



Universidad de Valladolid

Máster en Abogacía

Curso 2015/2016

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE VALLADOLID

Trabajo Fin de Máster

**Análisis del delito de Tráfico de Drogas en el Código Penal. SAP VA
617/2010 y STS 7058/2010**

Presentado por:

Marta García Yuste

45.420.488-L

Tutelado por:

Ricardo Mata Martín

Valladolid, 7 de enero de 2016

INDICE

LISTADO ABREVIATURAS UTILIZADAS	3
1.- INTRODUCCIÓN	5
1.1.- CONCEPTO DE “DROGAS”. OBJETO MATERIAL	6
1.2.- REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS	10
1.3.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO	14
1.4.- TIPO BÁSICO Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVADAS. ARTÍCULO 368 Y ss DEL CÓDIGO PENAL	15
1.4.1.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	15
1.4.2.- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	17
2.- COMENTARIO SENTENCIA 7058/2010	21
2.1.- ANTECEDENTES	21
2.2.- HECHOS	22
2.3.- MOTIVOS ALEGADOS EN EL RECURSO.	28
2.4.- MOTIVOS ANALIZADOS	28
2.4.1.- Cuestiones previas.	28
2.4.2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 18. 3 de la C. E.	35
2.4.3.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del art. 24 núm. 1 y 2 de la CE, en cuanto a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.	39
3.- CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFÍA	54

LISTADO ABREVIATURAS UTILIZADAS

art. : Artículo

C.E.: Constitución Española

CP: Código Penal

L.O.: Ley Orgánica

L.O.P.J.: Ley Orgánica del Poder Judicial

núm.: Número

Kg: kilogramo

ss: siguientes

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

T.E.D.H.: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

T.S.: Tribunal Supremo

“Según la Memoria de 2015 de la Fiscalía General del Estado, la cifra de procesos incoados en España por delitos relacionados con el tráfico de drogas ha oscilado entre los 12.214 en el año 1998 y los 22.500 en el año 2014”

1.- INTRODUCCIÓN

El tema que he decidido tratar en este trabajo de fin de master versa sobre los delitos contemplados en el Capítulo III, Título XVII del Libro II del Código Penal: “Delitos contra la Salud Pública” y concretamente sobre el delito de tráfico de drogas; conductas que se encuentran tipificadas en los artículos 368, 369 y 370 del Código Penal.

El tráfico de drogas es una cuestión que aparece con gran frecuencia en la actualidad por cuanto constituye una de las causas más frecuentes de delincuencia; tratándose de uno de los actos ilícitos que más ha aumentado en los últimos años en nuestro país; se achaca este incremento a la crisis económica que está sufriendo y que muchas personas se abocan a este ilícito negocio como una solución rápida para obtener importantes ingresos.

A la hora de la elección de la sentencia, he tenido en cuenta que los hechos enjuiciados en la misma fueron ejecutados estando vigente la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sentencia de fecha 15 de abril de 2010, condenando en la misma a los autores conforme a las penas recogidas en ese momento en el referido texto legal; mientras que el cumplimiento tuvo lugar una vez entró en vigor la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, debiéndose aplicar a los sujetos las nuevas penas contempladas en aplicación del artículo 2 del Código Penal.

En la sentencia se recogen varias de las agravaciones del tipo básico del art. 368 C.P., contenidas en el art. 369 C.P., entre ellas la del apartado 10º “introducción en territorio español”, que suponen la imposición de la pena superior en un grado a la señalada para aquél, de forma que cuando se trata de sustancias que causan grave daño a la salud la pena queda comprendida entre nueve años y un día y trece años y seis meses de prisión. Se trata de una sanción especialmente grave, similar en su extensión a la señalada al homicidio (de diez a quince años de prisión), o a la violación agravada (de doce a quince años de prisión), y superior a la señalada, por ejemplo, al tipo básico del delito de violación (de seis a doce años de prisión).

El trabajo comienza explicando, en primer lugar, el concepto de drogas y la polémica doctrinal existente al respecto, en segundo lugar continuaré con un breve estudio del marco normativo del delito de tráfico de drogas, esto es, cómo ha estado regulado este delito en todos los Códigos Penales españoles y cómo ha ido variando su regulación; en tercer lugar, trataré la cuestión del bien jurídico protegido por tal ilícito. A continuación, en cuarto lugar, me centraré en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 617/2010 y la Sentencia del Tribunal Supremo 7058/2010, analizando varios de los motivos que se plantean en el recurso de casación interpuesto y las cuestiones que he entendido más relevantes del mismo.

No efectúo un análisis de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, habida cuenta que la sentencia es de fecha 2010.

1.1.- CONCEPTO DE “DROGAS”. OBJETO MATERIAL

Los problemas terminológicos y conceptuales se agravan al observar que el significado del término “*droga*” varía según el punto de vista de que se trate: sociológico, psicológico, farmacológico y **jurídico**.

¿Cuál es el objeto material del delito del tráfico de drogas? El CP en su art. 368 (tipo base) hace referencia a las *drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, pero no nos da una definición, ni siquiera aproximada, de este tipo de sustancias. En base a lo anteriormente expuesto, la doctrina se mantiene dividida:

- Por un lado, una parte de la doctrina establece que el art. 368 es un tipo penal completo.
- Del otro lado, el sector doctrinal contrario, parte de la base de que el citado art. 368 es un tipo penal en blanco; postura más aceptada y de la cual es mayoritaria la jurisprudencia del T.S. El Alto Tribunal establece que este tipo penal en blanco nos remite a la normativa extrapenal, más concretamente a las listas anexas de los Convenios Internacionales a los cuales España se ha adherido, para poder clasificar y/o definir los diferentes tipos de sustancias y poder incorporarlas o incluirlas en las citadas listas a través de Órdenes Ministeriales o Reglamentos.

Hay que tener en cuenta que la referencia del tipo base a lo que son drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, no se representa con la idea de que partimos de tres sustancias diferentes de manera general, sino que lo que se intenta transcribir es que los estupefacientes forman en realidad una clase de droga, y con el término sustancias psicotrópicas se hace referencia a sus efectos sobre el organismo de la persona.¹

Por lo anteriormente expuesto hay que acudir a los Convenios Internacionales suscritos por España para saber que se entiende por estupefacientes y sustancias psicotrópicas:

1. **Estupefacientes.** Regulados en el Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes. (BOE núm. 96/1966, de 22 de abril de 1966) (modificado por Protocolo de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972, y por Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el

¹ MOLINA FERNANDEZ, F., “Delitos contra la seguridad colectiva: el tráfico de drogas” Memento Práctico, Madrid, Francis Lefebvre (2011)

Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975). Los estupefacientes son sustancias destinadas a mitigar el dolor pero que un uso indebido puede dar lugar a una toxicomanía. Algunas definiciones recogidas en el referido convenio: por «cannabis» se entiende las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe; por «opio» se entiende el jugo coagulado de la adormidera, por «adormidera» se entiende la planta de la especie *Papaver somniferum* L, por «arbusto de coca» se entiende la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxylon*, etc.

En el ámbito nacional, la Ley 17/1967 de 8 de abril de estupefacientes actualiza la legislación española adaptándola a lo establecido en el Convenio: se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca y tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las listas anexas al citado Convenio. Ejemplos: Cannabis (hachís, aceite de hachís y marihuana), cocaína, heroína, metadona, opio y morfina.

2. **Psicotrópicos.** Regulados en el Convenio Internacional sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971 (BOE núm. 218/1976, de 10 de septiembre de 1976) y por el Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre de adaptación a la legislación española. Por sustancia psicotrópica se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV.

Son características comunes a estas sustancias las de producir los siguientes efectos:

1. Un estado de dependencia
2. Estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de ánimo, y además que la sustancia pueda ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización internacional de la sustancia. Ejemplos: LSD, MDMA (éxtasis) y anfetaminas.

En la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (BOE núm. 270/1990, de 10 de noviembre de 1990) se hace una remisión a lo regulado en los dos convenios anteriormente vistos:

- Por «estupefacientes» se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la lista I o la lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.
- Por «sustancia psicotrópica» se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de 1971.

Esta Convención recoge dos cuadros con las sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Tradicionalmente se venía distinguiendo entre drogas duras (cocaína, anfetaminas, heroína, morfina) y blandas (cannabis) según la intensidad de la adicción que pueda crear un riesgo para la salud, pero esta clasificación ha caído en desuso.

Según la **STS 1680/1996 de 18 de marzo**, *“La droga en general es, cualquiera que sea su uso, todo preparado o sustancia medicamentosa de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno. Son productos que afectan de una u otra forma a la psiquis de la persona humana, aunque en el mercado existe una gran diversidad de usos al respecto”*

Otra **STS 4888/1991 de 27 de septiembre**, establece que para reconocer una droga tóxica, sustancia psicotrópica o estupefaciente, bastará con que el objeto incautado pueda integrarse dentro de uno de los tres conceptos, independientemente de que se halle integrado en los Convenios.

A la hora de definir lo que es droga tóxica se pueden acudir a varios significados aportados por la doctrina y jurisprudencia. La **STS 8041/2012 de 31 de octubre** nos habla de: *“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:*

1. *el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).*
2. *necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).*
3. *la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia)”.*

Como se puede ver, esta definición y características, pueden interpretarse no como un concepto puramente penal, pues de ser así, el alcohol y el tabaco podrían llegar a fiscalizarse dentro de tal concepto. Se puede decir por tanto, que el término “droga” topa con la inseguridad que puede existir sobre el objeto material y la relación y sujeción a los Convenios Internacionales, pues ya se ha podido contemplar que las definiciones que éstos dan de estas sustancias son cuanto menos vagas, remitiéndose al contenido de las listas anexas a estos Convenios. Por esta razón, lo único seguro es que objeto material del delito de tráfico de drogas será toda sustancia que esté incluida dentro de estas listas.

En definitiva, el objeto material del delito de tráfico de drogas queda encuadrado y delimitado en los siguientes Convenios Internacionales:

- “Convención Única sobre estupefacientes, firmada en Nueva York el 30-03-1961, enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25-03-1972 art. 1 apartado. j, que incluye en esta categoría las sustancias recogidas en las listas I y II.
- La Ley 17/1967 art.2, de estupefacientes, que adapta la normativa existente en la citada Convención, e incluye dentro de esta categoría las sustancias recogidas en la Lista IV a efectos penales.
- El Convenio de Viena de 21-02-1971 art.1 apartado. e, sobre sustancias psicotrópicas, que remite a las Listas I, II, III o IV.
- Estas listas se reproducen a su vez en el RD 2829/1977 Anexo I, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos.
- Por su parte, la Convención de Viena de 10-12-1988 art.1 apartado. n y r., contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se remite a las listas contenidas en los instrumentos mencionados.”

