



Roj: **STS 4497/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4497**

Id Cendoj: **28079120012022100927**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2022**

Nº de Recurso: **533/2021**

Nº de Resolución: **935/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 935/2022

Fecha de sentencia: 01/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 533/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 533/2021

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 935/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 1 de diciembre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 533/2021, interpuesto por **Paulino**, representado por el procurador D. Julio Costa Andreu, bajo la dirección letrada de D^a. Rosalía Amaro Pamos; **Tatiana**, representada por la procuradora D^a. Laura Alonso García, bajo la dirección letrada de D. Agustín Ribera Fuentes; **Virtudes**, representada por el procurador D. Lorenzo Guich Giménez, bajo la dirección letrada de D. Félix Juan Sánchez Martínez; y **Sixto**, representado por D. Patrocinio Sánchez Trujillo, bajo la dirección letrada de D. Alejandro Dapena García-Altred, contra la sentencia nº 31/2020, de fecha 30 de enero de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 46/2018. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Benidorm instruyó Procedimiento Abreviado nº 456/2015, contra Sixto, Virtudes, Paulino, Amanda, Tatiana, y Angelica, por delito contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 46/2018, dictó sentencia nº 31/2020, de fecha 30 de enero de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<A raíz de una investigación iniciada por la posible venta de sustancia estupefaciente en el local comercial "El Meu Restaurant" sito en Altea, en noviembre de 2014 se realizaron vigilancias sobre el mismo iniciándose en febrero de 2015 las Diligencias Previas 456/2015 del Juzgado de Instrucción nº 1 Benidorm y en las que se intervinieron Varios teléfonos, entre ellos el nº NUM000 y NUM001 pertenecientes a Tatiana, el nº NUM002 perteneciente a Paulino y el NUM003 perteneciente a Sixto. El contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas reveló la dedicación de los acusados a esta ilícita actividad de distribución, actuando los acusados Paulino, DNI NUM004, mayor de edad y sin antecedentes penales, así como Tatiana, DNI NUM005, mayor de edad y sin antecedentes penales, en las funciones de gerentes y copropietarios del mencionado local el cual era utilizado como lugar a través del cual se realizaba la venta y difusión a terceras personas de las sustancias estupefacientes, sirviéndose igualmente los acusados de su propio domicilio sito en la CALLE000 de Altea como lugar destinado a la ocultación y preparación de la sustancia estupefaciente así como igualmente a la distribución de la misma.

Con la finalidad de conseguir dicha distribución a través del establecimiento "El Meu Restaurant", los referidos acusados se servían igualmente de la colaboración de la empleada del mismo, Virtudes, NUM006, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien en ausencia de los acusados Paulino Y Tatiana, se encargaría y asumiría las funciones de distribución entre terceras personas de la sustancia estupefaciente.

Por último y por parte del acusado Sixto, DNI NUM007, mayor de edad y sin antecedentes penales, conociendo la actividad ilícita desarrollada por los anteriores acusados en la vivienda y negocio de hostelería, realizaba funciones de intermediación en la venta y distribución de la referida sustancia entre terceros compradores, adquiriendo la misma a los acusados antes mencionados y facilitándola a su vez entre terceras personas.

A la vista de los indicios existentes por Auto de 24 de abril de 2015 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Benidorm se acordó la entrada y registro en el domicilio sito en la CALLE000 de Altea, efectuado en la misma fecha, donde fueron intervenidas 139.36 gr de cocaína con un pureza de 67,3%, (con un valor en el mercado ilícito de 12.580,85€) y tres envoltorios de plástico de color blanco con alambre verde con cocaína en la cantidad que luego se indica, destinadas a la distribución entre terceras personas, así como una báscula de precisión marca ML CFI y otra marca USA Wight, una bolsa de plástico de color blanco a la que se habrían practicado recortes circulares y varios rollos de alambre plastificado de color verde, igualmente fue intervenida la cantidad de 120.000€ en efectivo (procedentes de la ilícita actividad) de los cuales 110.000€ se hallaban en billetes de 50€ dispuestos en paquetes, conteniendo 200 billetes cada uno, habiéndose intervenido igualmente una maquina destinada al envasado al vacío.

Igualmente y en virtud del mencionado Auto fue acordada entrada y registro en el local comercial sito en Calle Santa Teresa, efectuado en la misma fecha, donde fueron intervenidos 47 envoltorios plásticos de color blanco cerrados con alambre de color verde (dos de ellos en el interior de un paquete de tabaco y los 45 restantes en el interior de una caja de cartón), una báscula de precisión marca Bernar, así como la cantidad de 1.185€ en efectivo, los cuales se hallaban en un delantal y 40 € sobre la repisa de la cocina.

La sustancia intervenida resulto ser cocaína (considerando los 47 envoltorios junto con los tres que fueron localizados en el domicilio) ascendiendo a un total de 35.79 gr con una pureza de 64.8%, destinada igualmente a la distribución entre terceras personas, alcanzando un valor en el mercado ilícito 3.110,95€.



Consta de la causa que, en el momento de los hechos, Paulino y Tatiana eran consumidores de sustancias estupefacientes, lo que motivó la comisión de los mismos.

No ha resultado acreditada la participación de Angelica y Amanda en los hechos que nos ocupan. >>

SEGUNDO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<LA SALA ACUERDA: ABSOLVEMOS a Angelica y a Amanda de los hechos por los que venían siendo acusados en el seno de la presente causa.

ABSOLVEMOS a Paulino, Tatiana, Virtudes y Sixto del delito de pertenencia a grupo criminal por el que venían siendo acusados en el seno de la presente causa.

CONDENAMOS a Paulino y Tatiana, como autores de un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA, previsto y penado en el Art. 368 párrafo 1º del Código Penal en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y 369.3º del Código Penal (establecimiento abierto al público), con la concurrencia de la circunstancia atenuante de drogadicción, a la pena de SEIS AÑOS Y UN MES de prisión, con la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 15.691,80 euros, con 157 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

CONDENAMOS a Virtudes, como autora de un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA previsto y penado en el Art. 368 párrafo 1º del Código Penal en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y 369.3º del Código Penal (establecimiento abierto al público), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS AÑOS Y UN MES de prisión, con la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 15.691,80 euros, con 157 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

CONDENAMOS a Sixto, como autor de un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA previsto y penado en el Art. 368 párrafo 1º del Código Penal en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS Y UN MES de prisión, con la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 15.691,80 euros, con 157 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

CONDENAMOS asimismo Paulino, Tatiana, Virtudes y Sixto al pago, cada uno, de 1/12 partes de las costas devengadas en la presente causa, con declaración de oficio de las 8/12 partes restantes.

Se ordena el comiso y la destrucción, caso de no haberlo sido ya, de la droga intervenida.

Dese a los efectos y ganancias intervenidas el destino legal.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono a los condenados el tiempo durante el cual hubiesen estado privados de libertad por razón de esta causa. >>

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

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Paulino:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y especialmente, entre ellas, las telefónicas, art. 18.3 CE.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, art. 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y especialmente las telefónicas.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Sexto.- Por infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por indebida aplicación del art. 369.1.3 CP.

Séptimo.- Por infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por indebida inaplicación del art. 368 CP.



Octavo.- Por infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por indebida inaplicación del art. 21.6 CP.

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Tatiana :

Primero.- Por vulneración de precepto constitucional, art. 183 CE, en relación con el art. 24.2 y art. 11.1 LOPJ.

Segundo.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 24.2 CE.

Tercero.- Por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, art. 849.1 LECrim, concretamente del art. 368 CP en relación con el art. 369.3.

Cuarto.- Por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, se articula ante la negativa por parte del Tribunal a quo de aplicar la atenuante de drogadicción como muy cualificada del art. 21.1º y 2º en relación con el 20.2º.

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Virtudes :

Primero.- Al amparo del art. 852 LECrim en relación con los arts. 5.4 y 11 LOPJ: por infracción de precepto constitucional, art. 18.3 (secreto de las comunicaciones).

Segundo.- Por quebrantamiento de forma. Nulidad de la sentencia, manifiesta contradicción de hechos probados y predeterminación del fallo.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma. Nulidad de la sentencia, infracción de los arts. 24 y 25 CE, presunción de inocencia. Infracción principio in dubio pro reo. Infracción en la valoración de la prueba por ser irracional, arbitraria y absurda.

Cuarto.- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del art. 24.1 y 24.2 CE, e inaplicación del principio in dubio pro reo en la obtención del juicio de inferencia.

Quinto.- Por infracción de ley y jurisprudencia sobre los requisitos del tipo del art. 368 CP y el tipo agravado del art. 369.3 CP.

Sexto.- Por error en la valoración de la prueba, da por reproducido todo lo expuesto anteriormente ya que considera que no puede hacerse el juicio de deducción sobre las pruebas practicadas que incriminan a la recurrente (sus grabaciones telefónicas) para la conclusión de que se dedicaba a sustituir a los dueños del local para vender droga en el establecimiento en los casos de ausencia de estos.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Sixto :

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, relativo a la infracción de ley y doctrina legal, en relación con los arts. 11.1 y 5.4 LOPJ en orden al derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías y con nulidad de las pruebas obtenidas ilícitamente, en relación al art. 24.2 CE en orden al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de ley y doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 369.3 CP.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim relativo a la infracción de ley y doctrina legal en relación a la presunción de inocencia, art. 24.1 CE

Cuarto.- Al amparo del art. 849 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE.

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

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 16 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Paulino

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y especialmente, entre ellas, las telefónicas, art. 18.3 CE.

Sostiene el recurrente que si la fuerza policial actuante afirmó contar con indicios de que en el local "El Meu Restaurant" se vendía droga, la intervención del teléfono del Sr. Paulino resultó desproporcionada y vulneradora del expresado derecho fundamental, pues si dicho local no dejaba de ser un inmueble que no



constituía domicilio particular de nadie, la intervención telefónica no soportaba el juicio de la menor gravedad de la medida acordada.

1.1.- Ciertamente entre los principios constitucionales de legitimación de la injerencia en las comunicaciones telefónicas del investigado, alcanzan especial relevancia los principios de excepcionalidad y necesidad y el principio de proporcionalidad.

Principios de excepcionalidad y necesidad.

La idoneidad de la medida de injerencia presupone su excepcionalidad y necesidad. De ahí que, como expresa el art. 588 bis a 4, "... en aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad sólo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida."

Se trata, en fin, de una diligencia de investigación "... a la que solo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención" (STS 844/2002, de 13 de mayo).

No faltan resoluciones que aluden al principio de subsidiariedad para expresar esta misma idea de ausencia de alternativa (cfr. SSTs 393/2012, 29 de mayo y 31/2012, 27 de julio, entre otras).

Principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad ofrece otro de los filtros legitimadores, cuyo menoscabo puede conllevar la ilicitud de la prueba (art. 11 LOPJ). en el fondo, se trata de una mención del principio de prohibición en exceso, adaptada a la diligencia de investigación que tiene por objeto la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. De acuerdo con esta idea, la adopción y práctica de esta medida llamada a alzar el secreto de las comunicaciones, sólo podrá ser reputada legítima cuando no resulte excesiva y concurren los requisitos de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La injerencia será proporcionada cuando "... tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros". La resolución que autorice la injerencia deberá expresar el juicio de ponderación realizado entre el interés público de persecución penal del hecho punible y el interés del encausado en preservar su derecho al secreto de sus comunicaciones. Como recuerda el legislador, "para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho" (art. 588 bis a 5).

La STC 96/2012, 7 de mayo -con cita de la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7- recuerda que el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así, "... este Tribunal ha declarado en numerosas sentencias que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5; 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1; 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8; 85/1992, de 8 de junio, FJ 5; y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Incluso en las sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como canon derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, de 2 de octubre, FJ 6; 50/1995, FJ 7; y 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, FJ 6), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 3; y 50/1995, FJ 7) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, FJ 6), lo hemos hecho en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos. [...] Hemos destacado (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; 86/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, entre otras) que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).



1.2.- Y en cuanto a los delitos susceptibles de justificar el acto jurisdiccional de injerencia, frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este modelo excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada, de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio la ponderación concretado en cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida.

En tal sentido, se ha pronunciado expresamente el TEDH en dos sentencias de 24.9.90 (casos Kruslin y Hurvig), condenando a Francia por no disponer su legislación de un catálogo de graves infracciones penales que toleren esta medida, al modo de Alemania, Italia, etc.... y en tanto no cumpla el legislador español esta exigencia dimanante del art. 8 CEDH. habrá de autolimitarse por vía interpretativa, todo órgano instructor, siguiendo por analogía "in bonem partem" lo previsto en el art. 503 LECrim. respecto a la prisión preventiva. Para valorar la gravedad no sólo, se debe atender a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar (SSTS. 26.5.97, 23.11.98, 1263/2004 de 2.11). Incluso se ha sostenido que podría acudir a la relación de infracciones delictivas contenidas en el nuevo art. 282 bis 4 para la autorización legal del empleo de la figura denominada "agente encubierto" como equivalencia de supuestos para la autorización judicial de las "escuchas" telefónicas (STS. 8.7.2000). Deficiencia en la regulación subsanada por la reforma antedicha LO 13/2015, art. 588 ter c) y por remisión al art. 579.1 LECrim: a) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; c) delitos de terrorismo; d) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de la comunicación.

1.3.- En el caso presente -fundamento derecho primero-, la sentencia recurrida desestima esta queja, razonando como el auto de fecha 16 de febrero de 2015 por el que se acuerda la intervención de los teléfonos utilizados por Tatiana y Paulino, pareja que regentaba el establecimiento público denominado "El Meu Restaurant", trae causa del atestado de la Guardia Civil, instruido por delito contra la salud pública, en el que se hace constar que por fuentes confidenciales se tiene conocimiento de que en el referido establecimiento público sito en la calle Santa Teresa número 29, local 4 de la localidad de Altea, al parecer por parte de los gerentes así como de los trabajadores pudieran estar cometiendo un supuesto delito contra la salud pública, y más concretamente, la venta al menudeo de cocaína a clientes que acuden al referido restaurante.

Tras esa información se da inicio a las gestiones policiales para comprobar la veracidad de tales hechos y, a tal fin se establece, el día 1 de diciembre de 2014 y sucesivos, un dispositivo de vigilancia en torno al establecimiento. Resultado de ello son los diferentes días en los que los agentes pueden apreciar la llegada de clientes que permanecen escaso tiempo, adquieren droga, y abandonan el lugar siendo interceptados y ocupándoseles droga.

Se trata de sólidos indicios que se aportaban, con indicación de la fecha y hora, identidad de los compradores y sustancia ocupadas, que sin duda integraban más que meras sospechas de la comisión de un delito contra la salud pública en el restaurante que ambos regentaban.

1.4.- En cuanto a la concreta queja del recurrente de la desproporción de la medida, tal como destaca el Ministerio Fiscal en su documentado informe, no se comprende qué tipo de diligencias menos gravosas podían adoptarse para detectar qué personas concretas y con qué grado de participación intervenían en la actividad de venta desde dentro del local -e incluso fuera del mismo- dado que, como señala la sentencia recurrida, "debemos de reseñar las manifestaciones efectuadas en el plenario por el agente de la Guardia Civil con número profesional NUM008, quien señaló al respecto que no se realizaron labores de investigación en el interior del local porque los agentes eran conocidos y los habrían detectado, no queriendo hacer peligrar la operación. En el mismo sentido se pronuncia el agente con número profesional NUM009 al señalar que no realizaron investigaciones en el interior del local para no levantar sospechas porque Altea es una localidad pequeña donde los agentes son conocidos".

Consecuentemente, estaba justificada la no adopción de medidas menos gravosas -como el registro del local, que solo hubiera acreditado la existencia de la droga en el interior del establecimiento- pero no qué personas intervenían en la venta, por lo que el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, art. 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y especialmente las telefónicas.

El motivo se fundamenta en la infracción producida no solo en el auto inicial que acordó la primera intervención de 16-2-2015, desarrollada en el motivo anterior, la nulidad derivada de la irregular afectación al derecho fundamental del art. 18.3 CE se produjo en estas actuaciones ya desde el momento inicial, es decir, cuando el



instructor dio como válido para disponer la intervención, y al resolver como lo hizo (folios 26 a 29); sino que las sucesivas interceptaciones y prórrogas de las escuchas carecían del correspondiente control judicial, al emitirse automáticamente.

El examen de la causa pone inmediatamente de relieve que las escuchas telefónicas jugaron el papel esencial que se dice, como así se infiere del contenido de la sentencia. Y ese examen evidencia que las resoluciones que autorizaron referidas transcripciones y prórrogas carecen de la más mínima fundamentación.

2.1.- El motivo debe ser desestimado.

Para el adecuado análisis del motivo, es conveniente reproducir la doctrina de esta Sala Segunda, recogida, entre otras, en ss. 373/2017, de 24-5; 720/2017, de 6-11; 2/2018, de 9-1; 86/2018, de 19-2; 714/2018, de 16-1-2019; 84/2021, de 3-2; 228/2022, de 10-3, en el sentido de que el secreto de las comunicaciones telefónicas constituye un derecho fundamental que está garantizado en el art. 18.3 CE, mientras que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 8; y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 7, constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10 2º, garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (STC núm. 281/2006, de 9 de octubre y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre), por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. Por ello la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse (SSTS núm. 367/2001, de 22 de marzo y núm. 1377/1999, de 8 de febrero).

El derecho al secreto es independiente del contenido de la comunicación, debiendo respetarse, aunque lo comunicado no se integre en el ámbito de la privacidad (SSTC núm. 70/2002, de 3 de abril y núm. 114/1984, de 29 de noviembre).

Pero, sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación (art. 8º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial. El propio art 18.3 CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial (STS núm. 246/1995, de 20 de febrero, entre otras muchas).

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta manera en la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales, sin la intervención imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, que tiene atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales (STS núm. 248/2012, de 12 de abril).

No puede olvidarse que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, y en segundo lugar porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, generalmente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia (STS núm. 635/2012, 17 de julio).

Sin embargo, la normativa legal reguladora de las intervenciones telefónicas era parca y carecía de la calidad y precisión necesarias, por lo que debió complementarse por la doctrina jurisprudencial. Las insuficiencias de



nuestro marco legal han sido puestas de manifiesto tanto por esta misma Sala, como por el TC (SSTC núm. 26/2006, de 30 de enero, 184/2003, de 23 de octubre, 49/1999, de 5 de abril) y el TEDH (SSTEDH de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo contra España y de 30 de julio de 1998, Valenzuela Contreras contra España). La LECrim dedica a esta materia el art. 579, en el Título VIII del Libro II, y las nuevas normas legales sectoriales no complementan adecuadamente sus insuficiencias, que requieren imperativamente y sin más demoras una regulación completamente renovada, en una nueva Ley procesal penal que supere la obsolescencia de nuestra legislación decimonónica.

Lo que por fin se ha producido por la reforma operada por LO. 13/2015, artículo único, apartados trece y catorce, introduciendo los nuevos artículos 588 bis apartados a) a K) y 588 ter apartados a) a i), que no estaban en vigor cuando en el caso presente se acordaron las intervenciones.

2.2.- En cualquier caso, para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica se refiere exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica.

Elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978 ; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988; casos Kruslin y Huvig, sentencias ambas de 24 de abril de 1990; caso Ludwig, sentencia de 15 de junio de 1992 ; caso Halford, sentencia de 25 de junio de 1997 ; caso Kopp, sentencia de 25 de marzo de 1998; caso Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998; caso Prado Bugallo, sentencia de 18 de febrero de 2003, etc).

En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención (STC 253/2006, de 11 de septiembre), pero también que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 1240/98, de 27 de noviembre, núm. 1018/1999, de 30 de septiembre , núm. 1060/2003, de 21 de julio , núm. 248/2012, de 12 de abril y núm. 492/2012, de 14 de junio, entre otras), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.

Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio , 165/2005, de 20 de junio, 261/2005, de 24 de octubre, 26/2006, de 30 de enero, 146/2006, de 8 de mayo y 72/2010, de 18 de octubre, entre otras, y SSTC de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000, 11 de mayo de 2001, 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004, 13 y 20 de junio de 2006, 9 de abril de 2007, 248/2012, de 12 de abril y 492/2012 , de 14 de junio, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado y emitido (STS 248/2012, de 12 de abril).

La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (STS núm. 636/2012, de 13 de julio). Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (STS núm. 248/2012, de 12 de abril), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (doctrina jurisprudencial ya citada, por todas STC 72/2010, de 18 de octubre). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes (STS núm. 722/2012, de 2 de octubre).

En la motivación de los autos de intervención de comunicaciones deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos (Sentencias de esta Sala 1363/2011, de 15 de diciembre y núm. 635/2012, de 17 de julio).



Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio) .

Han de ser objetivos "en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona" (STC 184/2003, de 23 de octubre).

Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse" (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass , y de 15 de junio de 1992, caso Ludí) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa" (art. 579.1 LECrim) o "indicios de responsabilidad criminal" (art. 579.3 LECrim)" (STC 167/2002, de 18 de septiembre).

