago; y al pago de una onceava parte de las costas del juicio cada uno de ellos.

Por último, condenó a **Rita** , como autora de un delito contra la salud pública, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de cuatro años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena legal, y multa de 16.988 euros, con un mes de arresto sustitutorio en caso de impago; y al pago de una onceava parte de las costas del juicio.

Contra la referida condena recurrieron todos los acusados excepto Marisa y Juan Luis .

A) Recurso de Horacio

### PRIMERO

**1** . En el **primer motivo** del recurso denuncia, sin cita de precepto procesal alguno, la vulneración del **derecho al secreto de las comunicaciones** ( [art. 18.3 CE](#) ).

Alega al respecto que se está ante una investigación meramente prospectiva, practicada por tanto para satisfacer una necesidad genérica de prevenir o despejar sospechas sin base objetiva. Según la defensa, el oficio policial que abre el procedimiento no aporta indicios que pudieran justificar la medida limitadora de derechos fundamentales y, en consecuencia, tampoco aparecen en el auto dictado el 20 de octubre de 2006 .

**2**. El **Tribunal Constitucional** ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las **razones fácticas y jurídicas** que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así



como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez ( [SSTC 82/2002](#) ; [167/2002](#) ; 184/2003 ; 165/2005 ; [136/2006](#) ; y [197/2009](#) ).

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, **el presupuesto habilitante** de la intervención telefónica, constituye **un prius lógico** del juicio de proporcionalidad ( [SSTC 49/1999](#) , FJ 7; [138/2001](#) , FJ 3 ; 165/2005, FJ 4 ; [219/2006](#) ; 220/2006 ; [239/2006](#) ; y [253/2006](#) ).

Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son **algomás que simples sospechas** , pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, "**sospechas fundadas**" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser *accesibles a terceros* , sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar *una base real* de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las *investigaciones meramente prospectivas* , pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las *hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas* , pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido ( [SSTC 49/1999](#) ; [166/1999](#) ; 171/1999 ; 299/2000 ; [14/2001](#) ; 138/2001 ; 202/2001 ; [167/2002](#) ; 261/2005 ; 136/2006 ; 253/2006 ; [148/2009](#) ; 197/2009 ; [5/2010](#) ; y [26/2010](#) ).

Matiza el Tribunal Constitucional 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 ( [SSTC 299/2000](#) ; 167/2002 ; y [197/2009](#) ). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma ( [STC 138/2001](#) , y [167/2002](#) ).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, **integrada incluso con la solicitud policial** , a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva ( [SSTC 200/1997](#) ; 166/1999 ; 171/1999 ; [126/2000](#) ; 299/2000 ; 138/2001 ; [202/2001](#) ; 184/2003 ; 261/2005 ; [136/2006](#) ; 197/2009 ; 5/2010 y [26/2010](#) ).

Por su parte, este **Tribunal de Casación** , siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones ( [SSTS 77/2007, de 7-2](#) ; [610/2007, de 28-5](#) ; 104/2008, de 4-2 ; 304/2008, de 5-6 ; [406/2008, de 18-6](#) ; 712/2008, de 4-11 ; 778/2008, de 18- 11 ; [5/2009, de 8-1](#) ; y [737/2009, de 6-7](#) ) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido de ser

accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las " **buenas razones** " o " **fuertes presunciones** " a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi - [5 de junio de 1997\(sic\)](#) -, o Klass - [6 de septiembre de 1998\(sic\)](#) -. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el [art. 579 LECrim](#) .

**3.** En contra de lo que alega la defensa, sí ha de entenderse que concurren en el **caso concreto** sospechas fundadas o buenas razones para acordar la intervención telefónica, a tenor de lo que consta en el oficio policial que figura al inicio de la causa (folios 1 y ss.).

En efecto, en él se especifican los antecedentes policiales por tráfico de drogas que constaban con respecto al ahora recurrente y a Juan Luis y los contactos que mantuvieron entre ellos en el mes de septiembre de 2006.

Los funcionarios policiales dan cuenta de las vigilancias y seguimientos que les hicieron y de las medidas de seguridad y de cautela que adoptaban los dos imputados en sus desplazamientos: aparcamiento de coches alejado del lugar adonde iban con el fin de aproximarse a pie; entradas en locales que después abandonan sin hacer ninguna consumición; cambios bruscos de dirección y de velocidad por parte de Juan Luis en la conducción de diferentes vehículos que no estaban a su nombre, así como dar varias vueltas a una misma rotonda con el fin de verificar si es seguido por algún vehículo.

También comprobaron los funcionarios policiales que ambos mantenían contactos con personas dedicadas al tráfico de drogas que habían sido detenidas por tal motivo, reseñándose los nombres y apellidos de estas. Y además acudían a locales vinculados con trapicheos de sustancias estupefacientes, reseñándose cuáles eran los locales y dónde estaban ubicados, así como las personas que los regentaban y su vinculación con el tráfico de drogas.

Por consiguiente, los agentes consideran que vistos los movimientos extraños y sospechosos que hacen los denunciados y las medidas adoptadas para evitar ser seguidos y vigilados, así como los contactos que mantienen de forma asidua con traficantes de sustancias estupefacientes y con locales regentados por ellos, estimaron que estaban ejecutando operaciones de tráfico drogas, con las que en su día ya habían estado relacionados hasta el punto de haber sido detenidos. Y como, además de los contactos entre ellos, todo aparentaba que tenían sus propias fuentes de aprovisionamiento y no resultaba factible avanzar más en la investigación, los funcionarios solicitaron la autorización judicial para intervenir sus teléfonos y averiguar los resultados de esos contactos que revelaban sospechas fundadas de que estaban dedicándose a ejecutar acciones de tráfico de sustancias estupefacientes.

Pues bien, todos esos datos (movimientos con medidas de evitación de vigilancias, uso de diferentes vehículos y contactos con locales y personas relacionadas con el tráfico de sustancias estupefacientes) revelaban sospechas fundadas de que los dos implicados, anteriormente detenidos por tráfico de drogas, era muy factible que estuvieran dedicándose a esa actividad ilícita.

Así lo entendió el juez del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vélez-Málaga, que dictó el auto de 20 de octubre de 2006 , en el que acordó la intervención del teléfono de ambos acusados y de una tercera persona (folios 6 y ss. de la causa). En esa resolución se plasma en el fundamento tercero una síntesis de los datos indiciarios que aporta la policía en el oficio reseñado anteriormente.

A ello ha de sumarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado válida la motivación por remisión, de modo que, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, esta puede considerarse suficientemente motivada si, **integrada incluso con la solicitud policial , a la que puede remitirse** , contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva ( [SSTC 200/1997](#) ; 166/1999

; [171/1999](#) ; 126/2000 ; 299/2000 ; [138/2001](#) ; 202/2001 ; [184/2003](#) ; 261/2005 ; 136/2006 ; [197/2009](#) ; 5/2010 y [26/2010](#) ).

En consecuencia, y en vista de lo razonado, procede desestimar el primer motivo del recurso.

## SEGUNDO

. En el **segundo motivo** se invoca, sin cita de precepto procesal alguno, la vulneración del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva** ( art. 24.1 [CE](#) ).

El argumento nuclear que vierte en el escrito se refiere, sin embargo, a que el acusado es inocente y que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al producirse un grave error judicial al condenarlo.

De las alegaciones de la parte recurrente se desprende que el motivo realmente formulado es la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** y no el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta que la sentencia recurrida contiene una extensa motivación sobre la prueba de cargo y no puede entenderse en modo alguno que sea manifiestamente errónea, por lo que en ningún caso cabría considerar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Centrados, pues, en la presunción de inocencia, las alegaciones de la parte recurrente sobre esa cuestión nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ( [SSTC 137/2005](#) , [300/2005](#) , [328/2006](#) , [117/2007](#) , [111/2008](#) y [25/2011](#) , entre otras).