1.2.- REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

«Ya Felipe II dictó las prohibiciones que habían de dar lugar a los delitos contra la salud pública referentes al tráfico de drogas, al decir: “deseando que nuestro vasallos gocen de larga vida y se conserven en perfecta salud”»²

El delito de tráfico de drogas es un ilícito que siempre ha existido, modificándose a lo largo del tiempo, según ha ido evolucionando la sociedad y con ello el derecho, de tal forma que en los Códigos penales españoles se ha contemplado esta figura; ya el CP de 1822 contenía algunos preceptos relacionados con las drogas, ya que establecía en su Título IV «De los delitos contra la salud pública», Capítulo II, *“De los boticarios que venden o despachan venenos, drogas o medicamentos perjudiciales a la salud sin receta de facultativo aprobado, o equivocando lo que este haya dispuesto” art. 366 que «ningún boticario ni practicante de botica venderá ni despachará veneno alguno, ni droga que pueda ser nociva a la salud, ni bebida ni medicamento en cuya preparación o confección entre parte alguna venenosa o que pueda ser nociva, ni menos ésta parte sola sin receta de médico o cirujano aprobado (...)*” así como las que no estuvieran aprobadas, ya que en el art. 397 regula que *“jamás, bajo las propias penas en uno u otro caso, podrá dar ningún boticario o practicante de botica remedio alguno secreto cuya venta no esté autorizada competentemente”*.

El C.P. de 1848 dedicaba su Título V a los «delitos contra la salud pública» y el mismo establecía en su art. 253 que *“el que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, o los despachare o vendiere o comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 50 a 500 duros”* y en su art. 254 que *“el que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud o productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare o suministrare sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 40 a 400 duros”*.

La venta de productos medicinales estaba reservada a las boticas. Tanto el C.P. de 1822 como el posterior de 1848 regularon extensamente, dentro de los delitos contra la salud pública, la expedición y venta de sustancias nocivas sin cumplir los requisitos exigidos en la Ley, y lo mismo cabe decir de la reforma del C.P. de 1850. La razón de dicha regulación se encuentra en que en aquella época el opio y su consumo era una realidad, siendo incluido

² BELTRÁN BALLESTER. Enrique. Lección Magistral leída en la apertura del curso 1990-91

por algunos autores, como Pacheco³ al comentar el C.P. entre los venenos. Ambos C.P., el de 1848 y el de 1850, establecen dos aspectos importantes: en primer lugar, que sólo se elaboren o despachen sustancias en sí nocivas a la salud por quienes estén habilitados para ello; y en segundo lugar, que aún éstos no las despachen o vendan sin cumplir con lo establecido en los reglamentos. Además, como complemento del Código Penal de 1848 y de la reforma de 1850 respecto de los delitos contra la salud pública, el Gobierno de la Nación dictó una Real Orden de 18 de abril de 1860 por el que se publicaban las Ordenanzas de Farmacia «para el ejercicio de la profesión de farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales», las cuales sirvieron para determinar claramente qué sustancias eran nocivas para la salud.

Posteriormente, este C.P. de 1850, también fue objeto de reforma en el año 1870 por no satisfacer las necesidades del momento y sobre todo tras la Revolución Liberal de 1868, reforma de la cual resultó el C.P. de 1870 que regulaba los delitos contra la salud pública en su Capítulo II “De los delitos contra la salud pública”, dentro del Título V “De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública”, ocupándose en su art. 351 de regular la elaboración de sustancias nocivas para la salud realizadas sin autorización, estableciendo dicho precepto lo siguiente *“el que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos para expenderlos, o los despachare, o vendiere, o comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 duros”*.

Del C.P. de 1870 hubo un salto histórico hasta el C.P. de 1928.

El C.P. de 1928 regula estos delitos en el Capítulo V, del Título VIII, en los artículos 557 y 558, bajo la rúbrica de “Elaboración y comercio ilegal de productos químicos y drogas tóxicas”. Estos artículos son una copia exacta de los preceptos 253 y 254 del C.P. de 1848, pero a diferencia de aquellos, el art. 558 recoge en el segundo párrafo un supuesto agravado: *“cuando el tráfico ilícito sea de drogas tóxicas o estupefacientes la pena será de 6 meses a 3 años de reclusión y multa de 2000 a 20000 mil pesetas”*; de manera que este C.P. fue el que inició la especial consideración de las drogas tóxicas y estupefacientes al separarlas de las restantes sustancias nocivas para la salud, completando la legislación contra los estupefacientes que fue iniciada por la Real Orden de 27 de febrero de 1918 y por el Real Decreto de 31 de

³ PACHECO, J. F., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1850

julio de 1918 y continuada por la Real Orden de 22 de abril de 1920, Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1927 y Reales Decretos Leyes de 30 de abril y de 13 de noviembre de 1928⁴.

El C.P. Penal de 1928 estuvo vigente pocos años, ya que el 15 de abril de 1931 el gobierno provisional publicó un Decreto anulando dicho Código, volviéndose al C.P. de 1870. Tomando a éste como punto de partida, se elaboró seguidamente el Código de 1932. Este Código regula los delitos relativos al tráfico de drogas en los artículos 346 y siguientes que corresponden a los artículos 351 y siguientes del C.P. de 1870.

Años más tarde, este Código, también fue modificado por el C.P. de 1944, el cual se ocupaba del delito en cuestión en su Capítulo II, Título V, Libro II en los artículos 346 y siguientes, adaptando literalmente lo establecido en los artículos 351 a 353 del Código Penal de 1870, e incluía una circunstancia agravante recogida en el artículo 344, el cual enunciaba que “en los casos de los tres artículos anteriores, cuando se trate de drogas tóxicas o estupefacientes, se impondrá al culpable las penas inmediatas superiores a las señaladas en los mismos”.

Es a partir del 15 de noviembre de 1971 cuando este delito aparece con sustantividad propia en el Código Penal, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma. Y así, en la Exposición de Motivos de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que “la ratificación por España del Convenio Único de Naciones Unidas ha determinado la modificación del artículo 344 del C.P”. Pero la reforma en este punto viene impuesta no sólo por el compromiso internacional, sino por la necesidad de disponer de los medios legales para atajar con eficacia el problema social que entraña el tráfico y consumo ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes.

La Ley 44/1971, regulaba el delito del tráfico de drogas en el art. 344, incluido en su título V, capítulo II, sección 2ª titulada “delitos contra la salud pública y el medio ambiente”.

Posteriormente, con la L.O. 8/1983, de 25 de junio, se produjo una reformulación de los delitos de tráfico de drogas. Esta Ley definió de una manera muy concreta los comportamientos punibles, consolidando ya la atipicidad penal de la posesión de drogas para el consumo propio y distinguiendo el tratamiento penal que se establecía para las

⁴ CUELLO CALÓN, E., “Comentarios al Código Penal de 1928”

drogas blandas y el que se establecía para las duras. Así, el art. 1 de la L.O. 8/1983 decía “los siguientes artículos del C.P. quedan suprimidos, modificados o incorporados al mismo en los términos que a continuación se expresan” y entre ellos aparece el art. 344, el cual queda redactado de la siguiente forma *“los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico o los poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se trataren de sustancias que causen grave daño a la salud y de arresto mayor en los demás casos”*.

En 1983 se suavizaron las penas, para volver a elevarlas en la importante reforma por L.O. 1/1988 de 24 de marzo, en la que se dio nueva redacción al art. 344, y se incorpora al C.P. los art. 344 bis a), 344 bis b) 344 bis c) 344 bis d), 344 bis e), 344 bis f). Esta L.O. 1/1988, amplió la definición de las conductas punibles para dar cabida a todo tipo de contacto con las sustancias ilícitas, introduciendo también nuevas figuras (como por ejemplo: la receptación) e incorporando circunstancias agravantes.

Otra de las grandes reformas del C.P. de 1973 fue la que se implantó a través de la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, la cual reguló por primera vez las entregas vigiladas y además traspuso al ordenamiento español determinados aspectos relativos a los beneficios económicos derivados del tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos establecidos en la Directiva 91/308 CEE.

El C.P. de 1995, recoge en el art. 368 el contenido del art. 344 del C.P. de 1973, manteniendo el mismo sistema de incriminación de conductas, denominada “en cascada” porque la frase “u otro modo” lo que pretende es abarcar todas las fases del tráfico ilegal para evitar las posibles lagunas en los comportamientos que contiene, STS. de 24 de noviembre de 1997.

Esta ley incorpora el art. 368 en su título XVII titulado “de los delitos contra la seguridad colectiva”, estableciendo que *“los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”*. Además, el párrafo 2º de este art. continúa diciendo *“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa*

entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370". Este último párrafo del art. 368 del Código Penal fue redactado por el apartado centésimo cuarto del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P.

Esta nueva modificación mantiene el art. 368 en su contenido, pero modifica las penas y las disminuye.

1.3.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La primera delimitación del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas se encuentra en la primera descripción del capítulo IV, del título XVII del C.P. "De los delitos contra la salud pública.

La Doctrina y la Jurisprudencia mayoritaria consideran que el bien jurídico protegido en el art. 368 del C.P. no es otro que la salud pública colectiva y comunitaria, amenazada por la difusión y tráfico de drogas, bien jurídico que tiene un carácter colectivo (STS de 25 de febrero de 1993 y STS de 3 de marzo de 1993). Ese carácter implica que a través de estos preceptos se aspira a tutelar la salud de la sociedad en general.

En consecuencia, la salud individual de cada uno de los ciudadanos se protege mediante los arts. 368 y ss. sólo de manera indirecta, esto es, en la medida en que la protección de la salud pública repercute en la protección de la salud de cada uno de los integrantes de la sociedad.

Lo anteriormente manifestado no impide que, llegado el momento de determinar la efectiva lesión del bien jurídico colectivo de la salud pública, se pueda atender a la efectiva afección a la salud de personas individuales. Ello es posible en tanto esos individuos, dadas sus circunstancias personales y ambientales, estén en condiciones de representar adecuadamente al conjunto de la sociedad cuya salud se quiere proteger.