En definitiva, el control posterior sobre la decisión que acordó la medida debe revelar que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso, así como acerca de la utilidad de la intervención telefónica, de forma que quede de manifiesto que aquella era necesaria y que estaba justificada (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).

2.3.- En el caso que nos ocupa la suficiencia de los posibles indicios al contar solo con el resultado de labores de vigilancia realizadas en el exterior del restaurante, ya han sido analizadas en el motivo precedente, concluyendo con la motivación suficiente del auto inicial de 16-2-2015, y las referencias a la identificación de las fuentes de prueba basadas única y exclusivamente en una información confidencial, sobre cuya forma de obtención no hay ningún dato.

En relación a las llamadas anónimas o notificaciones confidenciales, esta Sala, SSTS 1183/2010, de 1 de octubre; 457/2010, de 25 de mayo; 373/2017, de 24 de mayo; 720/2017, de 6 de noviembre; 714/2018, de 16 de enero, tiene declarado, que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 septiembre 1997 y 4 marzo 1999.

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.



Doctrina reiterada en las SSTs. 1488/2005 de 13.12 y 28.2.2007 que precisan que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciado, como exige el art. 268 LECrim. pero puede ser un medio de recepción de la noticia criminis que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim. elevándolas al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental. Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido la STC. 8/2000 de 17.1).

En esta dirección la sentencia 416/2005 de 31.3, ya precisó que la existencia de una información anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental a personas que ni siquiera consta su mención nominativa en aquella, pues un anónimo "no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión, STC. Pleno 23.10.2003.

Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a "fuentes o noticias confidenciales". Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación.

Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Por lo tanto es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez.

Dicho con palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 167/2002- cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones "lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación, o como recuerda la STS. 32/2014 de 30.1 "Es perfectamente posible iniciar una investigación policial por un delito sobre la base de informaciones confidenciales anónimas, siempre que sean razonablemente creíbles y a continuación se lleven a cabo diligencias de investigación tendentes a confirmar la sospecha, obteniendo datos objetivos indiciarios de que se está cometiendo o se va a cometer un delito".

2.4.- Y en el supuesto actual la sentencia recurrida hace referencia al atestado de la Guardia Civil nº 2430-0493, instruido por delito contra la salud pública en el que se hace constar "que por fuentes confidenciales se tiene conocimiento de que en el referido establecimiento público ... al parecer por parte de los gerentes así como de los trabajadores pudieran estar cometiendo un supuesto delito contra la salud pública, y más concretamente, la venta al menudeo de cocaína a clientes que acuden al referido restaurante", iniciadas gestiones para comprobar la veracidad de tales hechos, a tal fin se establecieron el día 1-12-2014 y sucesivos, dispositivos de vigilancia en torno al establecimiento, con el resultado de que en diferentes días los agentes pudieron apreciar la llegada de clientes que permanecían escaso tiempo, adquirían droga y abandonaban el lugar, siendo interceptados, ocupándoseles la droga. Son datos aportados con indicación de fecha, hora e identidad de los compradores y sustancias ocupadas que constituían más que meras sospechas de la comisión del delito investigado.

2.5.- En cuanto a los sucesivos autos por los que se prorrogaban o ampliaban las escuchas, de 16-5; 24-3; 2-4; 13-4; y 21-4-2015, la jurisprudencia del TC, ss. 171/99, de 27-2; 299/2000, de 11-12; 184/2003, de 23-10; 105/2005, de 20-6; 253/2006, de 11-9, y de esta Sala Segunda del TS, 912/2016, de 1-12; 84/2021, de 3-2; 466/2022, de 12-5, recuerdan que las intervenciones y prórrogas acordadas a partir de los datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en la resolución acordada con carácter previo a acordar la prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuación de la restricción del derecho, sin que sea suficiente una remisión tácita a la inicialmente ofrecida.



Igualmente ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de datos obtenidos en la primera. Ciertamente el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indicativos de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediablemente las ulteriores de ellas derivadas (SSTC 171/99 del 27 septiembre, 299/2000 de 11 diciembre, 184/2003 del 23 octubre, 165/2005 de 20 junio, 253/2006 de 11 septiembre).

Bien entendido -como se dice en SSTC 645/2010 de 14 de mayo y 413/2015 de 30.6, que la intervención de un nuevo teléfono del mismo titular o la prórroga temporal de una intervención telefónica que inicialmente ha sido autorizada por concurrir motivos justificados, solo tiene de específico la prolongación en el tiempo de esa intervención ya ordenada legítimamente, lo que es necesario entonces justificar y lo que se exige en tal caso motivar en la nueva resolución decisoria no se extiende a lo que se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino la ampliación temporal de lo mismo más allá del periodo inicialmente concedido cuando lo que apoya la nueva intervención o prórroga no es propiamente un cúmulo de indicios nuevos o diferentes de los que fueron expresados y valorados en la intervención, sino estrictamente la subsistencia de aquéllos, es decir el mantenimiento, la mera vigencia en el tiempo de la misma necesidad. Si la una y otra en cuanto tales ya se sometieron al control judicial no es preciso ponderar de forma redundante lo ya ponderado antes, y será únicamente objeto del control la justificación de la prórroga en lo que supone de concesión de un nuevo período temporal para una intervención ya justificada STS. 1008/2013 de 8.1.2014).

2.6.- En el supuesto que se analiza, la sentencia recurrida da cumplida respuesta a las objeciones del recurrente, recordando que tales resoluciones son "producto del avance de las investigaciones, resoluciones que se fundamentaron no solo en detallados oficios policiales explicativos del avance de las investigaciones, sino que además fueron acompañados de la totalidad de las conversaciones intervenidas con transcripción de las relevantes a efectos de la investigación."

El motivo, por lo expuesto, deberá ser desestimado, dado que en cuanto al alegato de la defensa de la falta de control judicial posterior de las escuchas telefónicas practicadas, como hemos dicho en SSTC 56/2009 de 3.2, 924/2009 de 7.4- ese control se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, lo que implica que el Juez debe conocer y controlar el desarrollo de la ejecución lo que supone que al acordar su práctica debe establecer las condiciones precisas para que tal afirmación sea real. Ahora bien, para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril; 184/2003, de 23 de octubre; 205/2005, de 18 de julio; 239/2006, de 17 de julio), que es lo sucedido en el presente caso en el que con anterioridad a cada prórroga o nueva intervención, consta la remisión periódica de las transcripciones a las conversaciones más relevantes y de informes policiales, en los que se da cuenta de las incidencias que ocurren en la misma investigación.

Consecuentemente de lo anterior se desprende que el Juzgado tuvo siempre conocimiento del desarrollo de las intervenciones telefónicas ya autorizadas, que la remisión de las transcripciones no fuese en su inicio íntegra y que la relación se llevase a cabo por la propia policía judicial, no empece a que el control judicial anterior de los autos acordando las nuevas intervenciones o las prórrogas no fuese efectivo.

En efecto como hemos recordado en la STS. 745/2008 de 25.11 ningún precepto legal impone al Juez de Instrucción la obligación de oír las grabaciones de las conversaciones intervenidas para acordar la prórroga de las intervenciones ya autorizadas, siendo patente que el Juez puede formar criterio de tales efectos por medio de la información escrita o verbal de los funcionarios policiales que hayan interesado y practiquen la intervención (STS. 1368/2004 de 15.12).

Así se ha pronunciado esta Sala en SS. 28.1.2004, 2.2.2004, 18.4.2006 y 7.2.2007, precisando que: "Desde luego es cierta la necesidad de conocer el resultado de las conversaciones, pero ni la sentencia del Tribunal Constitucional dice, ni esta Sala ha exigido, que deba oír las conversaciones directamente el juez o leer su transcripción. Lo esencial es que aquel efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad en base a los datos que la policía le facilite, si los estima suficientes. En nuestro caso, dadas las necesidades de la investigación, el juzgador estimó convincente y adecuado el informe policial petitorio, en el que se le instruía verazmente del resultado de la medida injerencial y de la necesidad de ampliarla, así como de la marcha de las investigaciones. La credibilidad que al Instructor le merecía la labor policial, en este cometido, no carece de apoyo racional si pensamos en la especial responsabilidad que recae sobre los miembros de la policía que actúan a las órdenes y bajo la dirección del juez en la investigación de las causas penales, amén de que cualquier discordancia entre el contenido de las conversaciones, en breve tendría que aflorar cuando aquéllas se transcribieran. Siendo así, el único obstáculo que teñiría de ilicitud constitucional la



ampliación de las intervenciones telefónicas sería la nulidad de las primeras, si las segundas se basaban en aquéllas. La intervención ulterior estaría viciada de ilegitimidad si estos nuevos datos o circunstancias objetivas aportadas, que pretenden fundamentar la nueva solicitud de ampliación, hubieran sido conocidas a través de una intervención telefónica ilícita."

Como tiene dicho ya con reiteración esta Sala, al margen de que los aspectos relativos a la incorporación del resultado de las diligencias a las actuaciones se refieren tan sólo a las exigencias de la eficacia probatoria de sus propios contenidos pero, sin que en ningún caso, ello pueda suponer la nulidad del material derivado de las mismas, el aludido "control" de la práctica de las intervenciones por la autoridad judicial no exige la necesaria audición personal de las cintas que, no lo olvidemos, se encuentran a su disposición, sino que, basta con que, antes de las decisiones ulteriores a propósito de la evolución de la injerencia, el Juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos, lo que, en este caso, sin duda, se produjo mediante la aportación de transcripciones e informes en apoyo de las nuevas solicitudes de autorización.

Por ello la alegación de que el Juez no ha efectuado las oportunas comprobaciones para acordar las prórrogas constituye una mera afirmación de la parte. Lo relevante es que conste en las actuaciones que el servicio policial especializado que por delegación del Instructor realiza materialmente las escuchas, ya que es obvio que éstas no se pueden materializar por el propio Juez, entregó al Instructor los elementos probatorios necesarios para poder valorar la conveniencia de la prórroga.

En este momento procesal, no se trata todavía de utilizar el resultado de las intervenciones como medio de prueba en el juicio, sino que el Juez controle el proceso de intervención y decida, conforme a su propio criterio profesional y en atención a los datos que se le proporcionan, la procedencia de la continuidad de la investigación.

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Señala el recurrente que la intervención de las comunicaciones telefónicas no tuvo el control que prevé la notificación al Ministerio Fiscal: la medida de intervención careció del control judicial en su desarrollo y cese, pues (con excepción del auto inicial acordando la intervención de 16-2-2015), las decisiones de prórrogas y sucesivas interceptaciones telefónicas (dictadas en conjunto hasta en ocho ocasiones más) no gozaron del necesario control al carecer de notificación al Ministerio Público.

