

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
LAS PALMAS**
-Sección Sexta-

SENTENCIA

ROLLO: 5/06
Única Instancia

Juzgado de Instrucción núm. TRES de Las Palmas de G.C.
SUMARIO: nº 4/06

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

Doña Oliva Morillo Ballesteros

Magistrados:

D. Emilio J.J. Moya Valdés

Don José Luis Goizueta Adame

En Las Palmas de Gran Canaria, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve.

Vista en Juicio oral y público ante esta Audiencia Provincial, Sección Sexta, la causa procedente del Juzgado de Instrucción núm. TRES de esta capital, seguida por delito contra la salud pública, contra:

- **NICASIO PERDOMO SANTANA, alias “el viejo”** con DNI 31.384.080, hijo de Manuel y de Feliciano y nacido el 23/05/1946, natural de La Oliva, y vecino de calle 15 de noviembre nº 148 - Las Palmas, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Doña Petra Ramos Pérez y defendido por el Letrado Don Vicente Flores Guerra.

- **MARGARITA ILUMINADA MORALES PÉREZ**, con DNI 42735478, hija de Higinio y de María y nacida el 26/11/1954, natural de La Oliva, y vecina de calle 15 de noviembre n° 148 - Las Palmas, con instrucción, sin antecedentes penales, privada de libertad por esta causa desde 13 de octubre de 2005 al 2 de mayo de 2007, representada por la Procuradora Doña Petra Ramos Pérez y defendida por el Letrado Don Vicente Flores Guerra.

- **VICTOR ALECHNIKOV**, hijo de Iván y Nadia y nacido el 22/10/1958, natural de Rusia y vecino de buque IVY-I, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Dña Mónica Soria Sanz y defendido por la Letrada Doña María del Pino López Acosta.

- **ALIMBEK TELIBAEV**, hijo de Mirza Murat y de Ekaterina y nacido el 28/11/1959, natural de Rusia, y vecino de buque IVY-I, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Doña Ana María Guzmán Fabra y defendido por el Letrado D. José Luis González Sánchez.

- **VICTOR TIKHONOV**, hijo de Sergey y de Valentina y nacido el 12/09/1963, natural de Rusia, y vecino de buque IVY-I, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Doña Ana Isabel Santana Grimm y defendido por la Letrada Dña. María del Carmen Orihuela Santana.

- **IGOR PETROV**, hijo de Víctor y de Larisa y nacido el 8/06/1964, natural de Lituania, y vecino de buque IVY-I, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Doña Ana Isabel Santana Grimm y defendido por la Letrada Doña María del Carmen Orihuela Santana.

- **GHEORGE NACU**, hijo de Constantin y de Ioana y nacido el 12/09/1963, natural de Tulcea (Rumania), y vecino de buque IVY I, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 13/10/2005, representado por el Procurador Don Jaime Enríquez Sánchez y defendido por la Letrada Doña Alina Elena Ramaru.

- **MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ**, con Pasaporte 10.982.074-1, hijo de Emiliano y de Leonor del Carmen y nacido el 26/05/1968, natural de Chile, y

vecino de buque IVY-I, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Doña Petra Ramos Pérez y defendido por el Letrado Don Adolfo Rodríguez Aguilera.

- **VÍCTOR BAKHAREV**, con carta de marino nº 0063008, hijo de Nicolai y de Olga y nacido el 1/03/1950, natural de Rusia, y vecino de buque IVY-I, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Doña Ana Isabel Santana Grimm y defendido por la Letrada Doña María del Carmen Orihuela Santana.

- **PAVEL KULBIDA**, hijo de Alexandro y de Efinia y nacido el 11/03/1972, natural de Rusia, y vecino de Segremost (Rusia), con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Doña Petra Ramos Pérez y defendido por el Letrado Don Adolfo Rodríguez Aguilera.

- **PAUL SIMPI**, con pasaporte nº H0324959 hijo de Joseph y de Lydia y nacido el 18/11/1960, natural de Ghana, y vecino de barco IVY-I, con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Doña Ana Isabel Santana Grimm y defendido por la Letrada Doña María del Carmen Orihuela Santana.

- **WALDO PINO DIÉGUEZ**, DNI 2.913.659-L, hijo de Oswaldo y de Manuela y nacido el 24/04/1970, natural de Port Chester (EEUU), y vecino de calle Dolores Ibarruri 16- Leganés , con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 15/10/2005, representado por la Procuradora Doña Lydia Esther Ramírez González y defendido por el Letrado Don José Miguel Garrido Maestre.

- **MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA**, conocido por “**CACHI**”, NIE X00858946-B, hijo de Manuel y de Marta y nacido el 30/09/1964, natural de Mendoza (Argentina), y vecino de Calle las Encinas, 3,7-G, Santa Brígida (Las Palmas), con instrucción, sin antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 15/10/2005, representado por la Procuradora Doña Lydia E. Ramírez González y defendido por el Letrado Don Javier Monzón García.

- **ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA**, alias “**gordo**” con NIE X1739947-C, hijo de Iván y de Luciola y nacido el 30/07/1965, natural de Pereira (Colombia), y vecino de Avenida del Euro nº 68,3º derecha de Madrid, con instrucción, sin

antecedentes penales, privado de libertad, por esta causa desde 13/10/2005, representado por la Procuradora Dña Lydia Esther Ramírez González y defendido por el Letrado Don Jacinto Romera Martínez.

En la presente causa han sido parte el Ministerio Fiscal y dichos acusados, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio J.J. Moya Valdés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de:

A- Un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA MODALIDAD DE SUSTANCIA QUE CAUSA GRAVE DAÑO A LA SALUD, de conformidad con los artículos 368, 369.1.2ª y 6ª, 370.3º extrema gravedad y 374 del Código Penal y

B- Un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA MODALIDAD DE SUSTANCIA QUE CAUSA GRAVE DAÑO A LA SALUD, de conformidad con los artículos 368, 369.1.6ª y 374 del Código Penal.

Estimando que son autores:

- Del delito del apartado A) los procesados NICASIO PERDOMO SANTANA, WALDO PINO DIÉGUEZ, y VÍCTOR ALECHNIKOV a tenor de los artículos 27 y 28 del propio texto punitivo y

- Del delito del apartado B) los procesados MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, ALIMBEK TELIVAEV, VICTOR TIKHONOV, GHEORGE NACU, IGOR PETROV, MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ, VICTOR BAKHAREV, PAVEL KULBIDA y PAUL SIMPI.

Asimismo estimó que es cómplice del delito del apartado B) la procesada MARGARITA ILUMINADA MORALES PÉREZ, a tenor de los artículos 27, 28 y 29 de Código Penal.

Concurriendo respecto a todos los procesados la circunstancia atenuante analógica modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas conforme al artículo 21.6ª del Código Penal, interesando el Ministerio Fiscal se impongan a los acusados, las siguientes penas:

- A **WALDO PINO DIÉGUEZ y VICTOR ALECHNIKOV** la pena de 13 AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, multa de 300.000.000 € e inhabilitación absoluta por igual período.

- Al acusado **NICASIO PERDOMO SANTANA** la pena de 13 AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, multa de 300.000.000 €, inhabilitación absoluta por igual período, e inhabilitación especial para el desarrollo de actividades empresariales relacionadas con el transporte marítimo por 10 años.

- A los acusados **ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA y MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA** la pena de 11 AÑOS DE PRISIÓN, multa de 300.000.000 € e inhabilitación absoluta por igual período.

- A los acusados **ALIMBEK TELIVAEV, VÍCTOR TIKHONOV, GHEORGE NACU, IGOR PETROV, MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ, VÍCTOR BAKHAREV, PAVEL KULBIDA y PAUL SIMPI** la pena de 9 AÑOS DE PRISIÓN, multa de 102.000.000 € e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual período.

- A la acusada **MARGARITA ILUMINADA MORALES PÉREZ** la pena de 4 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN, multa de 102.000.000 € e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual período.

También interesó se acordara el COMISO del buque IVI-1, de la droga, del dinero, incluido el incautado a Victor Alechnikov, vehículos, fincas y bienes referenciados en la conclusión primera de su escrito de calificación, así como costas por 1/14 partes y comiso de bienes de valor equivalente, conforme al art. 127 del CP.

SEGUNDO: La defensa del procesado NICASIO PERDOMO en sus conclusiones definitivas alegó los siguientes motivos de nulidad de las actuaciones y de prueba:

- nulidad de actuaciones procesales realizadas desde que se planteara por esta representación como artículo de previo pronunciamiento la declinatoria de jurisdicción
- nulidad de intervenciones telefónicas, así como
- nulidad de las intervenciones telefónicas que tienen su origen y obtención a través del sistema de barrido de frecuencias,
- nulidad de la aprehensión del barco IVY-1, su abordaje, su registro y

- todo lo obtenido en el mismo,
- nulidad de los informes periciales,
- nulidad de actuaciones al no haberse practicado la prueba propuesta por esta parte en tiempo y forma

También se alega, alternativamente que no corresponde imponer pena de multa al no constar en la causa Informe de Valoración de la supuesta droga y tampoco corresponde el comiso de bien alguno a su representado, estimando que existe la circunstancia atenuante muy cualificada analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6º del CP, alegando que no existe prueba de la participación de su defendido en los hechos que se le imputan y solicitando su libre absolución.

TERCERO: La defensa de la procesada MARGARITA ILUMINADA MORALES PÉREZ, en sus conclusiones definitivas, alegó los siguientes motivos de nulidad de las actuaciones:

- nulidad de intervenciones telefónicas, así como
- nulidad de los informes periciales,

También se alega, alternativamente que no corresponde imponer pena de multa al no constar en la causa Informe de Valoración de la supuesta droga y tampoco corresponde el comiso de bien alguno a su representada, estimando que existe la circunstancia atenuante muy cualificada analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6º del CP, alegando que no existe prueba de la participación de su defendida en los hechos que se le imputan y solicitando su libre absolución.

CUATRO: La defensa de ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, en sus conclusiones definitivas interesó la nulidad de las intervenciones telefónicas, así como de las actuaciones al no haberse resuelto (salvo error) los recursos de apelación contra el auto de procesamiento, estimando que existe la circunstancia atenuante muy cualificada analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6º del CP solicitando la libre absolución de su patrocinado.