Por otro lado, es necesario manifestar que los delitos relativos a las drogas de los arts. 368 y ss. no precisan de una efectiva lesión del bien jurídico de la salud pública, aun cuando sea por intermedio de la salud individual, para resultar aplicables. No tutelan un bien o derecho

concreto, sino la posibilidad de que la seguridad de éste se vea menoscabada por cualquiera de los comportamientos contemplados en su articulado ⁵

No pertenecen a la categoría de los delitos de lesión material, al no ser necesario que la conducta realizada produzca un determinado resultado socialmente dañoso, nítidamente diferenciado de la propia conducta, y en el que se plasme la lesión al bien jurídico protegido.

1.4.- TIPO BÁSICO Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVADAS. ARTÍCULO 368 Y ss DEL CÓDIGO PENAL

1.4.1.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículo 368

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

Conducta típica: cultivo, elaboración, tráfico y tenencia.

Artículo 369.

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

2.^a El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.

⁵ SEQUEROS SAZATORNIL, F. "Comentarios al Código Penal". Lex Nova (2011)

3.^a El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

4.^a Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

5.^a Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

6.^a Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

7.^a Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.

8.^a Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.

9.^a El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

10.^a El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas.

2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2.^a, 3.^a y 4.^a del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:

1.^a La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

2.^a La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

Artículo 370.

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

- 1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
- 2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior.
- 3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

1.4.2.- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículo 368

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si

concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

Conducta típica: cultivo, elaboración, tráfico y tenencia. Hemos de tener en cuenta la introducción del párrafo segundo que nos da una cláusula de flexibilidad.

Artículo 369

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

1^a. El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

2^a. El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

3^a. Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

4^a. Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

5^a. Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

6^a. Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.

7^a. Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.

8^a. El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

Artículo 369 bis

Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruplo del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 370

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

- 1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
- 2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369.
- 3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

2.- COMENTARIO SENTENCIA STS 7058/2010

ANTECEDENTES: SAP VALLADOLID 617/2010

Inculpados

Martín, Diego, Jose Pedro, Abel, Matías, Jose Ignacio, Agapito y Sagrario.

En la SAP Valladolid existen múltiples intervinientes, de los cuales solamente son sujetos activos del delito Martín, Diego, Jose Pedro y Abel, y de los mismos nos vamos a centrar en Martín, habida cuenta que las defensas de todos ellos alegan idénticos motivos.

2.1.- ANTECEDENTES

El juzgado de Instrucción núm. 4 de Valladolid como consecuencia de actuaciones remitidas por la Brigada de Policía Judicial incoa diligencias previas bajo el núm. 2592/07.

Previa la práctica de las actuaciones que se consideraron oportunas, por el Juez de Instrucción se dictó auto en el que se acordaba la incoación de sumario, dictándose con igual fecha auto de procesamiento.

Recibidas las actuaciones en la Sala 2ª de la Audiencia Provincial, se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal a fin de que emitiera informe sobre la conclusión del sumario y apertura del juicio oral, acordándose tras dicho informe dicha apertura y dándose traslado al Ministerio Fiscal y a las defensas para calificación provisional.

Cumplidos dichos trámites, con fecha 2 de octubre de 2009 se dictó auto en el que se admitían las pruebas propuestas por las partes y se señalaba para la celebración de la vista los días 11, 12, 13 y 14 de enero de 2010.

En dicho acto, y tras la práctica de las aludidas pruebas, por el Ministerio Fiscal se estimaron los hechos constitutivos de un delito contra la salud pública previsto y penado en los arts. 368, 369, núm. 1, circunstancias 6ª y 10ª, y 370, núm. 3º, del C.P., considerando a Martín y a Diego autores según lo dispuesto en los arts. 368, 369, núm. 1, circunstancias 6ª y 10ª, y 370, núm. 3º, del C.P., y al resto de los acusados autores según lo dispuesto en los arts. 368, 369, núm. 1, circunstancias 6ª y 10ª, del referido Código, solicitando las penas siguientes:

- Para Martín y Diego, dieciséis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de dicha condena, multa de 5.940.000 euros, y multa de 2.970.000 euros, y, para el resto de los acusados once años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de dicha condena, y multa de 2.970.000 euros, solicitando así mismo: para dichos acusados la condena al pago de las costas e interesando se dé a los efectos, dinero y objetos intervenidos, el destino previsto en el art. 374 del C.P.

En el mismo acto, por las defensas de los acusados, tras alegar distintas cuestiones previas, se interesó la absolución de los mismos.

La A.P. de Valladolid absuelve a Matías, Jose Ignacio, Agapito y Sagrario y condena a Martín y Diego, como autores de un delito contra la salud pública previsto y penado en los arts. 368, inciso primero, 369.1 6ª y 10ª y 370.3º del C.P. , a las penas de doce años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de dicha condena, y multa de 1.485.000 euros, a cada uno de ellos, y a Abel y a Jose Pedro, como autores de un delito contra la salud pública previsto y penado en los arts. 368, inciso primero, y 369.1 6ª y 10ª del referido Código, a las penas de diez años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de dicha condena, y multa de 1.485.000 euros, a cada uno de ellos, condenando finalmente a los dichos cuatro acusados al pago de cuatro octavas partes de las costas.

2.2.- HECHOS

Aprovechando los contactos que tenían en Colombia con una persona llamada Antonio, apodado Chispas, Diego (alias Tiburón) y Martín (alias Cebollero), decidieron adquirir cocaína en dicho país para traerla a España, urdiendo a tal fin un plan consistente en conseguir que alguien les proporcionara los datos de una sociedad a nombre de la cual importar contenedores en los que, además de alguna mercancía legal, pudieran esconder dicha sustancia.

Con el fin de comprobar si dicho plan podía llevarse a efecto sin riesgos, Diego y Martín importaron de Colombia en julio de 2007 un contenedor de muebles de escaso valor, utilizando para ello el nombre de la empresa "Revestimientos, Cubiertas y Falsos Techos", contenedor que, tras su llegada al Puerto de Valencia el día 29 de julio de 2007, fue transportado al Polígono de El Brizo de la localidad de Aldeamayor de San Martín, donde, en una nave ubicada en el mismo y que previamente había sido alquilada por Diego, éste y

Martín, ayudados por Matías y Jose Ignacio, el día 1 de agosto de 2007 descargaron los muebles que traía dicho contenedor.

Tras comprobar que la indicada operación se había llevado a cabo sin incidencias, y después de acordar con Antonio Chispas la adquisición en Colombia de una partida de cocaína que vendría a España oculta en un contenedor que contendría madera, Diego y Martín comenzaron a realizar gestiones para conseguir la empresa a nombre de la que había de realizarse la importación, así como para la financiación necesaria para la adquisición de dicha sustancia.

A tal efecto, Diego se puso en contacto con Abel, quien, informado del proyecto, y a cambio de obtener un beneficio de la importación de la indicada sustancia, proporcionó a Diego el nombre (Compañía Basuras y Servicios S.L), el C.I.F (49.198.120) y el domicilio (Transcampanas de San Julián, nº 2. Toro. Zamora) de una empresa que había constituido años antes a fin de que en la documentación que hubiera que tramitar para la importación apareciera como destinataria de la mercancía legal en la que iba a camuflar la cocaína, mostrándose así mismo el expresado Abel dispuesto a colaborar en las gestiones necesarias para acopiar fondos para la financiación de la operación, llegando a colaborar en tales gestiones y proporcionando a Diego el contacto con una persona para que gestionara con ella el alquiler de una nave en la que guardar la mercancía legal que trajera el contenedor (madera), así como el de un piso o apartamento al que llevar luego la cocaína escondida en aquel.

Por su parte, Martín, a la vez que mantenía con Antonio Chispas frecuentes conversaciones telefónicas en las que éste le iba informando de la marcha de las gestiones, se puso en contacto con Jose Pedro, quien, informado del proyecto, y con el propósito de beneficiarse del resultado del mismo, decidió participar en su ejecución colaborando económicamente.

Mientras tanto, y con la aquiescencia de Abel, Diego tramitó la documentación necesaria para importar por vía marítima el contenedor hasta el puerto de Valencia a nombre de la Compañía Basuras y Servicios S.L., si bien, y con el fin evitar las sospechas que pudiera generar la discrepancia entre la actividad que sugería el nombre de la misma y la mercancía que se importaba, se tramitó dicha documentación a nombre de BAS.SER S.L., para lo cual, en fecha que no ha sido precisada (en cualquier caso anterior y próxima al 11 de octubre), el referido Diego confeccionó un sello o tampón con el siguiente texto: "BAS.SER S.L / CIF-B49198120 / TRANSCAMPANAS DE / SAN JULIAN 2 TORO".

Con fecha 11 de octubre, Diego confeccionó, a favor de la sociedad BILADU, S.A. un documento de "autorización de despacho y representación" en el que Abel, en su condición de "Gerente" de la "Compañía de BAS.Y.SERV. S.L.", con "domicilio fiscal Transcampanas de San Julián nº 2", participaba a la Administración de Aduanas que autorizaba al Agente Transitorio BILADU, S.A. para la prestación y tramitación del documento y realización de las operaciones aduaneras que hubieran de efectuarse para sacar del puerto de Valencia, donde había llegado en barco, el contenedor remito por Antonio Chispas, documento en el que el expresado Diego estampó el sello BAS.SER S.L / CIF-B49198120 / TRANSCAMPANAS DE / SAN JULIAN 2 TORO", y puso una firma que aparentaba ser de Abel .

El día el día 19 de octubre de 2007, Antonio Chispas remitió, sin duda con destino a Diego y a Martín, un fax con el siguiente texto:

"Os cuento como tenemos las cosas. El otro contenedor los habíamos recuperado y finalmente nos los robaron ya os explicare cuando estemos juntos. Si os digo estos es para que entendáis que este lo he tenido que hacer con amistades y cobrando una comisión y corriendo mucho riesgo ya os los explicare personalmente. En este van 53,5Kg en bruto es decir con los condones, creemos que quedarán 53 Kg. Tienes que comprar un peso, porque en el último momento se tuvo que cambiar el sistema y van sin etiquetas. El reparto si os parece bien los hacemos de la siguiente forma, vosotros os quedáis 8 Kg para Vicioso le damos 6 Kg yo te diré donde tienes que darle el dinero a su madre. Tienes que entregar 25 Kg a el contacto que te daré a parte, le das 1 Kg a Chili, el resto lo vendéis y mira como trais el dinero os pagaran el 10% y la venta yo he dicho que esta a 27 así que en esto también podéis ganar algo mas hacer mucho cuidado de no coger riesgos, y que no se os pierda nada que me tocaría pagarlo a mi. Dejar el contenedor bien que no se note nada si quieres mandar la chatarra lo haces sino devuelves el contenedor nosotros con este nuevo sistema no lo necesitamos.- "Nos vamos hablando. Suerte. Un abrazo. Antonio".

