Roj: **STS 4436/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4436**

Id Cendoj: **28079120012020100728**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **28/12/2020**
Nº de Recurso: **10289/2020**
Nº de Resolución: **718/2020**
Procedimiento: **Recurso de casación penal**
Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 718/2020

Fecha de sentencia: 28/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10289/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: ICR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10289/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 718/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 28 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación con el nº 10289/2020, interpuesto por la representación procesal de D. Gervasio , D. Guillermo Y D. Humberto (conocido también como Joaquín), contra la sentencia dictada el 15 de mayo de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo nº 78/2020, que estimó parcialmente el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 2 de enero de 2020 dictada en el procedimiento sumario ordinario nº 68/2019 dimanante de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, por la que fueron condenados los recurrentes como autores responsables de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cuantía notoria, y un delito de pertenencia a organización criminal, además a Guillermo de un delito de uso de documento oficial auténtico para el que no estaba legitimado, habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes representados por la procuradora Dª Ángeles Sánchez Fernández, los dos primeros y defendidos por el Letrado D. Juan Carlos Navarro Valencia, y por la Procuradora Dª Alicia Oliva Collar, el tercero, y defendido por el letrado D. Rafael Nácher Chartier, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 18 de Valencia, tramitó diligencias previas núm. 1570/2016, por delito contra la salud pública cualificado (tráfico de drogas) y organización criminal contra Gervasio , Guillermo y Humberto ; una vez concluso el procedimiento lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, (proc. sumario ordinario nº 68/2019) y dictó Sentencia en fecha 2 de enero de 2020 que contiene los siguientes hechos probados: " **1º** El día **12 de julio de 2016**, el procesado, **Humberto (también conocido, en Bélgica, como Joaquín)** acompañado del acusado rebelde, formalizaron un contrato de arrendamiento de la nave industrial situada en calle Cullera nº 61 de la localidad de Benimámet (Valencia), por una renta mensual de 800 euros (ochocientos euros). Dicha nave industrial era propiedad de Guillerma . El contrato de arrendamiento se firmó entre ésta última y el procesado, **Humberto ,** pese a que el pago, en efectivo y por importe de 3.200 euros (tres mil doscientos euros) que se correspondían con dos meses de fianza, un mes de alquiler y los honorarios de la inmobiliaria, lo hizo el acusado rebelde.

2º El día **16 de julio de 2016** fueron identificados seis individuos de Europa del Este, siendo éstos, Rubén nacido en Grozny (Chechenia) con pasaporte belga n º NUM000 ; Tomás , nacido en Grozny (Chechenia) con pasaporte belga n º NUM001 ; Carlos Daniel , nacido en Sernovodsk (Chechenia) con pasaporte belga NUM002 ; Jesús Carlos , nacido en Sernovodsk (Chechenia) con permiso de conducir belga n º NUM003 y, los procesados, Gervasio y el huido Bernabe respecto de los cuales, a través de los canales propios de investigación policial habían tenido conocimiento de que, a este último, le constaba un señalamiento en el Sistema de Información Schengen (SIS) por estar relacionado con la comisión de varios ilícitos penales entre los cuales se encontraba el tráfico de drogas. Se detectaron que estos llevaban al menos tres vehículos, uno marca Audi modelo A8, con matrícula belga ....-SFY-.... , propiedad de una empresa de leasing; el segundo marca BMW, modelo 529D, con matrícula ....-TCA-.... , propiedad de Tomás y un tercero, marca BMW, modelo 520 D, tipo ranchera, con placas de matrícula ....-VFN-.... , propiedad de Esperanza , quien en la fecha de los hechos era pareja sentimental del investigado huido en esta causa.

3º El día **23 de julio de 2016 Humberto** acompañado de la misma persona procesada y declarada rebelde, formalizó un contrato de arrendamiento de la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM004 de Bétera, partido judicial de Llíria (Valencia) con sus propietarios Ildefonso y Inmaculada siendo abonado el pago por importe de 1.500 euros (mil quinientos euros) en concepto de alquiler, fianza y gastos de inmobiliaria por seis meses. Humberto mediante un mensaje a través de WhatsApp desde el número NUM005 facilitó a la inmobiliaria, el número de cuenta NUM006 perteneciente a la entidad bancaria BELFIUS BANK radicada en Bélgica.

4º El día **26 de julio de 2016** Gervasio , Guillermo , quien se identificaba en ese momento como Nemesio con documentación polaca, que no se correspondía con su persona y la tercera persona ya mencionada como huida en la causa, se personaron en el apartahotel sito en la calle Dels Gascons nº 14, planta 2ª, puerta 5 de Valencia, donde habían reservado desde Rusia, aprovechando que una de las empleadas del mismo era de nacionalidad rusa, una habitación por un plazo de un mes, por la cual abonaron la cantidad 1.386 euros (mil trescientos ochenta y seis euros) que tenía cuatro camas y fue ocupada por Guillermo , desde el 3 de agosto de 2016.

5º El **9 de agosto de 2016** fue interceptado en La Junquera el ciudadano serbio Serafin , nacido en Priboj (Serbio) el NUM007 /1967, con documento de identidad belga nº NUM008 quien figura como investigado por el Juzgado de Primera Instancia de Eupen (Bélgica) en el procedimiento *"A.Z.U.R. 91/16"* por un delito de tráfico de drogas, a bordo del vehículo Mercedes clase E, con plaza de matrícula belga NUM009 propiedad de Lina con domicilio en Eupen (Bélgica) portando en el interior de una maleta la cantidad de 24.000 euros

en metálico de cuyo origen no pudo dar razón, cuando provenía de la ciudad de Valencia donde se encontró en el apartahotel mencionado con Guillermo .

6º. Guillermo desde el momento en que ocupó la citada habitación se limitaba a permanecer él solo en la misma de donde salía para desplazarse con asiduidad al piso sito en la CALLE000 de Bétera, donde accedía con sus propias llaves y en el que permanecía durante breve espacio de tiempo. El resto del tiempo únicamente hablaba por teléfono desde los números de IMEI NUM010 y NUM011 que se correspondía con los números de teléfono NUM012 y NUM012 con un varón quien el día **21 de agosto de 2016** le anunció la llegada de alguien a Valencia.

7º El **25 de agosto de 2016** llegó la persona que esperaba, el ya identificado Gervasio , en torno a las 17.00 horas a bordo del vehículo marca OPEL modelo Mokka, matrícula ....KGN , alquilado a la empresa Goldcar, quien se personó en la calle Gascons de Valencia, donde le esperaba Guillermo con quien, a bordo del vehículo mencionado, se desplazaron al piso de la CALLE000 nº NUM004 de Bétera y posteriormente a la nave industrial de la calle Cullera nº 61 de Benimámet, accediendo a ambos lugares, con sus propias llaves, tras lo cual regresaron a Valencia.

8º El **26 de agosto de 2016**, se llevó a cabo un registro autorizado judicialmente mediante Auto de la misma fecha en los siguientes inmuebles y en los que se hallaron:

8.1º En el registro de la nave industrial sita en calle Cullera nº 61 de la localidad de Benimámet (Valencia) *:* una máquina envasadora al vacío con número de serie NUM013 , una caja de cartón conteniendo bolsas de envasar y **144,74 kilogramos (ciento cuarenta y cuatro kilos con setenta y cuatro gramos) de marihuana** envasada en paquetes al vacío, que se encontraban distribuidos de la siguiente manera:

· En un altillo, dentro de 2 (dos) bolsas de plástico color verde de tamaño grande, fueron halladas, en una de ellas, 18 (dieciocho) bolsas envasadas al vacío conteniendo marihuana con un peso total de 9.941 gramos (nueve mil novecientos cuarenta y un gramos) y, en la otra, 20 (veinte) bolsas envasadas al vacío conteniendo marihuana con un peso total de 11.299 gramos (once mil doscientos noventa y nueve) y,

· En el anexo que hacía funciones de oficina , fueron halladas, 11 (once) bolsas conteniendo, las 6 (seis) primeras, 20 (veinte) bolsas envasadas al vacío conteniendo marihuana con un peso total de 11.322 gramos (once mil trescientos veintidós gramos), 11.282 gramos (once mil doscientos ochenta y dos gramos), 11.278 gramos (once mil doscientos setenta y ocho gramos), 11.081 gramos (once mil ochenta y un gramos), 11.254 gramos (once mil doscientos cincuenta y cuatro gramos), 11.186 gramos (once mil ciento ochenta y seis); la n º 7, contenía 21 (veintiún) envases al vacío de marihuana con un peso total aproximado de 11.741 gramos (once mil setecientos cuarenta y un gramos); la n º 8, contenía 19 (diecinueve) envases al vacío de marihuana con un peso total aproximado de 10.731 gramos (diez mil setecientos treinta y un gramos); la n º 9, contenía 20 (veinte) envases al vacío de marihuana con un peso total aproximado de 10.964 gramos (diez mil novecientos sesenta y cuatro gramos); la n º 10, contenía 19 (diecinueve) envases al vacío de marihuana con un peso total aproximado de 10.763 gramos (diez mil setecientos sesenta y tres gramos) y la n º 11, contenía 20 (veinte) envases al vacío de marihuana con un peso total aproximado de 11.232 gramos (once mil doscientos treinta y dos gramos).