En contra de lo que alega el recurrente, sí obra en la causa prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, según se razona en el segundo fundamento de la sentencia rebatida.

En efecto, el Tribunal de instancia refiere en primer lugar una conversación telefónica del acusado con otro dominicano afincado en Madrid, de la que se infiere que aquel está esperando un envío de sustancia estupefaciente por carretera desde dicha capital hasta Vélez-Málaga relacionado con Agapito (folios 241 a 249 de la causa). Horacio habla en clave con otra persona y le comenta que no ha llegado la "muchacha" porque "se puso a nevar", la "muchacha está muy suelta", "si te entra otra me la cambias por esa muchacha". El interlocutor le dice a Horacio que "vamos a coger el peso ese... de mañana para delante ... voy para donde la muchachita para donde Agapito ahora... ". Y también se recoge en la sentencia una conversación en la que (folios 273 y 274) el dominicano de Madrid le dice a Agapito que va a ir el "lámpara" con la muchacha, que se verían en el piso (folios 308 y 309).

En cuanto a la prueba testifical, los policías nacionales números NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 describieron en el plenario, según se plasma en la motivación de la sentencia, que el día 1 de febrero del 2007 llegó Salvador , procedente de Madrid en un vehículo Fiat, matrícula Q-....-QF , aparcó en las inmediaciones del domicilio de Agapito y se dirigió hacia el mismo. Después llegó a dicho domicilio Horacio , pero no había nadie ya que Agapito y Salvador habían salido con una mujer. Contacta con ellos, y tras cenar en un restaurante, se dirigen todos al domicilio de Agapito

.  
Al día siguiente, según el testimonio de los funcionarios que practicaron las vigilancias, proceden a la detención de Agapito cuando se dirigía desde su domicilio al de Horacio portando escondidas en los pantalones 81 cápsulas que contienen una sustancia de color blanco que resultó ser cocaína (798 gramos, de una riqueza del 39,8 %). Precisan los agentes que esta detención se produce después de unas conversaciones entre Horacio y Agapito en las que el primero le ordena al segundo que lleve a su casa el paquete que recibió la noche anterior en su domicilio, conversaciones que aparecen transcritas en los folios 311 y 312.

A esa prueba debe sumarse la propia declaración del coimputado Agapito ante el Juez de Instrucción, en la que reconoció que la droga pertenecía a "Fran", esto es, a Horacio , que la trajo el



"lamparita" y que la metió en el piso de PASAJE000 .

También apoya la Audiencia la autoría del recurrente en las transcripciones de unas conversaciones telefónicas que mantuvo con Marisa (pareja de Agapito ), después de la detención de Agapito (folios 277 a 279 y 313 a 316 de la causa). En ellas Marisa muestra su preocupación porque la policía ha ido al domicilio de la madre de Agapito y hablado con ella, preocupación que comparte Horacio , por lo que ambos quedan a la mañana siguiente para ir al domicilio de Agapito . En el plenario el policía nacional nº NUM002 declaró sobre estos hechos y narró cómo Marisa fue detenida a la mañana siguiente cuando salía con Horacio del domicilio de este, que llevaba encima las llaves de la vivienda de Agapito en PASAJE000 . Y el funcionario nº NUM003 declaró cómo Marisa fue el día tres al domicilio de Horacio con la madre de Agapito , saliendo a los pocos minutos, ella delante con la madre de Agapito y Horacio detrás, pudiendo comprobar cómo este tiraba al suelo dos papelinas, interviniéndosele 1000 euros, las llaves de la casa de Agapito y dos teléfonos móviles.

Ante un bagaje de prueba de cargo contra el acusado tan plural y consistente, la defensa hace alegaciones tan débiles e inanes como que no se constató que las llaves intervenidas correspondieran al domicilio de Agapito y que este no llegó a entrar en el domicilio del recurrente, objeciones que carecen de valor exculpativo para desvirtuar el importante acervo probatorio razonado por el Tribunal sentenciador.

En consecuencia, ha de rechazarse también este segundo motivo y también la totalidad del recurso, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta instancia ( [art. 901 LECr](#) ).

#### *B) Recurso de Salvador*

#### TERCERO

. En el **motivo primero** se denuncia, por la vía procesal de los arts. 849.1º y 852 de la [LECr](#) ., la vulneración del **derecho al secreto de las comunicaciones** .

Las razones de la impugnación y su finalidad son las mismas que las aducidas por el recurrente anterior. Por lo cual, nos remitimos a lo argumentado en el fundamento primero con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias.

El motivo queda así desestimado.

#### CUARTO

. El **motivo segundo** lo dedica a alegar la existencia de error en la apreciación de la prueba, apoyándose para ello en el [art. 849.2º](#) de la [LECr](#) .

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación ( [art. 849.2º LECr](#) .), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida ( [SSTS de 1653/2002, de 14-10](#) ; [892/2008, de 26-12](#) ; [89/2009, de 5-2](#) ; 109/2011, de 22-9 ; y [207/2012, de 12-3](#) ).

Pues bien, la parte recurrente no cita ni un solo documento al efecto de apoyar el motivo que anuncia en su escrito de recurso, omisión que ya de por sí sería suficiente para desatender el motivo.

De todas formas, aunque encauzáramos su recurso por la vía de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia llegaríamos a la misma conclusión, pues tal como ya se anticipó al fundamentar la autoría de Horacio , mediante las conversaciones telefónicas se comprobó que la persona que iba a transportar la droga desde Madrid era Salvador . Esta eventualidad se vio después corroborada por la vigilancia policial, habida cuenta que, según ya se reseñó en el fundamento

segundo, los policías nacionales números NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 manifestaron en el plenario que el día 1 de febrero del 2007 llegó Salvador , procedente de Madrid, en un vehículo Fiat, matrícula Q-....-QF , aparcó en las inmediaciones del domicilio de Agapito y se dirigió hacia el mismo. Refrendándose así con los hechos lo que se había hablado telefónicamente, puesto que Agapito dispuso después de la droga transportada por aquel, llevándola al domicilio de Horacio , aunque no llegó a entregársela pues fue detenido, según explicaron los agentes, con anterioridad a que pudiera acceder a la vivienda.

No cabe por tanto acoger tampoco este segundo motivo. Ello comporta la desestimación del recurso con imposición al recurrente de las costas de esta instancia ( [art. 901](#) LECr ).

### C) Recurso de Agapito

#### QUINTO

. Denuncia en el **primer motivo** , al amparo de lo dispuesto en el [art. 5.4](#) de la [LOPJ](#) , la violación del art. 24.2 de la [Constitución](#) por no haberse practicado prueba de cargo contra él, alegación que fundamenta en que las intervenciones telefónicas son nulas por haber vulnerado el derecho al **secreto de las comunicaciones** previsto en el art. 18.3 del texto constitucional.

El motivo, igual que en el caso de los dos anteriores recurrentes, lo centra en la falta de indicios para adoptar la medida de las intervenciones telefónicas, lo que determinaría la vulneración de los principios de proporcionalidad, de necesidad y de excepcionalidad, derivando todo ello en la nulidad del auto en que se acordaron y en la ilicitud de la prueba. El recurrente cita diferente jurisprudencia sobre la materia para apoyar sus asertos.

Las razones esgrimidas y los fundamentos de la impugnación resultan sustancialmente iguales a los que adujeron los dos impugnantes anteriores. En vista de lo cual, nos remitimos a los argumentos que se vertieron en el fundamento primero de esta sentencia a los efectos de desestimar la impugnación.

#### SEXTO

. 1. En el **motivo segundo** aduce, sin cita de precepto procesal alguno, la **vulneración del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena** impuesta.

Señala el recurrente que la imposición de una pena privativa de libertad de cinco años y seis meses es excesiva y no se ajusta a los fines de la reforma penal del año 2010, que pretendió flexibilizar las cuantías punitivas vigentes en el tráfico de drogas, objetivo que no se cumplimentaría con la imposición de una pena en la parte alta de la mitad superior como sucede en el presente caso.