En fecha que no ha quedado precisada, en cualquier caso posterior al 18 de octubre, Diego compró un taladro percutor, y, el día 22 del mismo mes, manifestando actuar "en representación de la Compañía Bas y Servicios S.L", suscribió con Apolonio un contrato de arrendamiento que tenía por objeto una nave ubicada en la calle Oceanía del Polígono de los Villares de la ciudad de Salamanca.

Transportado en un camión, y seguido desde el Puerto de Valencia por agentes de Policía que no lo perdieron de vista en ningún momento, el contenedor llegó a la nave ubicada en el referido Polígono, donde Diego y Martín, ayudados por Matías y Jose Ignacio (cuya colaboración había solicitado el referido Martín) procedieron a descargar la madera que había en el contenedor, tarea en cuyo transcurso se produjo la intervención policial en la que se encontraron, ocultos bajo el suelo del contenedor, 226 paquetes que contenían 51.874, 78 gramos netos de cocaína, parte con un riqueza de 69,40% y otra parte con una riqueza del 86,90%, sustancia que en el mercado ilícito hubiera alcanzado un valor de 1.485.000 euros. Con ocasión de la indicada intervención policial, además de la indicada cocaína, se intervino:

a Diego: un teléfono móvil Nokia con núm. NUM001, un teléfono móvil Alcatel con núm. NUM002, un juego de llaves de un vehículo Mercedes, un documento de compromiso de devolución de contenedor, y un documento de fecha 22 de octubre de 2007 de orden de transporte de contenedor núm. TTNU5825091 con destino en Polígono Los Villares de Salamanca, a nombre de Tiburon , teléfono de contacto NUM001 y anotación manuscrita YFH (que se corresponde con la matrícula del camión de transporte del contenedor a Salamanca);

a Martín: 350 euros, un teléfono Nokia con núm. NUM003 , y un papel con anotaciones manuscritas donde constaban dos direcciones de correo electrónico y claves de acceso: "DIRECCION000 NUM004 " y "DIRECCION001 NUM005 ;

a Matías: un teléfono móvil Nokia con núm. NUM006 y un juego de llaves de vehículo Volvo; # a Jose Ignacio : cien euros, un teléfono móvil Motorola y un juego de llaves de furgoneta Renault Express; # En el interior de la nave: un taladro percutor marca Bosch; #En el interior del vehículo Mercedes CLX matrícula-RPD, propiedad de Carla y utilizado habitualmente por Diego: una anotación manuscrita de la dirección de correo electrónico DIRECCION001 "y clave " NUM007 ", > una hoja manuscrita con el texto siguiente: "Tiburon: te cuento como tenemos las cosas aquí y que tenemos que hacer para poder hacer un envío nuestro. 1º Capazorras ya encontró una sociedad que esta constituida en 1998 ya tenemos gerente y todo al día. Martín ya te explicara, aquí te mando lo que nos costaría aproximadamente hacer el envío.

1 Sociedad ya comprada =	3.500 €
Oficina 6 meses	1.500 €

Contenedor compra	4.500 €
Reconstruirlo	2.000 €
Nave 500E meses 6 meses	3.000 €
Muebles de los que tu viste	20.000 €
Mercancía 45 K x 17,00 E	76.000 €
Gastos de transporte, aduana flete hasta España	4.000 €
TOTAL - 114.500 € - 114.500:4 = 28.625 € cada uno	

al que no hace y vende la mercancía que Florentino estuvo con nosotros se hablo de llevarlo en 2 Kg es un gran amigo mío y se compromete a hacer una buena mercancía. Esto se puede hacer cuando queráis solo hace falta el dinero, yo creo que tendríamos que esperar hacer esta que esta preparando y mandar una de muebles y después la nuestra. Bueno no se que contarte mas si tienes alguna duda Martín que te lo explique. Un saludo".

> una hoja manuscrita recibida por el fax núm. NUM008, el día 19 de octubre de 2007 a las 10,34 am, con el siguiente texto: "Os cuento como tenemos las cosas. El otro contenedor los habíamos recuperado y finalmente nos los robaron ya os explicare cuando estemos juntos. Si os digo estos es para que entendáis que este lo he tenido que hacer con amistades y cobrando una comisión y corriendo mucho riesgo ya os los explicare personalmente. En este van 53,5Kg en bruto es decir con los condones, creemos que quedaran 53 Kg. Tienes que comprar un peso, porque en el último momento se tuvo que cambiar el sistema y van sin etiquetas. El reparto si os parece bien los hacemos de la siguiente forma, vosotros os quedáis 8 Kg para Vicioso le damos 6 Kg yo te diré donde tienes que darle el dinero a su madre. Tienes que entregar 25 Kg a el contacto que te daré a parte, le das 1 Kg a Chili, el resto lo vendéis y mira como trais el dinero os pagaran el 10% y la venta yo he dicho que esta a 27 así que en esto también podéis ganar algo más. hacer mucho cuidado de no coger riesgos, y que no se os pierda nada que me tocaría pagarlo a mi. Dejar el contenedor bien que no se note nada si quieres mandar la chatarra lo haces sino devuelves el contenedor nosotros con este nuevo sistema no lo necesitamos.- "Nos vamos hablando. Suerte. Un abrazo. Antonio".

> una anotación manuscrita con un croquis o dibujo que coincide con la distribución de la droga escondida bajo el suelo del contenedor,

> una copia de la documentación completa de la operación de importación del contenedor y de su carla legal (madera),

> un plano manuscrito de la situación de una nave en el Polígono El Brizo de la localidad de Aldeamayor de San Martín,

> un sello o tampón con el texto; "CAMPAÑA BAS.SER. SL, / CIF. nº B-491981120 / TRANSCAMPANAS DE / SAN JULIAN 2 TORO" y un kit completo la auto-composición de dicho sello,

> un contrato de arrendamiento de una nave situada en la calle Oceanía del Polígono de la ciudad de Salamanca Los Villares suscrito por Diego en representación de la "Compañía Bas y Servicios SL",

> un contrato de arrendamiento de la nave situada en el Polígono El Brizo, > un documentación de la importación de otros contenedores,

> un teléfono móvil Alcatel con núm. NUM009,

> los teléfonos móviles marca Samsung con núm. NUM010 y NUM011, así como varios cargadores;

#En el interior del vehículo Volvo, 460, matrícula TU-....-W, propiedad de Matías: una balanza electrónica de precisión marca Diet Line, modelo BC-100; 115 euros, un teléfono móvil Nokia, un teléfono móvil Sagem y dos packs de tarjeta más teléfono móvil Nokia con nº NUM012 y NUM013.

Consta acreditada en autos la realización de los siguientes envíos de dinero a Colombia: (1) de 3.000 euros realizado el día 20 de abril de 2007 por Diego a favor de Ezequias; (2) de 3.000 euros realizado el día 20 de abril de 2007 a favor de Roman y en el que figuraba como remitente Jose Pedro; (3) de 2.000 euros realizado el día 8 de junio de 2007 por Diego a favor de Tarsila; (4) de 2.000 realizado el 18 de junio de 2007 por encargo de Matías por Encarna a favor de Reyes; (5) de 1.500 realizado el día 19 de junio de 2007 por Matías a favor de Braulio, y (6) de 1.000 euros realizado el día 9 de julio de 2007 por Matías a favor de Emilia.

Agapito, consumidor de cocaína, y al que, con ocasión de su detención, se le intervinieron 6,22 gramos de cocaína y una balanza electrónica de precisión con restos de cocaína en la bandeja de pesaje, mantuvo con Martín varias conversaciones telefónicas, de las que de la última de que se tiene constancia tuvo lugar el 10 de agosto de 2007.

En el periodo de tiempo que estuvieron unidos por una relación sentimental, y con anterioridad a octubre de 2007, Sagrario entregó considerables cantidades de dinero a Diego, no ignorando, a partir de fecha que no ha sido precisada, que éste estaba haciendo gestiones para adquirir cocaína.

Notificada la sentencia a las partes, la representación de los acusados D. Martín, D. Jose Pedro, D. Abel y D. Diego anunciaron su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 12 de mayo de 2010, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

2.3.- MOTIVOS ALEGADOS EN EL RECURSO.

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 18. 3 de la C. E.

2º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del art. 24 núm. 1 y 2 de la CE, en cuanto a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

3º.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del número dos del artículo 849 LECrim., basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

4º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. uno, inciso segundo, del art. 851 LECrim., por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia.

5º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del número uno del artículo 850 LECrim., por haberse denegado diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma.

6º.- Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849. 1 de la LECrim.

2.4.- MOTIVOS ANALIZADOS

En el presente caso nos vamos a centrar en el motivo 1º y 2º del recurso, en cuanto a las escuchas telefónicas y las entregas vigiladas.

2.4.1.- Cuestiones previas.

I. Condiciones fijadas, para la **intervención judicial de las comunicaciones telefónicas**, por la STS 4 fecha 12 de marzo de 2004:

1º) **Exclusividad jurisdiccional:** únicamente la autoridad judicial puede establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones.

Ello significa que este derecho fundamental al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado por resolución judicial, sin que nuestra Constitución autorice a la autoridad policial o administrativa, fuera de los supuestos de terrorismo (artículo 55.2 CE), a restringir dicho derecho fundamental, con respecto al cual la jurisdicción ostenta el más amplio monopolio.

Las intervenciones telefónicas adquieren carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico español por obra del art. 18.3 C.E.

2º) **Finalidad exclusivamente probatoria** de las interceptaciones para establecer la existencia del delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo (STS 12 septiembre de 1994).

La doctrina de la proporcionalidad exige la observancia del principio de necesidad, pues no basta que la medida esté prevista en la Ley (artículo 579 LECrim.) y se adopte por un Juez, sino que es imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman (art. 8.2 CEDH).