8.2º En el registro de la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM004 , puerta NUM014 de la localidad de Bétera, partido judicial de Llíria (Valencia): 3 (tres) cúter, dos pequeños y uno grande, con restos de sustancia polvorienta de color blanco en su interior que dieron positivo en cocaína; un contrato de arrendamiento del inmueble a nombre de **Humberto** , 2 (dos) documentos de la inmobiliaria Habitale sobre la reserva de un inmueble en la CALLE002 n º NUM032 de la localidad de Benimámet, 1 (una) bolsa conteniendo cogollos de marihuana con un peso bruto de 461 gramos (cuatrocientos sesenta y un gramos) que se hallaba escondida en el congelador y **283 paquetes compactados** con sustancia polvorienta de color blanco que se encontraban distribuidos por los falsos techos y conductos de climatización de la siguiente forma:

· En el falso techo donde estaba el conducto de ventilación del comedor, se hallaron 22 (veintidós) paquetes de 1 (un) kilogramo, aproximadamente, con la inscripción *"BON";*

· En el falso techo del pasillo-distribuidor, 6 (seis) bloques, 1 (uno), con logotipo *"BON",* y, los otros 5 (cinco), con logotipo de una *"corona"* con un peso aproximado, cada uno de ellos, de 1.178 gramos (mil ciento setenta y ocho gramos);

· En el conducto de ventilación de la cocina, aparecieron 8 (ocho) bloques, de los cuales, 7(siete) portaban la inscripción *"BON"* y, el otro, no portaba distintivo alguno, los cuales pensaban, cada uno de ellos, unos 1.113 gramos (mil ciento trece gramos);

· En el altillo de la cocina, encontraron 53 (cincuenta y tres) bloques, los cuales portaban el dibujo de una *"corona";* 6 (seis) bloques portando el logotipo *"BON"* y 3 (tres) bloques sin distintivo alguno, los cuales, cada uno de ellos arrojó un peso aproximado de 1.135 gramos (mil ciento treinta y cinco gramos);

· En el rodapié de la cocina aparecieron 73 (setenta y tres) bloques con el distintivo de la *"corona"* y 9 (nueve) bloques con el logotipo *"BON",* con peso aproximado, cada uno de ellos, de 1.130 gramos (mil ciento treinta gramos);

· En el falso techo del cuarto de baño, hallaron 9 (nueve) bloques con el distintivo de la "corona", 1 (un) bloque con el logotipo *"BON"* y 2 (dos) bloques con el logotipo *"X",* con un peso aproximado, cada uno de ellos, de 1.124 gramos (mil ciento veinticuatro gramos);

· En la habitación ubicada frente al cuarto de baño, concretamente, dentro del armario, encontraron una báscula de precisión;

· En otra de las habitaciones y, dentro de una bolsa de deporte de ADIDAS, hallaron 6 (seis) bloques con el logotipo de la *"corona"* y 1 (un) bloque con el logotipo *"BON"* así como, escondidos en el techo, 9 (nueve) bloques con el logotipo *"BON"* y 13 (trece) bloques con el logotipo de la *"corona"* con un peso aproximado, cada uno de ellos, de 1.000 gramos (mil gramos);

· En la habitación amueblada con una cama de matrimonio, escondidos en el interior del respiradero, hallaron 24 (veinticuatro) bloques, de los cuales, 2 (dos) portaban el logotipo *"BON",* otros 2 (dos) no portaban distintivo alguno y 20 (veinte) bloques portaban el logotipo de la *"corona",* con peso aproximado, cada uno de ellos, de 1.000 gramos (mil gramos);

· En el techo del distribuidor ubicado frente a la habitación de matrimonio, encontraron 20 (veinte) bloques con el logotipo *"BON"* con peso aproximado, cada uno de ellos, de 1.000 gramos (mil gramos) y, finalmente,

· Dentro del tubo de ventilación del recibidor de la entrada, hallaron 2 (dos) bloques con el logotipo *"BON"* y 16 (dieciséis) bloques con el logotipo de la *"corona",* con peso aproximado, cada uno de ellos, de 1.000 gramos (mil gramos).

El peso bruto aproximado de la sustancia intervenida alcanzó los 313 kilogramos (trescientos trece kilogramos)

8.3º En el registro del *apartahotel sito en la calle Dels Gascons n º 4, planta 2 º, puerta 5 de la localidad de Valencia:* un paquete de tabaco de liar de la marca "FRUIT" conteniendo cogollos de marihuana con un peso bruto de 36 gramos (treinta y seis gramos); un teléfono móvil marca SAMSUNG, color blanco, con IMEI n º NUM015 y su cargador y 850 euros (ochocientos cincuenta euros), en efectivo, en 7 (siete) billetes de 50 euros (cincuenta euros).

9º Tras los análisis de las sustancias intervenidas estas resultaron ser (folios 166 a 168 del Tomo III):

9.1) La ***cocaína*** total reducida a pureza asciende a una cantidad de cocaína pura de 181.878,15 gramos. La venta de esta sustancia por kilogramos alcanzaría un valor de 12.673.603,468 euros (doce millones, seiscientos setenta y tres mil seiscientos tres euros con cuatrocientos sesenta y ocho céntimos), si la venta se produjera por gramos el valor de la sustancia ascendería a 31.849.146,475 euros (treinta y un millones, ochocientos cuarenta y nueve mil, ciento cuarenta y seis euros, con cuatrocientos setenta y cinco euros), si la venta se realizara por dosis en la cuantía de 58.644.661,614 (cincuenta y ocho millones, seiscientos cuarenta y cuatro mil seiscientos sesenta y un euros con seiscientos catorce céntimos).

9.2) La ***marihuana*** total alcanza un peso neto de 111.823,75 euros. El valor de mercado de esta, por kilogramos asciende a 143.917,488 euros (ciento cuarenta y tres mil novecientos diecisiete euros con cuatrocientos ochenta y ocho céntimos), y si la venta se produjera en gramos tendría un valor de 543.568,285 euros (quinientos cuarenta y tres mil, quinientos sesenta y ocho euros con doscientos ochenta y cinco céntimos).

10º La cocaína y la marihuana incautadas estaban destinadas a su distribución a terceras personas por parte de los acusados, quienes actuaban bajo las órdenes del procesado huido, y del resto de los identificados en el primer momento, quienes estaban siendo investigados en el procedimiento judicial seguido en Bélgica ya identificado, por los delitos de tráfico de drogas y otros ilícitos cometidos por una organización criminal, que fue objeto de remisión y cesión por las autoridades belga mediante Auto de fecha 30 de mayo de 2017 dictado por la Cámara del Consejo del Tribunal de Primera Instancia de EUPEN, para su acumulación al presente procedimiento, folios 545 a 552 del Tomo XI de la Pieza Separada de actuaciones seguidas en Eupen.

11º El procesado Gervasio fue detenido el día 26 de Agosto de 2016, encontrándose en situación de prisión provisional comunicada y sin fianza, por esta causa, desde el día 29 de agosto de 2016. En el momento de su detención le fueron intervenidos los siguientes objetos:

· Permiso de conducir NUM016 , carta de identidad n º NUM017 y un Pasaporte NUM018 , todos ellos del Reino de Bélgica a su nombre.

1. Un teléfono móvil marca IPHONE, modelo S, plateado y negro con SIM n º NUM019

1. Un teléfono móvil marca BLACKBERRY, color negro, con IMEI n º NUM020 , portando una SIM n º NUM021 .

1. Un teléfono móvil marca NOKIA, modelo DUAL SIM IMEI n º NUM022 Y NUM023 portando dos SIMs de LYCAMIBILE n º NUM024 y NUM025 .

1. Una cartera CROSS con varias tarjetas (MASTERCARD NUM026 y ARGENTA NUM027) y un ticket del aparcamiento del Aeropuerto de Bélgica Charleroi.

