

AUDIENCIA NACIONAL
SALA PENAL
SECCIÓN TERCERA

Sumario Nº 23/06 (Juzgado Central de Instrucción Nº Cinco)
Rollo de Sala Nº 94/08

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Félix Alfonso Guevara Marcos (Presidente)

D. Guillermo Ruiz Polanco (Ponente)

Dª. Mª de los Ángeles Barreiro Avellaneda

En Madrid, a 1/Diciembre/09

SENTENCIA Nº 78/2009

Dictada por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, ante la que se ha visto en juicio oral y público la causa dimanante del Sumario Nº 23/06 (Rollo de Sala Nº 94/08), procedente del Juzgado Central de Instrucción Nº Cinco, incoada por razón de la ejecución de hechos calificados por la acusación pública como constitutivos de delitos contra la salud pública por tráfico de sustancia estupefaciente gravemente perjudicial para la salud y de blanqueo de capitales.

Han sido partes en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal y, como acusados:

Esperanza Moreno Cortés, nacida en Nerva (Huelva) el 28/Mayo/1964, con documento de identidad DNI nº 28586496-

A, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representada por la Procuradora Sra. García Hernández y defendida por el Letrado Sr. García Hernández.

Rafael Fernández de los Santos, nacido en Huelva el 8/Abril/1954, con documento de identidad DNI nº 42748841, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Méndez Rocasolano y defendido por la letrada Sra. Martín Martín.

Manuel Jiménez Pérez, nacido en Sevilla el 19/Marzo/1971, con documento de identidad DNI nº 28594848-Y, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Sr. Pérez de Rada y González de Castejón y defendido por el Letrado Sr. Rojo Alonso de Caso.

Esperanza Rodríguez Santana, nacida en Sevilla el 25/Mayo/1957, con documento de identidad DNI nº 28514027, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Sr. Pérez de Rada y González de Castejón y defendido por el Letrado Sr. Rojo Alonso de Caso.

Feridum Dikmen, nacido en Turquía el 1/Enero/1972, con documento de identidad pasaporte turco nº 31.2033944-2005, sin antecedentes penales, en situación de prisión provisional por esta causa, representado por el Procurador Sr. González Sánchez y defendido por el Letrado Sr. Muñoz Benítez en sustitución del Sr. Manzaneque.

Erdem Vardar, nacido en Turquía el 11/Junio/1980, indocumentado, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el

Procurador Sr. García Zúñiga y defendido por la Letrada Sra. Montes Barrio.

Stevo Milkovic, nacido en Sakanliye (Yugoslavia) el 27/Febrero/1956, con pasaporte yugoslavo nº 004218443, sin antecedentes penales, en situación de prisión provisional por esta causa, representado por el Procurador Sr. García Zúñiga y defendido por la Letrada Sra. Montes Barrio.

Numan Turham, nacido en Üskudar (Turquía) el 25/Febrero/1970, indocumentado, sin antecedentes penales a considerar, en situación de prisión provisional por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Armesto Tinoco y defendido por el Letrado Sr. De Diego Gómez.

Vanesa Fernández Moreno, nacida en Sevilla el 8/Junio/1981, con documento de identidad DNI nº 49027449, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representada por la Procuradora Sra. Méndez Rocasolano y defendida por la Letrada Sra. Martín Martín.

Alfonso Ayala Silva, nacido en Sevilla el 28/Diciembre/1980, con documento de identidad DNI nº 30223141-Z, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Méndez Rocasolano y defendido por la letrada Sra. Martín Martín.

Estrella M^a López Cañete, el 5/Octubre/1972, con DNI nº 25666303-M, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representada por la Procuradora Sra. Cano Ochoa y defendida por el Letrado Sr. Arroyo Berrocal.

El acusado **Sahin Eren** se encuentra en situación procesal de rebeldía

Siendo Ponente el Magistrado Sr. Ruiz Polanco.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero.- La actividad instructora origen de los presentes autos se inicia con la solicitud de fecha 5/Diciembre/05 dirigida al Juzgado Central de Instrucción N° Cinco, en funciones de guardia, por la Brigada Central de Estupefacientes (UDYCO), interesando autorización judicial para la intervención, escucha y grabación de determinadas líneas telefónicas, en función de precedentes investigaciones policiales en torno a diversas personas afirmadamente integrantes de una organización dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes, autorización que fue concedida por dicho juzgado en Auto de 9/Diciembre/05 tras la incoación de las Diligencias Previas N° 463/05.

Segundo.- Dictado el 5/Octubre/06 por el JCI N° Cinco Auto de incoación del presente Sumario y Auto de procesamiento el día 13/Julio/07, se procedió a recibir declaraciones indagatorias a los procesados, ahora acusados, declarándose concluso el Sumario en Auto de 4/Agosto/08 y remitiéndose a esta Sección Tercera, previo emplazamiento en forma al Ministerio Fiscal y a las representaciones de dichos procesados.

Tercero.- Incoado el presente Rollo de Sala, en Auto de 17/Diciembre/08 se confirmó el de conclusión del Sumario y se abrió el juicio oral, iniciándose el periodo de instrucción y calificación, evacuándose las calificaciones provisionales por el Ministerio Fiscal, y las defensas de los acusados, y señalándose el acto de la vista oral, que se celebró los días

23, 24 y 27/Abril/09, practicándose las pruebas propuestas y admitidas.

Cuarto.- En el trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal elevó las provisionales a definitivas, habiendo calificado los hechos, en su escrito de 19/Diciembre/08, del modo siguiente:

Los anteriores hechos son constitutivos de:

1) Un delito contra la salud pública de los Arts. 368, 369.3º y 6º y 370.2º CP, del que es autora la acusada Esperanza Moreno Cortés, interesando la imposición a la misma de las penas de quince años de prisión y multa de diez millones de €.

2) Un delito contra la salud pública de los Arts. 368, 369.3º y 6º CP del que son autores los acusados Rafael Fernández, Manuel Jiménez, Esperanza Rodríguez, Feridum Dikmen, Erdem Vardar, Stevo Milkovic y Numan Turhan, interesando la imposición a cada uno de ellos de las penas de doce años de prisión y multa de siete millones de €.

3) Un delito de blanqueo de capitales de los Arts. 301.1 y 302.1 CP, del que son autores los acusados Esperanza Moreno, Vanesa Fernández, Alfonso Ayala y Estrella Mª López Cañete, interesando para la primera la pena de nueve años de prisión y multa de seiscientos mil €, y para cada uno de los demás las penas de seis años de prisión y multa de doscientos cincuenta mil €.

Comiso de la droga, objetos, bienes y dinero intervenidos y de los fondos bloqueados. Costas.

Quinto.- En cuanto a las defensas, en igual trámite de conclusiones provisionales, solicitaron la absolución de sus respectivos defendidos e interesaron: a) las de Esperanza Moreno, Rafael Fernández, Alfonso Ayala, Vanesa Fernández, Manuel Jiménez, Esperanza Rodríguez, Feridum Dikmen y Estrella Mª López, la nulidad de las intervenciones telefónicas

por vulneración de derechos fundamentales; b) la de Manuel Pérez, alternativamente, la aplicación de la circunstancia “eximente del nº 1º del Art. 21 en relación con los números 1 y 2 del Art. 20”, así como la atenuante analógica de dilaciones indebidas, 6º del Art. 21; c) las de Esperanza Rodríguez, Stevo Milkovic y Feridum Dikmen, la declaración de nulidad de los análisis de la sustancia estupefaciente y d) la de Erden Vardar la aplicación de las “circunstancias atenuantes previstas en los Arts. 21.1 (en relación con el Art. 20.3), 21.2 y 21.3”.

Tercero.- Practicadas las pruebas propuestas y admitidas, en trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal modificó las provisionales interesando para Erden Vardar la pena de nueve años de prisión, en lugar de la de doce años, elevando el resto a definitivas.

Las defensas añadieron la solicitud de declaración de nulidad de lo actuado por razón de vulneración de los derechos al juez predeterminado por la ley, al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías.

HECHOS PROBADOS

Primero.- **Relativos a la actuación policial.**

En la ya mencionada solicitud policial de 5/Diciembre/05 dirigida al Juzgado Central de Instrucción Nº Cinco se interesó autorización judicial para la intervención, escucha y grabación de diversas líneas telefónicas correspondientes a números utilizados por personas de quienes se afirmaba su relación con el acusado Numan Turhan, asentándose tal solicitud en investigaciones policiales en torno a una organización, radicada en Sevilla, “presuntamente dedicada al ilícito tráfico internacional de estupefacientes”, siendo el mencionado aquí acusado Numan Turhan miembro

destacado de tal organización, expresándose sus relaciones y contactos con diversas personas policialmente situadas en su precedente dedicación a dicho tráfico.