QUINTO: La defensa de MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ solicitó la nulidad del abordaje y apresamiento del buque IVY-1, ilicitud de la detención y arresto de su representado, nulidad de la diligencia de registro y/o inspección e incautación de sustancias de fecha 20 de diciembre de 2005, estimando que existe la circunstancia atenuante muy cualificada analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6º del CP, solicitando la libre absolución de su patrocinado.

SEXTO: La defensa de PAVEL KULBIDA solicitó la nulidad del abordaje y apresamiento del buque IVY-1, ilicitud de la detención y arresto de su representado, nulidad de la diligencia de registro y/o inspección e incautación de sustancias de fecha 20 de diciembre de 2005, estimando que existe la circunstancia atenuante muy cualificada analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6º del CP, solicitando la libre absolución de su patrocinado.

SÉPTIMO: La defensa de GHEORGE NACU mostró su desacuerdo con la calificación del Ministerio Fiscal, estimando de forma alternativa que concurre la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal prevista en el apartado 20,7º del Código Penal y también alternativamente solicitó la aplicación de la circunstancia atenuante muy cualificada analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6º del CP, solicitando la libre absolución de su patrocinado.

OCTAVO: Las respectivas defensas de los procesados VÍCTOR ALECHNIKOV y MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, si bien elevaron sus conclusiones a definitivas, solicitaron la nulidad del acto de la vista oral al alegar indefensión por la vulneración del derecho a la libre elección del abogado.

NOVENO: Por último, la defensa del procesado WALDO PINO DIÉGUEZ, la del procesado ALIMBEK TELIVAEV y la de los procesados VÍCTOR TIKHONOV, IGOR PETROV, VICTOR BAKHAREV y PAUL SIMPI, interesaron la libre absolución de sus respectivos defendidos al no existir prueba que los implique en los hechos que se les imputan.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Probado y así se declara que a lo largo de los años 2004 y 2005 se vino en conocimiento por parte del Grupo I de la UDYCO de la BPPJ de Las Palmas, en colaboración con la UDYCO Central, de la preparación por un grupo de personas de una operación para importar a España, al parecer a Gran Canaria, una gran cantidad de cocaína que habría de ser entregada o trasbordada en aguas internacionales y desde allí, desembarcada en la mencionada isla. WALDO PINO DIÉGUEZ contactaba con los proveedores de la droga y contactaba con el armador NICASIO PERDOMO SANTANA, alias “*el Viejo*” a través de ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, “*alias el Gordo*” y MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, “*alias Cachi*”, quienes también se encargaban de formalizar pagos y, entre otras funciones, transmitir la información al resto de partícipes. Así WALDO PINO

contactó con el procesado NICASIO PERDOMO SANTANA, alias “*el Viejo*”, para utilizar la embarcación IVY-1 de la que éste era armador para la realización de recepción y transporte de la cocaína.

SEGUNDO: Son numerosos los contactos o reuniones entre los implicados, ya en Madrid a donde se desplaza Nicasio para contactar con otros implicados o *Cachi* para ver a Waldo; o en Gran Canaria, a donde se desplaza “*el Gordo*” por orden de Waldo, para reunirse con otros procesados, o Waldo, ya en el Sur o ya en las inmediaciones del Centro Comercial Alcampo de Telde. En un caso Waldo Pino manda a Gran Canaria a Eduardo Holguín con 3.000 euros, para que se los entregue a *Cachi*, y este a su vez al armador Nicasio Perdomo, como efectivamente ocurrió, en pago de sus servicios y sin perjuicio lógicamente de otras cantidades. Son reuniones y contactos con el fin de preparar la carga de la cocaína en el barco.

TERCERO: Sobre las 5.30 horas del día 13 de octubre de 2005 miembros del Cuerpo Nacional de Policía y del Servicio de Vigilancia Aduanera procedieron al abordaje y posterior aprehensión de la embarcación IVI-1, momento en el que el buque no enarbolaba pabellón alguno, cuando se encontraba en aguas internacionales (coordenadas 31° 44’ Latitud Norte y 18° 55’ Longitud Oeste), incautándose 108 fardos de cocaína. Las citadas coordenadas habían sido proporcionadas al capitán del buque por NICASIO PERDOMO, y a éste por MANUEL EDGARDO CASTRO, al que se las habían facilitado WALDO PINO.

A bordo de la embarcación se encontraban los procesados VÍCTOR ALECHNIKOV, ALIMBEK TELIVAEV, VICTOR TIKHONOV, GHEORGE NACU, IGOR PETROV, MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ, VICTOR BAKHAREV, PAVEL KULBIDA y PAUL SIMPI.

VÍCTOR ALECHNIKOV es el Capitán del buque que en todo momento estaba en contacto con el armador Nicasio Perdomo y que con pleno conocimiento, ordenó a la tripulación que cargara los sacos. Sin embargo, no se ha acreditado que los marineros ALIMBEK TELIVAEV, VICTOR TIKHONOV, GHEORGE NACU, IGOR PETROV, MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ, VICTOR BAKHAREV, PAVEL KULBIDA y PAUL SIMPI que cargaron los 108 fardos desde un buque pesquero nodriza al IVY-1 por orden del Capitán, tuvieren conocimiento del contenido de los sacos, ni participaren en los hechos de otra forma.

CUARTO: La sustancia aprehendida resultó ser cocaína con un peso de 2.722,6 kilogramos con riqueza del 75 % y 4,5 kilogramos con riqueza del 76,47 %. Su

valor en el mercado ilícito alcanza un valor de 101.794.603 €.

QUINTO: El día 13 de octubre de 2005 se procedió a la detención de WALDO PINO DIÉGUEZ interviniéndole 1.705 € y 8 terminales de telefonía marcados y algunos de ellos con la batería fuera para evitar la captura del IMSI, y en su domicilio habitual sito en la C/ Dolores Ibarruri 16 de Leganés en Madrid, tras registro judicialmente habilitado al efecto, se incautaron otros 12 teléfonos móviles, un equipo de transmisión radiofónica, y 7.800 €. Además es propietario de la motocicleta con placas 9614-CDW.

El propio día 13 fue detenido ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, “*alias el Gordo*” quien ostenta la propiedad de los vehículos Renault Megane M-8538-VU, Audi 3 8300-DJB, y Audi 3 1544-BZS.

Este mismo día fue detenido MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, “*alias Cachi*”, al que se le incautaron 2 terminales de telefonía móvil y 120.515 € procedentes de su participación en el ilícito descrito.

SEXTO: NICASIO PERDOMO fue detenido el mismo día de la aprehensión siéndole incautados 80 € y 3 terminales de telefonía móvil. Con posterioridad, tras registro en su domicilio sito en C/ 15 de Noviembre 148 1 en Las Palmas de GC se incautaron a NICASIO PERDOMO 31.135 € y otros 9 terminales de telefonía móvil.

Fruto de la ilícita actividad descrita, cuando no utilizados en el desarrollo de la misma, NICASIO PERDOMO SANTANA, de forma directa o a nombre de la sociedad Transportes Marítimos Perdomo Santana, es propietario de los vehículos Seat Inca 0144-BPX, Peugeot 307 6304-CWW, Hyundai Matrix 3123-CXJ, Toyota Rav-4 7137-CXM, Mercedes Benz 8072-BCD Renault Megane 5600-CYJ, Mercedes SLK 6497-DCV, Mercedes 2067-CPR.

Igualmente NICASIO PERDOMO ostenta la titularidad de las siguientes fincas: 14.791-N (Registro de la Propiedad 2 de LPGC); 12.717, 12.715 y 12.075 (Registro de la Propiedad 6 de LPGC); 5.523 y 23.977 (Registro de la Propiedad 1 de Puerto del Rosario Fuerteventura); 17.478 (Registro de la Propiedad 1 de Puerto del Rosario Fuerteventura).

Nicasio Perdomo y su esposa Margarita Iluminada Pérez poseen fondos de inversión en el BBVA por importe de 1.229,46 €.

SÉPTIMO: A VICTOR ALECHNIKOV le fueron incautados a bordo del buque más de 49.000 €.

OCTAVO: No se ha acreditado que la procesada MARGARITA ILUMINADA MORALES PÉREZ haya participado en los ilícitos manejos de su marido Nicasio Perdomo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Antes de entrar en el fondo del asunto, las defensas plantearon una serie de cuestiones que van desde la petición de suspensión del procedimiento hasta la alegación de nulidad por diferentes causas que debemos examinar previamente, si bien debemos hacer constar dos hechos que nos ayudarán a entender no sólo el planteamiento de las cuestiones previas alegadas por las defensas, sino también a valorar las resoluciones del Tribunal, uno es que la prisión preventiva de los procesados vence el próximo día 8 de octubre y otro que las intervenciones telefónicas son fundamentales como medio de prueba para el descubrimiento del delito (la policía supo las coordenadas de lugar donde se produciría el trasvase de la droga de una barco pesquero nodriza al IVY-1 a través de los teléfonos intervenidos) y delimitar las responsabilidades de cada procesado, dicho lo cual, sin más, vamos a analizar cada una de las cuestiones planteadas por el orden que se han expuesto en los antecedentes de hecho, anticipando que tras la oportuna deliberación, el Tribunal va a rechazar todas y cada una de ellas, por estimarlas infundadas, dicho sea con el máximo de los respetos a las defensas. En primer lugar, por la defensa del procesado NICASIO PERDOMO se interesó la nulidad de actuaciones desde que se planteó la declinatoria de jurisdicción, al no haberse suspendido el procedimiento desde tal momento. En puridad, entendemos que quiso decir, desde que se desestimó la declinatoria de jurisdicción, pues al escrito que planteó la cuestión se le dio el trámite oportuno, por lo que la cuestión a dilucidar estriba en si la desestimación de la declinatoria de jurisdicción alegada como artículo de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario, suspende o no la tramitación de la causa; y la Sala, como ya resolviera por auto de 9 de septiembre de 2009 que no podemos dejar de reproducir, se pronunció en sentido negativo, básicamente porque no es *“aplicable al caso que examinamos el artículo 24 de la LECr. [citado por la defensa], ello porque el mismo viene referido a la fase procesal de conclusión del sumario, habiéndose planteado la declinatoria de jurisdicción como artículo de previo pronunciamiento y por tanto en el tramite de calificación, abierto el juicio oral. Siendo de aplicación, por tanto, en materia de recursos, el artículo 676 de la LECr en el que se determina que el auto que desestima la declinatoria es irrecurrible, como posteriormente examinaremos, por lo que al no ser el auto*

desestimando la declinatoria susceptible de recurso alguno, no existe motivo que impida el inicio de las sesiones del juicio oral, desestimándose en consecuencia la nulidad del auto de señalamiento de juicio oral". En la citada resolución se citó y aquí se reitera el auto del TS 430/07 de fecha 28 de febrero de 2007 y la sentencia 174/09 de fecha 24 de febrero de 2009 que se refieren a la no recurribilidad del auto que desestima la declinatoria planteada como artículo de previo y especial pronunciamiento. Por tanto, esta cuestión previa planteada, por cierto, en contra de lo establecido en el primer párrafo del art. 678 de la LECr. in fine ("Las partes podrán reproducir en el juicio oral, como medios de defensa, las cuestiones previas que se hubiesen desestimado, excepto la de declinatoria"), debe rechazarse.