3º) **Excepcionalidad de la medida**, sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (ATS de 18 de junio de 1992).

La finalidad legítima de la intervención telefónica es impedir la comisión de delitos, lo cual ampara el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones de los sujetos sobre los que recae dicha medida.

4º) **Proporcionalidad de la medida**, que solo habrá de adoptarse en los casos de delitos graves en los que las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la medida, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad de la finalidad legítima perseguida (STS 20 de mayo de 1994).

La adopción de una intervención telefónica exige que el objeto de la instrucción lo constituya un delito grave, el cual ha de determinarse en la solicitud de intervención (STS 12 de enero de 1995 y STC 85/1994, de 14 de marzo).

Los criterios jurisprudenciales establecen que para acordar una medida restrictiva de derechos debe tratarse de un delito grave (SSTS de 20 de mayo de 1994 y 12 de enero de 1995, entre otras; SSTEDH, de 24 de abril de 1990, caso Kruslin y de 26 de abril de 1990, caso Huvig).

5º **Limitación temporal** de la utilización de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas: la LECrim. (art. 579) autoriza periodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal (STS 9 de mayo de 1994).

Si las escuchas se mantuvieran una vez finalizado el plazo de intervención, carecerán de valor probatorio las escuchas efectuadas fuera de dicho plazo. (STC de 18 de julio de 2005).

6º **Especialidad del hecho delictivo** que se investigue, pues no cabe decretar una investigación telefónica para descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (ATS 18 de junio de 1992 y STS de 20 mayo de 1994).

7º La medida recaerá sobre los **teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales** (STS de 25 junio de 1993), sin que pueda extenderse a otros abonados que de manera indirecta o indeterminada pudieran estar remotamente relacionados con los hechos que son objeto de intervención.

La resolución judicial por la que se acuerde debe determinar el destinatario de la medida (STC 49/1996).

8º **La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas.** (STS de 18 de abril de 1994).

Deben apreciarse como motivos válidos para la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones, las vigilancias, seguimientos, contactos sospechosos con personas con antecedentes en materia de drogas, carencia de actividades laborales, viajes, etc; tales datos son fundadas sospechas, que no simples conjeturas sin base real alguna, siendo tales sospechas suficientes para llegar judicialmente a autorizar una interceptación telefónica, con tal que se valoren suficientemente, en términos de racionalidad (SSTS de 12 de marzo de 2004, 7 de marzo de 2003 y 4 de julio de 2003) .

Tal y como señala el ATS de 18 de junio de 1992 no caben las escuchas de prospección, desligadas de la realización un hecho delictivo.

La STS de 14 de junio de 1993 exige que la adopción de la medida requiere la existencia, contra una persona determinada de indicios fundamentados y contrastados, no bastando con la simple manifestación policial de la existencia de una actividad delictiva inconcreta y difusa cuyo protagonismo no aparece definido, sino por sospechas de los investigadores policiales. Dicha doctrina fue reiterada en las STS de 25 de marzo de 1994 y 26 de octubre de 1995.

9º) **La existencia previa de un procedimiento de investigación penal**, aunque sea la intervención de las telecomunicaciones, la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de éste.

El cumplimiento de un principio de necesidad en las intervenciones telefónicas implica la observancia de dos presupuestos especiales, el uno de carácter material y el otro procesal. El presupuesto procesal lo constituye la necesidad de que la petición de la intervención telefónica se efectúe dentro de una instrucción judicial en curso, esto es, dentro de un sumario ordinario, en la instrucción del jurado o en unas diligencias previas en el ámbito del proceso penal en curso.

Por consiguiente las intervenciones telefónicas no pueden adoptarse, ni en las diligencias policiales de prevención, ni en la investigación oficial o preliminar a la judicial del Ministerio Fiscal, ni el curso de las atípicas “diligencias indeterminadas”. El T.S. afirma que no pueden ser autorizadas intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de un proceso judicial. (STS 25 de junio de 1993 y 25 de marzo de 1994).

10º) Que la **resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada**; riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y cuya importancia exige del Juez una explicación razonada y razonable de acuerdo con la ley y los principios constitucionales y en la cual encontrarán lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte (STS de 18 de abril, 9 y 20 de mayo y 12 de septiembre de 1994).

La obligación de la autoridad judicial de motivar la resolución por la que dispone una intervención telefónica constituye otra exigencia del principio de proporcionalidad, según el cual toda resolución limitativa de un derecho fundamental ha de ser minuciosamente

motivada por la autoridad o funcionario que la practique a fin de que en ella, se plasme el indispensable “juicio de ponderación” sobre la necesidad de la medida (SSTC 26/1981, 62/1982, 37/1989, 85/1994 FJ 3, 181/1995; 54/1996 y 49/1999; STS 12 de enero de 1995).

Aun cuando exista alguna resolución, como el caso de la STC 49/1999 que obliga a efectuar una minuciosa e individualizada motivación, lo cierto es que la doctrina mayoritaria es la contraria, esto es, la que permite autorizaciones judiciales a través de la motivación por remisión (STS 343/2007 de 20 de abril; 119/2007 de 16 de febrero) a la solicitud policial (STS de 15 de octubre de 1998; 23 de octubre de 1998; 7 de marzo de 1998...).

11º) La exigencia de **control judicial** en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención (STS de 18 de abril de 1994): “El control judicial de la ejecución de la medida de intervención telefónica se integra en el contenido esencial del derecho del art. 18.3 CE, en cuanto es preciso para su corrección y proporcionalidad” (STC 49/1999, de 5 de abril).

Si se produjera una invasión ilegítima y por tanto, una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones o incluso de otro derecho fundamental ¿qué valoración debería efectuarse de la prueba obtenida ilícitamente? Debemos partir del art. 11.1 de la LOPJ que dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

A la vista de tal precepto el T.C. en la sentencia 85/1994 consagró “la doctrina del árbol del fruto envenenado”⁶, que luego ha reiterado en las SSTC 86/1995, 181/1995, 49/1996. Por su parte el T.S. dio acogida a aquella teoría en sus Sentencias de 6 de octubre de 1999, de 27 de febrero de 1999, de 17 de julio de 1997, de 27 de octubre de 1998 y de 14 de octubre de 1996; e igualmente se han de señalar la Sentencia de la A.P. de Toledo de 2 de julio de 1997, el Auto de la A.P. de Almería de 10 de diciembre de 1992”Dada la nulidad de las grabaciones y, como efectivamente éstas son nulas, la pericia sobre las cintas debe presumirse, y lo mismo cabe decir de la audición de las cintas, que había sido solicitada por

⁶ Para la SAP de Madrid (Sección 10ª) de 11 de marzo de 2008, el art. 11.1 de la LOPJ, introdujo por primera vez en nuestro sistema procesal una norma que formula de manera expresa la proscripción de prueba ilícita, como consecuencia de la doctrina que respecto de este particular había establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 14/1984, de 29 de noviembre. En parecido término se pronuncia nuestro Alto Tribunal en su Sentencia núm. 386/2007, de 29 de marzo de 2007, de la Sala Primera, al declarar que la ilicitud no ha de referirse a la prueba en sí, sino al modo en que la misma se consigue, y los medios presuntamente ilícitos empleados para ello.

las acusaciones particulares que, asimismo, ha de ser dejada sin efecto"; y la sentencia de la A.P. de Bilbao de 10 de marzo de 1993.

En la STS 54/1996, se estimó la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por una resolución judicial de intervención telefónica en la que ni se reflejaba ni el destinatario de la medida ni el delito investigado; sin embargo pudo probarse la participación en el hecho delictivo del acusado a través de otros medios de prueba que no guardaban relación de causalidad con las escuchas ilegales.

En la Sentencia 49/1996 se estimó vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente en amparo (el auto judicial autorizante de las escuchas se dictó para investigar un delito contra la salud pública y se acreditó la comisión de un ilícito penal por cohecho sin auto de ampliación), toda vez que las escuchas efectuadas viciaron otras pruebas que indirectamente se sustentaron en tal prueba de valoración prohibida, estimándose además el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

La entrega vigilada.

Ante la delincuencia organizada y su vinculación directa con el narcotráfico, el Ordenamiento Jurídico reacciona a través de dos mecanismos: el primero incorporando en el C.P. sanciones para el tráfico de drogas y el segundo incorporando en la L.E.Crim. un nuevo medio de investigación, denominado entrega vigilada, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo al tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas; es decir se trata de un procedimiento de investigación utilizado para prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales en el marco de la delincuencia organizada.

La característica de la entrega vigilada es su condición reservada y su actitud flexible, frente a los supuestos de flagrancia delictiva; su utilidad estriba en proveer informaciones sobre la ruta, procedencia o destino de las operaciones de traslados ilícitos; su finalidad es la identificación de los autores de los delitos en el ámbito de la delincuencia organizada.

La STS de 14 de enero de 2004 define la entrega vigilada de drogas, regulada en el artículo 263 de la L.E.Crim. entendiéndose por tal la operación en la que teniendo localizada la sustancia, antes de intervenirla, se permite continuar su camino policialmente controlado, hasta que se efectúe su entrega, con objeto de identificar y detener a los destinatarios.

La Convención de Viena⁷, en su art. 1. g), la define como “la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II, anexos a la presente convención, o sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención. Se desarrolla en el art. 11 de la Convención

Es una excepción a la regla general de la actuación inmediata, ya que al conocer un delito, este se debe impedir y poner en conocimiento del Juez de Instrucción, en este caso se permite que las autoridades a través de sus agentes permitan que la actividad delictiva siga realizándose.

Diferentes autores distinguen entre varias modalidades de entregas vigiladas, pasivas, activas, con sustitución, la entrega internacional producida cuando en la operación intervienen varios Estados; entrega con apertura de paquete, sin apertura, existiendo una gran diferencia a efectos jurídicos.

En el Derecho español, el contenido de la entrega vigilada viene dada por el art. 263 bis, de la L.E.Crim., para dar cobertura a la normativa internacional, así mismo podrán ser objeto de diligencia los bienes y ganancias a los que se hace referencia en el artículo 301 del Código Penal; con la modificación producida en el artículo por la L.O. 5/1999, de 13 de enero, se ve ampliada la diligencia a otras formas de criminalidad organizada.