En dicha primera solicitud no se hacía constar la fuente o causa del conocimiento de los precitados números telefónicos a intervenir, no mencionándose la existencia de precedentes diligencias penales de las que se hubieren extraído los números precitados.

La referida solicitud policial fue atendida mediante Auto de 19/Diciembre/05, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, autorizándose las antedichas intervenciones telefónicas.

A partir de esa autorización inicial, la investigación emprendida determinó nuevas solicitudes policiales y autorizaciones judiciales para numerosas nuevas intervenciones telefónicas, prórrogas y ceses de las mismas, siendo una de las primeras interesadas en el repetido oficio de 5/Diciembre/05 la referida al nº 32618321618, cuyo usuario Miguel I. S. mantiene siete conversaciones, en los días 4, 6 y 9/Enero/06, con una mujer titular del nº 6995192228, conocida como "Esperanci" y luego identificada como Esperanza Moreno Cortés, usuaria de un número telefónico cuya solicitud de intervención se efectuó en el segundo oficio policial, de 16/Enero/06, siendo autorizada en Auto dictado el siguiente día.

En el tercer oficio, de 30/Enero/06, la mencionada unidad policial, como consecuencia del contenido de las conversaciones telefónicas anteriormente intervenidas, interesa la de varias líneas, entre ellas la utilizada por dicha Esperanza Moreno (639932868) y las de los también acusados Manuel Pérez Jiménez (697794524) y Esperanza Rodríguez

Santana (670521652), apareciendo los acusados Rafael Fernández (662208335), Vanesa Fernández (687154382) y nuevamente Esperanza Moreno (659254954) en el oficio policial de 6/Febrero/06, así como Numan Turhan (905383927821) en el de 13/Febrero/06 y, en oficios sucesivos, los demás acusados.

Segundo.- Relativos a las conductas enjuiciadas.

Del examen y valoración de lo actuado en autos resulta probado que:

1).- Sobre las 11:30 horas del día 10/Julio/06, en las inmediaciones de la zona portuaria de Huelva, junto a la nave industrial con el rótulo "Ership", fueron detenidos los aquí acusados, súbditos turcos, Sahin Eren (rebelde) y Erdem Vardar, cuando abandonaban el barco de bandera turca "Huseyin Kalayci", portando el primero siete paquetes y el segundo diecinueve paquetes de peso aproximado de 500 grs. cada uno, conteniendo todos la sustancia estupefaciente heroína, que es de las gravemente perjudiciales a la salud, con un peso total de 13,353 kgs., una riqueza o pureza media del 49,6% y un valor de 1.298.865 €, siendo plenamente sabedores dichos portadores de la clase y naturaleza de la sustancia que les fue intervenida, habiendo comunicado Vardar a Feridum Dikmen ("Sobrino" o "Mr. Bean"), tras desembarcar el primero, su situación junto a la precitada nave "Ership" a través del teléfono nº 905384279060, cuya tarjeta "Sim" fue hallada en poder del primero al tiempo de su detención, hallándose Feridum en las inmediaciones del lugar a bordo de un vehículo Peugeot-307 (3664-DXB) y en la inmediata proximidad del vehículo BMW-X5 (8471-CXK) en el que viajaban Esperanza Moreno, Esperanza Rodríguez y Manuel Jiménez Pérez, siendo sabedores los cuatro de la llegada de la droga en calidad de destinatarios o receptores de la misma, habiendo acudido a la zona portuaria precitada

con la finalidad de recoger, para su ulterior distribución o expendición, la heroína que portaban los ciudadanos turcos mencionados, abandonando el lugar ante el fracaso de la operación.

2).- Sobre las 13:30 horas del día 18/Julio/06, junto a la nave nº 137 del Polígono San Pablo, de Sevilla, fueron detenidos los acusados Manuel Jiménez Pérez, Stevo Milkovic y Feridun Dikmen cuando el último salía de dicha nave –que fue abierta por Manuel– en compañía del primero portando una caja que contenía sesenta paquetes de heroína con un peso de 30,160 kgs., una riqueza o pureza media de 47,2 % y un valor de 2.853.552 €.

Dichos acusados se habían reunido poco antes, desplazándose luego al mencionado lugar Feridun y Stevo a bordo del vehículo Renault-Laguna con matrícula croata OS-165-GB y Manuel en el Opel-Astra con matrícula 9241-BXF, penetrando el Renault en el interior de la nave y quedando el Opel estacionado junto a la puerta, dedicándose luego Stevo a manipular la rueda delantera derecha del Renault, vehículo cuya titularidad se ignora y que tras sus dos ruedas delanteras contaba con sendos compartimentos practicados para el transporte de la mencionada droga.

En las inmediaciones de la repetida nave fueron detenidos Esperanza Moreno y su esposo Rafael Fernández, quienes habían acudido al lugar en el vehículo BMW-X-5 (8471-CXK) para hacerse cargo de la droga de referencia.

Tercero.- Al tiempo de sus respectivas detenciones fueron halladas en poder de Feridun Dikmen las tarjetas telefónicas nº 628746525 y 628797901; en poder de Esperanza Moreno y su esposo Rafael Fernández y en su domicilio las nº 662082347 y 659254954; en poder de Manuel Jiménez las nº

692495554 y 692451969, así como el manual de instrucciones de Movistar referido a la tarjeta nº 628746525, hallada en poder de Feridun, como queda dicho. Todos los precedentes números fueron objeto de intervención.

Cuarto.- En ambas ocasiones citadas (Huelva y Sevilla) la heroína había sido remitida desde Turquía por o a través del acusado Numan Turhan, por cuyo encargo y cuenta actuaron los “correos” Erden Vardar y Stevo Milkovic, sirviéndose dicho Numan de su pariente Feridun Dikmen (“Mr. Bean” y “Sobrino”) como enlace con los compradores españoles asimismo acusados.

Quinto.- No resultan probados los hechos pretendidamente constitutivos de organización delictiva integrada por los acusados.

Sexto.- No resultan probados los hechos pretendidamente constitutivos del delito de blanqueo de capitales imputado a Esperanza Moreno, Vanesa Fernández, Alfonso Ayala y Estrella M^a López.

FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES DE DERECHO

Primero.- **Sobre la pretendida nulidad de las intervenciones telefónicas por vulneración de derechos constitucionales.**

Plantean algunas defensas la nulidad de las intervenciones telefónicas realizadas en el marco de la investigación de los hechos enjuiciados por razón de la alegada ausencia de control judicial de dichas intervenciones y de motivación de las resoluciones judiciales autorizantes, vulnerándose así los derechos constitucionales al

secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías, lo que provocaría la nulidad del resto de las pruebas obtenidas en función de aquéllas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ y, en definitiva, la nulidad de pleno derecho de una parte sustancial de la actividad probatoria desplegada en las presentes actuaciones.

Es obvio que para la correcta resolución de la cuestión planteada en cuanto atinente a una alegada vulneración de derecho fundamental cual es el relativo al secreto de las comunicaciones, se hacía imprescindible tomar conocimiento de los medios de prueba propuestos por las partes y analizar así su resultado, para decidir sobre aquellas, como así lo demuestra la multitud de preguntas formuladas al respecto por las defensas a los funcionarios policiales actuantes, en particular sobre las intervenciones telefónicas.

Ello dicho, examinemos ahora los requisitos de eficacia probatoria de las intervenciones telefónicas, que deben recordarse a las defensas que la refutan, aun a riesgo de incurrir la Sala en una sobreabundancia de citas jurisprudenciales.

A) Legalidad constitucional.

El secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental garantizado en el p. 3º del Art. 18 de la CE, que, a salvo los supuestos consignados en su Art. 55, únicamente puede alzarse mediante resolución judicial.

Dicha inviolabilidad del derecho al secreto de las comunicaciones privadas cede en supuestos de necesidad de su sacrificio, en casos individualizados, que permiten la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, como puede ser la investigación de hechos delictivos, siempre bajo

la tutela y garantía del Poder Judicial, debiendo ser un órgano jurisdiccional independiente quien, de forma razonada y previa ponderación de la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida, acuerde la intervención de las comunicaciones telefónicas a través del cauce previsto en el Art. 379 LECrim.

La STS 343/2003, de 7/Marzo, ya dejó sentado que la investigación de un grupo criminal dedicado a la distribución de sustancias estupefacientes conforma contornos especiales de investigación, apreciándose 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 han de significar sospechas fundadas, no simples conjeturas sin base real alguna, siendo tales sospechas fundadas y serias suficientes para obtener la autorización judicial de una interceptación telefónica, con tal que se valoren suficientemente, en términos de racionalidad, lo que se repite en la STS 1243/2003, de 3/Octubre.

Tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (*vid.*, por todas, las SSTS de 7Febrero y 3/Octubre/07) que la diligencia de intervención telefónica tiene una doble consideración: como instrumento de acreditación y como medio de investigación, y su realización debe respetar las exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

En este sentido, los requisitos de la medida son tres: judicialidad, excepcionalidad y proporcionalidad.

De la nota de la **judicialidad** se deriva que, al ser medida exclusiva de concesión judicial, debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación, lo que exige de la unidad policial solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia.

De la nota de **excepcionalidad** se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, como queda dicho, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado. Ello significa que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica. Así, la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad, necesidad y subsidiaridad, formando un todo inseparable que actúa como obstáculo al riesgo de expansión que suele tener lo excepcional. Todo ello, incide, obviamente, en la necesidad de un adecuado y suficiente control judicial a lo largo de la duración de la medida de referencia.

Y de la nota de **proporcionalidad** se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación, requiera también una gravedad acorde y proporcionada respecto de los hechos sospechadamente delictivos a investigar.

Estos requisitos hasta aquí expuestos, integran el módulo de legalidad en perspectiva constitucional, de suerte que la no superación de este control de legalidad convierte la medida en ilegítima por vulneración del artículo 18 CE., y, por ello, en acreedora de nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie esa "conexión de antijuridicidad" a que hace referencia la STC 99/1999, de 2/Abril, lo que representa una modulación de la extensión de la prueba nula a la prueba indirecta o refleja, en virtud de la cual cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente estimada nula, como "fruto del árbol envenenado", según expresión ya consolidada.

B) Motivación de las resoluciones judiciales habilitantes.

En líneas generales, por lo que a la motivación de las resoluciones habilitantes respecta, la decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos exclusivamente del Juez de Instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la legitimidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá desprenderse de una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal.

Ha de tratarse de una decisión judicial que consigne los datos fácticos necesarios para poner de manifiesto que el Instructor ha realizado la valoración exigida, la cual debe desprenderse del contenido de su resolución, de modo que, de un lado, su decisión pueda ser comprendida y, de otro, que sea posible efectuar un control adecuado y suficiente sobre la misma por la vía del recurso.

Esta exigencia de motivación conecta la cuestión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución suficientemente fundada Art. 120.3 de la CE), lo cual ha sido especialmente recordado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo cuando se trata de decisiones que suponen una restricción de derechos fundamentales. Baste recordar el contenido de las SSTC 29/2001, de 29 de enero y 138/2002, de 3/Junio y 167/2002, de 18/Septiembre, y las SSTS 55/2006 de 3/Febrero y de 7Noviembre/07.

Es preciso, por tanto, que el Instructor exprese las razones que hagan legítima la injerencia, principalmente si existen fundados visos de conexión entre el delito investigado y la persona o personas investigadas o a investigar. En términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las sospechas que hayan de considerarse en este juicio de proporcionalidad no pueden ser sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse sustentadas en datos objetivos, en un doble sentido: han de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y han de proporcionar una base real de la que inferir que se ha cometido o se va a cometer un delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (SSTC 49/1999 y 171/1999), es decir, su contenido ha de ser de tal naturaleza que *permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse o, en los términos en los que se expresa el Art. 579 LECrim., en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa, o indicios de responsabilidad criminal. Las Sentencias precitadas señalan que los indicios son algo más que simples sospechas pero también algo*

menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento, o sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo.

Las SSTS de 23/Enero/03 y 15/Septiembre/05, entre otras, exigen que consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25/Octubre/02, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos.

En suma, debe motivarse la necesidad de la autorización con sustento en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas acerca de la comisión del delito y responsabilidad en el mismo del sujeto paciente de la restricción del derecho, motivación que no sólo ha de cumplir con las exigencias constitucionales de fundamentación de las resoluciones judiciales (Art. 120.3 CE) sino también debe

permitir la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de recurso contra la misma (STS 999/2004, de 19/Septiembre).

Por último –y ello es verdaderamente relevante a los efectos que examinamos– tanto el Tribunal Constitucional (STC 123/1997 de 1/Julio), como el Tribunal Supremo (SSTS de 11/Mayo/01, 15/Septiembre/05 y 7/Noviembre/07), han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones **se asiente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial**, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica. Así, los Autos de autorización de tales intervenciones pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el órgano jurisdiccional por sí mismo carece de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial, cuya actuación ha de estimarse, en principio, ajustada a Derecho.

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción.

En otras palabras, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto

judicial que decidiera establecerlo, pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar. Aquí, decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. De otro modo, el juez no podría formar criterio -que es lo que la ley demanda- para decidir con rigor, en atención al caso concreto y de manera no rutinaria, acerca de la necesidad de la medida que se solicita, pues lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un acto de fe, sino de un juicio crítico sobre la cantidad y la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que -huelga decirlo- debe trasladarle toda la información relevante de que disponga, esto es, aquellos elementos fácticos a cuyo través la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave como la injerencia en el ámbito de las comunicaciones telefónicas de algunas personas. Lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio, pero no bastan las meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Si la única opción judicial posible fuese la emisión automática de un auto accediendo a lo interesado, es claro que ello equivaldría a la efectiva delegación en la policía de atribuciones que son estrictamente judiciales.

C) Aplicabilidad a los hechos enjuiciados de las prescripciones legales y de la doctrina jurisprudencial que se han expuesto.

a) Las impugnaciones de las defensas hacen necesario el examen de lo acontecido en esta causa, a la luz de las precedentes consideraciones y en términos generales, bien entendido que la cuestión del control judicial de la intervención pertenece al ámbito de la legislación ordinaria, por lo que su hipotética infracción no origina vulneración de derechos constitucionales, ni afectación de otros elementos derivados de ella, y la audición de las cintas en el plenario o la practica contradictoria de la prueba sobre su contenido previa lectura de las transcripciones, subsana aquellas irregularidades y salvaguarda el derecho de defensa del acusado, no siendo ocioso recordar, como señala la STC 166/99 de 3/Noviembre, que *no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino del derecho a un proceso con todas las garantías de utilización como prueba del contenido de las grabaciones intervenidas pero respecto de las cuales las irregularidades, que implican la ausencia de eficiente control de la medida, no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales, es decir, la entrega o selección de las cintas grabadas, la custodia de las originales y la transcripción de su contenido.* (Cfr. asimismo las SSTC. 121/98, 151/98, 49/99, y STS de 14/Mayo/05).

Ya se dijo que la actividad instructora origen de los presentes autos se inicia con la solicitud de fecha 5/Diciembre/05 dirigida al Juzgado Central de Instrucción por la Brigada Central de Estupefacientes, interesando autorización judicial para la intervención, escucha y grabación de determinadas líneas telefónicas, en función de precedentes diligencias de investigación de hechos presumiblemente constitutivos de delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes (heroína), autorización

que fue concedida por dicho juzgado en Auto de 19/diciembre/05.

En tal solicitud se expresan, en calidad de sustento de la misma y como sustanciales, los datos ya mencionados el ap. 1) del precedente relato histórico, con una mera remisión a investigaciones policiales referidas a una probable importación de heroína.

Ello dicho, en el presente caso, dadas las necesidades de la investigación, el juzgador estimó convincente y adecuado los sucesivos informes policiales petitorios, en el que se le informaba verazmente del curso de las investigaciones, así como del resultado de la medida, con un breve resumen de las llamadas interceptadas de interés para la causa, así como de la necesidad de ampliarlas. La credibilidad que al Instructor le merecía la labor policial, en este cometido, no carece de apoyo racional si pensamos en la especial responsabilidad que recae sobre los miembros de la policía que actúan a las órdenes y bajo la dirección del juez en la investigación de las causas penales.

En efecto, en el caso que nos ocupa el Auto de 19/diciembre/05 se ajusta a las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria expuestas. Así la mencionada resolución se refiere al conocimiento a través de fuentes propias de la existencia en España de una organización a la sazón dedicada a la preparación de un envío de heroína a España. Pues bien, se infiere de la lectura del primer oficio policial que tal solicitud se asentaba en investigaciones policiales en torno a precedentes actividades ilícitas de Numan Turhan, relacionadas con el tráfico de estupefacientes en afirmada colaboración con otras personas residentes en España, y a la posibilidad de llegada a España de una importante partida de heroína. Baste señalar

que poco más de un mes después el segundo oficio policial ya menciona el número telefónico de la acusada Esperanza Moreno, apareciendo a los quince días siguientes los de Manuel Jiménez y Esperanza Rodríguez.