SEGUNDO: El Ministerio Fiscal ejercita la acción penal contra los acusados por diferentes delitos, y siendo que la averiguación de los mismos se debe a una larga y prolija investigación policial, basada fundamentalmente en escuchas telefónicas, ante el alegato de las defensas de los procesados NICASIO PERDOMO y de ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, alias "gordo" consistente en la nulidad de las intervenciones telefónicas, debe de procederse al estudio de la idoneidad y validez de las citadas escuchas. La defensa del primeramente citado, en su escrito de conclusiones definitivas solicita *"la nulidad de las intervenciones telefónicas que tienen su origen en el auto del Juzgado de Instrucción n° 3 de Las Palmas de G.C. de fecha 3 de agosto de 2004 por vulneración de la legalidad constitucional (art. 18,3) por falta de motivación, de proporcionalidad de la medida y de su necesidad, así como inexistencia de indicios delictivos y de control judicial"*. Asimismo alega que *"el oficio que la policía remite al Juzgado pidiendo las intervenciones telefónicas (folios 1 a 5) no va acompañado de la supuesta conversación telefónica que dio origen a ese fundamento de derecho Tercero del Juzgado de Instrucción, esto es, la conversación transcrita entre Antón y Jercy Czerwoniec"*, alegando que de la citada conversación nada se dice que haga pensar, ya sea de manera indiciaria, que se está hablando de algo ilícito. Por su parte, la defensa del procesado Holguín Correa alega la nulidad de las iniciales intervenciones de teléfonos, que se hacen sin el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, que el auto no está suficientemente motivado, que nunca se le han puesto de manifiesto para ver si las reconoce o reconoce su voz. Refirámonos, por tanto, a la validez de los autos de 3 de agosto de 2004, que es el primero que acuerda intervenciones telefónicas, después del auto de incoación de previas por el que se inicial las actuaciones, y al de 2 de octubre de 2004 por el que se decreta, entre otros, la intervención del procesado Nicasio Perdomo, así como a los que acuerdan las prórrogas de las intervenciones y otros que acuerdan la intervención de nuevos teléfonos. La cuestión estriba en determinar si tales autos reúnen las condiciones de idoneidad para su validez, es decir, aptos para decretar la intervención y escucha de los terminales telefónicos.

El bien constitucionalmente protegido es el derecho de los titulares de la línea telefónica a mantener el carácter reservado de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida por el medio. El citado artículo 18.3 de la Constitución dispone que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” que deberá revestir forma de auto (SSTC 166/1999, 202/2001 y 167/2002, y STS 1191/2004, de 21 de octubre). El auto en cuestión, como lo que es, es una resolución motivada que debe de fundamentar la limitación de tal derecho fundamental y acorde con criterios de proporcionalidad (SSTC 54/1996 y 49/1999, y SSTS de 12 de enero de 1995 y 229/2008, de 15 de mayo).

Tal y como declara la sentencia del TS de 28 de mayo de 2007, debemos recordar la doctrina de la Sala II del Alto Tribunal respecto de las intervenciones telefónicas para, a la vista de ello, efectuar el debido contraste con las alegaciones efectuadas. La Sala II del TS, tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal, sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, que completa la raquítica e insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECr. que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de febrero de 2003 --Prado Bugallo vs. España--, aunque justo es reconocer que en el reciente auto de inadmisión del mismo Tribunal de 25 de septiembre de 2006, caso Abdulkadr vs. España, modificó el criterio expuesto en el sentido de que el art. 579 LECr. complementado con la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, permite el eficaz control judicial necesario en una Sociedad Democrática desde la exigencia del art. 8 del Convenio. Cuando en sede casacional se efectúan denuncias relativas a la vulneración del derecho a la intimidad de las comunicaciones al amparo del art. 18 de la Constitución en relación a las intervenciones telefónicas efectuadas en la instrucción, tal y como exactamente se ha hecho en el presente caso al inicio de las sesiones del juicio oral, es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso como fuente de prueba y por tanto como medio de investigación, o pueden operar como prueba directa en sí. Es claro que la naturaleza y entidad de los requisitos, así como las consecuencias de su inobservancia son substancialmente diferentes.

En efecto, como fuente de prueba y medio de investigación, deben respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesario para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, en este sentido los requisitos son tres:

1) Judicialidad de la medida. Evidentemente de la nota de la judicialidad de la medida se derivan como consecuencias las siguientes:

a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad.

b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas, si bien el alcance del quebrantamiento de esta prevención no tiene alcance invalidante para la intervención al tratarse de una cuestión meramente procedimental.

d) Al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos que deben ser facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor.

En segundo lugar, tales datos han de proporcionar una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernida.

En definitiva, en la terminología del TEDH se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi --5 de junio de 1997--, o Klass --6 de septiembre de 1998--. Se trata

de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECr.

e) Es una medida temporal, el propio art. 579-3º fija el periodo de tres meses, sin perjuicio de prórroga.

f) El principio de fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas, estando permitida en estos casos la fundamentación por remisión al oficio policial que solicita la prórroga, pero no por la integración del oficio policial en el auto judicial por estimar que tal integración constituye una forma de soslayar la habilitación constitucional del art. 18-2 C.E. que establece que solo al órgano judicial le corresponde la toma de decisión de la intervención, y además, de motivarla, en este sentido STC 239/99 de 20 de diciembre.

g) Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, lo que se traduce en la remisión de las cintas íntegras y en original al Juzgado, sin perjuicio de la trascripción mecanográfica efectuada ya por la policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea ésta íntegra o de los pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, pues en todo caso, esta trascripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las cintas en la sede judicial y a disposición de las partes, pero ya desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal.

2) Excepcionalidad de la medida. 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, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone 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 --normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas--, 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, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional.

3) Proporcionalidad de la medida. De la nota de proporcionalidad se deriva como

consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este medio excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada; de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio de ponderación concretado a cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida. Complemento de la excepcionalidad es el de especialidad en relación al concreto delito objeto de investigación.

Estos requisitos expuestos hasta aquí, integran el estándar de legalidad en clave constitucional, de suerte que la no superación de este control de legalidad convierte en ilegítima por vulneración del art. 18 de la Constitución con una 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 49/99, de 2 de abril, que supone una modulación de la extensión de los efectos de prueba indirecta o refleja en relación a la prueba nula --teoría de los frutos del árbol envenenado-- en virtud de la cual, cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente, estimada nula. Una vez superados estos controles de legalidad constitucional, y sólo entonces, deben concurrir otros de estricta legalidad ordinaria, solo exigibles cuando las intervenciones telefónicas deban ser valoradas por sí mismas, y en consecuencia poder ser estimadas como medio de prueba.

Tales requisitos, son los propios que permiten la valoración directa por el Tribunal sentenciador de todo el caudal probatorio, y que por ello se refieren al

protocolo de incorporación al proceso, siendo tales requisitos la aportación de las cintas originales íntegras al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes junto con la audición o lectura de las mismas en el juicio oral lo que le dota de los principios de oralidad o contradicción, salvo que, dado lo complejo o extenso que pueda ser su audición se renuncie a la misma, bien entendido que dicha renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no estar correctamente introducidas en el Plenario. Tal estrategia, es evidente que podría constituir un supuesto de fraude contemplado en el artículo 11-2º de la LOPJ, de vigencia también, como el párrafo primero, a todas las partes del proceso, incluidas la defensa, y expresamente hay que recordar que en lo referente a las transcripciones de las cintas, estas solo constituyen un medio contingente --y por tanto prescindible-- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están son las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la trascripción ni completa ni de los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad, solo vendrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial. --en igual sentido, entre otras muchas, STS 538/2001 de 21 de marzo y STS 650/2000 de 14 de septiembre --.

De lo expuesto, se deriva, que el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria, solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo, pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole. Sin ningún ánimo exhaustivo, en acreditación de la doctrina jurisprudencial expuesta se pueden citar las SSTC 22/84 de 17 de febrero, 114/84 de 29 de noviembre, 199/87 de 16 de diciembre, 128/88 de 27 de junio, 111/90 de 18 de junio, 199/92 de 16 de noviembre, y entre las últimas, 49/99 de 9 de abril y 234/99 de 20 de diciembre. De esta Sala se pueden citar SSTS de 12 de septiembre de 1994, 1 de junio, 28 de marzo, 6 de octubre de 1995, 22 de julio de 1996, 10 de octubre de 1996, 11 de abril de 1997, 3 de abril de 1998, 23 de noviembre de 1998, y entre las más recientes, SS núm. 623/99 de 27 de abril, 1830/99 de 16 de febrero de 2000, 1184/2000 de 26 de junio de 2000, núm. 123/2002 de 6 de febrero, 998/2002 de 3 de junio, 27/2004 de 13 de enero, 182/2004 de 23 de abril y 297/2006 de 6 de marzo, 1260/2006 de 1 de diciembre ó 296/2007 de 15 de febrero.