3.1.- En cuanto a la alegación de no haberse notificado al Ministerio Fiscal el auto autorizante de las intervenciones, debemos precisar como en relación a la ausencia de notificación del Ministerio Fiscal con carácter previo a la intervención y de los propios autos de intervención, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias 912/2016, de 1-12; 1044/2011 de 11-10; 644/2011 de 30-6; 628/2010, de 1-7; 98/2010 de 12-2; 483/2007 de 4-6; es clara al señalar que no puede sostenerse la ausencia de control judicial de la injerencia por el solo hecho de que se haya omitido la notificación del auto autorizante al Ministerio Fiscal. El art 18.3 CE subordina la medida a la existencia de "resolución judicial" que la autorice y en línea de principio ello parece suficiente para alcanzar la garantía constitucional. La notificación al Ministerio Fiscal puede ser un "plus" de garantía procesal pero no tiene en rigor rango de exigencia constitucional.

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

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

Así, en relación con la 126/07, lo que se dice a título de "obiter dicta" en su fundamento de derecho quinto es que "el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas "diligencias indeterminadas" no implica, "per se", la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues... lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control. Tanto el control inicial, pues aún cuando se practique en esta fase sin



conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art 124.1 CE) como el posterior (cuando se alza la medida) por el propio interesado que ha de poder reconocerla e impugnarla. Por ello, en la citada resolución (se refiere a/fundamento sexto de la STC 49/99) consideramos que no se había quebrado esa garantía al haberse unido las diligencias indeterminadas, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito... ". Lo transcrito anteriormente, no es desde luego incompatible con lo afirmado más arriba puesto que la garantía judicial no excluye ni mucho menos la intervención del Ministerio Fiscal en todo momento, conste o no la diligencia de notificación del auto.

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

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

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

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

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

No siendo ocioso destacar la actual doctrina del Tribunal Constitucional SS. 197/2009 de 28.9, 219/2009 de 21.12, 220/2009 de 21.12, 26/2010 de 27.4, 72/2010 de 18.10, en el sentido de que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto -y siempre en referencia a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas diligencias indeterminadas, que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente- posteriores resoluciones -han declarado contrario a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre; 165/2005, de 20 de junio; 259/2005, de 24 de octubre; 146/2006, de 8 de mayo). Por tanto "lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese" (STC. 197/2009 de 28.9). Lo que llevaba a concluir en aquel caso -en el que las intervenciones telefónicas se habían acordado en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento- que la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de notificación al Fiscal de los autos que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagró, por tanto, un secreto constitucionalmente inaceptable".



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

CUARTO.- El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Argumenta que si en la obtención de los elementos probatorios de cargo tomados en consideración por la Sala de instancia hubo quebrantamiento de los derechos fundamentales consagrados en el art. 18.2 y 3 CE, hay que entender también lesionado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, puesto que el fallo condenatorio aparece fundado exclusivamente en pruebas viciadas en su misma fuente.

Supeditada la prosperabilidad del motivo a la estimación de los precedentes, la pretensión del recurrente deviene inaceptable.

QUINTO.- El motivo quinto por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Plantea que aunque, a efectos dialécticos, los autos de intervenciones telefónicas hubieran sido válidos, no hay prueba de que en el local El Meu Restaurant se vendiera droga, con lo que, no estando acreditado que la posesión fuera con destino al tráfico en el local, no puede aplicarse el subtipo agravado del art. 369.1.3º por cuanto aunque se diera por cierto que en el local donde se produjo un hallazgo de droga, no hay prueba de que la posesión de la misma tuviera por destino el tráfico de tal droga en el local.

5.1.- El motivo se desestima.

En efecto, en cuanto al alcance en casación de la denuncia por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hemos declarado, SSTs. 428/2013 de 29 mayo, 129/2014 de 26 febrero, 454/2015 de 10 de julio, 505/2016 del 9 junio, 323/2017 de 4 mayo, 373/2017 de 24 mayo, 86/2018, de 19-2, nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

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

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada



resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

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

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

5.2.- En el caso analizado, las pruebas -que detalla la sentencia recurrida- son suficientes para entender enervada la presunción de inocencia: hallazgo de droga y efectos en el local (fueron intervenidos 47 envoltorios plásticos de color blanco cerrados con alambre de color verde, dos de ellos en el interior de un paquete de tabaco y los 45 restantes en el interior de una caja de cartón, una báscula de precisión marca Bernar, así como la cantidad de 1.185€ en efectivo, los cuales se hallaban en un delantal y 40€ sobre la repisa de la cocina, resultando ser 35'79 gramos de cocaína con una pureza de 64'80%; así como en la propia vivienda; coincidencia entre la droga ocupada en ambos lugares y la intervenida a los compradores; pericial de la misma; declaración de los agentes policiales, en especial del agente de la Guardia Civil con número profesional NUM010 , manifestando que participó en la vigilancia directa del restaurante y vivía encima del mismo, estaba de baja por enfermedad y participó a sus compañeros lo que observaba, viendo con total rotundidad que en dicho restaurante había tráfico de drogas: ir y venir de gente, vehículos, motocicletas, gente que llegaba y en poco tiempo se marchaba; otros de los agentes NUM009 , NUM011 , NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 , NUM016 , declararon que adoptaban medidas de seguridad, dado que Paulino y Tatiana salían con frecuencia del local y que las dosis que se encontraron en el local tenían el mismo formato que las que se intervinieron en los tres vehículos, e indicó que el modus operandi consistía en que los clientes llamaban al teléfono de Paulino o de Tatiana y se personaban en el local o en el domicilio a comprar droga, y que



empleaban para ello un lenguaje convenido; y finalmente el propio contenido de las conversaciones telefónica que la sentencia expresa, plasmadas en cuanto a Paulino en los folios 118 (SMS), 166, 170, 171 (Tomo I), y folios 22, 26, 40, 91, 94, 143 y 144 (Tomo II).

SEXTO.- El motivo sexto por infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por indebida aplicación del art. 369.1.3 CP.

El motivo cuestiona la aplicación del subtipo agravado art. 369.1.3 CP que ha permitido al Tribunal de instancia apreciar la circunstancia de haberse realizado los hechos en establecimiento abierto al público, con la consecuencia de elevar en un grado la pena de prisión de tres a seis años.

Considera que siendo dos los lugares en los que los acusados Paulino y Tatiana distribuían la droga aprehendida: el establecimiento El Meu Restaurant y su propio domicilio, en el relato de hechos probados se ponen de manifiesto las circunstancias que brindaban al domicilio su total preeminencia respecto de la distribución como tal de la droga, lo cual no permite la interpretación extensiva del tipo penal agravado del art. 369.1.3 CP: realizar el hecho en establecimiento abierto al público. Señala además que no concurre la nota de aprovechamiento de las facilidades propiciadas por el local y al amparo de él. Nada se dice en la sentencia sobre las eventuales, como hemos dicho en SSTS 1022/2011, de 10-10; 364/2015, de 23-6; 912/2016, de 1-12, facilidades que para el recurrente brindaba el restaurante, ni sobre por qué el eventual aprovechamiento de esas facilidades suponía un incremento del peligro prohibido por la norma.

6.1.- Como hemos dicho en SSTS 1022/2011, de 10-10; 364/2015, de 23-6; 912/2016, de 1-12, el actual art. 369.3 CP. sanciona con mayor pena los actos de tráfico de drogas descritos en el art. 368 cuando "fueran realizados en establecimiento abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos".

La prueba de cargo debe acreditar a juicio del tribunal los hechos del tipo objetivo en su integridad, así como aquellos otros aspectos del mismo carácter que constituyan la base fáctica de los subtipos agravados o de cualquier agravación del tipo básico. Asimismo, las bases fácticas de las circunstancias agravantes genéricas que después se entiende aplicables. También debe ser suficiente para demostrar los hechos indiciarios sobre los que se construye la inferencia que permite afirmar la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo.

Cuando se trata de tráfico de drogas ha de quedar acreditados los aspectos objetivos relativos a los actos típicos descritos en el art. 368 y en los casos en los que se aplique el art. 369.4 debe quedar asimismo probado que se realizan en establecimiento abierto al público y que quien lo ejecuta es un responsable o empleado del mismo. Cuando se trata de actos de tenencia con destino al tráfico, es preciso que la prueba acredite que la finalidad de la tenencia es precisamente proceder a la venta o a la ejecución de cualquier otro acto de tráfico, precisamente en el citado establecimiento. Pues la tenencia en el mismo como mero depósito, sin acreditar otra finalidad concreta, no es suficiente para el subtipo agravado. como se señalaba en la STS 987/2004 de 13-9 "...es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ellos el supuesto en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída.

Bien entendido que en principio si es el dueño del establecimiento quien trafica en el mismo es de aplicación la agravante, aunque no esté y no se haga mención de él, siempre que pueda acreditarse que conoce el desarrollo de tales actividades.

Asimismo como se recoge en las STS 817/2008, de 1-12; 844/2005 de 29-6 y 329/2003 de 10-3, sobre la agravación derivada de la realización de la conducta en establecimiento abierto al público existe ya un cuerpo de doctrina consolidado de esta Sala que podemos sintetizar en las siguientes consideraciones:

a) Su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la ratio legis de la agravación (SS.T.S. 15/12/99 y 19/12/97), expresivas de que el subtipo agravado no permite una interpretación extensiva y que cuando no conste la finalidad de tráfico en el local queda solo a efectos penales la simple tenencia ilícita.

b) Que el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad (S.S. T.S. 15/2/95 y 15/12/99, 1164/2006 de 26.11, 831/2007 de 5.10, 817/2008 de 11.12, 1238/2009 de 11.12, 920/2013).



c) Como consecuencia de lo anterior es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída (S.T.S. 1/3/99), es decir, como señala la sentencia antes citada de 15/12/99 la modalidad de posesión que conlleva un mayor contenido injusto no es la mera posesión en el local con destino al tráfico, sino la posesión con destino al tráfico en el local (SS.T.S. 16/10/2003 y 10/02/00).

6.2.- Por ello la STS. 501/2003 de 8.4 señala que, en todo caso, debe quedar claramente deslindado el hecho de esconder o guardar en el establecimiento la droga o el dinero proveniente del tráfico ilícito y la realización de las típicas actividades del tráfico sirviéndose o utilizando el propio establecimiento, es decir, se "exige que el sujeto activo, en su dinámica operativa, distribuya la droga a terceros, valiéndose y confundiendo la ilícita actividad desplegada en el local abierto al público con el desarrollo del negocio de hostelería, propio del local".