Las defensas no pueden pretender la plasmación en la solicitud de intervención de las comunicaciones de una relación detallada de los seguimientos, investigaciones y obtención de datos por parte de la policía, pues ello supone una exigencia que excede con mucho de los requisitos exigidos para la incolumidad del derecho al secreto de las comunicaciones, pues no olvidemos que la intervención se solicita para profundizar en una investigación ya abierta, con la finalidad de corroborar los datos esenciales y relevantes que en la misma van apareciendo, y que en ningún caso tiene finalidad prospectiva. La motivación se asienta principalmente sobre tres pilares, debiendo responder a las preguntas de qué es lo que se investiga, contra quién ha de dirigirse la investigación y cuál es la fuente de conocimiento del hecho que se pretende investigar, a lo que justamente debe añadirse la procedencia de tal medida y no de otras, si por el fin que se persigue con la injerencia resulta proporcional el sacrificio del interés privado, así como la concreta estructuración de la dinámica procesal de su ejecución (STS 587/1999, de 15/Abril). Por su parte, la STS 1115/2000, de 19/Junio, ha centrado el contenido de la motivación refiriéndolo a la existencia de un hecho constitutivo de delito, quienes pueden ser sus autores y cuál es la fuente de conocimiento, que puede ser propia como en el caso que nos ocupa o impropia (confidentes), siendo tales hechos suficientes para configurar la denuncia, esto es, la *notitia criminis* sobre la que el Juez debe resolver si adopta la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones.

En consecuencia, consideramos dicha motivación suficiente y adecuada, al igual que las de las sucesivas prórrogas, siendo necesaria la intervención telefónica a los fines de avanzar en tal investigación, que, además, se reveló como absolutamente fundada, aunque de las sucesivas escuchas efectuadas se fuesen descartando de la investigación –tal como sucede en la práctica ordinaria– determinados datos para centrarla en otros atinentes a la concreta operación que es objeto de autos.

En suma, no cabe sino concluir en que la única respuesta adecuada, ajustada a Derecho, a la solicitud inicial de intervenciones telefónicas fue la positiva dada por el Juzgado de Instrucción de origen.

Por otra parte, de la repetida solicitud inicial no cabe inferir en manera alguna que los primeros números telefónicos de referencia procedan de su constatación y/o intervención en diligencias judiciales precedentes. Ello significa que no puede aplicarse al caso de autos la doctrina general jurisprudencial sentada, entre otras, en las SSTS de 24/Abril/03 (nº 498) y 22/Julio/05 (nº 985), en cuanto propiamente referida a la preexistencia de unas diligencias judiciales anteriores, cosa a la que se refiere también el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 26/Mayo/09, que se refiere a los “procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal”, en que se promueva la cuestión de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento.

En función de la necesaria apreciación del imprescindible control judicial de la injerencia en un derecho constitucional, lo que la Sala debe considerar aquí, ante todo, es la suficiencia o insuficiencia de una solicitud policial que facilita al Juzgado Instructor tan sólo una enunciación de

números, sin comunicar la fuente de conocimiento de los mismos, no constando procedimiento anterior al que referimos, como queda dicho.

Es obvio, por tanto, que la cuestión se reduce a determinar si el Instructor debe o no apurar su función de control de la legalidad hasta el punto de exigir a la unidad policial actuante la explicación o justificación de todo dato en que se sustenten todas y cada una de las afirmaciones que contenga la solicitud de que se trate relativas al resultado de precedentes investigaciones, que se trata de efectuar de manera acabada precisamente por medio de intervenciones telefónicas, bien entendido que, como ya quedó dicho, no sólo en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial, si bien en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por sus dificultades, de la intervención telefónica, sino también que el órgano jurisdiccional por sí mismo carece de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial, cuya actuación ha de estimarse, en principio, ajustada a Derecho. La adaptación judicial a las exigencias legales –y no a su interpretación extensiva o hiperbólica– ha de considerarse bastante. Lo contrario equivaldría a exigir a los funcionarios policiales una a modo de *probatio diabolica* e interminable en muchas ocasiones.

A ello hemos de añadir la posibilidad antes apuntada, indudablemente admisible, de la existencia de informaciones procedentes de quienes se conocen como “confidentes”, cuya identidad, de ser sabida, lo es únicamente por funcionarios policiales y no puede ni debe ser desvelada por ellos. Acudiendo a los rudimentos del Derecho Procesal Penal, baste recordar en tal sentido que una llamada telefónica

anónima puede ser el cauce de la noticia criminis y desencadenar actuaciones policiales y/o judiciales en averiguación de la denunciada comisión de determinada infracción.

En ello incide la STS 887/07, de 7/Noviembre, (FJ 1º.6): (...) *Planteado así el problema y conocida la doctrina jurisprudencial aplicable, hemos de hacer ciertas consideraciones en relación al caso que nos atañe.*

Sobre la ausencia de detalles sobre las informaciones inicialmente facilitadas a la policía por confidentes y respecto a la no especificación de los mecanismos de investigación, la sola lectura de los oficios instando la medida permiten corroborar la existencia de datos objetivos y concretos, perfectamente accesibles a terceros, evidenciadores de una situación altamente sugerente de la comisión de un delito grave.

La policía por propia iniciativa no tiene por qué revelar la fuente inicial de la investigación, y menos si se trata de un confidente, pues de hacerlo, no sólo se malograría este medio de investigación, sino que el confidente correría peligros serios de reacción vindicativa de los delatados. Es posible que pudiera tratarse de anónimos informantes o incluso de alguno de los integrantes del entramado delictivo, por desacuerdo o discrepancia con otro miembro del mismo grupo dentro del canal comercial de distribución de la droga.

Y en su FJ 1º.7, en cuanto a lo que es exigible a la unidad policial solicitante: (...) *En cualquier caso, a la policía judicial – funcionarios públicos, especializados y responsables, al servicio y bajo la dependencia de jueces y fiscales– no se la exige que pruebe, como si de un proceso judicial se tratara, todos los datos que aportan a la consideración del juez instructor, la mayor parte de ellos perfectamente contrastables. Basta que el juez los repunte suficientes para acordar la medida injerencial.*

La experiencia del foro nos demuestra que la inmensa mayoría de los casos en que se dan estas circunstancias se está traficando con droga. Es difícil dar una explicación razonable a un comportamiento tan característico y sugerente, como

el que en nuestro caso es presentado ante el juez en solicitud de una medida injerencial.

Y visto que ni la ley ni la jurisprudencia exigen la expresión policial de la fuente de conocimiento de los números telefónicos que se facilitan al Instructor, la Sala concluye en la inexistencia de una necesidad, esencial ni sustancial, de plasmación en las solicitudes policiales de los detalles de la investigación que se viene efectuando desde tiempo atrás.

Solventada, pues, la primera cuestión, la argumentación debe hacerse extensiva a la totalidad de oficios posteriores, ya solicitando nuevas intervenciones, ya interesando la prórroga de las acordadas, así como a los registros domiciliarios efectuados como consecuencia de la información obtenida de aquéllas. La carga de la justificación de la regularidad y legitimidad de la intromisión en el ámbito de un derecho fundamental corresponde al que la hubiere realizado, sobre quien asimismo deberán recaer las consecuencias de las dudas racionalmente fundadas que pudieran plantearse al respecto y no fueran eficazmente despejadas, de modo que habiéndose logrado despejar en el presente caso tales dudas, que han devenido certezas acerca de la legitimidad de la obtención de los números inicialmente intervenidos, ello ha de operar necesariamente en desfavor de los acusados.

b) Otras defensas aducen genéricamente que no concurre posteriormente un suficiente control judicial de las transcripciones, o que se vulneró el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

La Sala no puede aceptar invocaciones de sentido general, global, que no especifiquen cómo y en qué lugar de

lo actuado se han producido las denunciadas vulneraciones de derechos fundamentales. No obstante, el tribunal, tras el examen de todas y cada una de las solicitudes policiales y de las resoluciones judiciales autorizantes emitidas desde el 19/Diciembre/05 hasta el 17/Julio/06, considera y afirma la acomodación de la actividad instructora a los estrictos moldes de la legalidad constitucional. Las sucesivas intervenciones telefónicas y sus prórrogas han sido debidamente controladas y razonadas por el Instructor, según los parámetros ordinarios en casos como el que nos ocupa, sin perjuicio de las precisiones que pudieren hacerse a la hora de valorar el resultado de las diligencias policiales de investigación, lo que haremos en el apartado relativo a la valoración de la prueba de cargo.