SEGUNDO: Tras el análisis de las actuaciones verificamos que los autos citados, tanto el primero de ellos de 3 de agosto de 2004 (folio 7), como el de 2 de octubre de 2004(folio 83), están suficientemente motivados, pues tras analizar la

jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos de legalidad de las intervenciones telefónicas, se hace constar unos indicios concretos que no responden a conjeturas policiales, sino que son fruto de seguimientos y vigilancias, hechos objetivos que se alejan de las meras suposiciones. En el oficio inicial se facilitaron datos concretos de la posible implicación de los imputados en la comisión de un posible delito de tráfico de drogas. Existió una investigación policial previa a la petición de la intervención telefónica y así mismo se expuso la dificultad de seguir investigando por las medidas de autoprotección que se adoptan y el riesgo de ser descubiertos los agentes. Contrariamente a lo afirmado por la defensa del procesado Nicasio Perdomo, según el cual no se habían realizado seguimiento, diligencia o pesquisa alguna en Las Palmas de GC, por deducirlo así de alguna declaración testifical, sin embargo lo cierto es que el oficio detalla los seguimientos que se hicieron, describe la actitud de Jerzy y su acompañante en el aeropuerto, a dónde se dirigieron etc. Se ofrecieron una serie de datos que, enlazados, suponen como juicio de posibilidad la implicación de los imputados en el delito investigado, siendo relevante que uno de ellos, Jerzy, ya había sido detenido en posesión de 65,6 kg. de cocaína, considerando que se cumplió con el deber de motivación de las resoluciones judiciales, pudiéndose desprender del oficio policial en que se basó el juez para dictar el auto de 3 de agosto de 2005, la dedicación de los imputados al tráfico de drogas. Por otro lado, debe observarse que desde un principio, no solo menciona el oficio policial al tal Jerzy, sino también a otro que es José Luis Mendoza, el cual se pone en contacto con Nicasio Perdomo. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de la que se ha extraído la jurisprudencia sobre la materia *“no debe olvidarse que la intervención solicitada es para seguir investigando”*. En los momentos iniciales no solo se menciona a Jerzy y Antón, sino también a Marek (folio 23) o a Nicolás Domínguez Santana (folio 24) y si bien aparecen implicados en las primeras investigaciones, después, ninguno de ellos se encuentra entre los procesados. La sentencia del TS a que antes nos referíamos declara que: *“no tiene nada de particular que fuera con posterioridad cuando se localizaron a otros implicados, al avanzar la investigación policial”*. El auto inicial que acuerda por primera vez la intervención telefónica aparece como suficientemente razonado y, por tanto, el motivo de nulidad no puede prosperar.

También se alega falta de proporcionalidad de la medida y de su necesidad, así como inexistencia de indicios delictivos y control judicial. Se estima, sin lugar a dudas, que la medida adoptada que restringe un derecho constitucional como es el derecho al secreto de las comunicaciones, resulta proporcionada con la finalidad que se pretende, cual es el descubrimiento y detención de los autores de un delito contra la salud pública, no *“al menudeo”*, sino de cierta consideración que permite asegurar la

proporcionalidad de la medida adoptada. Se trataba de investigar un delito grave -- tráfico de drogas-- sobre cuya realidad es ocioso todo debate. No cabe duda de que la gravedad del hecho a investigar justifica la importante restricción de los derechos fundamentales de la persona que las medidas de investigación autorizadas suponen. Es preciso reconocer, pues, que la medida está debidamente fundada y es respetuosa con el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, en cuanto a la denunciada falta de control policial, se constata que al Juzgado se le comunica en tiempo y forma el curso de las investigaciones, el resultado de las intervenciones telefónicas a través de los correspondientes oficios policiales que contenían un resumen del avance de la investigación y, en concreto, del contenido de las conversaciones intervenidas las que se escriben en texto mecanografiado y en base a los datos comunicados al Juez y conocidos por él se acordaron las prórrogas que le fueron solicitadas. Debe resaltarse un hecho: en el primer oficio policial se solicita la intervención de dos teléfonos y se deniega la autorización para intervenir uno de ellos por las razones que se exponen en dicho auto, autorizándose el otro. Eso indica que el Juez no es un mero autómatas y no hace un acto de fe en el oficio policial, sino que ha valorado si procede o no la restricción de derechos fundamentales y ha resuelto que en uno de los casos no estaba justificado, lo que viene a demostrar lo infundado de la alegación de falta de control judicial.

Para terminar estimando la validez de las intervenciones telefónicas acordadas debe hacerse constar que si se transcriben algunas conversaciones, bien por orden del Juez o bien porque la propia policía las considera relevantes, se hace a los solos efectos de poder facilitar su manejo, pero eso no es lo importante. Las defensas preguntaban a los testigos sobre quién era el que seleccionaba las conversaciones que debían transcribirse, pero en ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se exige que las conversaciones, en todo o en parte, se transcriban y mecanografíen para facilitar su lectura. Lo importante es si todas las conversaciones, *ad integrum*, se han puesto a disposición del Juez y de las partes en su soporte original, y en el caso presente, así ha sido. Por otro lado, su contenido ha ingresado en el plenario, se ha interrogado a los procesados y todos han negado su participación en los hechos y que la voz grabada pertenezca a los mismos, reproduciéndose la audición de infinidad de conversaciones. Alega el abogado del procesado Holguín Correa que no se le ha reproducido conversación alguna a su defendido para que diga si es o no su voz, olvidando que en el acto de la vista oral no ha querido declarar o, mejor dicho dijo que “solo voy a contestar a mi abogado”, lo que como veremos más tarde, no es lo mismo. En cualquier caso, tanto de las preguntas que le ha formulado el Ministerio Fiscal y las cuales, en uso de sus derechos constitucionales, se ha negado a contestar y

se han hecho constaren acta, como de las que ha contestado a su abogado, se desprende de forma nítida que el procesado ha negado su participación en los hechos, de tal forma que no se estima que haya existido indefensión alguna, punto en el que volveremos más adelante cuando individualicemos su responsabilidad. Pero, en definitiva, y en cuanto al tema que nos ocupa, cabe concluir que las intervenciones telefónicas fueron acordadas conforme a derecho y su contenido es apto como medio de prueba.

TERCERO: Se ha solicitado también la nulidad de las intervenciones telefónicas que tienen su origen en el sistema de “barrido de frecuencias”, por no haber intervenido en el juicio oral sus autores. Incluso se interesó en el acto de la vista oral la suspensión del juicio para librar oficio e identificar a los agentes de la Brigada Central de Estupefacientes que portaban el aparato, al parecer en una mochila, para la captura del IMSI, para que declararan en el juicio, entendiéndose que los números de teléfono se han obtenido por la policía con empleo de medios técnicos que suponen una afectación del secreto de las comunicaciones, por lo que anda mejor que bucear con la muy gráfica y didáctica STS de 28 de enero de 2009 en las procelosas aguas de la tecnología para ilustrarnos sobre qué son esos medios, qué se puede descubrir con su utilización y cómo se utilizan, y por supuesto, si su uso en el caso del presente procedimiento ha sido o no ajustado a derecho. Nos dice la sentencia citada, en primer lugar, que el IMSI no es sino el acrónimo de *International Mobile Subscriber Identity* (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM (*Subscriber Identity Module*) que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN (*Mobile Station Integrated Services Digital Network*), que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular.

Este número de abonado conforme a la norma internacional ITU E.212, está compuesto por el MCC o código del País (3 dígitos), por ejemplo, 214 , que correspondería a España; por el MNC o Código de la red móvil (2 ó 3 dígitos), por ejemplo, 07 , que correspondería a la operadora MOVISTAR; y finalmente por el MSIN (número de 10 dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil. Es posible obtener el IMSI de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y con el que inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador móvil cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura. Para ello, es preciso que el aparato se utilice en las proximidades del teléfono que se desea investigar. La

doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro, conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial.

Se señala, también, que el IMSI equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o *International Mobile Equipment Identity* (Identidad Internacional del Equipo Móvil), que identifica con su número de serie al equipo y se puede conocer tecleando “asterisco, almohadilla, 06, almohadilla”, y pulsando la tecla verde “llamar”. Tanto con el IMSI como con el IMEI, se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.

Por ello, concluye la repetida sentencia de 28 de enero de 2009, se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Así, se suele decir que, como se puede ver en una vigilancia (mediante prismáticos, por ejemplo), la marca y modelo del teléfono móvil que utiliza un vigilado, se puede obtener la información del IMSI, mediante estos “prismáticos especiales inalámbricos”. Al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o “pinchazos” telefónicos.

Para terminar con la cita de la sentencia aludida, declara que en la jurisprudencia de esta Sala, en particular la STS núm. 249/08, de 20 de mayo, después de admitir -lo que no afecta a nuestro caso- que es precisa autorización judicial para “la cesión” del IMSI por las operadoras, al amparo del art. 18.4 CE y de la L.25/2007, de 18 de octubre de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, tampoco acepta que la “captura” del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado suponga una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto, que, por un lado, esa información no permite, por sí sola obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección al amparo del art. 18.3 CE; y que, por otro, la

facultad que otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el art. 22.3 de la LO 15/99, de 13 de diciembre, para la recogida y tratamiento de datos, en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio- para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede considerarse proporcionada y necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional.

En efecto, queda claro que en el marco de una investigación criminal, nunca con carácter exploratorio, la utilización de tales artificios es legal. A mayor abundamiento declara la STS de 18 de junio de 2009: *“Respecto a esta modalidad de indagación policial se han producido varios pronunciamientos de esta Sala de entre los que destacamos la STS 249/2008, de 20 de mayo, 940/2008, de 18 de diciembre, 480/2008, de 17 de julio, 776/2008, de 18 de noviembre, 960/2008, de 26 de diciembre. En todas ellas se afirma que la Sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la Guardia Civil haya implicado, sin más, como pretende el recurrente, una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones”*.

En el mismo sentido, una muy reciente sentencia del TS de 6 de julio de 2009 declara, referido a la captura del IMSI, que existe una cumplida doctrina de la Sala relativa a que la captura de ese número-clave por la policía por sus propios términos para nada lesiona los derechos de privacidad protegidos en el art. 18-3º de la Constitución. Ese número solo permite a la operadora de telefonía conocer el número del teléfono y su titular. Pues bien para que la operadora ceda esos datos a la policía si hará falta una autorización judicial, y eso es cabalmente lo que, en el presente caso ha hecho la policía.