Este precepto, establece el objeto material sobre el cual recae la técnica de la entrega controlada o vigilada, define lo que es, así como el modo de instrumentar la diligencia, excluyendo la aplicación del artículo 584 de la L.E.Crim. en la interceptación y apertura de envíos sospechosos de contener estupefacientes.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, perfila lo antedicho en la Convención de Viena, determinando en el artículo 1.i) el concepto de entrega vigilada como “la técnica consistente en dejar que

⁷ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988

remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos.

2.4.2.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 18. 3 de la C. E.

Breve extracto de su contenido

Se cuestiona en primer término la legalidad de las intervenciones telefónicas practicadas.

Fundamentos legales y doctrinales.

Se eleva al Tribunal la ilegalidad de las pruebas obtenidas a raíz de las intervenciones telefónicas decretadas, por vulneración directa y relevante del derecho fundamental recogido en el art. 18.3 de la C.E. relativo al secreto de las comunicaciones, afectando al derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el art. 24.2 del mismo cuerpo legal.

El Auto, de fecha 12 de junio de 2007, por medio del cual se autorizan las escuchas, la parte recurrente considera que es nulo de pleno derecho por vulneración del art. 18 de la CE, siendo nulos igualmente el resto de los autos injerenciales en base a la teoría de los frutos del árbol envenenado; y ello por cuanto se acuerda el mismo en función de unas supuestas Diligencias previas del Juzgado de Avilés y que no han sido testimoniadas en la causa.

En el Oficio Policial inicial de fecha 11 de junio de 2007, se hacen referencias a Martín, diciendo que sospechan que colabora con Diego y que se le relaciona con distintas operaciones vinculadas con el narcotráfico, sin sustento fáctico alguno. Por lo que tales afirmaciones han de encuadrarse en el ámbito de la conjetura al no tener soporte probatorio alguno.

Doctrina Jurisprudencial del T.S. al respecto:

STC 1.769/2003 de 29 de diciembre, que se remite a su vez a las SSTC 498/2003 de 24 de abril, y 1643/2001 de 24 de septiembre cuando la intervención telefónica tiene su

fundamento en el resultado de otra anterior, y puede surtir efectos en proceso penal distinto de aquél en que se acordó la primera intervención, "es preciso que consten en las diligencias desgajadas los testimonios completos relativos a la cadena de solicitudes de intervención telefónica y autorización judicial de la misma, pues esa es la única posibilidad de que se pueda verificar en esta sede casacional la existencia o no de un efectivo control judicial -juicio de excepcionalidad y de proporcionalidad- en los términos exigidos por la Constitución a la vista del sacrificio de un derecho fundamental como es el de la privacidad de las comunicaciones durante toda la cadena de intervención. Y, en el presente caso, -dice la Sentencia citada-, no aparece en las actuaciones documento alguno que permita verificar esos esenciales requisitos de constitucionalidad y legalidad de unas intervenciones telefónicas de las que, las ahora utilizadas, traen causa directa, por lo que estas últimas intervenciones no pueden ser tenidas en cuenta en el enjuiciamiento de los hechos que ahora se estudian"; en el mismo sentido, la STS 8 de marzo de 2004 afirma que "partiendo de la falta de constancia en el proceso de testimonio alguno del auto habilitante, de las posibles prórrogas y del control judicial de la medida de intervención telefónica que propició el descubrimiento del delito, no es posible presumir la regularidad y corrección de la misma hasta el punto de poder asegurar que el derecho fundamental representado por la intimidad de las personas, que la Constitución salvaguarda, ha sido enteramente respetado y legítimamente restringido"; asimismo, se pueden citar las SSTS de 12 de abril de 1997 y de 19 de febrero de 2008.

B) Se invoca, la nulidad, en cuanto a la forma de obtención del núm. de teléfono perteneciente Martín.

La solicitud de intervención telefónica de dicho número, se efectuó en el oficio de 11 de junio, alegando que "estaría colaborando con Diego", con el que "al parecer recientemente ha realizado un viaje a Colombia". "Al referido Martín se le ha relacionado policialmente con operaciones de introducción de contenedores con cocaína en España, concretamente el pasado año 2000 la Agencia Antidroga de Estados Unidos aprendió en Panamá 320 Kg de cocaína en un almacén de la zona franca de la ciudad de Colom (Panamá) ocultos en un cargamento de zapatos de mujer, siendo uno de los remitentes del envío Martín", señalándose también que en otra ocasión "a principios del año 2001, la Unidad Central de estupefacientes aprehendió en Vinaroz (Castellón) 950 kg de cocaína procedente de Colombia, siendo considerado en aquella ocasión como la persona de confianza del jefe del grupo desarticulado en España".

Deben facilitarse por la policía datos objetivos, consistentes y verificables que permitan al Juez ante el que se solicita la autorización, el imprescindible juicio de ponderación, y tal examen no puede verificarse si sólo se facilitan juicios de valor, opiniones o intuiciones policiales nacidas de la "profesionalidad" del solicitante. En tal situación el Juez al carecer de datos concretos para efectuar el examen, es claro que si lo autoriza, actúa como un mero vicario que asume acríticamente lo que se le dice y afirma, no lo que se le acredita individualizadamente con datos fácticos. Tal papel no es el que corresponde al Juez de instrucción.

No bastan al respecto afirmaciones genéricas de dedicarse al tráfico de cocaína, ni tampoco los supuestos antecedentes policiales, relativos al delito de tráfico de drogas tóxicas, al no decir la exposición policial nada respecto de los hechos que pudieran haber motivado estos últimos antecedentes.

Los elementos fácticos deben aparecer necesariamente en el oficio policial ya que de otra forma se impide cualquier tipo de motivación judicial al carecer de material a valorar y a ponderar, de suerte que la motivación judicial por remisión -aceptada por la doctrina-, tiene como contrapeso, un incremento de la exigencia de que se ofrezcan datos concretos, en caso contrario la motivación judicial por remisión es motivación apoyada en el vacío y por tanto inexistente.

No se puede convalidar el empleo indiscriminado de la intervención telefónica cuando con ello se persiga encontrar elementos de juicio que permitan convertir al simplemente sospechoso en imputado. La diligencia de intervención de las comunicaciones, art. 579 LECrim., implica un verdadero acto de imputación material que, más allá de su traducción en una genuina imputación formal, ha de tener como inexcusable base la concurrencia de sólidos indicios, cuya comprobación ha de convertirse en el objetivo de la injerencia. De ahí la relevancia de un examen minucioso y singularizado de la resolución jurisdiccional habilitante, art. 18.3 C.E., S.T.S de 03.10.2008.

Sin embargo, lo verdaderamente relevante es constatar que el Juez tuvo pleno conocimiento del alcance de la medida que estaba autorizando y que ponderó racionalmente los inexcusables elementos de juicio ofrecidos por la Policía.

La doctrina jurisprudencial establece la necesidad de que en las diligencias desgajadas o que traigan causa de otras consten los testimonios completos relativos a la cadena de solicitudes

de intervención telefónica y autorización judicial de la misma para poder comprobar si hubo un verdadero y efectivo control judicial-

El primer auto que autoriza las escuchas del teléfono NÚM. 00000 y todos los demás deben tenerse por inexistentes, al comprobarse que parten de premisas inexistente (STS 770/2006 de 13 de julio).

En cuanto a las **consecuencias de la nulidad de las intervenciones telefónicas**: El artículo 11.1 LOPJ establece que "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales"; y la doctrina jurisprudencial sobre este precepto es del siguiente tenor:

Son radicalmente nulas las pruebas que adolezcan de vulneración directa de derechos fundamentales. Como dice la STC 259/2005 de 24 de octubre, "Aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (artículo 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución". Y si el vulnerado es el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (artículo 18.3 CE), la prohibición a la que nos acabamos de referir, continúa diciendo la mencionada Sentencia "...afecta, en primer término, a las cintas en que se grabaron las conversaciones y sus transcripciones.

Igualmente, de la declaración de la vulneración del mencionado derecho fundamental deriva la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas, pues con tales declaraciones lo que accede al proceso es, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita....".

Es sabido que la declaración de lesión de un derecho fundamental no tiene, sin embargo, como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneración directa de derechos fundamentales. Pero en el presente caso existe entre la prueba nula y el resto de las pruebas derivadas una conexión de antijuricidad que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, de acuerdo con lo prevenido en el Art. 11.1 LOPJ.

Han sido vulnerados derechos fundamentales con sede normativa en el art. 44 de la LOTC, vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ello conforme asentada jurisprudencia del T.E.D.H, manifestado entre otras en Sentencias de 24 y 26 de abril de 1990 – Caso Kruslin y Hewig- doctrina recogida en STS de 14 de junio de 1993 y en Auto de 18 de junio de 1992 – Naseiro- y reiterada en múltiples sentencias entre las que destacan, por afectar a España, la de 18 de febrero de 2003- Prado Bugallo.

2.4.3.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del art. 24 núm. 1 y 2 de la CE, en cuanto a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Breve extracto de su contenido:

Inexistencia de control judicial ; inobservancia de los requisitos legalmente preceptivos.

Fundamentos legales y doctrinales.

En la Sentencia se dice “que como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo por el grupo de estupefacientes...” se tuvo la sospecha de que “procedente de Colombia iba a llegar al puerto de Valencia un contenedor en cuyo interior podría haber cocaína, sospechándose así mismo que dicho contenedor iba a ser trasladado desde dicho puerto a una nave industrial ubicada en la calle Oceanía del Polígono Los Villares de Salamanca y alquilada por Diego”,

“Que el día 10 de octubre, ante las sospechas de que en el interior del referido contenedor pudiera haber cocaína , y con el fin de *profundizar en la investigación sin levantar sospechas entre los investigados*, por la UDYCO de Valladolid se solicitó de las autoridades aduaneras del Puerto de Valencia una colaboración consistente en que se *informe sobre la previsión de movimientos existentes para el citado contenedor, nombre de la empresa que se ocupará de transporte , lugar de entrega previsto , así como la fecha prevista de salida del contenedor*”.

El día 22 de octubre el instructor dispuso la vigilancia sobre el “contenedor, comisionando funcionarios policiales para tal fin,”..... “sin perderlo de vista en ningún momento, algunos funcionarios de policía siguieron al camión desde la salida del Puerto de Valencia hasta la nave ubicada en el referido polígono y, una vez allí se produjo la intervención policial en cuyo transcurso se encontraron 51.874,78 gramos de cocaína ocultos bajo el piso del contenedor”.