Y debemos añadir: la STS 53/2006 nos dice que el Juez debe conocer y controlar el desarrollo de la ejecución lo que supone que al acordar su práctica debe establecer las condiciones para que tal información sea real y sea recibida en condiciones de resolver con conocimiento de causa. En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que la falta de control se produce y puede dar lugar a la lesión del derecho "si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención (STC 82/2002, de 22 de abril) o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre y 205/2002, de 11 de noviembre). Así la STC 184/2003, de 23 de octubre (Pleno) dice " si bien el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial es suficiente con señalar que los Autos de autorización y prórroga fijaban términos y requerían de la

fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial efectuó un seguimiento de las mismas”.

Por tanto, las irregularidades que se puedan cometer en momentos posteriores a la ejecución de la medida, esto es, en la incorporación de su resultado al proceso, no afectan al derecho al secreto de las comunicaciones, sino, en su caso, al derecho a un proceso con todas las garantías. Así el propio Tribunal Constitucional ha señalado que “todo lo referente a la entrega y selección de las cintas grabadas, as la custodia de sus originales, y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna la garantía de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 202/2001, de 15 de octubre y 167/2002, de 18 de septiembre).

Por lo que al control judicial en relación con las decisiones en las que se acuerda la prórroga de la medida, es preciso que el Juez conozca el estado de la investigación como paso previo a autorizar el mantenimiento de la invasión del derecho fundamental afectado. Sólo ese conocimiento le permitirá efectuar nuevamente el juicio de proporcionalidad necesario como actuación previa a su decisión.

Ello no significa que en todo caso se haya procedido con anterioridad a la audición de todas las cintas relativas a las conversaciones ya grabadas, bastando con que la Policía que solicita la ampliación o el mantenimiento de la medida,

le aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a tales datos. Así lo entendió el Tribunal Constitucional (STC 82/2002, de 22 de abril) cuando afirmó expresamente que no era necesaria la entrega de las cintas al Juez de Instrucción con carácter previo a acordar la prórroga de la medida de intervención, “pues el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica a través de los informes de quien la lleva a cabo”. También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en esta materia “Las solicitudes de prórroga debidamente fundamentadas y las resoluciones judiciales habilitantes, en las que se hace expresa mención a dichas previas solicitudes, y se justifica razonadamente la concesión de lo interesado como medio de comprobación de actividades criminales tan graves como lo son el tráfico de drogas, pone de manifiesto que los Autos cumplimentan la exigencia de motivación, sin que sea requisito inexcusable para ello la audición de cintas sobre conversaciones ya grabadas a los sospechosos, pues de la misma manera que para la intervención inicial es suficiente con una solicitud de la Policía en la que se objetiven los datos y se dé razón de las sospechas fundadas o indicios en virtud de los cuales se interesa la intervención telefónica sin que sea obligado para el Juez la comprobación material de dichos motivos que aconsejan o exigen la adopción de la medida, igual ocurre cuando de prorrogarla se trata, siendo suficiente para ello, con que los funcionarios policiales proporcionen a la autoridad judicial elementos suficientes sobre los que el Juez pueda fundamentar su pronunciamiento de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad (STS1729/2000, de 6 de noviembre).

Igualmente en STS 864/2005, de 22 de junio declara el Alto Tribunal que deben confundirse los requisitos necesarios

para que el instructor prorrogue o amplíe una intervención telefónica con los exigibles para su utilización posterior como prueba en el plenario. Estos últimos son requisitos que se refieren al protocolo de incorporación del resultado probatorio al proceso que es lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valoración. Tales requisitos de son: 1º) la aportación de las cintas, 2º) la transcripción mecanográfica de las mismas, bien íntegra o bien de los aspectos más relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de cintas, 3º) el cotejo bajo la fe del Secretario Judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue, como es lo usual, a los funcionarios policiales, 4º) la disponibilidad de este material para las partes, 5) y, finalmente, la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, dando así cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción.

Requisitos que no coinciden con los necesarios para prorrogar la medida, caso en el que basta que conste que el Juez dispuso de los elementos mínimamente suficientes para valorar o constatar personalmente la efectividad de la intervención hasta la fecha. (STS 1060/2003, de 21 de julio).

Cuando no ha cesado la intervención, esa ausencia de control suficiente puede incidir en el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 49/1999, de 5 de abril). Cuando estamos ya en fase de incorporación de los resultados de las escuchas al proceso hay que desplazar el ámbito del artículo 24 CE y las irregularidades como la falta de control o la ausencia de contradicción, determinarán la imposibilidad de utilizar los resultados de las escuchas como prueba, pero no la utilización de otros medios de prueba.

Ninguna vulneración se aprecia en el presente caso en lo que concierne al debido control judicial, ya que dio cumplimiento a las órdenes judiciales de que se diese cuenta del resultado de las observaciones, posteriormente se aportaron las cintas en formato CD y sus transcripciones, que han estado a disposición de las partes, como igualmente consta la audición de las cintas en el acto del plenario, interrogándose a los acusados acerca del contenido de las conversaciones telefónicas que les afectaban, dándose cumplido acatamiento del principio de contradicción.

Las sucesivas nuevas intervenciones y prórrogas se iban sucediendo con pleno conocimiento por parte del Instructor del resultado de las grabaciones anteriores como es de ver en los oficios policiales a los que se acompañan transcripciones de las conversaciones mantenidas por y entre los acusados y poco después del inicial Auto que acordaba el comienzo de las intervenciones telefónicas, se encontraban a disposición del Juzgado las transcripciones extractada con las conversaciones más relevantes para la causa, por lo que no cabe hablar de falta de control judicial ni mucho menos de dejación de funciones por parte del Juzgado de Instrucción.

Por tanto, los reproches efectuados por las defensas no pueden ser acogidos y menos aún con los efectos que se pretenden de vulneración de la legalidad constitucional. En todo caso, la transcripción de las cintas tiene la misión de permitir el acceso al contenido de aquellas mediante su lectura, pero no es un elemento que integre la diligencia con carácter necesario y legitimante. La Ley procesal no exige esta transcripción en el artículo 579 LECrim., y su realización obedece más a la costumbre que a las necesidades de control judicial.

En fin, procede la desestimación de la solicitud de nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas en fase de instrucción.

Segundo.- Sobre la pretendida nulidad de los análisis de la sustancia estupefaciente.

Algunas de las defensas interesan la declaración de nulidad de los análisis de la droga obrantes en autos.

Pues bien, tales análisis cualitativos y cuantitativos fueron elaborados por funcionarios peritos del laboratorio de análisis químicos de la Brigada Provincial de Policía Científica de Sevilla, cuyos resultados constan en autos con fechas 11 y 19/Julio y 14/Agosto/06 y son los expresados en el precedente relato de hechos probados.

La Sala no puede admitir una invocación de nulidad de carácter genérico, sin que se exprese el motivo concreto en que se asiente dicha pretendida ineficacia o invalidez de los análisis por razón de impericia en su práctica o de error en su resultado, bien entendido que ninguna de las defensas ha puesto en duda que la sustancia intervenida a los acusados sea heroína.

En fin, la Sala acepta la bondad de dichos análisis en cuanto no consta dato alguno que permita dudar de su corrección en su realización y en su resultado.

Tercero.- Calificación jurídica.

Los hechos declarados probados en el precedente relato histórico son constitutivos de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancia estupefaciente (heroína) gravemente perjudicial para la salud, en cantidad de notoria

importancia, previsto y penado en los artículos 368 y 369.1.6ª del Código Penal, del que son responsable en calidad de coautores los acusados Esperanza Moreno Cortés, Rafael Fernández, Manuel Jiménez, Esperanza Rodríguez, Feridum Dikmen, Numan Turham, Stevo Milkovic y Erdem Vardar.

Ha de expresarse, ante todo, que, como es sabido, el artículo 368 del Código Penal es una norma penal en blanco, que ha de ser integrada para determinar qué sustancias tienen la consideración de drogas tóxicas o estupefacientes, por las listas incorporadas a la Convención única de las Naciones Unidas, ratificada por España por Instrumento de 3 de febrero de 1996, en las que la heroína aparece incluida bajo la consideración de aquellas que causan grave daño a la salud. Y dentro de las conductas o actividades que se consideran englobadas en del tipo objetivo de este delito – por ir encaminadas a promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas–, hay que considerar tanto la venta o donación, como el transporte o la tenencia preordenada al tráfico.

Por otra parte, a la vista de las cantidades de heroína ocupadas en ambas descritas ocasiones (13,353 y 30 kgs., respectivamente) procede la aplicación del subtipo agravado de **notoria importancia** del artículo 369.6ª del Código Penal, al exceder con mucho del límite de los 300 grs. fijado por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 19/Octubre2001 y asumido seguidamente por la STS de 12/Diciembre/2001.