CUARTO: En el caso que se examina, para valorar la legalidad de la captura del IMSI, ha de tenerse en cuenta que se produjo en el curso de la investigación, cuando ya se estaban observando las comunicaciones de varios encartados, por lo tanto no como acto de inicio de la misma y de descubrimiento de los números de teléfono de los sospechosos, los cuales ya se habían obtenido sin la utilización de tales medios. Así, al folio 1.358 –Tomo 4- se facilita por la policía el IMSI del teléfono móvil usado por “Cachi”, el 214018801294362 y, a continuación, existe una resolución judicial, auto de 22 de agosto de 2005 autorizando su intervención, observación y grabación telefónica y de sus datos asociados. En este caso, la captura del IMSI se produjo en agosto de 2005, cuando ya la policía llevaba meses investigando. De forma similar, al folio 1.510 –Tomo 5- se facilita por la policía el IMSI del teléfono móvil usado por “Cachi”, el 214014001691721 y, a continuación, existe una resolución judicial, auto de 23 de septiembre de 2005 autorizando su intervención, observación y grabación telefónica y de sus datos asociados y lo propio ocurre con el oficio policial obrante al folio 1.515 –Tomo 5- en que se facilita por la policía el IMSI del teléfono

móvil usado por Nicasio Perdomo, el 214018201870434 y, a continuación, existe una resolución judicial, auto de 26 de septiembre de 2005 autorizando su intervención, observación y grabación telefónica y de sus datos asociados. En estos dos últimos casos, lo que justifica la utilización del sistema de la captura del IMSI para llegar al final a la intervención telefónica judicial es que, en esas fechas, en las que está próximo la operación del alijo o trasbordo de la droga, los procesados, en argot policial “*reciclaron sus teléfonos*”, de tal forma que en tales momentos, cruciales la investigación, la policía estaba huérfana de información, pues los procesados habían desechado todos sus móviles, por lo que la policía capturó el IMSI de estos dos procesados que se encontraban en Las Palmas y acudió al Juez. Solo así se pudo saber cuándo se produciría el desembarco de la droga en el IVY-1 y que si bien se intentó a finales de septiembre, es extremadamente difícil la coincidencia en alta mar de ambos barcos, uno nodriza que lleva la droga y otro carguero que debe trasportarla hasta España, por lo que al final el trasbordo de la droga tuvo lugar, al parecer un par de días antes del acto del abordaje por las fuerzas de seguridad españolas. En otro caso, sin la captura de datos técnicos externos, probablemente, nada se habría sabido. Y eso lo saben los procesados, a los que se le intervienen numerosos teléfonos y algunos de ellos con la batería desconectada del terminal, precisamente para evitar la captura del IMSI.

Todo lo relatado, es distinto a la obtención de los primeros números de teléfono intervenidos en la investigación, que analizaba la STS 130/2007, de 19 de febrero, citada por las partes y cuyo contenido la Sala no desconoce. Pero esta sentencia no puede servir de referente para la petición de nulidad que se efectúa, ni tampoco, en último término, puede considerarse doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo. No ha existido vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que se dice infringido. Procede el rechazo de la nulidad pretendida.

QUINTO: Otra cuestión previa planteada al inicio de las sesiones del acto de la vista oral es nulidad de la aprehensión del barco IVY-1, su abordaje, su registro y todo lo obtenido en el mismo, interesada por la defensa del procesado Nicasio Perdomo y la nulidad de la detención y arresto del Capitán Víctor Alechnikov por infracción de las normas de Derecho Marítimo Internacional, según escrito de esta parte de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas. Se alega por la defensa del primeramente citado que “*se produce en aguas internacionales (alta mar) bajo pabellón de Panamá, habiéndose practicado sin las autorizaciones correspondientes del país panameño, cuyo pabellón y bandera ostentaba, tal y como se recoge en el auto de fecha 1 de octubre de 2005 (folios 1.545 a 1.547) y reconoce la policía en informe del folio 1.541. Tampoco se cumplió con lo establecido en el art. 561 de la LECr., esto es, autorización del*

Capitán del buque o si la denegare, la del Cónsul de su nación". Añade igualmente que "no consta en las actuaciones autorización de Panamá, ni el envío de esa solicitud a la Embajada de ese país, para el abordaje y apresamiento del buque IVY-1, a pesar de lo ordenado por el Juzgado de Instrucción n° 3 de Las Palmas de G.C. en auto de fecha 1 de octubre de 2005 (fl. 1.545), en el que de manera expresa se recoge: Autorizar ... a interceptar y abordar ... previa autorización correspondiente del país del pabellón". Por su parte, la defensa de Víctor Alechnikov en su escrito de conclusiones provisionales arguye para fundamentar la ilegal detención de su patrocinado en aguas internacionales que "la carga existente a bordo del buque no iba destinada a ningún puerto español ni comunitario, ni tampoco a las aguas territoriales de ninguno de esos países, debiendo ser trasladada de un punto de alta mar a otro punto de alta mar. La operación policíaca se llevó a cabo fuera del territorio español, en aguas internacionales en alta mar, conociendo el país del pabellón del barco, sin el premissa consular del Estado del pabellón y sin la colaboración con los Estados de Panamá y Rusia en asuntos de Derecho Marítimo Internacional". El Ministerio Fiscal alegó en su informe la plena validez del acto de abordaje del IVY-1 apoyándose en la cita de normas internacionales que lo autorizan, así los art. 4 y 17 del Convenio de Naciones Unidas de Lucha contra los Estupefacientes o los arts. 108 y 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, el día 10 de diciembre de 1982, los cuales autorizan el abordaje de una nave que en aguas internacionales navegue sin pabellón, entre otros supuestos. El debate en el acto de la vista oral se centró en la determinación de si el buque IVY-1 en el momento del abordaje enarbolaba o no pabellón y, en caso afirmativo, si era el de Panamá. Pues bien, de la lectura de las actuaciones, en determinados pasajes se hace referencia a que dicho buque es de bandera panameña, sin embargo se ha estimado probado que en el momento del abordaje, sin duda alguna, no enarbolaba pabellón alguno y que, por tanto, el apresamiento es un acto plenamente válido. Y ello es así, en primer lugar, porque así se expresa en el acta de abordaje obrante al folio 2.006 –Tomo 6- donde se hace constar "sin que en ese momento enarbolara bandera que pudiera identificar el pabellón o la nacionalidad de la misma", "una vez a bordo, se verifica que se trata de la embarcación IVY-1, sin pabellón visible". Alguno de los testigos manifestó que vio el nombre del barco pintado en uno de sus laterales. Recordemos que en la parte dispositiva del auto del Juzgado de Instrucción n° 3 de Las Palmas de G.C. que autoriza el acto del que nos ocupamos, si bien es cierto que en el punto 1 dice lo que dice la defensa, no lo es menos que en el punto 2 se hace constar expresamente lo siguiente: "Autorizar la misma intervención antes descrita si la embarcación careciera de nombre o matrícula, o si el pabellón no fuera visible, o careciera del mismo, debiéndose acreditar estos extremos antes de la intervención mediante la correspondiente acta". Por lo tanto, al no carecer de pabellón, el abordaje es lícito. El Ministerio Fiscal en su informe resaltó un hecho ocurrido en la Sala cuando declaró el Agente de Vigilancia Aduanera 4283268024 y a

la pregunta de una de las defensas de si ¿es normal que los barcos de noche arrien la bandera?, contestó que *“la bandera debe estar enarbolada las 24 horas, es obligatorio”*. Hubo un murmullo entre los procesados que entendieron la respuesta del agente y con la que no estaban, al parecer de acuerdo, dando a entender que por la noche se arría la bandera pues, según explicó el Ministerio Fiscal, la acción del viento hace que se deteriore la bandera, por lo que hay que sustituirla con frecuencia, lo que se evita, arriándola por la noche e izándola por el día. Pero sea por la razón que fuere, no llevaba pabellón y si el Capitán dio la orden de arriarla por la noche, con tal hecho autocoloca la nave de su mando fuera de la protección de las leyes internacionales.

Se alega igualmente que no se cumplió con lo establecido en el art. 561 de la LECr., esto es, autorización del Capitán del buque, sin embargo se ha estimado acreditado que es el propio capitán el que conduce a los policías al lugar donde estaba la droga y les dice que son 108 fardos, amén de que, coherentemente con lo expuesto, en el propio escrito de conclusiones provisionales elevadas a definitivas del Capitán Víctor Alechnikov se hace constar en la primera: *“No obstante, el respeto a las normas marítimas internacionales, hizo que permitiera el acceso de lo que entendió era un oficial de la marina española”*. No se estima que se haya vulnerado norma alguna.

También relacionado con la validez del acto del abordaje, una de las defensas preguntaba a todos los testigos que intervinieron en el mismo si algún barco se puso en contacto con el IVI solicitando el derecho de visita y si se utilizó el canal 16 para avisar al barco de que iba a ejercerse el derecho de visita que amparan los Convenios de Naciones Unidas. Aclaremos en qué consiste el llamado *“Canal 16”*. La Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones, celebrada en Ginebra del 22 de octubre al 16 de noviembre de 2007, ha establecido mediante el artículo 31.18, del Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) que, siempre que les sea posible, las estaciones de barco mantengan una escucha en la frecuencia de 156,800 MHz (canal 16 de VHF). La citada Conferencia, mediante la Resolución 331 (CMR-2007) *«Transición al Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítimos»* (SMSSM), insiste también en la necesidad de que la escucha en la mencionada frecuencia sea mantenida de forma obligatoria durante algunos años mas, tanto por los buques como por las estaciones costeras, de manera que los buques que no utilizan aún las técnicas y frecuencias del SMSSM, puedan atraer la atención y obtener asistencia de estos servicios hasta el momento en que puedan participar en el Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítimos. Asimismo, el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS 74/78) establece en su capítulo IV, regla 12, apartado 3 que, hasta el 1 de febrero de 1999 o hasta otra fecha que deberá ser determinada por el Comité de

Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional (OMI), todo buque, mientras se encuentre navegando, debe mantener una escucha directa continua en el canal 16 de ondas métricas. El mismo Comité, en fecha posterior y por medio de la Resolución MSC.135(75), decidió ampliar la mencionada fecha hasta otra posterior sin determinar. En nuestro país, por resolución del Ministerio de Fomento de 4 de diciembre de 2007 se amplía la fecha de la escucha continua en el canal 16 de VHF por parte de los buques civiles y estaciones costeras españolas, estableciendo que En todos los buques españoles, mientras permanezcan en la mar, se mantendrá una escucha continua obligatoria en la frecuencia de socorro de 156,800 MHz (canal 16 de VHF), utilizada en radiotelefonía y que la escucha en la mencionada frecuencia, tanto por los buques como por las estaciones costeras se mantendrá de manera indefinida. El Ministerio Fiscal lo explicó de forma muy clara: es como el 112 en el mar. En el mar, la radio es un elemento de seguridad de primer orden, y en algunas zonas para los navegantes es una tranquilidad pensar que en el canal 16, siempre hay alguien que escucha si se necesita ayuda. Pues bien, con todo respeto, no solo es contrario a los principios más elementales de la lógica que algún miembro del buque de la Armada Española “*Vencedora*” o de Vigilancia Aduanera o de la Policía Nacional se pusiera en contacto con la tripulación del IBY-1 para anunciarles la “*visita*”, pues se perdería el factor sorpresa y la droga se perdería o se echaría al mar, sino que incluso tal proceder podría ser delictivo.