2. Según la [sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996](#) , el **principio de proporcionalidad** cabe inferirlo de determinados preceptos constitucionales: arts. 1.1, 9.3 y 10.1. Se trata de un principio derivado del valor justicia, del principio del Estado de derecho, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona.

Es un principio que opera como instrumento de control de los poderes del Estado y tiene un ámbito de actuación muy relevante dentro del marco legislativo, en cuanto que permite controlar los posibles excesos del legislador a la hora de configurar los tipos penales. De modo que los bienes jurídicos que tutela la norma penal han de ser lo suficientemente relevantes para justificar la intervención del *ius puniendi* del Estado y, además, la pena asignable normativamente a las conductas delictivas debe ser idónea, necesaria y proporcionada a la gravedad de las conductas que se pretenden disuadir o evitar.

En el marco estrictamente judicial que aquí interesa, el principio de proporcionalidad actúa con destacada intensidad cuando se adoptan medidas cautelares en el proceso penal, y en lo que refiere al ámbito sustantivo tiene un campo especial de intervención cuando se trata de individualizar judicialmente la pena asignable a un sujeto determinado por una concreta conducta punible.

En recientes sentencias de esta Sala ( [32/2011, de 25-1](#) ; [242/2011, de 6-4](#) ; [292/2011, de 12-4](#) ; y [380/2011, de 19-5](#) , entre otras) se argumenta sobre los **criterios de individualización** de la pena

que se recogen en el art. 66.6ª del [C. Penal](#) , en el sentido de que las expresiones "circunstancias personales del delincuente" no se limitan a las condenas penales previas, que sólo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho. Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del [artículo 21 CP](#) ( [Sentencia 233/2003 de 21 de febrero](#) ); los jueces pueden imponer las penas en la cuantía que proceda según su arbitrio razonado, facultad eminentemente potestativa que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general que el Tribunal determine la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para delimitar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos; la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

3. Pues bien, centrados ya en el **caso concreto** , debe sopesarse desde la perspectiva de la gravedad del hecho que el acusado transportó desde Madrid 798 gramos de cocaína de una riqueza del 39,8 %, lo que arroja un resultado de 317,604 gramos de cocaína base. Además el recurrente integraba con algunos de los acusados una pequeña red que surtía de sustancia estupefaciente la zona de Málaga, adonde se trasladaba desde Madrid con la cocaína que le habían solicitado.

Así las cosas, no se considera que la imposición de la pena en su mitad superior sea excesiva ni desproporcionada en este caso, de modo que la individualización en una cuantía de 5 años y 6 meses ha de entenderse que se ajusta a los cánones en que se mueve la jurisprudencia para casos similares de suministro o de transporte de drogas desde distintos lugares geográficos cuando no se trata de actos aislados ni de cantidades nimias.

El motivo resulta así inatendible.

#### SÉPTIMO

1. Por último, en el **motivo tercero** , con cita del [art. 849.1º](#) de la [LECr](#) ., invoca este recurrente la infracción del art. 21.6ª del [C. Penal](#) por no habérsele aplicado la **atenuante de dilaciones indebidas** .

La defensa alega que el procedimiento ha tardado casi cuatro años desde que se practicaron las primeras detenciones, en febrero de 2007, hasta que se celebró la vista oral del juicio en diciembre de 2010. Y también incide en que se invirtió un periodo claramente superior al año entre la fecha en que se dictó auto de procesamiento hasta que se notificó el auto de transformación del procedimiento abreviado, espacio de tiempo que la parte considera justificativo de la aplicación de la referida atenuante.

2. La " **dilación** indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una **irregularidad** irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta *prestacional* -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y *reaccional* -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en **dilaciones** indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la **dilación** de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso

concreto y también ha atendido a los perjuicios que la **dilación** haya podido generar al acusado ( [SSTC 237/2001](#) , [177/2004](#) y [153/2005](#) ; y [SSTS 1733/2003, de 27-12](#) ; [858/2004, de 1-7](#) ; [1293/2005, de 9-11](#) ; [535/2006, de 3-5](#) ; [705/2006, de 28-6](#) ; [892/2008, de 26-12](#) ; [40/2009, de 28-1](#) ; [202/2009, de 3-3](#) ; [271/2010, de 30-3](#) ; y [470/2010, de 20-5](#) , entre otras).

También tiene establecido esta Sala que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Carta Magna en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia ( [SSTS 91/2010, de 15-2](#) ; [269/2010, de 30-3](#) ; [338/2010, de 16-4](#) ; [877/2011, de 21-7](#) ; y [207/2012, de 12-3](#) ).

Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio](#) , que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6<sup>a</sup> las dilaciones indebidas en los siguientes términos: " *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa* ".

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

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

**3.** Al trasladar al **caso enjuiciado** las pautas que se vienen aplicando por la jurisprudencia no cabe estimar la pretensión atenuatoria de la parte recurrente. La razón es que, en primer lugar, el periodo superior a tres años y de casi cerca de cuatro que se invirtió entre el inicio real del trámite de la causa y la celebración de la vista oral del juicio no puede considerarse extraordinario, puesto que se trata de una causa con trece acusados y que ha sufrido las vicisitudes propias de un cambio de procedimiento. De modo que comenzó como un sumario ordinario con auto de procesamiento y después tuvo que ajustarse a las normas del procedimiento abreviado, con un recurso por medio ante la Audiencia Provincial que demoró en el tiempo la conclusión de la fase de instrucción y la intermedia del proceso.

De otra parte, tampoco la parte recurrente señala periodos dilatados de tiempo durante los que la causa haya estado totalmente paralizada sin práctica de diligencia alguna, contingencia que es el que permitiría hablar realmente de una dilación indebida.

En resoluciones precedentes de esta Sala se ha apreciado la atenuante de dilaciones indebidas con la condición de simple atendiendo, en general, al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6<sup>a</sup> del [C. Penal](#) . Y así se consideraron plazos irrazonables susceptibles de activar la aplicación de la atenuante simple: 7 años ( [SSTS 91/2010, de 15-2](#) ; [235/2010, de 1-2](#) ; [338/2010, de 16-4](#) ; y [590/010, de 2-6](#)); 5 años y medio ( [STS 551/2008, de 29 de septiembre](#) ); y 5 años ( [SSTS 271/2010, de 30-3](#) ; y [470/2010, de 20-5](#) ).

A tenor de lo argumentado, ha de confirmarse el criterio de la sentencia recurrida en el sentido de inaplicar la atenuante postulada. Como consecuencia de lo cual, se desestima el recurso de casación con imposición al recurrente de las costas de esta instancia.

*D) Recurso de Rita*

OCTAVO

En el **primer motivo** del recurso invoca la acusada, al amparo de lo dispuesto en los [art. 5.4](#) de la [LOPJ](#) y 852 de [LECr](#) ., la violación del derecho a la **presunción de inocencia** .

Señala la recurrente que la única prueba que consta contra ella son las intervenciones telefónicas, ya que en ningún momento se le ocupó droga encima ni tampoco se la vio traficando con sustancia estupefaciente, y las conversaciones tienen un contenido críptico que no permiten inferir que estuviera implicada en la adquisición y venta de drogas.

Sin embargo, todas las alegaciones exculpatorias quedan desvirtuadas por los argumentos probatorios que expone la Audiencia en el fundamento segundo de la sentencia.

En efecto, el Tribunal afirma que en los 431 y 433 de la causa se transcriben distintas conversaciones entre Juan Luis y la recurrente, quienes quedan en verse, diciéndole Juan Luis a Rita "tráeme un regalito". En el folio 437 obra la transcripción de una llamada telefónica de Rita a Juan Luis del día 9 de febrero de 2007 en la que le pide sustancia estupefaciente diciéndole: "los dulces de nata tan buenos que me trajiste ¿dónde los compraste? Me harían falta más.., voy a hacer una fiesta y me haría falta que me trajeras más".