Del contenido de lo anterior se deduce que nos encontramos ante un supuesto de entrega controlada.

La jurisprudencia ha analizado detenidamente la figura de la ENTREGA CONTROLADA entre otras muchas sentencia del TS en la de fecha 08/01/2009

El art. 263 bis de la LECrim., que fue introducido inicialmente por la Ley 8/92 de 23 de diciembre, en consonancia con la Convención de 20 de diciembre de 1988 de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena y ratificada por España el 30 de julio de 1990, dispone, en su redacción dada por art. 1 de LO 5/1999 de 13 enero 1999, en efecto que:

"1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por **resolución fundada**, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.

2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del C.P., **circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas**, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, **si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.**

De otro lado, constituye doctrina jurisprudencial reiterada en esta materia que corresponde a las leyes y autoridades de cada país el control de los actos encaminados a la entrega vigilada dentro de sus respectivas fronteras.

Así, la STS de 24-5-2004, núm. 699/2004 señala que: "el art. 3º del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, dispone que sea la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo de practicarlas u obtenerlas "en la forma que su legislación establezca".

Y la STS de 18-11-2002, núm. 1902/2002, coincidiendo con las sentencias de 19 de enero de 2001 y 14 de septiembre de 2001, recuerda que: "la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas fue convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas que se celebró en Viena en 1987 con la participación de 138 Estados y una amplia gama de organizaciones intergubernamentales y de casi 200 organizaciones no gubernamentales. La Conferencia, también por iniciativa de la Asamblea, aprobó por unanimidad un Plan Amplio y multidisciplinario de Actividades Futuras. El Capítulo III se llamaba supresión del tráfico ilícito y en su art. 18 se subraya la eficacia de la entrega vigilada como método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas hasta su destino final.

Y la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1987, Corpus Iuris de la comunidad internacional en materia de narcotráfico, consagra definitivamente la técnica de la entrega vigilada, que define en el art. 1 exhortando a las partes a que adoptaran las medidas necesarias para utilizar de forma adecuada, en el plano internacional dicha técnica de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos.

La consecuencia en nuestro derecho interno fue el nuevo art. 263 bis de la LECrim., introducido por la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, modificado a su vez, por la L.O. 5/1999, de 13 de enero.

En el presente caso se dan los requisitos que nuestro Derecho interno, constituido por el art. 263 bis de la LECrim., exige, para considerar que nos encontramos ante una entrega o circulación controlada.

El art. 269 bis de la LECrim., que, como sabemos, es resultado de la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas, convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas y celebrada en Viena en 1987 con la participación de 138 Estados y una amplia gama de organizaciones intergubernamentales y de casi 200 organizaciones no gubernamentales, no autoriza la interpretación restrictiva que defiende el recurrente. Fijémonos en que en el apartado segundo del texto legal, se hace referencia a la circulación por territorio español, a la salida o entrada en él. Y a ello se acompaña una admonición negativa: que se realice sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes; y otra positiva: que tenga lugar bajo su vigilancia; y siempre con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

En suma, la utilización de uno u otro medio de transporte, sea el propio de los traficantes o alguno proporcionado por las fuerzas que luchan contra el narcotráfico, dependerá de su efectividad para no levantar sospechas entre los propios implicados, sin que nada impida el empleo de uno u otro, siempre que la finalidad contemplada por la Ley se observe, esto es: "el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines". Lo contrario supondría una interpretación sumamente reduccionista y limitadora de la actividad policial, que no se corresponde ni con el tenor literal ni con el espíritu de nuestra legislación procesal, ni tampoco con los textos internacionales inspiradores de nuestra legislación interna.

La dirección de la instrucción penal, está encomendada al Juez de instrucción como recuerda el art. 300 LECrim. y a él le corresponden específicamente adoptar todas las decisiones relativas a la dirección del procedimiento. La policía judicial actúa bajo la

dirección del Juez y en su caso del Ministerio Fiscal como prescribe el art. 126 de la Constitución con respeto a la legalidad, como recuerda el art. 297 de la LECrim.

2.4.4.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E.

Breve extracto de su contenido:

Como argumento fundamental, lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 11.1 LOPJ que dice así: "**No surtirán efecto las prueba obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.**

Fundamentos legales y doctrinales. Desarrollo del motivo:

Las pruebas de cargo, alegando en primer término la nulidad de las escuchas telefónicas, y en segundo lugar vulneración de la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, entendiéndose que la entrega y circulación vigilada se realiza sin autorización judicial, hace llegar a la conclusión de que existe un vacío probatorio que, entre otras cosas, no permite acreditar que el contenedor trajera cocaína antes de su llegada a Valencia, careciendo de eficacia probatoria aquellas diligencias realizadas en relación con el mismo.

El resultado obtenido, es decir el hallazgo de la cocaína en el contenedor, no valida el irregular camino seguido hasta la obtención de esta prueba.

Hemos de recordar aquí una doctrina del TC, iniciada por una sentencia del pleno de tal órgano jurisdiccional, sentencia núm. 81/1998 de 2 de abril relativa a **los efectos que unas actuaciones procesales, vulneradoras de un derecho fundamental, han de tener en las diligencias de prueba posteriores que no habrían tenido lugar de no haber existido esas tales actuaciones.** Problemática tratada por vez primera en la STC 114/1984, que sirvió de inspiración al mencionado apartado segundo del art. 11.1 LOPJ de 1985 que priva de efectos a "las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales", consagrando así las doctrinas denominadas del "efecto dominó" o de "los frutos del árbol envenenado".

Conforme a tal doctrina del T.C., para que unas determinadas actuaciones procesales, que se consideran ineficaces por violación de algún derecho fundamental, puedan producir la

ineficacia de otras actuaciones posteriores, no basta que entre aquellas y estas haya una conexión natural o relación causal, es decir, que aquellas primeras hubieran servido de base para la posibilidad de realización de las posteriores.

Para esa ineficacia refleja es necesaria, además de esa conexión natural, otra conexión de orden jurídico que pueda servir de justificación para privar de valor a esas otras pruebas derivadas que, en sí mismas consideradas, tendrían que reputarse válidas por haberse practicado con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales. Esta conexión de antijuricidad ha de resultar del examen del vicio que produjo la lesión constitucional, tanto desde una perspectiva interna como externa, es decir, teniendo en cuenta el hecho mismo de la violación, su importancia y características, así como las necesidades esenciales de tutela exigidas para la efectividad del derecho fundamental de que se trate, STC 81/1998, 49/1999 y 8/2000, entre otras).

Esta última STC (8/2000) hace unas concreciones muy útiles:

1ª.- No cabe rehabilitar o subsanar una prueba, declarada ineficaz (prohibición de valoración) por vulneración de un derecho fundamental de orden sustantivo, por medio de otras pruebas que tienen su fuente u origen en aquella primera actuación inválida.

Así, no cabe tener como acreditado que el contendor viajase con la droga desde Colombia a Valencia y hallada en el mismo tras el registro practicado por la policía en el polígono Los Villares (Salamanca) pues deviene de una prueba considerada nula por infracción del art. 18.2 CE, ni los documentos hallados en la misma diligencia, ni la testifical de los policías que intervinieron en ese registro; ni tampoco la testifical de todos los policías en el acto del juicio, pues su intervención viene también motivada por el contenido de las escuchas telefónicas, pues todas estas pruebas tienen como fuente el hecho considerado nulo; vino al proceso como consecuencia de una prueba ilícita, por lo que siguiendo la doctrina de "los frutos del árbol envenenado" deberían ser consideradas nulas de pleno derecho.

En efecto, en este extremo, debemos recordar la doctrina de la Sala de la AP de Valladolid, mantenida en sentencias 416/2005 de 31 de marzo, 261/2006 de 14 de marzo, 25/2008 de 29 de enero, 1045/2009 de 4 de noviembre, 1183/2009 de 1 de febrero, al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción

del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17 de enero y la A.P. de Valladolid 550/2001 de 3 de abril, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) Que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) Que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación. En el presente caso no existe prueba alguna que no se encuentre "contaminada"

c) Por ultimo, no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación

causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20 de noviembre, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del T.C. que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse, y de hecho se da en el presente caso.

En palabras de la STS 161/99 de 3 de noviembre, es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible...". Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

En el supuesto presente resulta que las pruebas originales son nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ lo son también por que aparecen conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, no son independientes jurídicamente y proceden de fuentes contaminadas, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, supuesto radicalmente distinto al del objeto de este recurso, puesto que conforme se establece en los oficios policiales la única fuente informativa es la obtenida a través de las escuchas.

En similar dirección el T.C. en sentencia 66/2009 de 9 de marzo, ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: - en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el estudio del segundo nivel que sería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba

derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC 81/98 de 2 de abril, 22/2003 de 10 de febrero).

Por último, TC ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo (STC. 81/98 de 2 de abril, citando ATC. 46/83 de 9 de febrero, y SSTs. 51/85 de 10 de abril, 174/85 de 17 de diciembre, 63/93 de 1 de marzo, 244/94 de 15 de septiembre).

3.- CONCLUSIONES

El tráfico de drogas constituye un problema social, político y económico, constituyendo uno de los problemas más relevantes que acucian a la sociedad actual y una de las consecuencias más frecuentes de delincuencia, provocando que no sólo los Estados sino también diversas Instituciones Internacionales orienten su atención sobre este determinado tipo de actividad.

La cuestión relativa al Bien Jurídico protegido, no es una cuestión pacífica ya que ha sido objeto de interpretaciones divergentes por la doctrina por cuanto se ha venido discutiendo si se trata de la salud pública configurada como un principio rector de la política social y económica en el art. 43 de la C.E., o la salud individual o la sanidad pública concebida como conjunto de acciones o actividades desarrolladas por las Administraciones Públicas para la salvaguardia de la salud colectiva (STS 573/2006, de 26 de abril).

El tipo básico lo constituye el art. 368 CP, tratándose de un tipo abierto en el que encuentran acomodo conductas heterogéneas.

El precepto sanciona a los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o los posean con aquellos fines.

El objeto material de la conducta típica lo constituyen las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción debe realizarse acudiendo a los convenios internacionales en los que España es parte, en especial a la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y a la convención Única sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1961, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972, e incorporada a nuestro derecho positivo por la Ley de 8 de abril de 1967.

El tratamiento jurídico se diversifica en atención al nivel de afección para la salud de la sustancia.