Cuarto.- El examen y **valoración de la prueba** de la participación de dichos acusados en el delito descrito no puede hacerse sino conjuntamente con el dato de su **integración o no en organización delictiva**, bien entendido

que a Numan Turham no le aplica el Ministerio Fiscal la agravación específica del Art. 370.2º del CP.

De las conversaciones intervenidas se infiere palmariamente una estrecha interrelación de Esperanza, tanto con el proveedor Numan, cuanto con algunos de los demás acusados por separado, preordenada a la distribución de la droga proporcionada por el primero en su calidad de vendedor. La Sala no va a aislar o extrapolar el contenido de conversaciones determinadas por separado o aisladamente, toda vez que, sobre manejarse en ellas el lenguaje usualmente calificado de críptico o anfibológico, se cuidan bien, como no puede ser menos, de no hacer referencias concretas a personas o cosas, de modo que la mencionada preordenación a la actividad ilícita enjuiciada se extrae del examen y valoración del significado conjunto, sin perjuicio de considerar, naturalmente, el inexcusable razonamiento lógico inductivo a partir del hecho final del hallazgo de la droga. Sin embargo, de tales conversaciones señaladas por el Ministerio Fiscal y escuchadas en el plenario y de la investigación policial, extraemos los siguientes datos relevantes:

a) Con relación a la droga intervenida en Huelva el día 10/Julio/06: en las conversaciones 1 y 2 (27/Enero/06) Esperanza Moreno y Manuel J. hablan del viaje a Turquía; en vigilancia policial en el aeropuerto se observa el regreso de Turquía de Esperanza Moreno, Esperanza Rodríguez y Manuel Jiménez el día 1/Febrero/06; en otra vigilancia efectuada el día 3/Febrero/06 se determina una transferencia de 1.500 € de Manuel J. a Numan; en la conversación nº 5 (11/Febrero/06) Numan dice a Esperanza Moreno que llega el niño o el joven de 26 años; en la nº 6 (5/Julio/06) Numan dice a Manuel J. que se haga rápidamente con un teléfono nuevo por que "el amigo va a llegar a tu sitio"; de la conversación nº 10 (7/Julio/06) se infiere que Numan dice a Manuel J. que

busque un sitio para encontrarse con “el sobrino”; de la nº 15 y de vigilancias policiales se infiere que sobre las 10:30 horas Esperanza Moreno y Esperanza Rodríguez y Manuel Jiménez se reúnen con “el sobrino” junto al establecimiento “Hipercor”, de Huelva y viajan a bordo del vehículo Audi con matrícula 7160-BLP; a las 10:55, conversación (nº 12) entre Numan T., “Mr. Bean” o “Sobrino” y Esperanza Moreno, hablando sobre los envíos: 26, 34, 48, 50, 16 y de “cuatro cosas diferentes”; a las 14:01 Numan T., y “patrón” hablan del retraso del barco (nº 13); a las 14:04 Manuel Jiménez, Numan T. y “sobrino” hablan también del retraso del barco (nº 14); a las 15:27 Manuel J. dice a Numan que se van a casa por causa del retraso (nº 15); en un mensaje “SMS” Sahin comunica a Manuel J. que el barco atracará el domingo en Huelva, quedando a las 10:00 horas de la mañana; a las 9:02 horas (nº 17) Numan dice a Esperanza Moreno que mantenga abierta la línea telefónica para que pueda comunicar con ella el “sobrino; a la 10:42 horas (nº 18) en idioma turco un marinero turco llama a “Mr. Bean” y le cita junto al muelle del carbón del puerto de Huelva; a las 11:33 (nº 20) el marinero llama a Mr. Bean y le dice que “no entren dentro del puerto, los materiales están encima mía”; a las 11:41 (nº 21) Esperanza Moreno y Manuel J. hablar de ir a recoger a los novios, aunque Manuel todavía no los ve.

b) Con relación a la droga intervenida en Sevilla el día 18/Julio/06: a las 22:04 del día 10/Julio/06 (nº 23) Esperanza Moreno y Numan hablan de que aun no hay noticias y de que “más máximo fin de semana todo (...) 40, 34, 26, 23 (...) más todo para ti”; a las 16:57 del día 11/Julio/06 (nº 24) Numan dice a Esperanza Moreno que el próximo fin de semana llegarán “muchos niños” y de que “sobrino” contactará con Esperanza, y en las siguientes conversaciones se trata de la llegada de la droga a Sevilla.

Por otra parte, en su declaración en el Juzgado de Instrucción N° Cinco de Sevilla el 21/Julio/06 el acusado Stevo Milkovic admitió haber viajado en el ya mencionado vehículo Renault-Laguna transportando un paquete por encargo de un tal Milos Kosovar, para su entrega a otra persona en Sevilla, resultando de los seguimientos policiales que, en efecto, el día 18/Julio/06 Milkovic contactó en la c/ Luis Montoto, de Sevilla, con Feridun Dikmen, dirigiéndose luego ambos a la nave sita en el también mencionado polígono industrial de Sevilla, siendo Milkovic plenamente sabedor de la clase y naturaleza de la sustancia que contenían los paquetes transportados en su calidad la de mero recadero, correo o transportista de la droga.

En su declaración en fase instructora el 21/Julio/06 Manuel Jiménez, tras negar su relación con el tráfico de estupefacientes, admite haber alojado en su casa a Feridun desde que éste llegó a Sevilla el mismo mes de Julio y haberle servido de conductor “por encargo de una persona que su nombre no quiere decirlo”.

En su declaración en el Juzgado de Instrucción N° Dos de Moguer Erdem Vardar expresa que trajeron el paquete con droga a España para ser entregado en Huelva a un tal Leva, cosa que hizo tras haber sido amenazado por “la banda” de Estambul. Al tiempo de su detención le fue intervenida la tarjeta telefónica nº 905384279060, número a través del cual se puso en contacto con Feridun tras desembarcar. En su declaración en el JCI N° Cinco, el 6/Noviembre/06, Erdem identifica la voz de dicho Feridun como la de su comunicante “Leva” en la ocasión precitada, y admite que conocía que transportaba droga, aunque no concretamente heroína. Esta última afirmación no puede ser aceptada por la Sala en cuanto encierra lo que la

jurisprudencia denomina “desconocimiento culpable” de la naturaleza, clase y cantidad de lo transportado, cosa que tampoco es admisible a la luz de las ordinarias máximas de experiencia.

En sus respectivas declaraciones en el JCI N° Cinco, el 6/Noviembre/06, a) Feridum Dikmen manifestó que Manuel Jiménez, acompañado de dos mujeres, le visitó en Turquía en los primeros meses del mismo año 2006, así como que envió un paquete de pintura desde Turquía a Esperanza Moreno, que es una de las mujeres que estuvieron en dicho país, reconociendo las voces de Esperanza Moreno, Numan Turham y Manuel Jiménez Pérez como sus interlocutores en las conversaciones que se le pusieron de manifiesto en el antedicho acto; b) Esperanza Moreno admite haber visitado Turquía en compañía de Esperanza Rodríguez y Manuel Jiménez unos meses antes de su detención, habiéndose visto con un ciudadano turco “amigo de Manuel”; c) Manuel Jiménez admite haber viajado a Huelva con Feridum el mes de Junio.

Expuestos los precedentes datos fácticos extraídos de las diligencias de prueba practicadas, volvamos ahora sobre los que integran o caracterizan la agravación específica de referencia, que son los siguientes: a) existencia de una estructura más o menos formalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener finalmente la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido (SSTS de 1167/2004, de 22 de octubre y de 22 de febrero de 2006). Respecto a éste último punto como el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una

organización estable, siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una "empresa criminal" (Sentencias de 25 de mayo de 1997 y 10 de marzo de 2000). La existencia de una organización no depende del número de personas que la integran, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal (SSTS de 25 de mayo de 1997, 10 de marzo de 2000 y de 22 de febrero de 2006), bien entendido que para que se aprecie este subtipo agravado no es preciso que todos los implicados participen directamente en los actos de comercio o difusión de la droga.

Pues bien, en el caso de autos, la existencia de la estructura organizativa afirmada por el Ministerio Fiscal, no resulta inequívocamente demostrada. Propiamente, nos hallamos ante una actividad ilícita, en cuanto encaminada a la obtención y ulterior distribución o expendición de droga, en la que participa el acusado Numan T. en calidad de vendedor; Stevo M. y Erden V. como porteadores o "correos" desde fuera de España; Feridun D., como enlace de Numan T. con los compradores españoles, integrados estos en un grupo

familiar o cuasifamiliar compuesto por Esperanza Moreno, Esperanza Rodríguez, Rafael Fernández y Manuel Jiménez, que iban a ser los receptores de la droga tanto en Huelva como en Sevilla. Pero la interrelación entre los acusados del delito contra la salud pública no se halla jerarquizada ni estructurada, ni hay reparto de funciones ni centro de decisiones.