Nos dice en tal sentido la jurisprudencia que: "Esta Sala ha entendido que la cocina de un bar o cualquier otra dependencia, e incluso el propio bar, como lugar en que única y exclusivamente se deposita, guarda o esconde la droga, no constituye establecimiento abierto al público, a efectos agravatorios, siempre que no se difunda, distribuya o realice cualquier otra transacción, con las personas que tienen libre acceso al establecimiento (SS. T.S. 20-12-94, 19-12-97, 15-12-99 y 5-4-2001), estribando "la ratio agravatoria en las facilidades que ofrece el establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, donde parapetados en la apariencia de una normal explotación del negocio, se favorecen los intercambios de sustancias tóxicas, dada la posibilidad indiscriminada de acceso o entrada al mismo de cualquier persona". "Es la facilidad de ocultar (o dificultad de descubrir) -insiste en este punto la S.T.S. nº 1.234 de 13 de junio de 2001- el ilícito tráfico de estupefacientes, imbricado o intercalado en la prestación de los servicios normales del local..... dada la regularidad de entradas y salidas de clientes, que demandan servicios del Pub o van a adquirir la droga, o ambas cosas a la vez, con el anonimato que supone para dichos compradores (y quizás vendedores al por mayor) de traficar con la mercancía de tal forma subrepticia".

Es por ello que recuerda, la STS. 1090/2003 de 21.7, en algunas sentencias se ha señalado que el mero hecho de que el relato fáctico describa una venta que se produce en uno de esos establecimientos no implica la aplicación automática de la agravación, sino que es preciso que en los hechos probados conste de alguna forma que el autor se ha aprovechado de las facilidades que tal clase de establecimiento le proporciona para ejecutar el acto delictivo y que tal aprovechamiento ha supuesto un incremento en el peligro prohibido por la norma. Así, en la sentencia 211/2000 de 17.7, se dice que "no deberá apreciarse la agravante específica cuando sólo consta un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento del peligro contra la salud pública, por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del bar". Y en la STS. 111/2004 de 29.1 que "por el hecho puntual y esporádico de que el dueño del Bar, en dos aisladas ocasiones, por circunstancias especiales, suministre a dos personas una dosis de droga, no supone utilizar el establecimiento para llevar a cabo el tráfico ilícito".

En concordancia con lo expuesto esta agravación debe operar cuando los actos de tráfico de drogas realizados en el establecimiento abierto al público por el responsable o empleado del mismo revelan una cierta dedicación y pluralidad por lo que no debería apreciarse la agravante específica cuando solo consta un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento de peligro contra la salud pública por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del Bar (STS. 840/2006 de 20.7). Deben quedar excluidos los actos previamente esporádicos y aislados, porque en ellos no se aprecian las razones agravatorias que fundamentan este subtipo agravado, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico (STS. 783/2008 de 20.11, 1153/2009 de 12.11).

6.3.- Situación que no es la contemplada en las presentes actuaciones. En los hechos probados se destaca como a raíz de una investigación iniciada por la posible venta de sustancia estupefaciente en el local comercial "El Meu Restaurant" sito en Altea, en noviembre de 2014 se realizaron vigilancias sobre el mismo iniciándose en febrero de 2015 las Diligencias Previas 456/2015 del Juzgado de Instrucción nº 1 Benidorm y en las que se intervinieron Varios teléfonos, entre ellos el nº NUM000 y NUM001 pertenecientes a Tatiana , el nº NUM002 perteneciente a Paulino y el NUM003 perteneciente a Sixto . El contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas reveló la dedicación de los acusados a esta ilícita actividad de distribución, actuando los acusados Paulino , DNI NUM004 , mayor de edad y sin antecedentes penales, así como Tatiana , DNI NUM005 , mayor de edad y sin antecedentes penales, en las funciones de gerentes y copropietarios del mencionado local el cual era utilizado como lugar a través del cual se realizaba la venta y difusión a terceras personas de las sustancias estupefacientes, sirviéndose igualmente los acusados de su propio domicilio sito en la CALLE000 de Altea como lugar destinado a la ocultación y preparación de la sustancia estupefaciente así como igualmente a la distribución de la misma.



A la vista de los indicios existentes por Auto de 24 de abril de 2015 fue acordada entrada y registro en el local comercial sito en Calle Santa Teresa, efectuado en la misma fecha, donde fueron intervenidos 47 envoltorios plásticos de color blanco cerrados con alambre de color verde (dos de ellos en el interior de un paquete de tabaco y los 45 restantes en el interior de una caja de cartón), una báscula de precisión marca Bernar, así como la cantidad de 1.185€ en efectivo, los cuales se hallaban en un delantal y 40 € sobre la repisa de la cocina.

La sustancia intervenida resulto ser cocaína (considerando los 47 envoltorios junto con los tres que fueron localizados en el domicilio) ascendiendo a un total de 35.79 gr con una pureza de 64.8%, destinada igualmente a la distribución entre terceras personas, alcanzando un valor en el mercado ilícito 3.110,95€.

Esto es, se constata la ocupación en el local de droga, dinero y una báscula de precisión y la prueba practicada revela que no se trata de actos aislados de venta, sino que del factum se deriva que los acusados se aprovecharon de las facilidades por la apertura del local y al amparo del mismo, tal como se recoge en la fundamentación jurídica.

Por ello, concurre el fundamento de la agravación: la facilidad de ocultar -o dificultad de descubrir- el ilícito tráfico de estupefacientes, imbricado o intercalado en la prestación de los servicios normales del local, dada la regularidad de entradas y salidas de clientes, que demandan servicios propios del local o van a adquirir la droga, o ambas cosas a la vez, con el anonimato que supone para dichos compradores y vendedores traficar con la mercancía de esa forma subrepticia.

En base a lo expuesto, la apreciación del subtipo agravado del art. 369.1.3 CP ha sido correcta, por lo que el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- El motivo séptimo por infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por indebida inaplicación del art. 368 CP.

Considera que suprimido el subtipo agravado del art. 369.1.3 CP, debe aplicarse el art. 368 CP con pena de prisión de tres a cuatro años y medio por concurrir la atenuante de drogadicción, art. 21.2 CP.

Supeditado a la prosperabilidad del motivo precedente, su desestimación deviene necesaria.

OCTAVO.- El motivo octavo por infracción de ley (art. 849.1 LECrim) por indebida inaplicación del art. 21.6 CP.

Alega que debió aplicarse la atenuante simple de dilaciones indebidas al tratarse de un procedimiento que duró más de 5 años, cuando carece de complejidad.

Detalla el recurrente una serie de paralizaciones:

- La detención y declaración ante el Juzgado instructor, se produce el 27-4-2015 (f. 280 y 281 Tomo II), y finalizan las declaraciones el 13-5-2015 (folio 321 Tomo II).

- El 27-5-2015 se produce el decomiso (f. 22 Tomo III), y a partir de ahí, se presentan tres escritos por la defensa solicitando una inicial práctica de pruebas (f. 30 Tomo III) se reitera el 5-10-2015 (f. 45 Tomo III) y se vuelve a reiterar el 8-3-2016 (f.70 Tomo III).

- Se solicita el 18-5-2016 por el Ministerio Fiscal la declaración de complejidad de la causa, que se acuerda el 9-6-2016 (f. 93 por Auto).

- El 31-1-2017 se practica la declaración de los investigados (f. 131 Tomo III) y del Sr. Sixto cuatro meses después el 26-4-2017 (169 Tomo III).

- El 24-5-2017 se solicita por el Ministerio Fiscal el dictado de Auto del art. 779 (175 Tomo III), y se dicta el Auto de incoación de PA el 22-9-2017 (f. 188 Tomo III).

- Por lo tanto desde la declaración de los detenidos a presencia judicial 27-4-2015 hasta el Auto de incoación de PA transcurren más de dos años, solo para declarar los investigados y dos o tres testigos propuestos por las defensas, puesto que las pruebas de análisis se recibieron en el juzgado en el año 2015, concretamente en mayo (folio 15 y 16 del Tomo III), al igual que la valoración (folio 25 Tomo III).

- Con posterioridad, se produce otra dilación injustificada: consta cómo tras presentar las defensas sus escritos, la causa se remite a la Audiencia el 8-5-2018 (folio 280), incoándose el rollo el 21-5-2018 siendo el señalamiento del juicio para el mes de diciembre de 2019.

8.1.- El motivo debería ser desestimado.

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 las 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, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España; SSTC 237/2001, 177/2004, 153/2005 y 38/2008; 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; 470/2010, de 20-5; y 484/2012, de 12-6, entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos 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 Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, 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).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos derivada del menoscabo del derecho fundamental debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga (SSTS 987/2011, de 15-10; 330/2012, de 14-5; y 484/2012, de 12-6).

De otra parte, se ha advertido en algunos precedentes de este Tribunal que la obligación de denunciar las dilaciones indebidas con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que pudiera darse como consecuencia de una inactividad procesal. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diferentes principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza (SSTS 1497/2002, de 23-9; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26-12; 269/2010, de 30-3; y 590/2010, de 2-6).

Y en cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" (SSTS 1086/2007; 912/2010; y 1264/2011, entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España).

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. 21.6ª 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.

8.2.- En el caso enjuiciado, como acertadamente precisa el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, no es equiparable duración a paralización.

El recurrente se limita a destacar los periodos que, a su juicio, se produce una inactividad en la tramitación procesal de la causa, destacando los periodos cercanos a los tres o cuatro meses, cuya suma realiza para constatar cinco años de dilación. En el caso hay una tramitación de la causa en la que no se observan unas dilaciones concretas, ni menos extraordinariamente graves, pues cada una de las dilaciones que destaca, de tres o cuatro meses, son producto del tiempo necesario para el estudio y análisis de la documentación incorporada.

RECURSO Tatiana

NOVENO.- El motivo primero se articula por vulneración de precepto constitucional, art. 183 CE, en relación con el art. 24.2 y art. 11.1 LOPJ.

Dado que la recurrente cuestiona el auto inicial de 16-2-2015 que acordó las intervenciones de sus teléfonos móviles, al carecer de motivación alguna y las intervenciones posteriores al ser producto de las escuchas que devienen del primer auto, al ser coincidente con los motivos primero y segundo del anterior recurrente, deviene improsperable.

DÉCIMO.- El motivo segundo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 24.2 CE.