También se alega que se registró el buque en alta mar sin la presencia de Secretario Judicial, manifestando que “*ya hubo registro del barco IVY-1 en alta mar*”, “*no solo fue inspeccionado en alta mar, sin la presencia de Secretario Judicial, sino también registrado completamente, pues la tripulación fue detenida e ingresada en uno del os camarotes, incluido el Capitán del barco*”. En realidad, lo que se dice es que hubo dos registros, uno realizado el 13 de octubre de 2005 en alta mar, nulo por no constar la presencia del Secretario Judicial y otro realizado el 14 de octubre en puerto con la presencia de Secretario Judicial, pero también nulo por lo que se dirá. Pues bien, debe aclararse que en alta mar, por la noche, cuando se abordó el barco, no se realizó registro alguno, solo se aseguró el buque, para lo que era necesario asegurarse de que en la embarcación no existía ninguna otra persona distinta de los detenidos en tal momento o que no existían otros elementos materiales que pudieran poner en peligro la navegación. El verdadero registro se hizo el día 14 en el Arsenal de Las Palmas de G.C. con presencia de Secretario Judicial para dar cumplimiento a lo acordado por auto de fecha 14 de octubre de 2005 obrante a los folios 1.743 y 1.790 –Tomo 5-, registro que entiende la defensa del procesado Nicasio Perdomo que es no lo por lo siguiente: “*Consta en el acta de dicho registro (folio 1.793) que <<en dicho almacén o depósito de lastre se encuentra parte de la droga>>, y se añade textualmente que en <<En*

otra parte de la sala de máquinas hay otra cavidad donde se encuentra el resto de la droga intervenida>>, dando a entender el Sr. Secretario Judicial que cuando se efectúa el registro estando el barco IVY-1 en el Puerto de Las Palmas, la droga aún se hallaba en el depósito de lastre y en la sala de máquinas, cuando todos los agentes intervinientes han declarado en el acto del juicio oral que los fardos, cuando se produce el abordaje en alta mar, ES TRASLADADO EN ESE MOMENTO A CUBIERTA [las mayúsculas no son nuestras], y que incluso los tripulantes del barco (marineros) ayudaron a ese transporte". En el acto del informe, el tema se expuso, digamos, que de forma menos elegante, diciendo que "El Secretario Judicial cuando se registra el barco en el puerto de Las Palmas, no se le ocurre otra cosa que decir en el acta, que la droga se encuentra en la sala de máquinas y en el depósito de lastre, cuando evidentemente la droga ya estaba en cubierta, incluso existe en las actuaciones una grabación de video que demuestra ese hecho". Esta alegación, o se realiza con mala fe procesal, incluso con falta de respeto al Sr. Secretario Judicial, pues el Sr. Secretario, depositario de la fe pública procesal, no hace constar en el acta "lo que se le ocurre", o es fruto de la endeblez de argumentos de que dispone esta defensa, como si de un clavo ardiendo se tratara, para combatir el impecable acto procesal que el Sr. Secretario Judicial y la policía llevaron a cabo cuando se procedió al registro del buque, en cuya diligencia estuvieron presentes tanto el Capitán como los marineros. En el acto de la vista ha quedado demostrado de forma inequívoca que la droga se encontraba en dos lugares en la sala de máquinas, uno visible y el otro no. Pues bien, eso es lo que dice el acta, que la droga "se encontraba", no que "se encuentra", sino que "se encontraba". En concreto se hace constar al folio 1.793 –Tomo 5-: "en dicho almacén o depósito de lastre se encontraba parte de la droga ...", "En otra parte de la sala de máquinas hay otra cavidad, donde se encontraba el resto de la droga intervenida ...". Más adelante, se hace constar: "Seguidamente se procede a extraer la droga que se encuentra en la bolsa de cubierta. Se procede a extraer los fardos y ponerlos mediante una grúa en tierra junto al barco y proceder a contarlos y llevarse los fardos a Jefatura de Policía para su pesaje. Hay 108 fardos que son introducidos en un furgón ...". Es evidente que se refiere y quiere describir, como así lo hace con minuciosidad el lugar donde la droga se alojaba antes de ser descubierta y decomisada. Es notorio que las más de dos toneladas de cocaína incautadas se encontraban en cubierta y que así fue visto por el Sr. Secretario nada más llegar al barco. Por si hubiere duda, hay un video del acto de entrada y registro en que con espléndida nitidez, sin llegar a la alta definición, puede comprobarse lo infundado de la petición de nulidad. La validez del registro es total, sin que la cuestión merezca más comentario.

Para cerrar el capítulo de la nulidad de registros, al igual que en el caso de la petición del mal llamado registro del día 13 de octubre de 2005 que no fue tal, también se alega la nulidad del mal llamado registro del día 20 de diciembre de 2005. Se alega por la defensa del procesado NICASIO PERDOMO que "es nula la aprehensión

de los fardos efectuados en fecha 20 de diciembre de 2005, en cuanto que el mismo se realiza una vez que Don Nicasio Manuel Perdomo Álvarez pone en conocimiento del Juzgado el hallazgo de tres paquetes en el barco IVY-1 (folio 3047), procediéndose por parte de agentes de la policía Nacional a la entrada y registro de dicha embarcación sin autorización judicial y sin la presencia de Secretario Judicial (folios 3.048 a 3.050), ni del Capitán que tenía ese barco cuando fue apresado e intervenido, hallándose 4 paquetes desustancia, al parecer cocaína”. También ha solicitado la nulidad por este motivo la defensa de los procesados MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ y PAVEL KULBIDA. De nuevo hay que aclarar que no existió ese día registro alguno. Lo que ocurrió, como bien sabe el peticionario de nulidad es lo siguiente: comparece Don Nicasio Manuel Perdomo Álvarez (hijo del procesado) en el Juzgado y manifiesta *“el Capitán Lorenzo [Don Lorenzo Dumas Vázquez] y el Inspector [Don Marcial Rodríguez] le comunican que han encontrado mientras limpiaban el buque en un cubo de basura situado en la máquina, tres paquetes, que pudieran ser fardos que contengan droga en su interior. Que el compareciente lo pone en conocimiento del Juzgado a los efectos oportunos”*. El Juzgado llama a la policía para que vaya a recoger los paquetes. La policía va, los recoge y los traslada a dependencias policiales. Fin de la historia. No existió entrada y registro alguna. Los paquetes son idénticos a los intervenidos en el buque. Probablemente alguien accedió a los fardos, y cogió esos tres paquetes con idea de quedárselos posteriormente, pero desde luego, la nulidad brilla por su ausencia.

También por la defensa del procesado Nicasio Perdomo se alega que han estado detenidos más de 72 horas, pero examinadas las actuaciones se comprueba que ello, en ningún caso es así. No se especificó a quién se refería, sin que conste en tal sentido vulneración del derecho fundamental referido a la duración de la detención preventiva.

SEXTO: En cuanto a la nulidad de los informes policiales, se alega por la defensa del procesado NICASIO PERDOMO que *“son nulos los informes periciales (análisis por la Delegación del Gobierno de Canarias de las sustancia decomisada), obrante a los folios 3254 a 3263, al no haber sido ratificado ante la autoridad judicial por su autor, tanto el análisis cuantitativo como el cualitativo, y no ofrecer por tato as mínimas garantías; no reseñándose igualmente informe alguno sobre el análisis cuantitativo practicado. Ello devine en nula como prueba el material de la presente causa y que es la droga incautada”*. También se alega que *“Dicha pericial se realiza por un solo perito, cuando señala el artículo 459 que todo reconocimiento pericial se hará por dos perritos. El art. 788.2 de la LECr. se refiere exclusivamente al Procedimiento Abreviado, no al Ordinario o Común”*. Por último, se alega que *“el informe pericial que consta a los folios nº 3249 y 3253 ha sido impugnado por esta parte, en cuanto que el mismo ha sido realizado por la propia Policía (agentes 78.415 y 81.651), y por tanto, no por un organismo*

independiente del Ministerio de Sanidad". La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala II) se ha ocupado en numerosas ocasiones de la validez probatoria de los informes de laboratorios oficiales sobre las sustancias intervenidas a los acusados de delitos de tráfico de drogas. Como se expresa en la STS 1642/2000, de 23 de octubre, y se reitera en las SSTS 290/2003 , de 26 de febrero, y 587/03 de 16 de abril, son numerosos, reiterados y concordantes los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, que, caracterizados por la condición de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios de las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga "*prima facie*" eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado de la pericia o la competencia o imparcialidad profesional de los peritos, es decir, que el Informe Pericial haya sido impugnado

En el caso que nos ocupa, en efecto, en su escrito de conclusiones provisionales fueron impugnados los análisis y por ello depusieron en el acto del Juicio Oral los peritos que intervinieron en los análisis de la droga: agentes Licenciados en Farmacia 78.415 y 81.651 (folio 3.251 –Tomo 9-) y Don Carlos G. Santana García (folio 3.255 – Tomo 9-) y a los que las partes pudieron formular las preguntas que estimaron convenientes, decayendo la impugnación. Por otro lado, La LECR. que se sepa, no dice a qué Departamento Ministerial deben estar adscritos los peritos que realizan el informe, si al de Sanidad, Interior, Justicia o Fomento, por lo que no debe restarse credibilidad alguna al haber sido realizados por agentes de policía, como tampoco se pone en duda sus informes de balística, grafológicos o lofoscópicos. La nulidad no puede prosperar.