Finalmente, hemos de recordar que los acusados Esperanza Moreno, Rafael Fernández, Manuel Jiménez, Esperanza Rodríguez, Feridum Dikmen, Erden Vardar, Numan Turham y Stevo Milkovic hicieron uso en el plenario de su derecho a no contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal. Feridum tampoco declaró a presencia judicial en fase instructora.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas presentadas por la acusación, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria (STC 220/1998) o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado el acusado por guardar silencio.

En consecuencia, el Tribunal valora el silencio de los acusados silentes como corroboración de un hecho ya probado por otros cauces.

Quinto.- Sobre la imputación del delito de blanqueo de capitales.

Los hechos relatados por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones y calificados luego de delito de blanqueo de capitales imputado a Esperanza Moreno, Vanesa Fernández, Alfonso Ayala y Estrella M^a López, no son constitutivos de tal delito.

Con carácter general, ha de considerarse que el delito de blanqueo de capitales previsto y penado en el Art. 301 del CP guarda con el de receptación –del que es especie o conducta afín (Cap. IV (4º) del Tít. XIII (13º) del Libro II (2º) del CP)–, la similitud atinente a la exigencia de ausencia de participación del autor en el delito primigenio a título de autor ni de cómplice (Art. 298.1 CP). Se trata, pues, de un elemento negativo del tipo que permite su extensión sólo a sujetos que no hayan participado en el delito del que su imputación como receptadores o blanqueadores trae causa. *De darse una completa identidad entre la autoría del delito principal y el de blanqueo, nos hallaremos ante un autoencubrimiento impune.* (Vid., por todas, la STS 1584/01, de 18/septiembre).

Y la tesis sentada en las SSTS de 14/Abril/03 (nº 575), 22/Enero/07 (nº 115) y 23/Noviembre/07 (nº 959) es la de que *no es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, pues el Art. 368 del CP ya contempla actos de tráfico en los que van implícitas las ganancias, que en un afán de agotamiento del delito, el sujeto agente trata de aprovechar y ocultar. De otro modo, se incurriría en un bis in idem.* En fin, la jurisprudencia del TS insiste en que el autor del blanqueo sea ajeno al delito de que proceden los bienes. Ello significa, en definitiva y sin perjuicio de la posibilidad concursal de que seguidamente trataremos, que el imputado de blanqueo no puede ser considerado partícipe en una operación anterior de tráfico de estupefacientes, sujeta a diligencias judiciales o no, haya

recaído o no sentencia condenatoria por razón de la misma, o sea real o supuesta, policialmente investigada o no.

Por lo que hace a los hechos examinados, siendo obvio que las dos operaciones concretas objeto de autos fracasaron sin generar por ello ganancia alguna, debemos atenernos a la afirmación acusatoria relativa a *supuestas anteriores operaciones de comercialización de estupefacientes llevadas a cabo desde Julio/1999 hasta finales de Febrero/06 por Esperanza Moreno, Vanesa Fernández, Alfonso Ayala y Estrella M^a López*. Y, en tal sentido, por lo que se refiere a la admisibilidad del concurso tráfico de drogas-blanqueo, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 18Julio/06 ya acordó que el Art. 301 del CP *no excluye en todo caso, el concurso real con el delito antecedente*.

La STS de 1/Diciembre/06 acoge tal tesis y examina detalladamente el sustancial requisito de dicha modalidad concursal atinente a la *vinculación de la persona concernida con actividades de tráfico ilícito de estupefacientes, bien de una manera directa o a través de personas de su círculo más próximo*, vinculación que en el caso que dicha Sentencia contempla se reputa probada por razón de incrementos patrimoniales cuantiosos e injustificados cronológicamente coincidentes con recepciones anteriores de determinada mercancía importada de América, expresándose literalmente: *pues está acreditada la situación del recurrente en el interior de la red clandestina de importación de drogas y la coincidencia de fechas entre los envíos y el incremento del patrimonio*. Y se añade: *La valoración del Tribunal de instancia (...) aparece totalmente razonable y acorde con la exigencia de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano como establece el Art. 386 de la LECivil, en relación a las presunciones judiciales con aplicación de la prueba indiciaria. Se trata de un juicio lógico-inductivo que*

permite alcanzar el juicio de certeza expuesto con el estándar exigible de “certeza más allá de toda duda razonable”(...).

Pero no acaece lo mismo en el caso aquí examinado. En lo actuado no aparece mínimamente acreditada actividad anterior de los acusados relacionada con el tráfico de sustancias estupefacientes. El Ministerio Fiscal se limita a las expresiones referidas, sin precisión alguna en orden a la identificación, siquiera aproximada, de las pretendidas operaciones anteriores de tráfico de estupefacientes origen del dinero que se pretende blanqueado. Y debemos recordar que el Ministerio Fiscal no formuló pregunta alguna a funcionarios policiales ni a acusados respecto de dichas afirmadas operaciones anteriores, limitándose a incidir en la capacidad patrimonial actual de dichos acusados, si bien la Sala reconoce las dificultades acusatorias en el aludido respecto en cuanto los acusados no tienen siquiera antecedentes policiales.

Contamos únicamente con afirmaciones policiales no sostenidas a lo largo de autos. No consta en el atestado – hemos de repetirlo– dato alguno que permita a la Sala saber siquiera por aproximación algún detalle de tales afirmadas precedentes operaciones de tráfico de cocaína, como, por ejemplo y al menos –a falta de consignación de hechos relevantes ejecutados por los sospechosos–, las unidades policiales investigadoras, las específicas investigaciones llevadas a cabo, su resultado, y si las mismas desembocaron o no en algún proceso penal. Nada consta de ello en autos. Y la Sala no puede sustentar una grave condena en meras afirmaciones o sospechas policiales que podemos considerar no fundadas, tanto menos en el caso de la acusada Sra. López Cañete, cuya afirmada participación en las actividades sospechadamente blanqueadoras de la Sra.

Moreno Cortés queda huérfana del mínimo indicio, no pudiendo calificarse sino de lícitas las relaciones negociales entre ambas.

Es claro, en suma, que si falta la premisa mayor del silogismo, esto, es, la prueba –sea plena o indiciaria– de precedentes operaciones de tráfico ilícito de cocaína, huelga cualquier consideración en torno al acervo patrimonial de los acusados, acervo cuyo origen, pues, ha de presumirse lícito a los efectos que venimos examinando.

En fin, procede un pronunciamiento absolutorio de Esperanza Moreno, Vanesa Fernández, Alfonso Ayala y Estrella M^a López respecto del delito de blanqueo de capitales asimismo objeto de la acusación pública.

Ello basta para declarar la exención de responsabilidad criminal de los precitados acusados por razón de la pretendida comisión del delito de blanqueo de capitales.

Sexto.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

A) En la realización del expresado delito concurre para Erden Vardar la circunstancia atenuante simple analógica de la responsabilidad criminal de confesión de la infracción del artículo 21.6^a en relación con el 21.4^a del CP, como muy cualificada, dado que reconoció su participación en los hechos ya desde el momento de su detención y reiteró posteriormente en autos el relato de hechos en lo atinente a su participación, favoreciendo así la investigación e instrucción.

La atenuante analógica debe apreciarse en atención a la concurrencia de las mismas o similares razones de

atenuación en relación con las atenuantes expresamente contempladas en el artículo 21 del Código Penal, pero no permite construir atenuantes incompletas cuando falten los requisitos que se exigen por la Ley. En alguna sentencia (STS nº 1060/2004, de 4/Octubre) se ha recogido una aparente ampliación de esta idea, al señalar que "la Jurisprudencia más moderna entiende que la analogía requerida en el artículo 21.6ª CP no es preciso que se refiera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el mismo (como se venía exigiendo tradicionalmente), sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal (SSTS, entre otras, de 27 de mayo de 2002 o 1006/2003)". Aunque en realidad, esa idea básica del sistema venga a manifestarse en las atenuantes expresamente contempladas en la Ley.

Por otra parte, se ha apreciado la atenuación analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. Así, en STS 809/2004, de 23 junio se decía que "esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito" (SSTS 213/2007, de 15 de marzo, de 21 de diciembre de 2006 y de 3 de noviembre de 2006).