Los tipos agravados vienen recogidos en los art. 369 y 370 del CP. Los elementos que se van añadiendo a través de estos dos artículos al tipo básico del art. 368 CP incrementan la gravedad del injusto cometido, lo cual determina que las penas señaladas en estos dos artículos sean superiores a las contempladas en el art. 368 CP.

Los tipos agravados vienen determinados por:

- a) las circunstancias personales del autor: art. 369.1.1º CP, art. 369.1.2º CP, art. 369.1.3º CP y art. 369.1.4º CP.
- b) vulnerabilidad de las víctimas: art. 369.1.5º CP.
- c) características de las sustancias estupefacientes: art. 369.1.6º CP y art. 369.1.7º CP.
- d) espacios especialmente tutelados: art. 369.1.8º CP.
- e) los medios empleados por el autor: art. 369.1.9º CP y art. 369.1.10º CP.
- f) circunstancias especialmente cualificadas: art. 370 CP.

Las penas señaladas:

El tipo básico del art. 368 CP diferencia entre:

- sustancias o productos que causen grave daño a la salud, asignando una pena de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga.
- sustancias o productos que no causen grave daño a la salud, asignando una pena de uno a tres años de prisión y multa del tanto al duplo.

En el tipo agravado ordinario del art. 369 CP las penas se elevan, además de la multa del tanto al cuádruplo, a la pena de prisión de nueve años y un día a trece años y medio, si se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y prisión de tres años y un día a cuatro años y medio, en los demás casos.

El tipo agravado cualificado está contenido en el art. 370 CP.

En los casos de pertenencia a una organización o asociación o hechos ejecutados en establecimientos abiertos al público, se prevé la imposición de sanciones imperativas y facultativas:

- sanciones imperativas: multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo.
- sanciones facultativas: la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas, la aplicación de las medidas previstas en el art. 129 CP.

El art. 376 CP prevé una degradación punitiva, de uno o dos grados, a realizar de forma motivada en el ámbito jurisdiccional, cuando el sujeto activo hubiera:

- abandonado voluntariamente sus actividades delictivas.
- presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado.
- colaborado activamente con las autoridades referidas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

CUADRO COMPARATIVO

Art. 368 Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.	Art. 368 Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de
--	--

	<p>uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.</p> <p>No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán excepcionalmente imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.</p>
<p>Art. 369</p> <p>1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>1.^a El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.</p> <p>2.^a El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.</p> <p>3.^a El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.</p> <p>4.^a Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.</p> <p>5.^a Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.</p> <p>6.^a Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.</p> <p>7.^a Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.</p> <p>8.^a Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.</p> <p>9.^a El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho.</p> <p>10.^a El culpable introdujera o sacare ilegalmente</p>	<p>Art. 369</p> <p>1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>1.^a El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.</p> <p>2.^a El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.</p> <p>3.^a Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.</p> <p>4.^a Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.</p> <p>5.^a Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.</p> <p>6.^a Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.</p> <p>7.^a Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.</p> <p>8.^a El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho.</p>

<p>las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas:</p> <p>2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2.^a, 3.^a y 4.^a del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:</p> <p>1.^a La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta:</p> <p>2.^a La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.</p>	
<p>Inexistente artículo 369 bis</p>	<p>Artículo 369 bis</p> <p>Quando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.</p> <p>A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.</p> <p>Quando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:</p> <p>a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.</p> <p>b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruplo del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.</p>

	<p>Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.</p>
<p>Art. 370 Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando: 1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos. 2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior. 3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad. Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1. En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.</p>	<p>Art. 370 Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando: 1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos. 2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369. 3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad. Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1 En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.</p>

Cuadro penológico del tráfico ilícito de drogas. Artículos 368 y 369

	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del C.P.				Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, del C.P.			
Artículo	Nocividad sustancia	Prisión	Prisión máxima	Multa	Nocividad sustancia	Prisión	Prisión máxima	Multa
368 Tipo básico	Grave daño No grave daño	03.00.00 09.00.00 01.00.00 03.00.00	09.00.00 03.00.00	Tanto al triplo Tanto al duplo	Grave daño No grave daño	03.00.00 06.00.00 01.00.00 03.00.00	06.00.00 03.00.00	Tanto al triplo Tanto al duplo
368. pfo. 2º. Tipo básico atenuado					Grave daño No grave daño	01.06.00 02.11.29 00.06.00 00.11.29	02.11.29 00.11.29	½ tanto al tanto ½ tanto al tanto
369 Tipos agravados	Grave daño No grave daño	09.00.01 13.06.00 03.00.01 04.06.00	13.06.00 04.06.00	Tanto al cuádruplo Tanto al cuádruplo	Grave daño No grave daño	06.00.01 09.00.00 03.00.01 04.06.00	09.00.00 04.06.00	Tanto al cuádruplo Tanto al cuádruplo
369 Tipos agravados con atenuación art. 368 pfo. 2º					Grave daño No grave daño	03.00.01 06.00.00 01.06.00 03.00	06.00.00 03.00.00	½ tanto al tanto ½ tanto al tanto

La SAP VA 617/2010 condena a Martín como autor de un delito contra la salud pública previsto y penado en los art. 368, inciso primero, 369.1 6ª y 10ª y 370.3ª del CP a la pena de 12 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de dicha condena, y multa de 1.485.000€. El fallo de la referida sentencia se produce con antelación a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Debemos señalar que con la entrada en vigor de la referida ley y en aplicación de lo preceptuado en el art. 2.2 CP *“No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena (...)”* la pena impuesta debió modificarse conforme a la nueva regulación dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: “Derecho Penal Español. Parte Especial”, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia (2011).

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., El delito de tráfico de drogas, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2009).

BELTRÁN BALLESTER, E.: “Breve historia Social y jurídica del consumo y tráfico de drogas”. Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, (1990).

BELTRÁN BALLESTER, Enrique: “El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española”, en Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, Valencia (1977).

BERISTAIN IPIÑA, A.: “Las drogas y su legislación en España”, ADPCP (1983).

BERISTAIN IPIÑA, A.: “Legislación penal sobre el tráfico de drogas en España”. Estudio jurídico-criminológico comparado. Universidad del País Vasco (1984).

GOMEZ TOMILLO, M.: “Comentarios al Código Penal”. Ed. Lex Nova. Valladolid (2011).

LAMARCA PÉREZ, Carmen y otros: “Delitos y Faltas. La parte especial del derecho penal”, Ed. Colex, Madrid (2012).

MUÑOZ CONDE, F.: “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2010).

PRIETO RODRIGUEZ, J.I.: “El delito de tráfico de drogas y el consumo de drogas en el Ordenamiento Jurídico Español. Ed. Thomson, Pamplona (1995).

ROMERAL MORALEDA, A. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses, Ed. Comares, Granada (1993).

AGUADO CORREA, T.: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII (2013).

Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLIV (2011).

Dictamen solicitado por la Federación de asociaciones cannábicas del País Vasco (EUSFAC) a Jose Luis Ripoillés y Juan Muñoz Sánchez

Revista de Derecho UNED, NÚM. 10 (2012)

Revista Penal, n.º 22 - Julio 2008. Miguel Ángel Núñez Paz y Germán Guillén López. Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal.

RUEDA MARTIN, M^a A.: “Estudios Penales y Criminológicos”

Circular nº 3/2011 sobre reforma del Código Penal de la Fiscalía General del Estado.

Doctrina Jurisprudencial de la Sala de lo Penal. Año judicial 2010 – 2011

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

AAP de Almería de 10 de diciembre de 1992

SAP de Bilbao de 10 de marzo de 1993.

SAP de Toledo de 2 de julio de 1997

STEDH de 24 de abril de 1990

STEDH de 26 de abril de 1990

STS 12 de enero de 1995

STS 12 de septiembre de 1994

STS 20 de mayo de 1994

STS de 4 de julio de 2003

STS de 12 de marzo de 2004

STS 7 de marzo de 2003

STS 8 de marzo de 2004

STS de 03 de octubre de 2008

STS de 08 de enero 2009

STS de 12 de marzo de 2004

STS de 14 de enero de 2004

STS de 14 de junio de 1993

STS de 14 de octubre de 1996

STS de 17 de julio de 1997

STS de 18 de abril 1994

STS de 18 de abril de 1994

STS de 19 de febrero de 2008

STS de 20 de mayo de 1994

STS de 20 mayo de 1994

STS de 25 de junio de 1993

STS de 25 de marzo de 1994

STS de 25 de marzo de 1994

STS de 25 junio de 1993

STS de 26 de octubre de 1995

STS de 27 de febrero de 1999

STS de 27 de octubre de 1998

STS de 6 de octubre de 1999

STS de 9 de marzo de 1994

ATC 46/83 de 9 de febrero

SAP de Valladolid 1045/2009 de 4 de noviembre

SAP de Valladolid 1183/2009 de 1 de febrero

SAP de Valladolid 25/2008 de 29 de enero

SAP de Valladolid 261/2006 de 14 de marzo

SAP de Valladolid 416/2005 de 31 de marzo

SAP de Valladolid 550/2001 de 3 de abril

STC 8/2000 de 17 de enero

STC 1769/2003 de 29 de diciembre

STC 114/1984 de 29 de noviembre

STC 138/2001 de 18 de junio
STC 1643/2001 de 24 de septiembre
STC 181/1995 de 11 de diciembre
STC 22/2003 de 10 de febrero
STC 259/2005 de 24 de octubre
STC 299/2000 de 11 de diciembre
STC 49/1999 de 5 de abril
STC 498/2003 de 24 de abril
STC 66/2009 de 9 de marzo
STC 8/2000 de 17 de enero
STC 81/1998 de 2 de abril
STC 85/1994 de 14 de marzo
STC 86/1995 de 6 de junio
STC 94/1999 de 31 de mayo
STS 161/1999 de 3 de noviembre
STS 1680/1996 de 18 de marzo
STS 174/1985 de 17 de diciembre
STS 1902/2002, de 18 de noviembre
STS 2210/2001 de 20 de noviembre
STS 244/1994 de 15 de septiembre
STS 4888/1991 de 27 de septiembre
STS 51/1985 de 10 de abril
STS 573/2006 de 26 de abril
STS 63/1993 de 1 de marzo
STS 699/2004 de 24 de mayo
STS 770/2006 de 13 de julio
STS 8041/2012 de 31 de octubre