Señala que no existe prueba de que se dedique a la venta, la declaración del que fue su cónyuge -el anterior recurrente-, fue exculpatoria, en ningún momento algún agente manifestó que la hubiera visto vender droga en el establecimiento, cuestiona la eficacia probatoria de las conversaciones telefónicas, y destaca jurisprudencia de esta Sala sobre la convivencia con la persona que tiene el dominio de la droga y el acceso a la misma que tiene el cónyuge, padre o hijo que conviven no puede comportar por sí solo, la realización del tipo penal.

10.1.- El motivo deberá ser desestimado.

Es cierto que cuando se trata de delitos contra la salud pública por tráfico de drogas, la jurisprudencia (vid. SSTS 1280/2005, de 7-11; 1322/2011, de 7-12; 296/2016, de 11-4) ha establecido que el simple conocimiento por parte del cónyuge o personas asimiladas de la actividad del autor no es bastante para originar responsabilidad penal.

Así, se ha señalado que "el conocer que la persona con la que se convive posee droga con propósito de traficar con ella no implica por sí mismo su participación en el delito de tráfico de drogas ni la obligación de denunciar tal hecho, así como tampoco permite afirmar la existencia de una posición de garante de que el tráfico no se va a producir."

Por tanto, el conocimiento no permite fundamentar la coautoría. Naturalmente en este delito es posible compartir la tenencia, pero en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos. Se requerirá que en estos casos se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de la droga. Es decir, no por ser cónyuge queda éste siempre amparado por la exención de responsabilidad, si su comportamiento no se limite a conocer y padecer la actividad del otro y se demuestra que el ilícito negocio lo llevan entre ambos y en definitiva el cónyuge o compañero o compañera realiza aportaciones causales al hecho delictivo que denotan su concierto o coordinación (STS 1274/2009, de 18-12).

Esta sería la situación contemplada en el supuesto que nos ocupa, en el que ocupada droga y efectos relacionados con el tráfico (báscula de precisión) en el local y en su vivienda, las conversaciones telefónicas que la sentencia transcribe de días distintos, 4-3, 6-3, 13-3, 18-3, 22-3, 27-3, y 1-4-2015, confirman su participación activa en las ventas.



10.2.- En efecto, sobre el contenido de las conversaciones telefónicas por la recurrente que el motivo considera irrelevantes por no ser claras y permitir deducir otro significado, es cierto que las SSTS 223/2014, de 25-3; 724/2014, de 13-11; 877/2014, de 22-12; 86/2018, de 19-2; 84/2021, de 3-2, recordábamos acerca del significado incriminatorio de las conversaciones que fueron objeto de grabación inicial, que esta tarea, desde luego, ha de ser abordada a partir de la idea de que los agentes de policía que han ejecutado la orden de interceptación de las conversaciones telefónicas, no pueden asumir, sin más, la condición de pseudotraductores oficiales de los fragmentos que se consideran más o menos incriminatorios. Es indudable que todo aquel que profesionaliza el ejercicio de una actividad delictiva y se sabe potencial destinatario de una posible medida de interceptación, va a intentar camuflar, mediante el empleo de una terminología más o menos críptica -o simplemente figurada-, los mensajes e indicaciones que se vea obligado a transmitir para la realización de los actos de distribución clandestina. Y la suficiencia probatoria de esas conversaciones sólo podrá proclamarse, bien por su carácter explícito, bien por la existencia de inequívocos actos corroboradores de que lo escuchado e interpretado -que no traducido- en una determinada dirección, ha sido luego confirmado. Esta idea late en nuestra STS 485/2010 de 3 de marzo, en la que recordábamos, en relación con las escuchas telefónicas, que la licitud y validez de su práctica no equivale a la suficiencia como prueba de cargo, puesto que ésta además depende de su contenido relevante. Esta Sala ha declarado en STS 1140/2009 de 23 de octubre, que con carácter general las conversaciones telefónicas escuchadas y grabadas con autorización judicial tienen normalmente una mera función delimitadora de la investigación policial permitiendo concentrar y dirigir las pesquisas criminales a la luz de los datos y revelaciones escuchadas en las conversaciones intervenidas. Sólo muy excepcionalmente, la conversación intervenida prueba por sí sola, es decir sin otros elementos de prueba disponible, la comisión del delito de que se acusa, y la participación en él de aquél que es acusado como responsable. Para ello es necesario que, además de la licitud y de su validez procesal, tenga suficiente contenido incriminatorio, lo cual pasa necesariamente -cuando es la única prueba de cargo verdaderamente significativa y relevante- porque quien converse telefónicamente narre con claridad el hecho, relatando la comisión del delito y la participación en él, en términos que no ofrezcan duda sobre el sentido de lo que dice y el alcance de lo que cuenta; no menos que como se exige en cualquier narración epistolar, documento escrito o conversación directa escuchada por quien está presente. Es preciso por tanto circunscribir la eficacia probatoria de las intervenciones telefónicas a lo que su razonable valoración permite, exigiendo que su contenido exprese una narración clara, precisa, inteligible y de indudable significado sobre el delito cometido y la intervención tenida en él, cuando se pretenda utilizar como única prueba de la responsabilidad criminal del acusado, cuyo derecho a la presunción de inocencia sitúa sobre la acusación la carga de desvirtuarla con prueba que sea de suficiente contenido incriminatorio. Quedan relegadas al ámbito de la pesquisa policial y de la información orientadora de las investigaciones las conversaciones ambiguas, incompletas, y de dudoso significado, puesto que, siendo útiles para la labor policial mediante la pertinente interpretación profesional de un ambiguo lenguaje, no pueden erigirse en prueba de cargo si tienen que reconstruirse en su significación verdadera por las suposiciones más o menos imaginativas de quienes las escuchan, completando con ellas lo que los hablantes no han dicho. Pues bien, proyectando éste cuerpo de doctrina sobre el supuesto de hecho enjuiciado, es indudable de que los fragmentos formados en consideración por la Audiencia encierran un neto significado incriminatorio.

En similar sentido la STS. 6.5.2011 razona que: "...en el caso presente es cierto, como señala el recurrente que la interpretación de las conversaciones telefónicas cuando no arrojan datos inequívocos, desde el punto de vista semántica, derivados de la racional y directa comprensión e interpretación de las palabras conforme a los usos convencionales que están al alcance de la expresión del lenguaje, sino que son una traducción libre dado su sentido críptico y posiblemente su clave, no pueden ir más allá de una simple y razonable sospecha para el inicio de las correspondientes investigaciones, pero no pueden servir por sí solas, para una sentencia condenatoria y precisan de la corroboración, refuerzo o cumplimiento por otras pruebas objetivas (STS. 1480/2005 de 12.12), pero también lo es, a contrario sensu, que cuando su contenido no deja lugar a dudas sobre su relación con tráfico de drogas, las conversaciones, oídas en el plenario, o las transcripciones, siempre que estén cotejadas bajo la fe pública del secretario judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, pueden ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo, siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que pueden contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo (SSTs. 893/2001 de 14.5, 1352/2002 de 18.7, 515/2006 de 4.4, 628/2010 de 1.7), o bien incluso por la testifical en el plenario de los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba, esto es por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas (STS. 1112/2002)".

Como destaca la STS. 26.11.2009: "Esta Sala se ha referido a las conversaciones en lenguaje críptico como aquellas en las que los interlocutores evitan la expresión de los sujetos de las acciones que relatan, enmascaran los objetos de sus acciones, a los que se refieren con varios nombres que no guardan relación con lo parecen decir, etc, pero que analizadas racionalmente, bien por lo que dicen, bien por las pautas de



comprensión que proporcionan los investigadores, permiten dar un contenido racional a la conversación y descubrir su auténtico contenido. Es decir, no por el hecho de utilizar un lenguaje críptico se enmascara un delito contra la salud pública, sino que ese lenguaje, interpretado racionalmente, permite deducir otro contenido de la conversación, análisis que deberá realizarse en cada caso concreto y a la vista de las conversaciones mantenidas que pueden llegar a ser reveladoras sobre la existencia de operaciones de tráfico y en las que se utilizan otros términos para ocultar dicho tráfico y típico de quienes disimulan la verdad y evitan el sujeto de la oración, con modismos, palabras confusas y simbólicas bien conocidas, por otra parte, en el ambiente policial".(en el mismo sentido STS. 849/2013 de 12.11).

UNDÉCIMO.- El motivo tercero por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, art. 849.1 LECrim, concretamente del art. 368 CP en relación con el art. 369.3.

Considera en relación a este subtipo agravado, que la naturaleza de la cualificación no permite una interpretación extensiva de la misma, excluyendo la aplicación automática desde un entendimiento puramente locativo del precepto.

Y en íntima relación con lo anterior los empleados ratifican únicamente el consumo de ella, nunca la disposición de a droga intervenida u otros actos merecedores del reproche penal.

El motivo es coincidente con el articulado en sexto lugar por el anterior recurrente, por lo que debe, igualmente, ser desestimado.

Por otra parte, la afirmación de que no vendió droga y que ésta era para su consumo, infringe lo prevenido en el art. 884.3 LECrim, en cuanto no respeta los hechos probados, tal como exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim.

DUODÉCIMO.- El motivo cuarto (enumerado como tercero) por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, se articula ante la negativa por parte del Tribunal a quo de aplicar la atenuante de drogadicción como muy cualificada del art. 21.1º y 2º en relación con el 20.2º.

El motivo debe ser desestimado.

12.1.- En cuanto a la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, hemos dicho en SSTS 347/2012, de 2-5; 38/2013, de 31-1; 733/2014, de 25-3; 200/2017, de 27-3; 645/2018, de 13-12, que según la Organización Mundial de la Salud, por droga ha de entenderse "cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

1º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).

2º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).

3º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como "el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética", y la dependencia como "el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma".

En cuanto a su incidencia en la responsabilidad penal hemos dicho en sentencias de esta Sala 16/2009 de 27.1; 672/2007 de 19.7; 145/2007 de 28.2; 1071/2006 de 9.11, 282/2004 de 1.4, las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, (arts. 20.2 y 21.1 CP), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º. Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarles del siguiente modo:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a) que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y



b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que "no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto". Cierto es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS. 21.12.99), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aun siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las "acciones liberae in causa").

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

A) Pues bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS. 21/2005 de 19.1).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuricidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1ª CP).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.



C) Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

Las SSTs. 22.5.98 y 5.6.2003, insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP. es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquella (SSTs. 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (STS. 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP. y su correlativa atenuante 21.1 CP, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La STS. de 28.5.2000 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS. 817/2006 de 26.7, recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTs. 30.5.91, y en igual sentido 147/98 de 26.3, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 CP. (actual nº 7).

12.2.- Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS. 27.9.99 y 5.5.98, que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, 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. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones SSTs 16.10.00, 6.2, 6.3 y 25.4.01, 19.6 y 12.7.02).