1. 630 euros (seiscientos treinta euros) en efectivo y

1. Las llaves de un vehículo marca LEXUS con una anilla anillada, a su vez, a otra con tres llaves y un anillo.

El procesado, Guillermo , fue detenido el día 26 de Agosto de 2016, encontrándose en situación de prisión provisional comunicada y sin fianza, por esta causa, desde el día 29 de agosto de 2016. En el momento de su detención, le fueron intervenidos los siguientes objetos:

1. Un teléfono móvil marca NOKIA, color negro, modelo DUAL SIM con IMEI n º NUM028 y NUM011 portando dos SIMs con n º NUM029 (LYCAMOBILE) y NUM030 (BASE).

1. Un mando de garaje

1. 135 euros (ciento treinta y cinco euros) en efectivo

1. Dos juegos de llaves

El procesado Humberto , (también conocido como Joaquín), en virtud de Orden de detención, de fecha 27 de Septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de EUPEN (Bélgica) en el procedimiento "A.Z.U.R. 91/16" habiendo ingresado en la prisión de HUY (Bélgica) ese mismo día y, respecto del cual, por Auto de fecha 28 de Octubre de 2016, se prorrogó la medida cautelar de prisión provisional acordada por plazo de un mes, quedando definitivamente en libertad por esta causa en fecha 25 de Noviembre de 2016, en virtud de Auto dictado por la Cámara del Consejo en materia penal del Juzgado de Primera Instancia de EUPEN."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "En atención a todo lo expuesto, visto además lo dispuesto por los artículos 24, 25 y 120.3 de la Constitución, los artículos 1 y 2, 10, 15, 27 a 34, 54 a 58, 61 a 67, 70, 73 y 74, 110 a 115 y 127 del Código Penal, los artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, ha decidido:

PRIMERO: Desestimando la nulidad interesada por las defensas de las resoluciones de investigación tecnológica y entrada y registro,

CONDENAR a Gervasio , Guillermo y Humberto también conocido como Joaquín como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cuantía notoria y de un delito de pertenencia a organización criminal.

CONDENAR A Guillermo como criminalmente responsable de un delito de uso de documento oficial auténtico por quien no está legitimado.

SEGUNDO: No apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

TERCERO: Imponerle por tal motivo las siguientes penas:

a) A Gervasio , a Guillermo y a Humberto también conocido como Joaquín , *a cada uno de ellos* , las penas de OCHO AÑOS de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de 52.868.287 euros (cincuenta y dos millones ochocientos sesenta y ocho mil doscientos ochenta y siete euros) *por el delito contra la salud pública cualificado* .

· A Gervasio , a Guillermo y a Humberto también conocido como Joaquín *a cada uno de ellos* , la pena de CUATRO AÑOS de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena *por el delito de pertenencia a una organización criminal.*

· A Guillermo la pena de CINCO MESES Y QUINCE DÍAS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y Multa de CINCO MESES Y QUINCE DÍAS con cuota diaria de DIEZ EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas *por el delito de uso de documento oficial auténtico por quien no está legitimado*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CUARTO: Se acuerda el comiso y destrucción de las drogas incautadas, incluidas las muestras que hayan sido guardadas de las mismas. Asimismo se acuerda el COMISO de los bienes, instrumentos y efectos intervenidos en la presente causa en relación con los ilícitos penales que han sido determinados, concretamente: *765 euros (setecientos sesenta y cinco euros);* teléfono móvil marca IPHONE, modelo S, plateado y negro con SIM n º NUM019 ; teléfono móvil marca BLACKBERRY, color negro, con IMEI n º NUM020 , portando una SIM n º NUM021 ; teléfono móvil marca NOKIA, modelo DUAL SIM IMEI n º NUM022 Y NUM023 portando dos SIMs de LYCAMIBILE n º NUM024 y NUM025 ; cartera CROSS con varias tarjetas (MASTERCARD NUM026 y ARGENTA NUM027) y un ticket del aparcamiento del Aeropuerto de Bélgica Charleroi; llaves de un vehículo marca LEXUS con una anilla anillada, a su vez, a otra con tres llaves y un anillo; teléfono móvil marca NOKIA, color negro, modelo DUAL SIM con IMEI n º NUM028 y NUM011 portando dos SIMs con n º NUM029 (LYCAMOBILE) y NUM030 (BASE); mando de garaje; dos juegos de llaves, que deberán ser destinados al Fondo de Bienes Decomisados, de acuerdo con lo previsto en la Ley 17/2003, de 29 de mayo.

QUINTO.- Se impone a Gervasio y Humberto también conocido en Bélgica como Joaquín las tres séptimas partes de las costas y a Guillermo las cuatro séptimas partes de las costas.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos a los condenados todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no lo tuvieren absorbido por otras.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el plazo de diez días desde su notificación, teniendo las partes ya a su disposición las grabaciones del juicio al que podrán acceder mediante el sistema Arconte.

Procédase a la traducción de la presente sentencia, a partir de los Hechos Probados y hasta la parte dispositiva al idioma ruso-checheno sin que motive la suspensión del plazo de interposición del recurso al realizarse una traducción mediante resumen oral en el momento de su notificación para el conocimiento del contenido esencial de la sentencia por parte de los condenados Gervasio y Guillermo ."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados, dictándose sentencia núm. 93/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 15 de mayo de 2020, en el rollo de apelación núm. 78/2020, cuyo Fallo es el siguiente: "En atención a todo lo expuesto, la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ha decidido:

PRIMERO: ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las representaciones de Gervasio y de Guillermo , al que se ha adherido Humberto .

SEGUNDO: Modificar la condena impuesta a Gervasio , Guillermo y Humberto también conocido como Joaquín como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cuantía notoria y de un delito de pertenencia a organización criminal, en el sentido de sustituirla por condenar a dichos tres acusados como criminalmente responsables en concepto de autores, pertenecientes a una organización delictiva, de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia.

TERCERO: Sustituir las penas impuestas a los mismos por razón de los dos expresados delitos por la condena a cada uno de ellos, por razón del delito acabado de mencionar, que es un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia por personas pertenecientes a una organización delictiva, a la pena, para cada uno de ellos, de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, a la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la pena MULTA de 38.452.562,868 euros.

CUARTO: DESESTIMAR los recursos en todo lo demás y CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo no afectado por los pronunciamientos precedentes, sin imposición a las partes apelantes el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada en caso de existir.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Gervasio , D. Guillermo y D. Humberto que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes motivos de casación:

RECURSO DE Gervasio y Guillermo

Motivo único. Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por violación del art. 24. 1º y 2º de la CE, en concreto del derecho a un juicio con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, causantes de indefensión en relación con los derechos fundamentales relacionados en el art. 18 1º, 2º y 3º CE, derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio, según art. 10 CE, los arts. 14.3 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los arts. 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; y el art. 588 bis a) y siguientes en concreto el art. 588 QUATER de la LECrim..

RECURSO DE Humberto .

Motivo primero. Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 y 852 de la LECrim, por infracción de preceptos constitucionales, en relación con los arts. 5.4 y 11.1 de la LOPJ y arts. 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Fundamentales, y en concreto, por vulneración e infracción del art. 18.1, 2, 3, y 4 de la Constitución Española, en relación con el art. 24.1 y 2 igualmente de la CE, por vulneración e infracción del art. 24.1 de la Constitución Española, por indefensión, vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y del derecho a la tutela judicial efectiva, y por vulneración e infracción del art. 24.2 de la CE, por quiebra del principio de presunción de inocencia.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 y del 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en la indebida aplicación de los arts. 27, 28 y 29 del Código Penal, relativa al grado de participación de mi defendido -al condenarlo como autor y no como cómplice-, a la luz de los hechos declarados probados en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 21 de septiembre de 2020, interesó la desestimación de todos los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 16 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 12/2020, fechada el día 2 de enero y dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, condenó a los acusados Gervasio , Guillermo y Humberto , también conocido como Joaquín , como autores de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cuantía de notoria importancia y de un delito de pertenencia a organización criminal.

Asimismo, condenó a Guillermo como criminalmente responsable de un delito de uso de documento oficial auténtico por quien no está legitimado.

Impuso a Gervasio , a Guillermo y a Humberto , a cada uno de ellos, por el delito contra la salud pública, las penas de 8 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 52.868.287 euros (cincuenta y dos millones ochocientos sesenta y ocho mil doscientos ochenta y siete euros).