B) En cuanto a la pretendida concurrencia de “las circunstancias atenuantes previstas en los Arts. 21.1 (en relación con el Art. 20.3), 21.2 y 21.3”, tal como interesa la defensa de Erden Vardar, baste decir que en parte alguna de lo actuado consta mínimamente determinada la calidad de drogodependiente de dicho acusado, de modo que carecemos de la base fáctica imprescindible para la aplicación de tales atenuaciones.

C) La defensa de Manuel Jiménez interesa la aplicación de “la circunstancia eximente nº 1º del Art. 21 en relación con los números 1 y 2 del Art. 20”. Como en el caso anterior, no cuenta la Sala con otros datos en que sustentar dicha circunstancia que no sean aquellos de que dispusieron los Dres. Losada y Varas para concluir en el diagnóstico de “labilidad emocional”, a todas luces insuficiente para considerar ajustada la aplicación de eximente ni atenuante asentada en la drogodependencia del mencionado acusado.

D) Finalmente, en cuanto a las dilaciones indebidas denunciadas asimismo por la defensa de Manuel Jiménez, ha de recordarse que son varios los elementos a considerar para apreciar o no la existencia de dilaciones indebidas en su operatividad atenuante. Así, esta Sala ha tenido en cuenta los siguientes: a) la naturaleza y circunstancias del proceso, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los procesos con esas características; c) la conducta procesal de las partes, en este caso las defensas de los acusados, de modo que no se les pueda imputar el retraso; y d) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso (STS de 11 de enero de 2008).

El término *dilaciones indebidas* hace referencia a un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de un contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos derivados de la naturaleza y circunstancias del litigio. Para ello habrá que entrar a valorar la conducta procesal de los demandantes, la actuación del órgano jurisdiccional y los medios disponibles.

En el supuesto que examinamos, se debe tener en cuenta la complejidad de la causa, su volumen, los numerosos acusados y los múltiples recursos interpuestos, las nuevas designaciones de Letrados, las dificultades para los sucesivos señalamientos del juicio, sin que se constate que hayan existido tiempos sin actividad procesal propiamente dicha. Además, las defensas no indican en que ha consistido ese retraso indebido o innecesario en la tramitación de la causa, limitándose a mencionar de manera genérica dilaciones padecidas en la instrucción del procedimiento, si bien pese a tal ausencia de concreción, la Sala no ha advertido demoras injustificadas en la tramitación de los autos tras el examen de los mismos.

A ello hemos de añadir la omisión por la defensa solicitante de la mención de las vicisitudes cronológicas de los autos de las que pudiera desprenderse alguna demora injustificada en la tramitación de aquéllos. Tampoco aquí puede aceptar la Sala indicaciones de tipo general que no permitan o faciliten el examen de las pretendidas disfunciones temporales, que en lo examinado de oficio no se han advertido, como queda dicho. En fin, no puede apreciarse la existencia de dilaciones indebidas que sean imputables a la actuación de los órganos jurisdiccionales.

Séptimo.- Individualización de la pena. Penas accesorias.

El artículo 368 del Código Penal en su segundo inciso castiga “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 las posean con aquellos fines, con la pena de prisión de tres a nueve años de prisión y multa del tanto al triplo del valor de la droga, si se trata de sustancias o productos que causan grave daño a la salud”, como es el caso.

El artículo 369.1.6ª del propio CP impone las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando “fuere de notoria importancia la cantidad de las sustancias objeto de las conductas a las que se refiere el artículo anterior”, como igualmente sucede en el caso que nos ocupa, al rebasar ampliamente la cantidad de sustancia intervenida el umbral de lo que la doctrina jurisprudencial denomina “notoria importancia” que en sustancias como el hachís y sus derivados se fija en el umbral de 300 grs., de acuerdo con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, garantizando así la uniformidad en la aplicación del subtipo agravado, como queda dicho. (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 19/Octubre2001 y STS de 12/Diciembre/2001).

Por todo ello, teniendo en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal aplicables, las agravaciones específicas, las circunstancias personales de los delincuentes, la gravedad de los hechos y el grado de participación de los mismos, su carencia de antecedentes penales y visto, en fin, lo dispuesto en el Art. 66.2ª procede la imposición de las siguientes penas:

A todos los acusados del delito contra la salud pública, excepto a Erden Vardar y a Stevo Milkovic, no concurriendo circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal (Art. 66.6ª), la pena, para cada uno de ellos, de prisión superior en grado a la de tres a nueve años (Art. 369.1.6ª), siendo esta última la de 9 años a 13 años y 6 meses, estimando la Sala precedente la de once años y tres meses.

Al acusado Erden Vardar, se le ha apreciado la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de confesión del artículo 21.6ª del Código Penal, como muy cualificada, por lo que a tenor de lo dispuesto en artículo 66.1.2ª del CP se aplicará la pena inferior en un grado a la establecida por la ley, siendo procedente en este caso la imposición de la pena inferior en grado a la de 9 años a 13 años y seis meses, estimándose procedente la imposición de la pena de seis años de prisión..

Respecto del acusado Stevo Milkovic ha de considerarse su participación únicamente en la operación de Sevilla, por lo que procede la imposición de la pena de nueve años y tres meses de prisión.

En cuanto a las penas de multa, procede diferenciar la diversa participación de los acusados en los hechos enjuiciados, siendo así que Stevo Milkovic únicamente participó en la operación de Sevilla y Erden Vardar en la de Huelva.

Asimismo, procede imponer a tenor de lo dispuesto en el artículo 56.1.2º del Código Penal, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a cada uno de los acusados.

Octavo.- Comiso.

El Ministerio Fiscal ha solicitado el comiso de la droga, objetos, bienes y dinero intervenidos y de los fondos bloqueados, a los que deberá darse el destino legal.

A tenor de lo dispuesto en 127 y 374 Procede el comiso y destrucción de la totalidad de la sustancia estupefaciente incautada en las presentes actuaciones, así como el decomiso del vehículo Renault Laguna, matrícula croata OS-165-GB, utilizado por Stevo Milkovic para el transporte de la heroína, así como los teléfonos móviles y demás efectos relacionados con la actividad delictiva que portaban los ahora condenados en el momento de su detención o que fueron hallados en sus domicilios.

Noveno.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 239 y 240 de la LECrim y 123 del Código Penal las costas procesales causadas han de imponerse a los responsables de todo delito o falta.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás aplicables,

FALLAMOS

1).- **Absolvemos a Esperanza Moreno Cortés, Vanesa Fernández Moreno, Alfonso Ayala Silva y Estrella M^a López Cañete** del delito de blanqueo de capitales de que venían acusados por el Ministerio Fiscal, con los demás pronunciamientos favorables inherentes a tal absolución, declarando de oficio el pago de las costas.

2).- **Condenamos a Esperanza Moreno Cortés, Rafael Fernández de los Santos, Manuel Jiménez Pérez, Esperanza Rodríguez Santana, Numan Turham y Feridum Dikmen**, en calidad de coautores del delito contra la salud pública precedentemente definido, no concurriendo circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno de ellos, de **once años y tres meses de prisión**, multa de 4.152.417 €, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y pago de costas.

3).- **Condenamos a Erden Vardar**, en calidad de autor del delito contra la salud pública precedentemente descrito, concurriendo como muy cualificada la circunstancia atenuante de confesión de la infracción, igualmente referida, a la pena de **seis años de prisión**, multa de 1.298.865 €, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, caso de ostentarlo, y pago de costas.

4).- **Condenamos a Stevo Milkovic**, en calidad de autor del delito contra la salud pública precedentemente descrito, a la pena de **nueve años y tres meses de prisión**, multa de 2.853.552 €, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y pago de costas.

Se decreta el **comiso y destrucción** de la totalidad de la droga ocupada en las presentes actuaciones, así como de los demás bienes y efectos a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico Decimotercero de la presente resolución, no procediendo el comiso del resto de los vehículos, camiones, remolques, y embarcaciones reseñados en el apartado primero del escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

A los condenados les será de abono el tiempo que hayan estado privados provisionalmente de libertad por esta causa desde el día de su detención, siempre que no les haya sido ya abonado, lo que se certificará en fase ejecutoria.

Se decreta el levantamiento de cualesquiera medidas cautelares reales o personales que pudieran existir sobre los acusados que han resultado absueltos del delito de blanqueo de capitales.

Así por esta Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y será notificada a las partes con la prevención de no ser firme y cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados de la Sala.- Doy fe.

E/

PUBLICACIÓN. En Madrid, a 1/Diciembre/09.

Leída y publicada que ha sido la anterior Sentencia, en la forma de costumbre, siendo Ponente el Magistrado Sr. Ruiz Polanco.- Doy fe.