De otra parte, la Audiencia señala que mediante las conversaciones telefónicas cuyas transcripciones obran en los folios 695 a 701 se comprueba que, tras la detención de Enrique , Juan Luis busca otro proveedor que le proporcione los cincuenta gramos de cocaína que le sigue pidiendo Rita , figurando como nuevo proveedor Carlos Manuel . A las 17,20 horas del día 10 de marzo hace una llamada Juan Luis a Rita diciéndole "me parece que he pinchado.., porque estaba muy mal la carretera.., vamos a esperar media hora más", contestando la mujer: "si tu has visto que has pinchado lo dejas". A las 18,01 horas Juan Luis llama a Carlos Manuel y le dice "el Niño Enrique tiene cuatro hermanos son cinco en total"; después de insistir Carlos Manuel le pregunta si "¿cómo siempre?", contestando Juan Luis que igual que la última vez; y añade más adelante: "me hace falta que me prestes cincuenta euros"; pero el otro parece no entender y le dice que se ven en quince minutos. A las 18,45 horas Carlos Manuel llama a Juan Luis diciéndole que salía ya pero que fuese él solo. Tras ello Juan Luis llama a Rita y le dice que ha encontrado otro trabajo en otra cafetería y que mas tarde le dirá cuánto pagaban, y que salía para allá con el taxi. Esta conversación la pone la Audiencia en relación con otra de fecha 9 de marzo del 2007 en la que la mujer le dice a Juan Luis que no tiene papel para la impresora desde hacía una "pila de días"; que llevaba así tres días y no podía esperar y que ya tenía el dinero para comprar el papel de la impresora, lo cual no viene sino a refrendar la conclusión de que la mujer lo que solicitaba a Juan Luis era cocaína para su venta al menudeo.

Visto el contenido de esas diferentes conversaciones telefónicas de la recurrente, sobre todo con Juan Luis , debe inferirse, con arreglo a las máximas de la experiencia, que la acusada Rita adquiría y vendía cocaína en pequeñas cantidades, realizando contactos telefónicos y personales a tales efectos, en el curso de los cuales convenía operaciones de tráfico y recibía y entregaba pequeñas cantidades de cocaína.

Queda así enervada la presunción de inocencia, desestimándose en consecuencia este primer motivo de impugnación.

NOVENO

. En el motivo **segundo motivo** , con sustento procesal en el [art. 852](#) de la [LECr](#) ., le reprocha al Tribunal sentenciador la vulneración del derecho al **secreto de las comunicaciones** ( [art. 18.3 CE](#) ).

La defensa de la acusada, después de exponer los principios jurisprudenciales sobre la materia, considera que en el presente caso no concurren indicios suficientes para acordar las escuchas y



además el auto tampoco recoge esos indicios.

La materia ya fue tratada y resuelta en sentido desestimatorio en el fundamento primero de esta sentencia, a cuyo contenido nos remitimos evitando así reiteraciones innecesarias sobre las cuestiones suscitadas.

El motivo no puede por tanto acogerse.

#### DÉCIMO

. En el **motivo tercero** denuncia al amparo del [art. 849.1º](#) de la [LECr](#) ., la inaplicación indebida de la atenuante de **dilaciones indebidas** prevista en el [art. 21.6ª](#) de la [LECr](#) .

Como la pretensión atenuatoria es la misma que la formulada por el recurrente Agapito y las razones que alega son sustancialmente las mismas, nos reiteramos en lo expuesto en el fundamento séptimo de esta sentencia, con lo que solo cabe desestimar este motivo de impugnación.

#### UNDÉCIMO

Para finalizar, impugna esta acusada en el **motivo cuarto** , por la vía del [art. 849.1º](#) de la [LECr](#) ., la aplicación de la **agravante de reincidencia** ( [art. 22.8ª](#) del [C. Penal](#) ) al entender que el antecedente penal en que se basa tendría que haber sido cancelado.

Según jurisprudencia reiterada de esta Sala, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el " *factum* " de la sentencia los siguientes datos: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último extremo sólo será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho que es objeto del enjuiciamiento actual, por cuanto la aplicación "contra reo" de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del [art. 24 CE](#) . Y en los supuestos en que no consten en la causa los datos necesarios se impone practicar un computo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición ( [SSTS 875/2007, de 7-11](#) ; [132/2008, de 12-2](#) ; [647/2008, de 23-9](#) ; [1175/2009, de 16-11](#) ; y [1061/2010, de 10-11](#) ).

También es criterio consolidado de esta Sala que, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del artículo 849.1º, no puede acudir al examen de las actuaciones al amparo del [artículo 899](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo ( [SSTS 647/2008, de 23-9](#) ; [/2008, de 20-12](#); [1175/2009, de 16-11](#) ; y [1061/2010, de 10-11](#) ).

Pues bien, en la sentencia recurrida solo se precisan como datos relativos a la aplicación de la referida agravante que la acusada fue condenada en sentencia de fecha 3 de marzo del 2003 , firme el día 25 de noviembre del 2003, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión como autora de un delito contra la salud pública. No se especifica si las penas quedaron o no extinguidas ni las fechas en que, en su caso, se produjo la extinción.

Así las cosas, resulta factible que los antecedentes penales estén ya cancelados o que debieran haberlo estado, pues, con arreglo a la pena impuesta en su día, se trata de un supuesto en que es probable que se den las condiciones para la cancelación.

Se estima, en consecuencia, este motivo de recurso, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, y se deja sin efecto la agravante de reincidencia que se le impuso, asignándose nuevas penas en la segunda sentencia.

La estimación parcial del recurso de casación comporta la declaración de oficio de las costas causadas por la recurrente en esta instancia ( [art. 901](#) [LECr](#) ).

*E) Recurso de Enrique*

## DUODÉCIMO

En el **primer motivo** se invoca, en virtud de lo dispuesto en el [art. 5.4](#) de la [LOPJ](#) , la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, derivada de la inexistencia de prueba de cargo debido a la nulidad de las **intervenciones telefónicas** , a través de las cuales se habría obtenido el único material de cargo con fuerza incriminatoria.

El motivo está redactado en los mismos términos literales que el formulado por el acusado Agapito . Por lo tanto, hemos de pronunciarnos en igual sentido desestimatorio que se recogió en los fundamentos primero y quinto de esta sentencia, al darse las mismas condiciones e iguales argumentos de impugnación.

El motivo no puede por tanto prosperar.

## DECIMOTERCERO

El **motivo segundo** lo dedica el recurrente a cuestionar la **proporcionalidad de la cuantía de la pena** que se le impuso: tres años y seis meses de prisión. También utiliza en este caso la misma argumentación que el impugnante Agapito , a quien se le había impuesto la pena de cinco años y seis meses de prisión.

Pues bien, si traemos a colación que a Enrique se le ha impuesto casi la pena mínima, fijada en tres años de prisión, a la que solo se le han sumado seis meses, es claro que carece de fundamento la queja que formula. Pues aunque no sea notablemente elevada la cantidad de sustancia estupefaciente con la que traficó (98,49 gramos, de una riqueza del 39,8%, y otras dos bolsitas de escasa cantidad), lo cierto es que no se trata de una cuantía mínima y además se encontraba vinculado con un grupo de personas que, según los datos obrantes en la causa, se dedicaba a la venta de cocaína por la zona. Visto lo cual, es claro que se está ante un supuesto en el que no procede imponer la pena mínima que postula el recurrente.

El motivo resulta así inatendible.

## DECIMOCUARTO

En el **motivo tercero** interesa el recurrente, por el cauce procesal del [art. 849.1º](#) de la [LECr](#) ., la aplicación de la atenuante de **dilaciones indebidas** .

Pues bien, como el escrito de recurso está redactado literalmente en los mismos términos que el interpuesto por el acusado Agapito y se dan además los mismos supuestos fácticos y jurídicos, solo cabe remitirse a lo ya argumentado en el fundamento séptimo de esta sentencia. En virtud de lo cual, debe desestimarse el motivo y con él todo el recurso, con imposición al recurrente de las costas de esta instancia ( [art. 901](#) LECr .).