Por el delito de pertenencia a organización criminal, impuso a Gervasio , a Guillermo y a Humberto , a cada uno de ellos, la pena de 4 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y a Guillermo , por el delito de uso de documento oficial auténtico por quien no está legitimado, la pena de 5 meses y 15 días de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 5 meses y 15 días, con cuota diaria de 10 euros.

Formalizado recurso de apelación por los acusados, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia dictó la sentencia 93/2020, 15 de marzo, en la que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las representaciones legales de Gervasio y de Guillermo , al que se adhirió Humberto .

Modificó las condenas impuestas a Gervasio , Guillermo y Humberto , en el sentido de sustituirlas por la condena a los tres acusados, como criminalmente responsables en concepto de autores, pertenecientes a una organización delictiva, de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia. Y sustituyó las penas impuestas por razón de los dos expresados delitos por la condena

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

por un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia por personas pertenecientes a una organización delictiva, a la pena, para cada uno de ellos, de 11 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y pena de multa de 38.452.562,868 euros.

Contra esta última sentencia se interpone recurso de casación por los tres condenados. Los acusados Gervasio y Guillermo lo hacen bajo la misma representación legal y defensa. El acusado Humberto , que ha formalizado recurso de casación con representación y defensa propias, se adhirió al recurso interpuesto por los coacusados mediante escrito de 13 de agosto de 2020.

2.- RECURSO DE Gervasio y Guillermo

2.1.- Se interpone un único motivo que denuncia, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, violación del art. 24.1 y 2 de la CE, en concreto del derecho a un juicio con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, causante de indefensión en relación con los derechos fundamentales relacionados en el art. 18.1, 2 y 3 de la CE, derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio, según el art. 10 de la CE, los arts. 14.3 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los arts. 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; y los arts. 588 bis a) y siguientes, en concreto el art. 588 *quater* de la LECrim .

A juicio de la defensa, las autorizaciones judiciales de captación y grabación de las comunicaciones, intervención telefónica y entradas y registros, tenían un marcado carácter prospectivo. No existían datos objetivos de la actuación de una organización criminal que estuviera cometiendo algún delito, sino meras sospechas que no alcanzan la categoría de indicios. Se habrían vulnerado, por tanto, los principios de especialidad e idoneidad, con el consiguiente efecto anulatorio de las pruebas sobre las que se sostiene la autoría de ambos recurrentes.

Las tres resoluciones habilitantes en las que centran su queja las defensas serían:

a) El auto 12 de agosto de 2016, mediante el que fue autorizada la utilización por los agentes de policía de dispositivos de grabación audio y escucha en el domicilio del acusado Guillermo . Estima la defensa que esta resolución no especificaba la comisión de un delito concreto cometido o que se estuviere cometiendo en el seno de un grupo u organización criminal, tal y como exige el art. 588, *quater* bis 2 a) 2º de la LECrim . Se trata, además, de una resolución basada en meras sospechas y, por si fuera poco, no especifica el tiempo concreto de duración de la injerencia (588 *quater* c) LECrim).

b) El auto de 19 de agosto de 2016, mediante el que se autorizaron las intervenciones telefónicas. En palabras de la defensa: " *se alimenta igualmente de las mismas informaciones obtenidas en las escuchas del domicilio, e información aportada en el primer oficio y en consecuencia es igualmente prospectiva y además contaminada por su conexión de antijuricidad art. 11.1 LOPJ* ".

c) El auto de 26 de agosto de 2016, de entrada y registro de los domicilios. Si bien esta resolución ya menciona el delito contra salud pública que estaba siendo objeto de investigación, su eficacia probatoria estaría contaminada por la prueba obtenida de las anteriores habilitaciones, ya que a través de las conversaciones telefónicas se concretó el delito que se estaba cometiendo y por tanto, su conexión de antijuricidad del art. 11.1 LOPJ.

2.1.1.- Para abordar adecuadamente las alegaciones de la defensa, la Sala va a ajustar su exposición al orden cronológico en el que se sucedieron esas resoluciones habilitantes, valorando su significado constitucional a la vista de los presupuestos que legitiman la adopción de medidas de tan intensa injerencia en el círculo de los derechos que proclama y reconoce el art. 18 de la CE.

Mediante el auto de 12 de agosto de 2016, el Juzgado de instrucción acordó la entrada e instalación de dispositivos de grabación de audio y escucha en el apartamento sito en la CALLE001 núm. NUM031 de Valencia.

La regularidad constitucional de esta resolución se justifica, tanto en la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, como en la que puso término al recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, a partir de un examen de la concurrencia de indicios suficientes para justificar la medida de injerencia.

Y, desde luego, esa aproximación valorativa a los indicios ofrecidos por los agentes a la consideración del Juez, es absolutamente necesaria, pero no suficiente. La validación constitucional de una resolución de esa naturaleza, autorizada por el art. 588 *quater* de la LECrim , exige algo más que un examen de la suficiencia indiciaria de la información que los agentes ponen a disposición del Juez instructor.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El auto 12 de agosto de 2016 contiene una descripción indiciaria de hechos de relevancia delictiva que justificarían la injerencia del Estado en la intimidad de cualquier ciudadano sospechoso de la comisión de graves delitos. Se alude, en efecto, a la presencia del investigado Gervasio en la ciudad de Valencia, como integrante de una organización criminal de la que formarían parte otros ciudadanos chechenos -identificados por su nombre en el oficio policial, en el que también se da cuenta del historial delictivo de alguno de ellos-, cuya peligrosidad había ya sido advertida por las autoridades policiales francesas, en relación con hechos criminales tales como extorsión, tráfico de armas, tráfico de drogas y asesinato, este último cometido en Berlín. La información proporcionada por la Policía describe la existencia de un grupo de personas que habría alquilado un apartamento en la CALLE001 núm. NUM031 de Valencia que, a juicio de la policía, estaría siendo usado con fines logísticos, al servicio de los planes delictivos de la organización. La elección de este habitáculo -por el que se pagó más de 1.800 euros, importe al que habría que sumar la inversión en coches de alta gama, algunos de ellos mediante el pago de elevadas cantidades en concepto de alquiler- sólo fue posible a partir de la confidencialidad que garantizaba una de las empleadas del aparthotel, de nacionalidad rusa, que se hizo eco del deseo de los viajeros de no firmar ningún papel ni entregar documentos, exigiendo que la señora de la limpieza no pasara al interior de la habitación. Finalmente, uno de ellos, el acusado y recurrente Gervasio , se registró como usuario, sin ser la persona que residía en el aparthotel.

El inmueble alquilado era ocupado por Nemesio . Explicaban los agentes en el oficio núm. 224.145/16, del Grupo I del Crimen Organizado que "carece de sentido realizar una inversión en un aparthotel si la persona encargada de custodiarlo reside en las inmediaciones, por lo que la única explicación es que a la organización le interesa mantener ese alquiler, probablemente, como almacén, o punto logístico donde realizar negocios, manteniendo a salvo sus propios domicilios. Durante las vigilancias y seguimientos se comprueba que el mismo carece de actividad laboral, familiar o turística, limitándose las salidas del apartamento a la compra de víveres o a la realización de contactos con otros miembros de la organización".

Añadían en su informe que la instrucción "...considera fiable la información aportada por las autoridades de Francia, Austria y Alemania".

A partir de esos datos -recogidos *in extenso* en los antecedentes de hecho del auto dictado por el Juzgado de instrucción núm. 5 de Valencia-, los agentes concluían que "...no habiendo hasta la presente otra forma de actuar en la presente investigación, y con el fin de conocer los objetivos del grupo investigado, y el resto de miembros que lo componen, es por lo que se solicita autorización para la apertura, entrada e instalación de dispositivos de grabación y escucha en el apartamento sito en la CALLE001 , NUM031 de Valencia".

Esa petición, avalada por el Ministerio Fiscal en el dictamen que siguió al traslado de la solicitud del Grupo de Crimen Organizado, fue considerada procedente por el Juez de Instrucción. Su viabilidad fue analizada desde la perspectiva de la gravedad del delito (art. 570 bis del CP) y del filtro que ofrecen los principios de especialidad, proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad.

La delimitación objetiva de la injerencia -instalación de medios de grabación de audio en el apartamento y acceso al inmueble mediante ganzuado- y su afectación subjetiva - Gervasio , Rubén , Tomás , Carlos Daniel , Bernabe - fueron también objeto de razonamiento en la resolución habilitante.