SÉPTIMO: El último motivo de impugnación planteado por la defensa del procesado NICASIO PERDOMO es la nulidad de actuaciones, al no haberse practicado la prueba propuesta por esta parte en tiempo y forma, lo cual fue alegado y resuelto al inicio de las sesiones de juicio oral o mejor, al inicio de una de las múltiples sesiones de celebración del juicio oral. En efecto, en las conclusiones provisionales (folio 1.319 del Rollo de la AP) se pedía y ahora en las definitivas se pide "*la nulidad de actuaciones al no haberse practicado la prueba propuesta en tiempo y forma, y admitida por auto de 29 de junio de 2009, consistente en que la Policía Judicial localice y una a las actuaciones documentación a cerca del pabellón que ostentaba el barco IVY-1, los cuales son fundamentales para determinar que el buque IVY-1 tenía pabellón de Panamá, y en el mismo ha de hallarse documentación suficiente al respecto a diferencia de*

lo que se recoge en el escrito de acusación e informes periciales”. En realidad, el auto de 29 de junio de 2009 no acordó la admisión de tal prueba (folio 1.616 del Rollo de la AP), sino que se dijo “se acordará”, pues otra defensa había pedido la remisión de un oficio al Consulado de Panamá, y se quiso deferir el pronunciamiento a la contestación a este oficio, entendiendo que su respuesta podría hacer innecesaria la prueba solicitada, como así ha sido, obrando la contestación del Consulado de Panamá al folio 1.786 del rollo de la AP, donde se viene a decir que no tienen constancia de la fecha del abanderamiento del buque IVY-1, si bien consta que tenía los impuestos pagos hasta el 31 de diciembre de 2008, patente de navegación pagada hasta el 2 de octubre de 2008 y licencia de radio pagada hasta el 2 de octubre de 2008, encontrándose la nave a la fecha de contestación -10 de agosto de 2009- cancelada de oficio. Por ello, la petición de nulidad por falta de práctica de una prueba estimada fundamental para la defensa y que nada más y nada menos, justifica la petición de suspensión de la vista oral (con 13 personas privadas de libertad), debe entenderse infundada, pues debe entenderse practicada con resultado de una prueba similar pedida por otra de las defensas.

OCTAVO: La defensa del procesado ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, alias “el Gordo” plantea la nulidad de la vista oral, al no haberse resuelto el recurso de apelación formulado contra el auto de procesamiento, y se añade “salvo error por nuestra parte”. En primer lugar, sorprende que se espere al mismísimo acto del juicio, en el trámite de elevación de las conclusiones provisionales a definitivas para manifestar, dicho sea de paso, sin demasiado convencimiento la falta de resolución de un recurso de apelación. Examinadas las actuaciones, se comprueba que el auto de procesamiento se dictó el 12 de julio de 2006 (folio 3.612 -Tomo 10-); que el día 21 de julio de 2006, se presentó escrito por la representación del procesado HOLGUÍN CORREA, interesando la aclaración del auto de procesamiento y con fecha 9 de octubre de 2006 se dicta auto (folio 3.864 -Tomo 10-), en el que se resuelve desestimar la petición de aclaración. Que se sepa, salvo error por nuestra parte, la representación del procesado HOLGUÍN CORREA no ha recurrido el auto de procesamiento. El recurso de apelación que interpuso es contra la denegación de libertad, sin que desde luego, penda la resolución de ningún recurso contra la prisión.

Para acabar de aclarar el tema decir que el Juzgado se confundió y quizás de ahí la defensa, pues cuando se pide la aclaración, en lugar de resolver si ha lugar o no a la misma, dicta una providencia en la que tiene a esta parte, entre otras, por interpuesto recurso de reforma contra el auto de procesamiento, cuando no había interpuesto recurso alguno, error que es subsanado al resolver el recurso de reforma contra el auto de procesamiento, donde ya no se menciona a la representación del

procesado HOLGUÍN CORREA.

NOVENO: Las respectivas defensas de los procesados VÍCTOR ALECHNIKOV y MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, alias “Cachi” solicitaron la nulidad del acto de la vista oral al alegar indefensión por la vulneración del derecho a la libre elección del abogado. La defensa de VÍCTOR ALECHNIKOV pide la nulidad de todo lo actuado a partir del día 18 de septiembre, manifestando en su informe que *entiende se han vulnerado a mi defendido sus derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española y en el art. 14,b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su vertiente de su derecho a contar con un abogado de su libre elección. La confianza que debe regir abogado-cliente en este caso ha quebrado, porque no basta con tener una defensa, sino que el defendido tiene que tener esa relación de confianza con su cliente y en el presente caso mi defendido no confía en mí por varias razones, por el espacio corto de tiempo en que nos hemos tratado y si bien yo he preparado la causa con todo mi empeño, mi cliente me dice que quiere un abogado con conocimientos de Derecho Marítimo y yo he sido designada por el turno de oficio y no soy especialista en Derecho Marítimo, por lo que mi cliente no tiene confianza en mí, y yo no puedo imponer a mi cliente la defensa que él no quiere que yo le haga, considerando que sus pretensiones, en definitiva, no son un abuso de derecho. Es una pretensión justa y adecuada para que él disponga de una defensa efectiva y eficaz con un letrado de libre elección. Mi defendido está privado de libertad, tiene las comunicaciones restringidas, es extranjero, es ruso, carece de cualquier familiar en España, resultando insuficiente el plazo dado de una audiencia para que designara un letrado de su libre elección, en cuyo plazo fue imposible localizarlo, a pesar de las gestiones de la Sala”, concluyendo en que por todo ello, “se estima que se ha vulnerado su derecho fundamental a tener un letrado de su libre elección se solicita la nulidad del plenario”.*

Por su parte, la defensa de MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, alias “Cachi”, igualmente, en el acto del informe, alegó en fundamento de sus pretensiones que *“los derechos de las personas quedan vacíos de contenido, es decir, no valen para nada, si no son adecuadamente defendidos. Sin el derecho de la defensa, los restantes derechos de las personas se impregnarían de una peligrosa condición de alteridad, ahora bien, no cualquier tipo de defensa cumple los requisitos constitucionales, lo hace solo aquella que garantice una defensa de calidad libre e independiente sometida única y exclusivamente al código Deontológico que debe regir el actuar de la abogacía y, por tanto, el actuar de este Letrado. Pues bien, extrapolando lo anterior al caso que nos ocupa, hemos visto, como ya dijimos al inicio del juicio que la defensa ejercida por esta parte carece de los adjetivos descritos con anterioridad, debido a los temores razonables de mi cliente de que este letrado, dada la complejidad del asunto, el volumen de la causa, y el tiempo que ha tenido para el estudio de la misma no pueda hacer frente al estudio de su defensa con las garantías mínimas, por lo que, como ya se dijo, nunca me ha reconocido la condición de su*

Abogado". Termina citando jurisprudencia sobre la libre elección al abogado y resaltando que la defensa es un elemento estructural, sin el cual no existe un procedimiento con todas las garantías, por todo lo cual "*solicita la nulidad de todo lo actuado en el plenario*".

Es evidente que la Sala comparte los argumentos y las reflexiones que ponen el acento en la importancia de la intervención de la defensa para contar con un juicio con todas las garantías y el derecho a la libre elección de abogado. Dicho así, desde luego que el Tribunal no puede sino compartir el alegato, pero para valorar si en este caso, hubo o no abuso de derecho, hemos de partir de los hechos tal cual son y para mayor claridad, los exponemos cronológicamente, y después los valoramos, debiendo resaltarse, de nuevo, algo que flotaba en todas las sesiones y es el vencimiento de la prisión preventiva el próximo 8 de octubre de 2009, a lo que hay que añadir que se trata de una causa con 14 presos y que van a declarar unos cincuenta testigos, y todo ello debe tenerse en cuenta a la hora de decir la suspensión de una vista oral y señalada y con los testigos ya citados, dicho lo cual, así se desarrollaron los hechos:

- En el mes de julio de 2009, día 14, todos y cada uno de los procesados tuvieron oportunidad de cambiar de abogado, pues se les trasladó desde prisión a la sede de esta Audiencia y se les fue preguntando uno a uno por su satisfacción con su respectiva defensa para que, en otro caso, designaran a otro abogado o se les designaría uno de oficio, a fin de evitar que el mismo día del juicio alegaran su descontento con la defensa y ello motivara la suspensión del juicio, salvo que el motivo de la renuncia fuere puntual. Dado que la prisión provisional vence en octubre, se trataba de evitar, en la medida de lo posible, posibles alegaciones que provocaran la suspensión del inicio del juicio y, por tanto, tal vez el vencimiento de la prisión provisional y la consiguiente puesta en libertad.

- Vista del 9 de septiembre de 2009, cuando se va a empezar la lectura de los escritos de conclusiones provisionales, después de haberse planteado diversas cuestiones, haberse retirado el Tribunal para deliberación y haberse resuelto, pide la palabra el procesado MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, alias "*Cachi*" y de forma sorpresiva manifiesta que "*no está de acuerdo con la defensa de su letrada*". La Sala, teniendo en cuenta que en los casi cuatro años transcurridos desde que se le privó de libertad ha tenido dos abogados, que designó a la actual Letrada hace dos años, y estimando que está abusando de su derecho a la designación de abogado, dado el momento en que manifiesta su descontento con la labor profesional de la Letrada, justo al inicio del juicio, que las razones apuntadas son banales, cuando además ya se la había comunicado que si tenía cualquier problema con la defensa no esperara al día

del juicio y lo hiciera con anterioridad (salvo, claro está, que se trata de un problema puntual, lo que no es el caso), de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considerando que se trata de una estratagema procesal orquestada para dilatar la celebración del juicio, acuerda no tener en cuenta su alegación, pero su propia Letrada alega que *“si su cliente le retira la confianza, la dicente no acepta la defensa y renuncia a la defensa”*. Así las cosas, se acuerda la suspensión del juicio para que el procesado Manuel Edgardo Castro, en el plazo de una audiencia, designe otro de su confianza con apercibimiento, en otro caso, del nombramiento de uno de oficio. Antes de disolverse la Sala, el procesado manifiesta que está dispuesto a continuar con la Letrada con la que hacía un momento *“no estaba de acuerdo”*, sin que se acceda a *“volver a cambiar lo ya cambiado”*. Eso sí, como el juicio se va a suspender, agudamente la Ilma. Sra. Presidenta públicamente pregunta a todos los procesados si alguno más tiene problemas con su abogado y desea cambiar (para que no ocurra lo mismo en el próximo señalamiento) y tomando la palabra el Capitán del barco, el procesado VÍCTOR ALECHNIKOV también de forma sorpresiva (pues días antes había estado el Abogado en el Centro Penitenciario preparando la defensa con el procesado, sin que este manifestare nada al respecto), muestra su deseo de *“querer cambiar de Letrado”*, Letrado que era el mismo desde el inicio del procedimiento, es decir, desde hace casi cuatro años, por lo que de forma análoga se acuerda requerirle para que también en el plazo de una audiencia designe otro de su confianza, con el apercibimiento de que, en otro caso, se le nombrará de oficio. Obsérvese que, en este trance, el resto de procesados, incluido el procesado Alimbek Telibaev, guardan silencio y nada alegan respecto a la hipotética insatisfacción con sus respectivas defensas. El juicio se suspende y se señala para el día 18 de septiembre de 2009.