*F) Recurso de Maximino*

## DECIMOQUINTO

En el **primer motivo** invoca este recurrente, al amparo de los [arts. 5.4](#) de la [LOPJ](#) y 852 de la [LECr](#) ., la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** .

Aduce la defensa que no concurre prueba de cargo contra el acusado, ya que todo se centra en las conversaciones telefónicas, que se muestran oscuras y muy crípticas debido a que parte de ellas son en un argot colombiano, por lo que precisan una interpretación que hacen difícil su intelección. Con lo cual se diluye prácticamente -dice- el material probatorio en que se apoya la condena.

En los hechos declarados probados la Sala de instancia afirma que Maximino se dedica a la venta de cocaína al menudeo y le pide a Enrique que le suministre esa sustancia a tales fines, de modo que cuando este último es detenido la cocaína que lleva es para atender las peticiones de Juan Luis y de Maximino .

La autoría de este recurrente la sustenta la Audiencia en las escuchas telefónicas que figuran en los folios 489 a 504 de la causa, donde se plasman distintas conversaciones entre Enrique y Maximino , que se identifica con el nombre de Leopoldo ("Leo"). De su contenido se desprende que Enrique está pendiente de que el taxista Bernabe le proporcione la cocaína, sustancia que Enrique a

su vez entregará a Maximino y a Juan Luis , reseñándose en la conversación del folio 502 entre Maximino y Enrique que ese día 10 de marzo va a recibir la mercancía, yendo Enrique a recogerla. Pero se monta un dispositivo policial mediante el que, según depusieron en el plenario los agentes nº NUM002 , NUM004 y NUM005 , es detenido Enrique y le intervienen la sustancia que iba destinada, según se infiere de las conversaciones, al ahora recurrente, Maximino .

Además, también fundamenta la Audiencia la enervación de la presunción de inocencia con respecto a este recurrente en las conversaciones telefónicas que obran en los folios 777 a 788 de la causa, entre Maximino y otro colombiano afincado en Madrid sobre el pago de una deuda que aquel tiene con este. Mediante la prueba testifical en el plenario se comprobó que cuando el ahora recurrente iba a pagar esa deuda y llevaba en el vehículo un paquete con 20.000 euros, fue parado y se le intervino el dinero que iba recoger una mujer por encargo de un tercero. En la sentencia se cita la declaración testifical de los policías nacionales números NUM005 y NUM007 .

Por último, se cita también como dato indiciario incriminatorio contra el recurrente una conversación entre él y su mujer en relación con la responsabilidad del acusado en la detención de Enrique , responsabilidad que, al parecer, le atribuye la mujer de este (folio 78 de la causa).

Por todo lo que antecede, es claro que la presunción de inocencia ha resultado holgadamente enervada y que el motivo debe por tanto decaer.

#### DECIMOSEXTO

En el **segundo motivo** , y por el cauce del [art. 852](#) de la [LECr](#) ., se denuncia la violación del derecho fundamental del **secreto de las comunicaciones** ( [art. 18.3 CE](#) ).

El motivo sigue la línea de los anteriores que alegaron la conculcación del mismo derecho fundamental. Así las cosas, nos remitimos a lo razonado y resuelto en el fundamento primero de esta sentencia.

La impugnación por tanto no puede prosperar.

#### DECIMOSÉPTIMO

En el mismo sentido desestimatorio ha de resolverse el **motivo tercero** , pues en él reivindica el recurrente, por el cauce del [art. 849.1º](#) de la [LECr](#) ., la aplicación de la atenuante de **dilaciones indebidas** ( [art. 21.6ª del C. Penal](#) ).

Pues bien, todo lo relativo a la aplicación de esa atenuante en la presente causa ya ha sido sopesado y decidido negativamente en el fundamento séptimo, a cuyo contenido nos remitimos con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Solo cabe, pues, declarar la inviabilidad del motivo planteado.

#### DECIMOCTAVO

En el **motivo cuarto** aduce el recurrente, con cita del [art. 849.1º](#) de la [LECr](#) ., la indebida aplicación del [art. 66 del C. Penal](#) , por imponerle una pena superior a la mínima sin motivarla a la hora de **individualizar la pena** .

El razonamiento del recurrente no puede atenderse dado que la pena le fue impuesta al recurrente en su mitad inferior y en una cuantía muy próxima a la mínima, dado que esta se cifra en tres años de prisión y le fue asignada una pena de tres años y seis meses, cuando el límite de la mitad inferior de la pena alcanza los cuatro años y seis meses.

Por consiguiente, si bien la Audiencia debió motivar la cuantía punitiva, no puede afirmarse que esta no estuviera bien calibrada y proporcionada a las circunstancias del caso, habida cuenta que al recurrente se le atribuye intervenir en el tráfico de cocaína y contactar con otros colombianos para traficar con la droga en el entorno de un grupo con el que se movía por la zona de Málaga, llegando a operar con cantidades de dinero de cierta entidad, puesto que se le intervinieron en el vehículo con motivo de pagar una deuda un total de 20.000 euros.

La pena resulta así adecuada y proporcionada con la gravedad del hecho y las circunstancias

personales del caso, no pudiéndose por tanto considerar vulnerado el art. 66 del C. Penal , que es la norma que considera infringida la parte recurrente.

El motivo, en consecuencia, se desestima, y también la integridad del recurso, imponiéndole al recurrente las costas de esta instancia ( [art. 901](#) LECr .).

G) Recurso de Bernabe

DECIMONOVENO

El recurrente denuncia en el **primer motivo** , apoyándose procesalmente en el [art. 852](#) de la [LECr](#) ., la infracción del derecho al **secreto de las comunicaciones** ( [art. 18.3º](#) de la LECr .).

Las razones que esgrime para cuestionar la medida de investigación cercenadora del derecho fundamental son las mismas que las alegadas por otros recurrentes: la falta de datos indiciarios que justifiquen la medida, que resulta así deslegitimada al no cumplimentar los principios de necesidad y proporcionalidad.

La cuestión ha sido tratada y resuelta en el fundamento primero de esta sentencia. Nos remitimos, pues, a lo allí argumentado y a la decisión que se adoptó desestimando la declaración de ilicitud procesal que se postulaba.

Procede, por tanto, desestimar este primer motivo.

VIGÉSIMO

La desestimación del motivo anterior trae como consecuencia la inviabilidad del **segundo motivo** , ya que en él se denuncia la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** (art. 24.2) partiendo de la premisa de que no concurre prueba de cargo alguna al resultar ilícitas las escuchas telefónicas y todas las pruebas derivadas de las mismas.

Al no haberse admitido la aplicación del [art. 11.1](#) de la [LOPJ](#) y considerarse por tanto válidas las escuchas telefónicas, es claro que el motivo no puede prosperar.

VIGÉSIMO PRIMERO

En el **tercer motivo** , y también por el cauce del [art. 852](#) de la [LECr](#) ., vuelve a alegar la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** ( art. 24.2 [CE](#) ), si bien en este caso se trata ya de una reclamación independiente de la ilicitud probatoria. Se centra, pues, en señalar la escasa cantidad de droga que se le intervino (7,84 gramos de cocaína pura) y en el dato de que es consumidor de esa sustancia, por lo que habría que sopesar la posibilidad de que se esté ante un supuesto de autoconsumo impune, dado que se trata, dice la defensa, de una cantidad consumible en un plazo de cinco días.

La tesis de la defensa no puede, sin embargo, acogerse, por cuanto en la causa constan elementos de prueba acreditativos de que la droga que se le intervino estaba destinada a terceros.