En su parte dispositiva se autorizó "...la entrada e instalación de dispositivos de grabación de audio y escucha en el apartamento sito en la CALLE001 nº NUM031 , de Valencia, con la finalidad de descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia respecto del delito previsto y penado en el artículo 570 bis del Código Penal por el que se incoa la presente causa, siendo sometidos a vigilancia los encuentros que en el apartamento de los investigados tengan entre sí o con terceras personas".

El auto fijaba también un límite temporal, dejando abierta la posibilidad de una prórroga si fuera solicitada por la fuerza actuante: "...la autorización se concede por término de treinta días naturales, pasados los cuales cesará la misma, de no comprobarse o descubrirse los hechos que se investigan salvo que sea necesaria la prórroga, previa solicitud motivada a tal efecto".

Y es en este punto donde la Sala detecta una vulneración, de alcance constitucional, en el régimen jurídico de la medida de investigación tecnológica prevista en el art. 588 *quater* a) y ss. de la LECrim , consistente en la colocación de dispositivos de grabación del sonido y/o la imagen en un lugar cerrado.

2.1.2.- La utilización de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de las comunicaciones orales y, en su caso, para la obtención de imágenes en el domicilio del investigado no es una prueba más. No puede ser contemplada por el Juez instructor como una medida de injerencia susceptible de ser acordada con los mismos presupuestos de legitimidad con los que se adoptan otras medidas de investigación tecnológica en el proceso penal.

El grado de injerencia que esa medida representa en el espacio que cada ciudadano define para excluir a los poderes públicos y a terceros de su propia privacidad, no puede ser ponderado con el mismo ángulo valorativo con el que se aceptan otras medidas de investigación. La expectativa de privacidad de quien cierra la puerta de su domicilio no tiene parangón con la que cada ciudadano puede concebir cuando, por ejemplo, hace uso de un teléfono susceptible de ser intervenido o se desplaza en un vehículo al que ha podido adosarse un dispositivo de geolocalización. Mediante un mecanismo técnico que permita la grabación de conversaciones e imágenes en el domicilio del investigado, el Estado se adentra en el núcleo duro de la intimidad de cualquier persona. Esta medida de injerencia, además, va mucho más allá de la captación de una conversación bidireccional mantenida por los interlocutores concernidos. La utilización de los dispositivos a que se refiere el art. 588 *quater* a) no afecta sólo al investigado. Alcanza también a su familia, a los residentes habituales y a los que excepcionalmente o de forma esporádica pueden llegar a compartir la vivienda del sospechoso. De ahí que el grado de motivación de la resolución que autoriza la injerencia, el respeto a los estándares impuestos por los principios de proporcionalidad y necesidad y, sobre todo, la duración de la medida han de ser objeto de una escrupulosa valoración judicial. La utilización de un dispositivo de esta naturaleza *desnuda* al investigado de su propia vida familiar, lo coloca a merced de los investigadores, que se convierten así en privilegiados conocedores de una información generada en el día a día y que desborda con creces aquello que pueda resultar de interés para el delito investigado. La autorización judicial para la colocación de esos dispositivos deja sin efecto la protección constitucional de la inviolabilidad domiciliaria. Neutraliza también los derechos a la intimidad y a la propia imagen. De ahí que asimilar su funcionalidad a la que es propia de otras medidas limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE supone distorsionar los términos con los que su legítima utilización ha de ser valorada.

Es cierto que el art. 588 *quater* b) fija unos presupuestos que presentan sensibles coincidencias con aquellos otros que validan la autorización judicial para la interceptación de otro tipo de comunicaciones. Según el primero de estos preceptos, " *1. La utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación.*

2. Solo podrá autorizarse cuando concurran los requisitos siguientes:

a) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos:

1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3.º Delitos de terrorismo.

b) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor".

Como puso de manifiesto la tramitación parlamentaria de la reforma operada por la LO 13/2015, 5 de octubre -inspirada en algunos de sus preceptos en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 145/2014, 22 de septiembre-, la voluntad del legislador era la de atribuir a esta medida un significado de excepcionalidad que, a juicio de la Sala, no ha desaparecido. En efecto, en la redacción inicial se exigía que se tratara de "...delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad".

Este último inciso fue eliminado a raíz del informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de reforma. Pero la eliminación no se justificaba, desde luego, por la devaluación de las garantías frente a la intromisión del Estado, sino para evitar un exceso de arbitrio judicial. Sea como fuere, lo verdaderamente importante es que la colocación de dispositivos de grabación en el domicilio de cualquier sospechoso no puede asimilarse miméticamente al juicio de procedencia para la adopción de otras medidas limitativas de la privacidad. No son equiparables a ella las restantes medidas que contempla el Título VIII del Libro II de la LECrim. Tampoco son equiparables entre sí las distintas medidas de injerencia que tienen cabida en el enunciado del art. 588 *quater* a) de la LECrim .

En efecto, con la cobertura de este último precepto, prescindiendo del régimen singularizado de la obtención de imágenes en espacio público que autoriza el art. 588 *quinquies* a), el Juez instructor puede acordar, a petición del Fiscal o de los agentes de policía, decisiones de muy distinto grado de intromisión en la privacidad del investigado: a) la captación y grabación de las comunicaciones orales en un espacio público; b) la captación y grabación de conversaciones en un espacio cerrado; c) la captación y grabación de conversaciones orales en el propio domicilio; d) la obtención y grabación de imágenes en las mismas circunstancias en las que se desarrollan esas conversaciones de interés para la investigación.

Es patente que no todas estas medidas implican el mismo grado de injerencia del Estado en la privacidad del investigado. Son imaginables formas de intromisión menos intensas que la que se desarrolla en el interior del domicilio. La colocación de dispositivos de grabación en un restaurante en el que va a producirse un encuentro entre investigados, la instalación de micrófonos en el interior de un vehículo que es habitual lugar de encuentro con otros sospechosos y, en fin, la grabación en una oficina en la que se prevé que va a concertarse la estrategia delictiva, son medidas de investigación que, pese a su incidencia directa en el espacio de privacidad, toleran una autorización judicial conforme a los criterios más extendidos de valoración indiciaria. Pero nada de esto es equiparable a la grabación de las conversaciones de todos aquellos que, además del investigado, conviven en el mismo domicilio.

La legitimidad de la colocación de dispositivos de grabación del sonido en el domicilio del investigado -la Sala no aborda la protección reforzada que esta medida exigiría cuando se trata de captar imágenes- no puede limitarse a un examen rituario y formal de las alegaciones que, en respaldo de esa medida, ofrecen el Fiscal o los agentes de la autoridad. El Juez de instrucción no puede convertirse en un simple órgano convalidante de una decisión gubernativa de intromisión en la intimidad del investigado. Y en el cumplimiento del mandato constitucional que le incumbe, como órgano de protección y garantía de los derechos fundamentales, debe filtrar la solicitud a través de los principios de proporcionalidad y necesidad a que se refiere el art. 588 bis a) de la LECrim. Una lectura literal de los presupuestos de legitimidad a que se refiere el art. 588 *quater* b) podría conducir a la errónea conclusión de que, por ejemplo, la investigación de delitos dolosos castigados con pena de prisión con límite máximo de, al menos, 3 años de prisión, permitiría, siempre y en todo caso, recurrir a esta modalidad de investigación. No es así. Es preciso algo más. Y ese juicio de procedencia ha de hacerse explícito en la resolución habilitante.

2.1.3.- La fijación por el Juez de instrucción de un plazo de vigencia de la medida no puede apartarse del espíritu y de la propia literalidad del art. 588 *quater* b). En este precepto, es cierto, no existe una referencia expresa a un plazo -como sucede en relación con el resto de las medidas de investigación que afectan a los derechos del art. 18 de la CE-, pero sí se fija una pauta inderogable para definir los límites temporales a la autorización. En efecto, la utilización de estos dispositivos "...ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación".