En estos casos la ofensa al bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, impulsado por la adicción a las drogas o el deterioro psicosomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del SSTs. 201/2008, de 28-4, y 457/2007, de 12-6, ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquellas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece (STS 28/2004, de 1-3). Pero por más flexibilidad que quiera



atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente incompleta, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del art. 21.2 CP, a saber su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado.

Como recuerdan las SSTs 343/2003, de 7-3 y 507/2010, de 21-5, lo característico de la drogadicción a efectos penales es la relación funcional con el delito, es decir, que actúe como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto activo impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y conecta al hecho delictivo, hace para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo continuar con sus costumbres e inclinaciones, no bastando por ello, con la mera condición de consumidor de sustancias estupefacientes, aunque el consumo sea habitual.

12.3.- En el caso que se analiza, los hechos probados recogen que "en el momento de los hechos, Paulino y Tatiana eran consumidores de sustancias estupefacientes lo que motivó la comisión de los mismos", y apreció la atenuante simple de drogadicción, y no muy cualificada, "al no haberse acreditado en el plenario su concurrencia con la intensidad que pretende el letrado de la defensa."

Razonamiento correcto máxime cuando la conducta de la recurrente se desarrolló de forma continuada y con disposición de medios para sufragar su consumo distintos del ilícito tráfico de drogas como son los ingresos derivados de la explotación del negocio, por lo que la actividad ilícita desplegada no tenía por finalidad exclusiva la financiación de esa adicción.

RECURSO Virtudes

DÉCIMO TERCERO.- El motivo primero al amparo del art. 852 LECrim en relación con los arts. 5.4 y 11 LOPJ: por infracción de precepto constitucional, art. 18.3 (secreto de las comunicaciones).

Señala que la intervención telefónica no reúne los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos en cuanto a la motivación del auto, teniendo en cuenta que no se interviene el teléfono de esta recurrente que tan solo aparece de una manera tangencial en el atestado inicial, como mera cocinera que era del establecimiento. Por ello da por reproducidos todos los argumentos de las otras partes en cuanto a la nulidad del auto de intervención de las comunicaciones, de la prórroga del mismo y de la falta de notificación en legal forma al Ministerio Fiscal.

El motivo, en cuanto coincidente con el motivo primero del recurso de Paulino, debe ser desestimado, remitiéndonos a lo allí argumentado.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo segundo por quebrantamiento de forma. Nulidad de la sentencia, manifiesta contradicción de hechos probados y predeterminación del fallo.

La recurrente considera que tal contradicción y predeterminación del fallo concurre en dos aspectos esenciales:

Uno en cuanto que no tiene en cuenta ninguna de las circunstancias de descargo alegadas por la acusada, relacionadas con todas las razones que le pudieran favorecer, como el hecho de que hacía escasos días que acababa de empezar a trabajar como cocinera, que no tenía trato directo con el público al estar en la cocina, que no le intervinieron su teléfono, (si tan gran delito estaba cometiendo), que no le registraron ni su coche, ni su vivienda, situada muy cerca del restaurante, que ni siquiera le registraron el bolso, ni han investigado si tuvo algún incremento anormal de ingresos, o signos externos de riqueza, derivados de su supuesto tráfico de drogas, siendo que era una cocinera, mil eurista, que se ve envuelta en una trama condenada actualmente en base a meras sospechas, sin que los hechos declarados probados llenan ni pueden cubrir el tipo penal, por cuanto la conducta exige el "tráfico" que no está acreditado en el procedimiento.

Además no se tiene en cuenta que por el instructor no se ha recabado el análisis de las sustancias intervenidas a los supuestos compradores, ni tampoco, ni siquiera, el resultado de los expedientes sancionadores administrativos.

Y además el dar por válida una traducción del valenciano a todas luces errónea diciendo que dice justo lo contrario de lo que dice, y basar la condena en dicho craso error, cuya aclaración de Sentencia fue solicitada por esta parte en dicho punto.

Esta petición de aclaración fue denegada, pero resulta esencial, por cuanto resulta esencial prueba de descargo para esta parte, de modo que no sólo debe impedir formar parte del "acervo condenatorio", sino que debe expulsarse y además servir, junto con los demás elementos (ser cocinera que no atiende al público, etc.) de fundamento de Sentencia absolutoria, en los mismos términos que hace la Sentencia recurrida respecto de la camarera Esther, y la limpiadora hija del dueño, Luis.



Esta manifiesta nulidad de la Sentencia se refleja igualmente en el hecho de dar relevancia a las grabaciones que pueden significar cualquier cosa, y específicamente las relacionadas con la cocina, que era el trabajo de mi mandante, otorgándoles un significado en perjuicio del reo, y que por lo tanto, ninguna consecuencia en el orden penal en el caso que nos ocupa.

Las cuestiones planteadas no se corresponden con el contenido de los quebrantamientos de forma denunciados, siendo más bien propias del motivo cuarto por presunción de inocencia, por lo que la queja de la recurrente deviene improsperable.

DÉCIMO QUINTO.- El motivo tercero por quebrantamiento de forma. Nulidad de la sentencia, infracción de los arts. 24 y 25 CE, presunción de inocencia. Infracción principio in dubio pro reo. Infracción en la valoración de la prueba por ser irracional, arbitraria y absurda, debe ser analizado conjuntamente con el motivo cuarto -también articulado como tercero- en cuanto denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del art. 24.1 y 24.2 CE, e inaplicación del principio in dubio pro reo en la obtención del juicio de inferencia.

Así, en el motivo tercero alega que se hace una valoración arbitraria, irracional y absurda en contra del reo, infringiendo la presunción de inocencia, omitiendo cualquier valoración que pueda resultarle favorable y tergiversando cualquier manifestación para predeterminar el fallo condenatorio.

Considera que la afirmación de que "sustituye a los dueños del local en su labor de venta de droga" es irracional y absurda.

En virtud del art. 852 de la LECRIM se solicita la nulidad de la Sentencia, por cuanto se hace una valoración arbitraria irracional y absurda de la prueba en contra del reo infringiendo la presunción de inocencia, omitiendo cualquier valoración que pueda resultar favorable al reo, y tergiversando cualquier manifestación para predeterminar el fallo condenatorio.

Así es que se afirma respecto de los testigos Guardias Civiles, les otorga a su testimonio fuerza de Ley, cuando se basan en meras sospechas y conjeturas no contrastadas en el procedimiento, no se analiza las sustancias intervenidas a los supuestos compradores, ni consta ni siquiera el resultado del procedimiento sancionador, y sin embargo, se tiene en cuenta como si fuera positivo acreditado.

Pero no se analiza y se omite las contradicciones irresolubles en las que incurren, ni se analizan, ni siquiera se citan, todas las declaraciones de testigos que le pudieran resultar favorables a mi mandante, la del propio profesor que venía todos los días a comer, y la de otros clientes del establecimiento, que acudían todos los días y ni vieron nada raro, ni nada de venta o tráfico de drogas, y el hecho destacable de que estaba siempre dentro de la cocina y que no atendía directamente al público, y por lo tanto, mal puede hacer "ventas de sustancia en el establecimiento".

La Sentencia es NULA carece de la necesaria imparcialidad y el fallo condenatorio está predeterminado.

En el motivo cuarto, tras señalar la imposibilidad de valorar aquellos elementos de prueba respecto de los cuales se ha invocado su nulidad por aplicación de la conexión de antijuricidad. Insiste en las circunstancias expuestas en el motivo precedente (no análisis de la droga ocupada a compradores, el poco tiempo que llevaba trabajando como cocinera, que su trabajo en la cocina la impedía dedicarse a esa actividad de tráfico...) y en que las conversaciones con aquellas personas que tenían intervenidos los teléfonos no permiten extraer la conclusión de su dedicación al tráfico, dado que la Sal Maldon y las cestas de panes son utensilios propios de la cocina y se explica que hablaban sobre ello, que la tercera conversación está mal traducida, pues de ella lo que se desprende es que la recurrente compró dos pendientes al chico y no que el chico comprar dos, y la última se justifica por su adicción a las drogas y se imaginaba cosas como las que constan en la grabación.

15.1.- Los motivos no deben ser acogidos.

Los hechos probados, en relación a esta recurrente recogen:

"... los referidos acusados se servían igualmente de la colaboración, de la empleada del mismo, Virtudes , NUM006 , mayor de edad, y sin antecedentes penales: quien en ausencia de los acusados Paulino Y Tatiana , se encargaría y asumiría las funciones de distribución entre terceras personas de la sustancia estupefaciente".

La sentencia recurrida al motivar y analizar la prueba existente frente a esta recurrente señala:

"Por lo que respecta a la intervención de Virtudes en los hechos que nos ocupan, de la prueba practicada en autos se desprende que la misma era cocinera en el establecimiento "El Meu Restaurant", siendo conocedora de que Paulino y Tatiana vendían cocaína en el referido local, siendo la propia Virtudes quién vendía tal sustancia en ausencia de los citados y también custodiaba la droga en el establecimiento. Así se desprende de las declaraciones prestadas en el plenario por los agentes de la Guardia Civil con número profesional NUM008 yR20649E, y de las conversaciones telefónicas transcritas a los folios 22, 26, 104 y 144 del tomo segundo.



Así:

-El día 23/3/2015 a las 12.24 horas (f. 22 tomo II), Paulino llama al restaurante coge el teléfono Angelica y le dice que le pase con Virtudes, le dice a Virtudes que en su estantería hay un bote de sal blanco, Virtudes le pregunta si el de Sal Maldon, Paulino le dice que lo arregle ella, que baja un poco tarde.

-El día 29/3/2015 a las 13.33 horas (f. 26 tomo II), Paulino llama al restaurante y le atiende Virtudes, le dice que hay un problema que cuando ha bajado están los secretas, contestando Virtudes que qué es lo que hacía. Paulino le dice que no se atreve a salir. Virtudes le dice que qué hace con lo que tiene y Paulino le responde que lo guarde todo o se lo lleve al coche. Virtudes dice que no, que lo deja en su sitio porque le quedan dos y Paulino añade que se los guarde para ella.

-El día 20/4/2015 a las 12.40 horas (f. 144 tomo II) Paulino llama a Virtudes y le dice que como, están cansados ni él ni Tatiana van a bajar, Virtudes le dice que "ha comprado una canastilla para el pan y que le diga a Tatiana que cuando baje, le baje las cuatro canastillas para el pan de esas que se llevó para lavar, para esta noche para el restaurante. Paulino le contesta "vale, que te iba a decir, cuando te quede, pocaaa, poco pan subes tu aquí, me avisas.