En el "factum" de la sentencia recurrida se afirma que " *A fin de satisfacer la petición de Juan Luis así como la de Maximino , quien también se dedicaba a la venta de dicha sustancia al menudeo, Enrique contacta con Bernabe para que le suministrase la sustancia en cuestión. De este modo el día 10 de marzo de 2007, acompañado de su mujer Emilia , quien no sólo era consciente de la ilícita actividad de su entonces pareja sino que colaboraba con el mismo, sale de su domicilio sito en Vélez-Málaga, AVENIDA001 , y se dirige a Málaga donde recoge la sustancia que le tenía preparada Bernabe . Cuando regresan a Vélez-Málaga son interceptados por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a la altura de la AVENIDA002 de Vélez-Málaga (folios 507..), portando Enrique dentro del pantalón tres bolsitas conteniendo una sustancia blanca siendo el peso de una de ellas cien gramos y cincuenta del de cada una de las otras dos. Los destinatarios de las mismas eran Juan Luis y Maximino "*

Y más adelante, en el penúltimo párrafo de la sentencia, se describe lo siguiente: "*Posteriormente el día 15 de mayo del 2007, en la C/ Ayala de Málaga, se intercepta el vehículo matrícula 9996 CXY, taxi conducido por Bernabe y propiedad de un tercero ajeno a estos hechos, encontrándosele al mismo en un bolsillo una bolsa conteniendo una sustancia de color blanco con un peso aproximado*

*de 20 gramos y dentro de los calzoncillos cinco bolsitas de un peso aproximado de un gramo cada una. Una vez analizada dicha sustancia resultó ser cocaína con una pureza de 40,7% y un peso neto de 19,27 gramos siendo su valor en el ilícito mercado de 1.542 \$. Esta sustancia al igual que el resto de la intervenida en esta causa estaba destinada a su transmisión a terceras personas".*

El Tribunal de instancia fundamentó probatoriamente los hechos descritos en el primer párrafo de los dos reseñados en las conversaciones telefónicas que obran en la causa. Afirma la Audiencia que en los folios 460 a 470 se recogen diversas conversaciones entre Juan Luis y Enrique y entre Juan Luis y un colombiano taxista que luego fue identificado como Bernabe ; y de ellas se infiere claramente que es este último el que va a proporcionar a Enrique la cocaína que a su vez había pedido a este Juan Luis .

Además, y como ya anticipamos antes al examinar la prueba de cargo concurrente contra Maximino , en los folios 489 a 504 se recogen distintas conversaciones entre Enrique , Maximino y Bernabe de las que se colige que este último iba a proporcionar a Enrique la cocaína que a su vez él mismo iba a entregar a Maximino y a Juan Luis . Mediante el dispositivo formado por los agentes números NUM002 , NUM004 y NUM005 y por las conversaciones telefónicas se tuvo conocimiento de que el día 10 de marzo se iba a producir una transacción. Al principio iba a ser Bernabe el que le llevara la cocaína a Enrique pero finalmente este decide ir a recogerla, siendo detenido a la vuelta, momento en que se le intervino la cocaína.

Por consiguiente, son las conversaciones telefónicas del recurrente las que posibilitan controlar la operación de suministro de droga, aunque sea de escasa cuantía, comprobándose según se desprende del conjunto de las conversaciones que Bernabe es quien proporciona la cocaína intervenida a Enrique .

De otra parte, y en lo que atañe al otro episodio que se le imputa al recurrente, el de 15 de mayo de 2007, el Tribunal sentenciador lo declaró probado en virtud de las declaraciones de los agentes nº NUM004 , NUM005 y NUM007 , que siguieron al vehículo del recurrente, manifestando en el juicio los dos primeros que lo interceptaron cerca de la estación de ferrocarril y comprobaron que llevaba un bolsa con 20 gramos de cocaína y escondidas en los calzoncillos cinco papelinás más.

A tenor de todo lo que antecede, debe concluirse que sí ha resultado enervada la presunción de inocencia y que el motivo del recurrente debe decaer.

#### VIGÉSIMO SEGUNDO

El **cuarto motivo** lo encauza la defensa por el [art. 851.3º](#) de la [LECr](#) ., sustentándolo en la falta de fundamentación y pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre la aplicación del [art. 368.2 del C. Penal](#) y del [art. 21.2º](#) del mismo texto legal , ya que considera que concurre la circunstancia atenuante muy cualificada de drogadicción.

**1.** Pues bien, con respecto a este último extremo, la alegación de la parte recurrente sobre el vicio procesal de incongruencia omisiva no se ajusta a los datos que obran en la sentencia de instancia. Pues en el fundamento quinto sí se le da respuesta a la pretensión del acusado sobre la aplicación de la **atenuante muy cualificada de drogadicción** . Allí se dice que al folio 275 figura un protocolo de toxicomanía confeccionado por el médico forense respecto de Bernabe el día 11 de julio de 2007, en el que se afirma que, aunque el imputado dice ser consumidor de cocaína, está asintomático respecto al consumo reciente o al síndrome de abstinencia; y añade que es consciente de sus actos y que la exploración psíquica es normal. Además, también se examina el informe del folio 1991 de la causa, donde consta el resultado negativo del análisis de orina efectuado por el Instituto Nacional de Toxicología sobre las muestras que le fueron tomadas al acusado el día 11 de julio de 2007.

En consecuencia, la Audiencia examinó la documentación aportada a la causa sobre la posible toxicomanía del recurrente y no halló datos sobre los que basar la aplicación de una atenuante de drogadicción, ni la básica o simple ni la muy cualificada, desdiciendo así la tesis del recurrente sobre la disminución de su imputabilidad, al mismo tiempo que resulta desvirtuado el vicio de la incongruencia omisiva.

Ahora, vuelve a insistir en el contenido de los informes obrantes en la causa para que se aplique la



atenuante, incidiendo en que consta que es un antiguo consumidor de cocaína. Sin embargo, este dato lo fundamenta el recurrente en sus propias manifestaciones y no en dictámenes médicos de épocas anteriores. Además, lo único que cabría admitir es un posible abuso de sustancias estupefacientes, circunstancia que en modo alguno acredita una disminución de su imputabilidad con arreglo a los criterios jurisprudenciales.

En efecto, es doctrina reiterada de esta Sala ( [SSTS. 577/2008, de 1-12](#) ; [810/2011, de 21-7](#) ; y [942/2011, de 21-9](#) ) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Para poder apreciar la drogadicción, sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente incompleta, es imprescindible que conste probada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y a la singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda derivarse sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles, pueda autorizar o configurar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (577/2008, de 1-12; [315/2011, de 6-4\(sic\)](#) ; [796/2011, de 13-7](#) ).

No es posible afirmar por tanto que su capacidad de comprensión de la ilicitud de su conducta estuviera limitada de forma relevante, ni tampoco que padeciera una adicción grave que le impidiera autocontrolar su conducta y adecuarla a las exigencias de la norma.

En este caso ni consta acreditado que en el momento de la ejecución de los hechos concurriera una especial limitación de sus facultades intelectivas y volitivas que repercutiera en el elemento normativo de capacidad de culpabilidad, ni tampoco aparece clara la vinculación de los hechos delictivos con una notable disminución de la capacidad motivacional del sujeto, aspecto que tiene relevancia a la hora de operar con la atenuante cualificada que postula la parte recurrente. Ello quiere decir que no concurren razones para estimar que la Sala de instancia haya apreciado erróneamente las condiciones de imputabilidad del referido acusado.

El submotivo no puede por tanto prosperar.

**2.** De otra parte, y en lo que atañe a la petición de que se le aplique el párrafo segundo del art. 368 del [C. Penal](#) , es claro que no se está ante un supuesto de escasa entidad con arreglo a la gravedad del hecho concreto, pues no se trata de un traficante individual que haya intervenido en un acto esporádico de venta, sino que, a tenor de la premisa fáctica de la sentencia y de su fundamentación, se está ante un sujeto que interviene con cierta habitualidad en el tráfico de cocaína y no solo mediante la venta de alguna papelina, sino con cantidades algo superiores que denotan una conducta que se halla fuera de los casos nimios para los que está previsto el subtipo atenuado cuya aplicación se postula.

Se desestima, en consecuencia, este último motivo y también la totalidad del recurso, imponiéndose al recurrente las costas de esta instancia.