La falta de fijación de un plazo acotado de duración de la medida no puede ser interpretada como una invitación a decisiones jurisdiccionales con términos temporales abiertos y susceptibles de sucesivas prórrogas. En la determinación de su plazo de vigencia no cabe una integración analógica con lo dispuesto para otras diligencias invasivas del derecho de intimidad, respecto de las cuales el legislador sí ha considerado conveniente la fijación de un límite temporal expreso. Para la legitimidad de una diligencia de investigación de tanta incidencia en el espacio ciudadano de exclusión de terceros, es indispensable que la resolución habilitante no pierda de vista el significado constitucional de la medida que autoriza el art. 588 *quater* a) de la LECrim , que no es otro que permitir la grabación de conversaciones -excepcionalmente, con inclusión de imágenes- que sea previsible van a producirse en un encuentro concreto entre los investigados. La capacidad del Estado para adentrarse en el domicilio de cualquier ciudadano -por más que se trate del sospechoso de una infracción penal- no puede aspirar a prolongarse en el tiempo. La utilización de dispositivos de grabación y escucha en el domicilio del investigado ha de ser concebida como un acto procesal de máxima injerencia -y, por tanto, de mínima duración- en la inviolabilidad del domicilio y, con carácter general, de la privacidad. El art. 588 *quater* a) de la LECrim no autoriza a los Jueces de instrucción a alzar la protección constitucional de esos derechos durante un plazo, más o menos abierto, con la esperanza de que *algo podrá oírse* durante el tiempo de vigencia de la medida. La solicitud de los agentes de policía sólo puede ser aceptada cuando contiene y describe, con el grado de precisión que permita el estado de la investigación, uno o varios encuentros de los investigados entre sí o con terceras personas que puedan resultar determinantes para el esclarecimiento del hecho. Sólo así podrá razonarse la proporcionalidad, la necesidad y la excepcionalidad de la medida.

La instalación de dispositivos de grabación de sonido e imágenes -en el caso presente, sólo de sonido- no puede autorizarse por "...un término de treinta días naturales, pasados los cuales cesará la misma, de no comprobarse o descubrirse los hechos que se investigan, salvo que sea necesaria su prórroga, previa solicitud motivada a tal efecto". Ya hemos apuntado *supra* cómo esa referencia cronológica no puede tomarse prestada de la previsión legislativa para otro tipo de diligencias. De hecho, si se actúa conforme a ese criterio de integración, la vulneración constitucional se hace mucho más evidente. Repárese en que el Juez de instrucción ha considerado conveniente establecer un término de duración de la injerencia de 30 días, que es el mismo que el que previene el art. 588 *septies* c) para el registro remoto de dispositivos de almacenamiento masivo. En este precepto se señala que la duración máxima de esta medida será la de un mes. Y se añade que ese plazo es prorrogable "...por iguales períodos hasta un máximo de tres meses". Basta un juicio de contraste entre la incidencia constitucional de una medida de examen remoto y telemático del ordenador del investigado

(art. 588 *septies* a) y la diligencia de grabación de cuanto acontece en el domicilio del sospechoso (art. 588 *quater* a) para concluir que entre ambos actos procesales de investigación existe una diferencia funcional que impide la asimilación de su plazo de vigencia.

Como es lógico no son descartables situaciones en las que la previsibilidad de ese encuentro no pueda fijarse con la exactitud deseada. En esos casos -sólo en esos- será posible la fijación de un breve período de tiempo en el que el encuentro pueda llegar a tener lugar. Pero un arco cronológico de un mes es la mejor evidencia de que no existen datos suficientes que justifiquen violentar la intimidad domiciliaria. Y, por supuesto, la resolución judicial que acuerda la medida no es prorrogable, con carácter general, por períodos iguales. Será indispensable justificar la noticia de un nuevo encuentro o de una fecha más segura para legitimar la intromisión. Así se desprende del art. 588 *quater* d) de la LECrim .

La necesidad de un tratamiento individualizado del plazo de duración de la instalación de dispositivos de grabación en el interior del domicilio del investigado ha sido recientemente apuntada por esta Sala. En el FJ 5º, apartado 5.5 de la STS 655/2020, 3 de diciembre, se razona en los siguientes términos: "... *dos de los investigados -matrimonio- residen en domicilio común, y el tercero -su hijo común- en otra vivienda cercana, por lo que no resulta de recibo que se autorice la grabación de las conversaciones que entre ellos pudieran tener en el primer domicilio, durante un mes, que no podrían calificarse como encuentros concretos, medida desproporcionada, cuya razonabilidad debería referirse a los que mantuvieran con terceras personas que accedieran al domicilio para entrevistarse con cualquiera de aquellos y pueda preverse que la utilización de los dispositivos de escucha aportará datos esenciales de relevancia probatoria*" (cfr. FFJJ 5º a 11º).

2.1.4.- A la vista de lo expuesto, volcando nuestra doctrina acerca de los presupuestos de legitimidad de la medida prevista en el art. 588 *quater* a) de la LECrim , es evidente que el contenido de lo resuelto en el auto de 12 de agosto de 2016, vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad en las comunicaciones abiertas desarrolladas en el domicilio del investigado.

Esa grieta no se produjo por la insuficiente carga indiciaria de la información puesta a disposición del Juez de instrucción por el Grupo I de la Unidad de Crimen Organizado. Los argumentos hechos valer para justificar un acto de investigación que limitara la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones tenían la entidad suficiente para justificar una medida de injerencia. A su contenido ya nos hemos referido *supra.* Pero la quiebra del marco constitucional de garantías se produjo por la concesión de un plazo abierto, sin conexión con encuentro previsible que fuera descrito en la solicitud. Se vincula también con la previsión de una prórroga a la que el Juez de instrucción se mostraba dispuesto para el caso de que nada de lo escuchado durante un mes fuera relevante para la instrucción. Y se hace también visible cuando el auto ni siquiera se preocupa de precisar, conforme exige el art. 588 *quater* c), los lugares o dependencias en los que la intromisión del Estado podía considerarse legítima y, de modo especial, "...los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia".

En definitiva, nuestro sistema constitucional no autoriza, por el medio de investigación que contempla el art. 588 *quater* a) de la LECrim , una resolución jurisdiccional que despoje al investigado de la intensa y reforzada expectativa de privacidad que es consustancial a los actos propios de la vida que se desarrollan en el domicilio. Y no avala, desde luego, una resolución habilitante que fije un período abierto de duración de la injerencia, desconectado de la específica mención de los encuentros que aspiran a ser grabados y, lo que es igualmente grave, sin indicación expresa de aquellos lugares de la vivienda que van a quedar afectados por la intromisión. La utilización de dispositivos de grabación y escucha de las comunicaciones orales abiertas que se desarrollan en el domicilio del investigado no es un acto más de investigación, susceptible de ser asimilado a otros actos de instrucción que también inciden de forma directa en el contenido del art. 18 de la CE. Su potencial intrusivo en lo que se ha llamado el *núcleo duro* de la intimidad no es equiparable a ningún otro y obliga a contemplar su utilización con el marcado signo de la absoluta excepcionalidad. Ni el Ministerio Fiscal, ni las Fuerzas de Seguridad del Estado ni, por supuesto, la autoridad judicial, pueden incluir esta medida de investigación en el catálogo ordinario de posibilidades a su alcance para el descubrimiento de la verdad. Sólo la justificada excepcionalidad de la gravedad del hecho investigado, ponderada a partir del filtro que ofrecen los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad (art. 588 *bis* a) de la LECrim), puede abrir la puerta a una medida de esta naturaleza. La resolución habilitante no puede desprender el burocrático aroma de lo rutinario. Tiene que expresar la indispensable justificación de que no hay alternativa a la temporal intromisión del Estado en el domicilio del investigado.

Por cuanto antecede, la Sala declara que el auto de fecha 12 de agosto de 2016, dictado por el Juzgado de instrucción de Valencia núm. 5, en el marco de las DP 1570/2016, vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad en las comunicaciones abiertas que se desarrollan en su interior.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Sin embargo, entendemos que esa declaración de nulidad no va a tener relevancia en el juicio de autoría, en la medida en que su contenido no llegó a contaminar el resto del material probatorio tomado en consideración por la Audiencia para estimar que los ahora recurrentes fueron autores de los delitos por los que han sido condenados. Ya hemos apuntado que las razones por las que declaramos la ilicitud de la prueba (art. 11 LOPJ) no están conectadas a la denunciada insuficiente carga indiciaria que fue ofrecida al Juez de instrucción, sino a la falta de límites que presenta la resolución que autorizó la colocación de dispositivos de captación y grabación del sonido en el domicilio de uno de los acusados.

No ha existido conexión de antijuridicidad. Así lo expresa el FJ 1º, apartado 3.b de la sentencia de la Audiencia Provincial 12/2020, 2 de enero, que condenó a los recurrentes: "... *pero es más, incluso si en este momento la medida se considerara excesiva o si la misma hubiera desbordado los márgenes de la legalidad ordinaria por no indicar un encuentro en concreto en la autorización, lo bien cierto es que la información obtenida por este medio fue tan escasa, que no habría ningún problema en prescindir de la información obtenida por esa vía de débil contenido incriminatorio, puesto que no vino sino a confirmar lo que ya se deducía de las vigilancias, que Guillermo estaba la mayor parte del tiempo viendo la televisión y recibía instrucciones por teléfono* ".