-El día 13/4/2015 a las 12.41 horas (f. 104 tomo II). Tatiana llama a Virtudes. y le dice que subas un momento a casa. Virtudes le dice que vale que ahora va, que esta con el chico de los pendientes y "ha agarrado dos".

Es cierto y así lo reconoce el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo que "examinadas por separado, una a una, algunas de las conversaciones pudieran tener explicación (las referidas a la sal o a las cestas de pan), pero cuando se analizan en su conjunto y en los detalles propios de cada una, no cabe reputar de irracional la valoración que ha hecho el Tribunal.

Así, la segunda de las conversaciones es muy evidente y tiñe de sentido a las restantes: la ahora recurrente informa al dueño y le dice que hay un problema pues están los secretas y le pregunta qué es lo que tiene que hacer con lo que tiene y Paulino le responde que lo guarde todo o se lo lleve al coche. Virtudes dice que no, que lo deja en su sitio porque le quedan dos y Paulino añade que se los guarde para ella.

Esa conversación explica lo extraño de que en otra, en la que hablan sobre el pan, le diga Paulino a la cocinera que no irá esa noche al restaurante y que "vale, que te iba a decir, cuando te quede, pocaaa, poco pan subes tu aquí, me avisas". No cabe imaginarse la situación en la que la cocinera de un restaurante suba al piso del dueño a decirle que queda "pocaaa, poco pan", y es que resulta que solo bajo el entendimiento, lógico, de que se está usando un lenguaje críptico se comprende el tenor de la llamada."

15.2.- Por último, se cuestiona en el motivo -al igual que en la instancia-, la transcripción de la conversación del día 13-4-2015, del valenciano al castellano "estoy con el chico de los pendientes y "ha" agarrado dos" cuando en realidad debía indicar "estoy con el chico de los pendientes y he agarrado dos". Pretensión que debe ser rechazada. La Audiencia, tras escuchar en el plenario dicha conversación, considera que la transcripción es correcta, siendo ratificada por el agente de la Guardia Civil nº NUM009, que fue quien la transcribió, indicando que el valenciano es su lengua materna y lo entiende correctamente.

Siendo así, no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los hoy recurrentes quienes en su argumentación critican la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, olvidando que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11- "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".



DÉCIMO SEXTO.- El motivo quinto por infracción de ley y jurisprudencia sobre los requisitos del tipo del art. 368 CP y el tipo agravado del art. 369.3 CP.

Sostiene la no concurrencia de los requisitos exigidos por el tipo del art. 368 sobre el tráfico de drogas, ya que no estando, como no lo está, mínimamente acreditado que se produzca tráfico (venta de cocaína) se alcanza, sin embargo, un pronunciamiento condenatorio.

Respecto de la aplicación del art. 369.3 CP, da por reproducido el motivo sexto del coacusado Paulino .

16.1.- El motivo se desestima.

Previamente habrá que recordar que, formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas STS 991/2021, de 16-2- que precisa que el recurso de casación cuando se articula por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

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

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Siendo así, la primera parte del motivo incurre en la causa de inadmisión del art. 884.3 LECrim, y en este trámite, de desestimación, por no respetar los hechos probados.

En cuanto a la aplicación del art. 369.3, nos remitimos a lo ya argumentado en el análisis del motivo sexto del recurrente Paulino .

DÉCIMO SÉPTIMO.- El motivo sexto por error en la valoración de la prueba, da por reproducido todo lo expuesto anteriormente ya que considera que no puede hacerse el juicio de deducción sobre las pruebas practicadas que incriminan a la recurrente (sus grabaciones telefónicas) para la conclusión de que se dedicaba a sustituir a los dueños del local para vender droga en el establecimiento en los casos de ausencia de estos.



Reitera los argumentos ya invocados en motivos anteriores, que nada tienen que ver con el motivo casacional del error en la valoración de la prueba, vía casacional del art. 849.2 LECrim, que conforme reiterada jurisprudencia - SSTS 72/2021, de 28-1; 146/2022, de 17-2-, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

No es suficiente, por lo tanto, con que sea posible, sobre la base del particular del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre ese extremo. (STS nº 534/2003, de 9 de abril).

Con la STS 431/2006, de 9 de marzo, debemos recordar que un motivo por "error facti" no puede consistir en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediación, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que la recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues, de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

RECURSO Sexto

DÉCIMO OCTAVO.- Articula este recurrente cuatro motivos al amparo del art. 849.1 LECrim en relación con los arts. 11.1 y 5.4 LOPJ por infracción de preceptos constitucionales: derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, con nulidad de las pruebas obtenidas ilícitamente, en relación con el art. 24.2 CE, presunción de inocencia (motivo primero); infracción de ley y doctrina legal del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 369.3 CP al no darse las circunstancias suficientes para tener por cumplidos los requisitos del art. 368 CP (motivo segundo); al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim relativo a la infracción de ley y doctrina legal en relación a la presunción de inocencia, art. 24.1 CE (motivo tercero); y al amparo del art. 849 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por razones prácticas y metodológicas los motivos 1, 3 y 4 pueden ser estudiados de forma conjunta en cuanto postulan, en definitiva, la inexistencia de prueba y la ausencia de motivación, al señalar que se le califica de intermediario, sin que se señalen ni los contactos que como tal hubiere tenido, ni la cantidad de droga que hubiere movido, ni porqué se estima que conocía la actividad de terceros, ni se concreta su propia actividad.

18.1.- Motivos que deben ser desestimados.

En efecto, partiendo de que este recurrente es condenado por el tipo básico del art. 368 y no por el subtipo agravado del art. 369.3, el relato fáctico en relación a Sexto considera probado que éste: "... conociendo la actividad ilícita desarrollada por los anteriores acusados en la vivienda y negocio de hostelería, realizaba funciones de intermediación en la venta y distribución de la referida sustancia entre terceros compradores, adquiriendo la misma a los acusados antes mencionados y facilitándola a su vez entre terceras personas".

Y en cuanto a la prueba acreditativa de su participación delictiva, la sentencia destaca:

"Por lo que se refiere a Sexto, Sexto, de la prueba practicada en autos ha resultado acreditado que el mismo era un intermediario entre Tatiana y terceras personas. Así se desprende de las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil con número profesional NUM008 y NUM009 y de las siguientes conversaciones telefónicas:



18/3/2015 a las 19.44 horas (f. 190, 40 tomo II), Tatiana habla con Sixto , Sixto le pregunta si está en el restaurante, Tatiana le dice que va a arreglar la ropa, Sixto le dice que era para "llevarle eso", para llevarle "lo gordo".

21/3/2015 a las 20.27 horas, Tatiana llama a Sixto y le pregunta "que no vienes", Sixto le dice que sí, que va para allá.

21/3/2015 a las 20.30 horas, Sixto le hace una llamada perdida a Tatiana .

21/3/2015 a las 20.30 horas, Cherna llama a Tatiana y le dice que está abajo.

27/3/2015 a las 22.25 horas (f: 55 tomo II), interlocutor llama a Sixto para preguntarle si le podía coger uno. Contestándole éste que le tienen que llamar primero.

29/3/2015 a las 15.44 horas (f. 56 tomo II), Sixto recibe llamada de Jesús Manuel y le pregunta si está trabajando. Tras convenir donde se van a ver, Sixto le dice "te digo una cosa, para coger no puede ser menos de uno".

29/3/2015 a las 16.24 horas (f. 57 tomo II) Sixto habla con un tal Ángel Daniel y Baltasar . Y Sixto le pregunta si tiene algo de blanco.

20/4/2015 a las 13.08 horas (f. 155 tomo II); desconocido pregunta a Sixto que por donde está y éste, le dice que está trabajando. El hombre le dice que si puede hablar con Clemencia y pillarle, dos para el miércoles. Sixto le dice que lo intentará".

El significado claro de algunas de estas conversaciones y la testifical de dos agentes policiales es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

DÉCIMO NOVENO.- El motivo segundo por infracción de ley y de doctrina legal por indebida aplicación del art. 369.3 (debe decir 368 CP) dado que no consta que de forma fidedigna conociera la actividad desempeñada por las personas que regentaban el local, al que él acudía de forma ocasional, por lo que no resulta congruente imputar a éste la misma escala que a los referidos, máxime cuando se colige de la propia resolución recurrida que el mismo tan solo se limitaría a funciones de intermediario, sin más, sin concretar la cuantía, peso y pureza de las sustancias que presumiblemente este acusado intermediaba.

19.1.- El motivo deviene improsperable.

El realizar labores de intermediación en la venta de sustancias estupefacientes constituyen aportaciones sin las cuales el delito no se hubiera cometido, siendo de aplicar la teoría de los bienes escasos, especialmente cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso o teoría del dominio del hecho (STS 872/2009, de 11-9). Las conductas de intermediación en operaciones de venta, aunque tal actividad se realice de modo gratuito deben reputarse favorecedoras del tráfico.

Y es un acto de autoría quien recibe la droga de otro acusado y acto seguido la vende a otra persona.

19.2.- Que no se haya ocupado droga no implica la imposibilidad de subsumir la conducta en el tipo penal del art. 368 CP, la ocupación o tenencia material no constituyen elemento objetivo del delito, si el acto de tráfico está acreditado por otras pruebas (SSTS. 1126/2009 de 19.11, 171/2010 de 10.3, 812/2016 de 28.10). No existe ninguna razón de orden cognoscitivo ni jurídico probatorio que abone -y menos con el carácter de cuestión de principio que quiere dársele- esta afirmación (STS. 1113/2001 de 12.6).

La existencia de un objeto -como señala la STS. 508/2007- puede acreditarse tanto mediante su exhibición, que, ciertamente, sería lo ideal, -en este caso por la ocupación de la droga-, como por otros medios de prueba, entre ellos, los de carácter personal, declaraciones de testigos, vigilancias policiales, etc. No existe en nuestro derecho un sistema tasado de prueba, o la obligación de reservar a determinadas pruebas la acreditación de los hechos, sino que estos elementos típicos pueden ser acreditados por diversas actividades probatorias, siempre que de las mismas resulte la realidad del hecho imputado.

La prueba de la existencia de droga en las operaciones en las que no ha sido aprehendida materialmente, no es un obstáculo para afirmar su existencia sobre la base de otras pruebas que así lo puedan acreditar.

VIGÉSIMO.- Desestimándose los recursos, procede condenar en costas a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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



1º) Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Paulino ; de Tatiana ; de Virtudes ; y de Sixto , contra la sentencia nº 31/2020, de fecha 30 de enero de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 46/2018.

2º) Imponer a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

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

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

Así se acuerda y firma.

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

Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