*H) Recurso de Emilia*

VIGÉSIMO TERCERO

En el **motivo primero** invoca la recurrente, por el cauce procesal del [art. 5.4](#) de la [LOPJ](#) , la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ( art. 24.2 [CE](#) ).

Se argumenta al respecto en el recurso que no consta prueba de cargo acreditativa de que la acusada colaborara con su pareja, Enrique , en el tráfico de cocaína ni que interviniera de forma

consciente y activa en el episodio que se le atribuye de la retirada de una pequeña cantidad de cocaína en Málaga el día 10 de marzo de 2007.

Pues bien, en la sentencia recurrida se afirma con respecto a esta acusada lo siguiente: " *A fin de satisfacer la petición de Juan Luis así como la de Maximino , quien también se dedicaba a la venta de dicha sustancia al menudeo, Enrique contacta con Bernabe para que le suministrase la sustancia en cuestión. De este modo el día 10 de marzo del 2007, acompañado de su mujer Emilia , quien no sólo era consciente de la ilícita actividad de su entonces pareja sino que colaboraba con el mismo, sale de su domicilio sito en Vélez-Málaga , Avda. AVENIDA001 y se dirige a Málaga donde recoge la sustancia que le tenía preparada Bernabe . Cuando regresan a Vélez-Málaga son interceptados por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a la altura de la AVENIDA002 de Vélez-Málaga (folios 507..), portando Enrique dentro del pantalón tres bolsitas conteniendo una sustancia blanca siendo el peso de una de ellas cien gramos y cincuenta del de cada una de las otras dos*".

Y en lo que atañe a la fundamentación probatoria de la intervención de la acusada en el referido episodio, se arguye en la sentencia que Enrique iba con Emilia y el hijo de ambos. Y se añade que la entonces pareja de Enrique "no sólo era consciente de la ilícita actividad a que se dedicaba el mismo sino que también colaboraba con él como evidencian las conversaciones mantenidas por ella con Juan Luis ". Y así, en el folio 462 obra la transcripción de una conversación muy significativa en la que ella es quien llama a Juan Luis y le dice lo siguiente : "*escucha que no ha llegado todavía tío, que me, que me va a llamar pero no sé cuando, tienes que esperar o tú verás, tiene que ser esta tarde porque tiene que irse lejos, ¿Me entiendes? No ha llegado*"; y al preguntar Juan Luis si no había llegado, ella le dice "*No, no puede coger el teléfono. ¿Sabes dónde está? El se ha ido por allá para, para Valencia*".

Esa es toda la fundamentación sobre la autoría de la recurrente. Como puede constatarse, esta se limitó a acompañar a su pareja en el coche cuando iba a recoger la cocaína que se reseña en la sentencia, yendo con un hijo pequeño del matrimonio. Todo denota que, en la condición de compañera del acusado, conocía a través de la convivencia diaria la actividad que estaba desarrollando Enrique dentro del trapicheo con cocaína. En cambio, no puede decirse lo mismo con respecto a su colaboración por el mero hecho de que en compañía de un hijo pequeño de ambos fuera con él hasta Málaga el día que recogió la sustancia, que en realidad no sobrepasaba los 200 gramos en bruto.

El único argumento probatorio que se recoge en la sentencia para declarar probado que colaboraba con el acusado en el tráfico de sustancias estupefacientes es la conversación telefónica anteriormente reseñada. Sin embargo, del examen de su contenido no puede inferirse la colaboración que se señala por el Tribunal de instancia, toda vez que se trata de una conversación notablemente neutra y, en contra de lo que se dice en la sentencia, de escasa significación incriminatoria. Pues la acusada se limita a decir que su compañero no está en casa y que se ha ido para Valencia.

Proporciona a Juan Luis una información sobre dónde se halla su compañero y sobre la imposibilidad de que se ponga al teléfono, pero de ello no puede inferirse que ejecutara actos de colaboración en el tráfico de cocaína en que intervenía Enrique . La información que proporcionó no tenía la enjundia y el significado incriminatorio que le atribuye el Tribunal sentenciador, y desde luego no cabe catalogar esa acción o el hecho de ir en el coche con un hijo hasta Málaga como actos inequívocos de colaboración con el tráfico de sustancias estupefacientes, pues cabe una interpretación mucho más neutra de esa conducta que la aleja de lo que ha de entenderse como un comportamiento subsumible en la norma penal.

En consecuencia, se estima el recurso de casación y se deja sin efecto la condena de la recurrente, con declaración de oficio de las costas de esta instancia ( [art. 901 LECr](#) ). Ello hace ya innecesario el examen de los restantes motivos del recurso.

*1) Recurso de Carlos Manuel*

VIGÉSIMO CUARTO

El **primer motivo** lo dedica el recurrente, utilizando el cauce del [art. 849.2º](#) de la [LECr](#) , a cuestionar la cadena de custodia con respecto a la droga cuya tenencia se le atribuye al acusado, y también a impugnar la cuantía de cocaína que realmente poseía, dada la confusión e indeterminación de los informes periciales analíticos.

Para empezar, debe advertirse que la conducta que se le atribuye a este acusado en la sentencia aparece descrita en el siguiente párrafo del "factum": " *Tras estas nuevas detenciones Juan Luis se vio obligado a contactar con otras personas a fin de poder suministrar a Rita la sustancia que esta le había solicitado. Así contacta por teléfono con Carlos Manuel para que le suministre los cincuenta gramos de cocaína que le había pedido Rita , quedando en las inmediaciones del Hospital Comarcal en la tarde del mismo día 10 de marzo del 2007. Allí llega Carlos Manuel en una motocicleta matrícula ....WWW y Juan Luis en un taxi, dirigiéndose inmediatamente hacia el primero quien le entrega una bolsa, momento en que intervienen los agentes de policía y proceden a su detención cuando Juan Luis aún tiene la bolsa en la mano*".

En el siguiente párrafo el Tribunal se expresa así sobre la cuantía de la droga ocupada: " *Una vez analizada, la sustancia intervenida a Enrique , Emilia , Juan Luis y Carlos Manuel la misma resultó ser cocaína con una pureza de 39,8%, un peso neto de 98,49 gramos, cocaína con una pureza de 1,18% y un peso neto de 49,07 gramos, cocaína con una pureza de 1,72% y un peso de 49,36 gramos y cocaína con pureza de 39,3% y peso neto de 48,46 gramos, siendo su valor en el ilícito mercado de 15.446 #*".

Como puede fácilmente comprobarse, el recurrente solo intervino en el episodio consistente en la entrega de una cantidad de cocaína a Juan Luis que no alcanza los 50 gramos de peso bruto. A tales efectos se vieron en las inmediaciones del Hospital Comarcal el día 10 de marzo de 2007. Acudió Carlos Manuel en una moto y Juan Luis en un taxi, entregándole aquel la droga a este.

Sin embargo, en la sentencia recurrida, a la hora de establecer la cuantía y la calidad de la cocaína entregada por Carlos Manuel incurre en una notable confusión y genera no poca oscuridad y turbiedad al entremezclar la sustancia atribuida al ahora recurrente con la que le fue intervenida al acusado Enrique , a pesar de tratarse de dos operaciones y de dos episodios totalmente diferentes. De modo que en la sentencia se reseñan cuatro cantidades de cocaína sin deslindar cuáles son las tres partes que se le intervinieron a Enrique y cuál es la que se le ocupó a Carlos Manuel , cuestión que tampoco resultó totalmente esclarecida en la vista oral del juicio.

Las cantidades en bruto se cifran en 98#49, 49#07, 49#36 y 48#46 gramos de cocaína. De ellas es claro que la primera le fue intervenida a Enrique , ya que es muy superior a las otras cuatro y en la diligencia de intervención y detención de Enrique se afirma que le ocuparon una primera partida de unos 100 gramos brutos y otras dos de unos cincuenta cada una. El problema se centra en asignar cuál de las otras tres de unos 49 gramos brutos se le ha de atribuir al ahora recurrente, toda vez que en los análisis practicados en el laboratorio no consta qué partida de las tres corresponde a Carlos Manuel (folio 1401 de la causa), y en la vista oral del juicio tampoco los peritos pudieron aclararlo, ya que no les consta.