A la adopción de esa medida, por tanto, precedieron vigilancias por parte de los agentes que detectaron la existencia de sujetos integrados en una organización criminal a la que algunos países de la Unión Europea atribuían graves delitos cometidos en su territorio. Y fue la falta de datos ofrecidos por el dispositivo de captación del sonido en el interior del domicilio vigilado lo que llevó a la policía a interesar la interceptación de conversaciones telefónicas entre aquellos.

En efecto, el auto de 19 de agosto de 2016, fue acordado una semana más tarde porque algunas vigilancias detectaron la entrada en el domicilio de CALLE000 núm. NUM004 de personas que extremaban su seguridad. La legitimidad de esa medida la explica la Audiencia Provincial con un argumento -avalado por el Tribunal Superior de Justicia que conoció del recurso de apelación- y que esta Sala hace suyo: "... *en dicha resolución igualmente se especifica que lo que se investiga es la actividad de una organización criminal que estaría cometiendo delito o delitos contra la vida, integridad o libertad de las personas, riesgos graves que legitima la medida solicitada por la policía, lo que cumple de forma suficiente con el principio de especialidad ya mencionado, ya que no se trata de despejar sospechas o prevenir delitos, sino de intervenir en un delito que ya se estaba cometiendo, de lo que existían sin dudas datos objetivos como los desplazamientos de hasta diez personas distintas a Valencia desde varios países europeos, los ocho primeros, seis de ellos identificados, Guillermo y Serafin ; después se comprobaría que también Humberto se habría desplazado hasta Valencia; el alquiler de al menos tres domicilios, utilización de vehículos de alta gama e interceptación de 24.000 euros sin poder dar razón de su procedencia, todo lo cual denota que el delito se estaba cometiendo ya en ese momento y no era una mera sospecha o movimiento con potencialidad delictiva; sino la comisión en Valencia desde finales de julio de 2016 de un delito grave, que justifica la medida tecnológica adoptada al amparo del artículo 588 ter a de la Lecrim* ".

Tampoco merece tacha de su legitimidad constitucional el auto de 26 de agosto de 2016, que autorizó la entrada y registro domiciliarios. Lo explica así la Audiencia Provincial en el FJ 1º, apartado 3.e): "... *no hay duda que esta resolución es plenamente ajustada a lo establecido en los artículos 550 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento criminal , y especifica tanto los indicios como el delito que se está investigando, un delito de tráfico de drogas y pertenencia a organización criminal, por tanto en ese momento ya está concretado fruto de las investigaciones policiales, no sólo las intervenciones telefónicas sino los seguimientos y demás pesquisas que se estaba cometiendo un delito contra la salud pública y no un delito contra la vida o integridad de las personas como inicialmente parecía.*

Como quiera que las anteriores resoluciones no han sido consideradas prospectivas esta última resulta inatacable, pero aun cuando tuviera éxito la pretensión de la defensa, debemos constatar que la legitimidad de la injerencia estaba plenamente justificada tanto de las vigilancias como las demás informaciones que se había ido obteniendo mediante métodos tradicionales y que una vez comprobados antecedentes de todos los individuos inicialmente captados, que constan en la causa abierta en Eupen con anterioridad a esta, el alojamiento, las vigilancias, las cautelas llevarían a la misma conclusión, si bien mediante las intervenciones telefónicas se detectó el momento exacto en que había que intervenir, pero la llegada de Gervasio habría sido igualmente advertida, así como sus visitas a los domicilios.

El hecho de que las primeras resoluciones se justifiquen en una actividad delictiva grave probablemente contra la integridad o libertad de las personas y finalmente se haya concretado en una operación de tráfico de drogas cualificada llevada a cabo por una organización criminal, que es en definitiva lo que de forma resumida alegan las defensas, no empaña la legalidad de las autorizaciones judiciales debidamente amparadas por la legalidad constitucional y ordinaria como se ha expuesto.

Tampoco es preciso, como parecen exigir las defensas, que se vuelque en este procedimiento todo el contenido de la información de inteligencia previa intercambiada por las diversas policías europeas para comprobar la legitimidad de la actuación policial, puesto que como ya se adelantó en el Auto de Audiencia Provincial de Valencia de la sección cuarta de 10/01/2017 , folio 30 Tomo III, todo ello es inútil puesto que si bien justificó las sospechas policiales iniciales, es el resultado de las investigaciones realizadas por la Udyco a partir de las vigilancias y comprobaciones realizadas en Valencia, lo que constituye elementos indiciarios suficientes, como ya se ha expuesto".

Por cuanto antecede, la estimación parcial del recurso promovido por la representación legal de los acusados Gervasio y Guillermo , que conduce a la declaración de nulidad del auto de fecha 12 de agosto de 2016, no va a tener incidencia en la calificación jurídica de los hechos, en la declaración de autoría ni en la determinación de la pena.

3.- RECURSO DE Humberto

3.1.- El primero de los motivos se formaliza al amparo del art. 18.1, 2, 3 y 4 de la CE, en relación con el art. 24.1 y 2 del mismo texto constitucional, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Considera la defensa que en la causa penal seguida contra su cliente se ha producido una vulneración de derechos, al haberse obtenido las pruebas de forma ilegal, con menoscabo de los derechos a la intimidad personal, al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, debiendo por ello excluirse del juicio todas aquellas pruebas que se han obtenido derivadas de dichas vulneraciones, como pruebas válidas que pudiesen desvirtuar la presunción de inocencia de los condenados.

La coincidencia sustancial con los argumentos hechos valer por los dos anteriores recurrentes permite remitirnos a lo razonado por la Sala en el FJ 2º de esta misma resolución. La línea de discrepancia que hace valer la defensa incluye un análisis pormenorizado de la suficiencia indiciaria sobre la que se apoyó el instructor para el dictado de las resoluciones habilitantes. Hemos descartado, sin embargo, esa estrategia de tratamiento fragmentado de los indicios ponderados por el Juez de instrucción en el momento de validar una resolución de injerencia: "...esa información forma parte de un cuadro indiciario único, de carácter global. Como tal ha de ser analizado. La descomposición interesada de cada uno de esos indicios, para proceder después a una glosa parcial, en la que su idoneidad incriminatoria se concluye sin conexión con los restantes, conduce a un desenlace valorativo que siempre estará lastrado por un método erróneo, que ha obtenido sus conclusiones descontextualizando la información puesta a disposición del órgano jurisdiccional" (cfr. SSTS 143/2020, 13 de mayo; 698/2014,28 de octubre; 250/2014,14 de marzo).

En consecuencia, por los argumentos apuntados en el FJ 2º, acordamos la estimación parcial del primero de los motivos, sin consecuencias en la responsabilidad declarada respecto de Humberto ni en la pena finalmente impuesta.

3.2.- El segundo motivo, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, censura la condena de Humberto como autor de un delito contra la salud pública, con la agravación de pertenencia a organización criminal y en cantidad de notoria importancia. Considera la defensa que se ha vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia que proclama el art. 24.2 de la CE.

En términos conclusivos, razona el Letrado que firma el recurso que "...la total carencia de pruebas que sustente la condena de mi defendido como miembro de un grupo criminal y como coautor de un delito contra la salud pública, es palpable dado que se sustenta en unos hechos que en modo alguno pueden llevar a tal conclusión, ya que de los mismos sólo se puede inferir que conocía a Bernabe y que realizó por cuenta del mismo una intervención puntual y accesoria, sin que exista indicio alguno de que ello fuese con conocimiento del proceder criminal".

El motivo es inviable.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia -que es el verdadero objeto del presente recurso- dedica su FJ 5º a descartar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Los elementos inculpatorios ponderados en la instancia -razona el Tribunal *ad quem*- excluyen cualquier vacío incriminatorio: "1º) las estrechas relaciones que el acusado apelante mantuvo con Bernabe , tal y como consta a los folios 193 y 194 del tomo 4, acerca de "si se había olvidado de él" o de que le mantuviera "informado de las novedades"; 2º) el recurrente se desplazó a Valencia dos veces para suscribir los dos contratos de arrendamiento de los dos inmuebles en los que fue hallada la droga. Se encargó de relacionarse con los representantes de las inmobiliarias, les facilitó sus datos, su número de cuenta y su teléfono, y dijo que los inmuebles iban a ser ocupados por él, tal y como quedó reflejado en los contratos; 3º) el apelante era conocedor de las actividades ilícitas realizadas por Bernabe , tal y como aparece recogido en las declaraciones que aquél

prestó en el procedimiento penal tramitado en el Juzgado de Instrucción de Eupen, traducido al español y obrante en la presente causa, y reseñadas con todo detalle en la sentencia de primera instancia ahora apelada; 4º) también contrató a un abogado en Valencia con ocasión de haber sido detenidos en Valencia los otros dos acusados, e igualmente buscó un abogado para que defendiese a Serafin cuando fue detenido en la frontera franco- española portando los 24.000 euros que le fueron intervenidos. Asimismo mantuvo constantes contactos con todos estos, ya que hubo seis encuentros con los otros dos acusados tras su detención y efectuó 98 contactos telefónicos con los mismos".