Así las cosas, tiene razón la parte recurrente cuando se queja de la confusión generada al no especificarse debidamente en el análisis cuál era la partida de droga de las tres menores que se le atribuye al recurrente Carlos Manuel . En la duda es claro que debe asignársele la de menor pureza con el fin de no perjudicar al acusado. De manera que siendo las cuantías de 49#07, 49#36 y 48#46 gramos, con una riqueza, respectivamente, de 1,18%, 1,72% y 39,3%, ha de atribuírsele al recurrente la partida de menor cuantía: 49,07 gramos de cocaína con una pureza de 1,72%. Sin que esta distribución perjudique al otro acusado, Enrique , puesto que para este la cuantía determinante en el ámbito punitivo es la de 98,49 gramos.

Al constatarse, pues, que al recurrente no pueden atribuírsele las cuatro partidas de cocaína que se reseñan en el mismo párrafo de la sentencia y sí solo una de ellas, en concreto la más baja, ello ha de repercutir en la cuantificación de la pena, que ha de reducirse a su cuantía mínima, esto es, tres años de prisión.

En cambio, no tiene razón en el punto relativo a la cadena de custodia, pues el hecho de que la

droga que le fue intervenida no hubiera sido remitida al laboratorio hasta más de dos meses después de su ocupación, en concreto en mayo de 2007 (folios 1187 y 1188 de la causa), no quiere decir que se haya roto la cadena de custodia y que se generen dudas sobre la cantidad de droga intervenida, pues la cocaína sí fue remitida con el correspondiente oficio, según se reseña en la causa (folio 1187), y coincide además con la cantidad que fue entregada por el recurrente a Juan Luis e intervenida a este nada más producirse el pase de la sustancia, según consta en el atestado policial (folio 509 de la causa).

En consecuencia, se estima parcialmente este primer motivo del recurso.

#### VIGÉSIMO QUINTO

En el **motivo segundo**, sin cita de precepto procesal alguno, se entremezclan y acumulan una serie de impugnaciones de una forma tan confusa y abigarrada que dificulta notablemente la resolución del motivo.

Comienza cuestionando la parte las intervenciones telefónicas, señalando al respecto que vulneran el art. 18.3 de la [Constitución](#). Nos remitimos sobre esta cuestión a lo ya argumentado en el fundamento primero, añadiendo que no consta en modo alguno ni ha sido cuestionado en el curso del proceso que la transcripción de las conversaciones telefónicas que figura en la causa no coincida con el contenido de las grabaciones.

En lo que respecta a la cuantificación de la droga que le fue intervenida al acusado, a la cadena de custodia y a la individualización de la pena, nos remitimos a lo argumentado y decidido en el fundamento anterior.

En lo concerniente a la atenuante de dilaciones indebidas, ha de estarse a lo razonado y acordado en sentido desestimatorio en el fundamento séptimo de esta sentencia.

Y, por último, y en lo que atañe a la pretensión de que se aplique el párrafo segundo del art. 368 del C. Penal, ha de replicarse en términos similares a los expuestos con respecto al recurrente Bernabe. Pues tampoco aquí se está ante el típico ejecutor de un acto aislado de venta, sino ante un sujeto que aparece conectado a un grupo de personas que trafica con cocaína, sin que además conste en modo alguno con datos contrastados que sea consumidor de sustancias estupefacientes ni concurra en él ninguna otra circunstancia personal que justifique la aplicación del referido subtipo atenuado.

En consecuencia, se estima parcialmente este motivo en los términos reseñados en el motivo precedente con respecto a la cuantía punitiva.

#### VIGÉSIMO SEXTO

En el **motivo tercero** reivindica, con sustento en el art. 849.1º, la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas y también cuestiona la individualización judicial de la pena.

Ambos extremos han sido tratados y resueltos en los dos fundamentos precedentes, a cuyo contenido nos remitimos.

#### VIGÉSIMO SÉPTIMO

El **cuarto motivo** lo dedica el recurrente a reiterar como resumen final las cuestiones y pretensiones que ha planteado en los motivos precedentes. En concreto, lo relativo a los análisis de la sustancia, la cadena de custodia y al auto que autoriza las intervenciones telefónicas. Debe estarse por tanto a lo expuesto en los fundamentos anteriores.

En consecuencia, se estima parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia ([art. 901 LECr](#)).

#### III. FALLO

**ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley constitucional interpuesto por la representación de Emilia; y **ESTIMAMOS PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN** formulados por las representaciones de Rita y Carlos Manuel contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, de 22 de febrero de 2011, que condenó como autores de

un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en su modalidad básica a los referidos recurrentes y a Horacio , Salvador , Agapito , Marisa , Enrique , Juan Luis , Maximino y Bernabe , con la concurrencia de la agravante de reincidencia en Rita , sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

**DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN** formulados por las representaciones de Horacio , Salvador , Agapito , Enrique , Maximino y Bernabe contra la referida sentencia, imponiéndose a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin **Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro**

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Julio de dos mil doce.

En la causa Procedimiento Abreviado nº 44/08, del Juzgado de Instrucción número 2 de Vélez-Málaga, seguida por un delito contra la Salud Pública contra Horacio , nacido en República Dominicana, hijo de Teodoro y Teodora; Salvador , nacido en República Dominicana, hijo de Federico y Lucía con D.N.I. NUM008 ; Agapito , nacido en República Dominicana, hijo de María; Rita , nacida en Málaga, hija de Antonio y Carmen, con D.N.I. NUM009 ; Enrique , nacido en Medellín (Colombia), hijo de Silvio e Inés con N.I.E. nº NUM010 ; Maximino , nacido en Armenai (Colombia), hijo de Gustavo e Idoli, con N.I.E. nº NUM011 ; Bernabe , nacido en Cali Valle (Colombia), hijo de Carlos Jesús y Marleny, con N.I.E. nº NUM012 ; Emilia , nacida en Medellín (Colombia), hija de Oscar y Beatriz, con N.I.E. nº NUM013 ; Carlos Manuel , nacido en Vélez-Málaga, hijo de Juan y María, con D.N.I. NUM014 y otros, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda dictó sentencia en fecha 22 de febrero de 2011 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado **Alberto Jorge Barreiro** .

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto en lo que respecta a la afirmación de que la acusada Emilia colaboraba con su compañero Enrique , afirmación que queda suprimida.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, procede acordar la absolución de la acusada Emilia del delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en su modalidad básica que se le imputa, declarándose de oficio las costas que se le hubieran impuesto en la instancia.

Asimismo, al no concurrir la agravante de reincidencia en la acusada Rita se le reduce la pena de prisión a tres años y se le impone una multa de 15.500 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de 25 días en caso de impago.

También se reduce la pena de prisión a tres años al acusado Carlos Manuel , con una multa de cien euros, dada la escasa cuantía de cocaína con la que traficó, y una responsabilidad personal subsidiaria de cinco días en caso de impago.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

### III. FALLO

Absolvemos a Emilia del delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en su modalidad básica que se le atribuye, con declaración de oficio de las costas que se le hayan impuesto en la primera instancia.



Reducimos la pena impuesta a los acusados Rita y Carlos Manuel como autores de un delito de tráfico de cocaína en su modalidad básica, fijándola en **tres años de prisión**, con igual pena accesoria de inhabilitación especial. También se le impone una multa a la primera de **quince mil quinientos euros**, con una responsabilidad personal subsidiaria de 25 días en caso de impago; y una multa de **cientos euros** para Carlos Manuel, con una responsabilidad personal subsidiaria de cinco días en caso de impago.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin **Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro**

#### PUBLICACIÓN

.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del *Tribunal Supremo*, de lo que como Secretario certifico.