A la vista de ese cuadro probatorio, concluye la sentencia recurrida que Humberto "no era una persona que pasaba casualmente por allí y que fue cazado al vuelo por Bernabe para firmar un par de contratos y poco más, sino que las pruebas obrantes en autos, de las que se acaba de hacer un breve resumen con respecto de lo más extensamente recogido en la sentencia apelada, evidencian que su participación fue determinante para el desarrollo de las actividades ilícitas realizadas en territorio español, ya que gracias a su intermediación consiguieron dos inmuebles en los que poder esconder la importante cantidad de droga que manejaba la organización de la que formaba parte, y después cuando se produjeron las detenciones de los demás acusados e incluso la detención de una cuarta persona no acusada en el presente procedimiento, como fue Serafin , realizó gestiones varias para conseguirles un abogado y mantuvo constantes encuentros y conversaciones con todos ellos, lo que denota que era algo más que una persona periférica y extraña a la organización, sino un miembro activo de la misma. El hecho de que hubiese dado su nombre y demás datos personales y bancarios era algo que estaba dentro de la dinámica propia de un miembro de la organización, con el evidente riesgo de que si algo salía mal sería inmediatamente localizado, como también ocurrió con otros miembros de la organización".

Alegada la vulneración de la presunción de inocencia ante esta Sala, después de un recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada en la instancia, nuestro papel ha sido ya descrito por una jurisprudencia plenamente consolidada: "la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba" (SSTS 490/2020, 1 de octubre; 498/2020, 8 de octubre; 405/2018, 18 de septiembre, y 304/2019, 11 junio).

Existió, pues, prueba inequívocamente incriminatoria y racionalmente valorada para sostener la declaración de responsabilidad penal del ahora recurrente.

3.3.- El último de los motivos sostiene, con cita del art. 849.1 de la LECrim, indebida aplicación de los arts. 27, 28 y 29 del CP. A la luz de los hechos declarados probados -arguye la defensa- Humberto sólo podía haber sido condenado como cómplice, no como autor del delito por el que fue acusado.

La vía casacional elegida exige como premisa metodológica que el disentimiento se construya tomando en consideración lo que el órgano jurisdiccional de instancia ha declarado probado. Es a partir de esa proclamación como debe enjuiciarse la corrección del juicio de tipicidad que lleva a la condena del recurrente.

Pues bien, en el factum se afirma que el recurrente "...acompañado del acusado rebelde, (formalizó) un contrato de arrendamiento de la nave industrial situada en calle Cullera nº 61 de la localidad de Benimámet (Valencia), por una renta mensual de 800 euros (ochocientos euros). Dicha nave industrial era propiedad de Guillerma . El contrato de arrendamiento se firmó entre ésta última y el procesado, Humberto , pese a que el pago, en efectivo y por importe de 3.200 euros (tres mil doscientos euros) que se correspondían con dos meses de fianza, un mes de alquiler y los honorarios de la inmobiliaria, lo hizo el acusado rebelde".

Se añade que el mismo recurrente "...el día 23 de julio de 2016 (...) acompañado de la misma persona procesada y declarada rebelde, formalizó un contrato de arrendamiento de la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM004 de Bétera, partido judicial de Llíria Valencia) con sus propietarios Ildefonso y Inmaculada siendo abonado el pago por importe de 1.500 euros (mil quinientos euros) en concepto de alquiler, fianza y gastos de inmobiliaria por seis meses. Humberto mediante un mensaje a través de WhatsApp desde el número NUM005 facilitó a la inmobiliaria, el número de cuenta NUM006 perteneciente a la entidad bancaria BELFIUS BANK radicada en Bélgica".

Fue en la nave industrial alquilada por Humberto donde se hallaron 144,74 kilos de marihuana envasada en paquetes al vacío. Y en la vivienda cuyo uso también había sido pactado por Humberto fueron intervenidos

"... *3 (tres) cúter, dos pequeños y uno grande, con restos de sustancia polvorienta de color blanco en su interior que dieron positivo en cocaína; un contrato de arrendamiento del inmueble a nombre de Humberto , NUM004 (NUM004) documentos de la inmobiliaria Habitale sobre la reserva de un inmueble en la CALLE002 n º NUM032 de la localidad de Benimámet, 1 (una) bolsa conteniendo cogollos de marihuana con un peso bruto de 461 gramos (cuatrocientos sesenta y un gramos) que se hallaba escondida en el congelador y 283 paquetes compactados con sustancia polvorienta de color blanco que se encontraban distribuidos por los falsos techos y conductos de climatización ...*".

Puede ser suficiente para descartar el alegato de la defensa la cita de un pasaje de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (cfr. FJ 6º) que el Tribunal Superior de Justicia incorpora a su argumentario para rechazar la complicidad: "...carece de sentido que una persona que no participe en los hechos ni sepa nada, se preste para alquilar una vivienda y una nave industrial a una familia de desconocidos de origen incierto en un país extranjero con la documentación auténtica del acusado durante un año facilitando además su propio número de teléfono y cuenta corriente, además a cambio de nada puesto que nada dice haber recibido, manteniendo además una vinculación extensa en el tiempo y con contacto frecuente. La única posibilidad es la que se deduce de la tesis acusatoria, su pertenencia a una organización criminal que necesitaba a alguien con documentación española, que haría pasar más inadvertido el alquiler, en la confianza de que de ese modo y debido a la alta planificación que evidencian los hechos no iban a ser descubiertos. El alquiler de varios inmuebles por escrito por parte de individuos chechenos no afincados en España, que no hablaban español, es una circunstancia que podía llamar poderosamente la atención, por tanto la intervención de Humberto era necesaria e imprescindible".

Resulta de innecesaria cita la jurisprudencia de esta Sala que ha venido reiterando que la complicidad se define por una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. En definitiva, el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del " *iter criminis*". Se ha de tratar, por tanto, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (cfr. por todas, SSTS 1132/2011, 27 de octubre; 1394/2009, 25 de enero, 434/2007, 16 de mayo y 699/2005, de 6 de junio).

En el presente caso, sin embargo, mal puede considerarse una participación "accidental y de carácter secundario" el alquiler de la vivienda y la nave industrial en las que aparecen importantes cantidades de droga. No son "actos secundarios" la contratación de los inmuebles en los que va a ser depositada la droga preparada para su distribución clandestina. Si a ello añadimos -como expresa la sentencia recurrida- que Humberto era el único acusado que disponía de documentación española para formalizar los contratos de alquiler excluyendo sospechas, podrá concluirse la correcta subsunción de los hechos en el concepto de autoría material y no de complicidad.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

4.- La estimación parcial del recurso promovido por ambos acusados, aunque carente de consecuencias prácticas en la fijación de la pena y en la declaración de autoría, conlleva la declaración de oficio de las costas procesales, (art. 901 LECrim). Su falta de practicidad libera a la Sala del dictado de una segunda sentencia que no tendría más efecto que la reiteración de lo ya resuelto en la instancia.

FALLO

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

Que por estimación parcial del primero de los motivos hechos valer por los recurrentes, únicamente a los efectos de declarar la nulidad del auto de fecha 12 de agosto de 2016, mediante el que fue autorizada la utilización por los agentes de policía de dispositivos de grabación audio y escucha en el domicilio del acusado, manteniendo la totalidad de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la resolución recurrida, debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por las respectivas representaciones legales de Gervasio , Guillermo y Humberto , también conocido como Joaquín , contra la sentencia 93/2020, 15 de marzo, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 12/2020, fechada el día 2 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, en la causa seguida por el delito de tráfico de drogas y organización criminal.

El efecto de la estimación parcial conduce a la declaración de oficio de las costas procesales, sin necesidad del dictado de una segunda sentencia por las razones expuestas en el FJ 2º, apartado 2.1.4 y en el FJ 4º de la presente resolución.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