- Día siguiente, 10 de septiembre de 2009. El procesado EDGARDO CASTRO no designa ningún abogado particular, por lo que se le nombra de oficio. El procesado VÍCTOR ALECHNIKOV facilita el nombre y teléfono de dos abogados y puestos en contacto telefónico con los mismos, ninguno de ellos acepta hacerse cargo de la defensa, por lo que se le nombra uno de oficio.

- Día del juicio, 18 de septiembre de 2009. Ninguna novedad en cuanto a la defensa de MANUEL EDGARDO CASTRO. En cuanto a la de VÍCTOR ALECHNIKOV se pone en conocimiento de la Sala que uno de los abogados que no había aceptado la defensa el día 10, sí acepta el día 18, es decir, se alega que *“designó un abogado particular que primero no quiso aceptar, pero a día de hoy está dispuesto a aceptar la defensa”*, añadiéndose que *“aceptaría la defensa si el juicio se retrasa hasta el 25 de septiembre”*. Por otro lado, por si los obstáculos no fueran suficientes, toma la palabra

ALIMBEK TELIBAEV para manifestar “*que no quiere que le defienda su abogado, que quiere un especialista en Derecho Marítimo*”. Recordemos que este procesado, el 14 de julio en su segunda comparecencia (en la primera no se encontraba bien) ratificó el nombramiento de su dirección legal (folio del rollo 1484) y que el 9 de septiembre cuando se le ofreció, a él y al resto, la posibilidad de cambiar de abogado, guardó silencio. Pues bien, el Tribunal resuelve, por un lado no admitir la aceptación tardía del abogado que días antes no había aceptado la defensa de Víctor Alechnikov y, por otro, estimar abuso de derecho la alegación de Alimbek Telibaev en que tácitamente renuncia a su abogado para que se le designe otro especialista en Derecho Marítimo por considerarla extemporánea y manifestada con el claro propósito de dilatar la causa, evitando la celebración del juicio.

DÉCIMO: Se alega por las defensas la vulneración de la Constitución Española y de Pactos Internacionales, conforme a los cuales todo acusado tiene, como mínimo, derecho a defenderse por sí mismo o a solicitar la asistencia de un defensor de su elección, y si no tiene los medios para remunerarlo, podía ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio.

La Sala por última vez, desestimó la petición de suspensión del juicio interesada justo en el momento de iniciación del mismo, cuando había tenido cada uno de ellos holgado tiempo de hacerlo con anterioridad y se puso de relieve que no era apreciable, ni mucho menos, una especial desidia en la actuación de los Abogados particulares que habían designado, anterior al momento en que los acusados renunciaron a los mismos, que justificara el cambio de abogado, antes al contrario, se habían dedicado a preparar la defensa.

El derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, que las defensas consideran vulnerados, se hallan reconocidos en el ap. 2 del art. 24 de la CE. En el art. 6.3 c) del Convenio de Roma, se establece que “*todo acusado tiene como mínimo, derecho a defenderse por sí mismo, o solicitar la asistencia de un defensor de su elección y, si no tiene los medios para remunerarlo poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan*” y en el art. 14.3 d) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, se preceptúa que toda persona acusada de un delito tendrá derecho “*a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección, a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciese de medios suficientes para pagarlo*”. Según nuestro Tribunal constitucional (SS. 30/81 de 24.7 y 216/88 de 14.11), el derecho a la defensa y asistencia de letrado comporta de forma esencial el que el interesado pueda

encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa. También, según el mismo Tribunal integra el derecho a que, cuando corresponda, sea designado al interesado un letrado de oficio.

De la doctrina expuesta se infiere claramente que comprendida en el derecho de defensa y a la asistencia de letrado se halla el derecho a cambiar de letrado, sustituyendo al de oficio por otro de libre designación, o supliendo al abogado de confianza por otro. Pero tal libertad de designación se halla sujeta a condiciones cuando el nombramiento de nuevo letrado implique la suspensión del juicio. En relación al tema, en la sentencia de esta Sala 953/98, de 4 de marzo de 1997, se manifiesta que los dos ejes sobre los que se estructura constitucionalmente y legalmente la defensa del acusado son:

a) la prevalencia de la designación de letrado, al ser la ejercitada por letrado de oficio puramente subsidiaria y

b) que la solicitud del cambio de Abogado de oficio por letrado de libre designación se efectúe oportunamente y no sea una extemporánea forma de obstrucción procesal.

La exigencia de que el acusado formule tempestivamente bien la renuncia al abogado designado de oficio, bien la queja por la indefensión material que le origina su actuación profesional se establece por esta Sala en la S. 253/94 de 14 de febrero.

DECIMOPRIMERO: Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, se llega a la conclusión de que por los dos procesados se actuó con abuso de derecho. En el caso del Capitán VÍCTOR ALECHNIKOV, que por cierto a pesar de ser ruso, habla español, ya en una primera ocasión, el 14 de julio se le advirtió personalmente por este ponente que, a fin de evitar cambios de última hora, si tenía algún problema con la defensa lo dijera en tal momento o cuanto antes, sin esperar al día del juicio y ratificó la designación de su abogado (folio 1.480 del Rollo de la AP). Se dice por la defensa que no tuvo tiempo, pero desde el 14 de julio en que la Sala le invitó a que manifestara cualquier problema que pudiese haber con la defensa hasta el día 18 de septiembre en que se inicia el juicio oral ha tenido tiempo de designar abogado de su libre elección y no lo ha hecho, debiéndose hacer constar que para buscar nuevo abogado no necesita licencia alguna de la Sala, por lo que incluso lo coherente es a la vez que se muestra el desacuerdo con el abogado, proponer otro nombre para su sustitución, salvo claro está que la causa sea por algún hecho puntual que justifique la

renuncia, antes al contrario, el abogado había estado la semana anterior varias tardes en prisión con su cliente preparando la defensa. Este procesado muestra su deseo de cambiar de abogado (su propio letrado fue el primer sorprendido) el día 9 de septiembre y es cierto que se le dio el plazo de una audiencia y facilitó el nombre de dos abogados, uno de ellos de Murcia, con los que la Ilma. Sra. Presidenta de esta Sala, telefónicamente, se puso en contacto y ninguno de ellos aceptó la defensa. Así las cosas, se le nombró uno de oficio. Cuando se habla de confianza abogado-cliente, es evidente que no puede existir la misma relación cuando el abogado le es impuesto en contra de su voluntad, como ocurre en estos supuestos en que no nombra ninguno, sin que ello suponga vulneración de derecho fundamental alguno, al contrario, precisamente es en estos casos, para garantizar su derecho fundamental a la defensa es cuando se le designa a la fuerza un abogado para que esté debidamente defendido, considerando que es esencial la intervención de la defensa, aún en contra de la voluntad del procesado.

En cuanto a MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, alias "*Cachi*", también, como con el resto de procesados, sin presión alguna, sino solo para poner en su conocimiento la conveniencia de que, en su caso, si tenían algún problema con el abogado, lo pusieran en conocimiento del Tribunal cuanto antes, sin esperar al día del juicio, el día 14 de julio ratificó la designación de la letrada que consta en las actuaciones (folio 1.470 del Rollo de la AP). Después en día 9 de septiembre, como consta más arriba, primer dice que quiere cambiar y cuando ya se suspende el acto, alega que quiere la misma abogada, la cual ya había renunciado como consecuencia de que anteriormente el procesado había dicho que quería cambiar y no tenía confianza en ella. Al día siguiente no designa ninguno y se le impone de oficio. No se sabe cuánto tiempo debe la Sala esperar a que un procesado designe a un abogado, si no designa ninguno, es decir, no se entiende qué sentido tiene suspender una causa de estas características cuando el procesado no facilita nombre alguno de abogado que le convenga y en el que tenga su confianza, resultando aplicable aquí igualmente lo ya dicho en cuanto a que se trata en este caso, de una designación forzosa.

En definitiva y en resumen, deben rechazarse las peticiones de nulidad del plenario para que los dos procesados designen abogado de su libre elección, en aplicación del art. 11.2 de la LOPJ por las siguientes razones:

* Una: la renuncia al abogado de oficio y la petición de que se suspendiese el juicio para nombrar otro de libre designación, fue intempestiva e inoportuna. Los acusados han esperado al momento mismo del juicio para mostrar la falta de confianza con su abogado con el que llevaban años de relación, han sido requeridos

para nombrar abogado de su confianza y no han designado ninguno o, lo que es lo mismo, los designados no han aceptado la defensa.

* Dos: Los acusados en el momento de la renuncia a sus respectivos abogados que lo eran particulares, en un caso uno de ellos llevaba la defensa dos años y el otro casi cuatro, desde el inicio de las actuaciones, no han dado razones que justifiquen el cambio de voluntad, siendo así que el procesado Víctor Alechnikov ha tenido casi cuatro años para buscar un abogado experto en Derecho Marítimo, si lo consideraba tan fundamental y

* Tres: Conforme informó el Fiscal, que alabó la labor profesional y el prestigio de ambos letrados, hasta el momento de la petición de suspensión del juicio, no cabe apreciar una especial desidia en la actuación de las respectivas defensas. Al contrario, como se ha dicho consta la dedicación de ambos profesionales a la respectiva defensa de su cliente. Bata la mera lectura del escrito de conclusiones provisionales, que queda lejos de ser, en ambos casos, un modelo estereotipado.

DECIMOSEGUNDO: En esta carrera de obstáculos que se ha convertido la celebración del juicio, ya estamos en condiciones de entrar en la valoración de la prueba existente contra cada uno de los procesados y si es o no de signo incriminatorio suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia que interinamente ampara a cada uno de ellos según el art. 24.2 de la Constitución Española, si bien antes muy brevemente dejar constancia, entre otras muchas causas de suspensión a las que no nos hemos referido por haber quedado sin objeto, de dos botones de muestra, sin importancia, pero sumamente ilustrativos que vienen a corroborar el empeño que ha existido por algunas defensas y por algunos procesados en conseguir la suspensión del mismo. Por un lado, al empezar el juicio, uno de los procesados mostró su disconformidad con la intérprete de ruso alegando que no la entendía, cuando tal intérprete lleva ocho años ejerciendo como tal y nunca ha tenido problema alguno. Lo más curioso es que más tarde, cuando declaró, según parece, se entendieron perfectamente y no hubo ningún problema. Por otro, ante la decena de testigos propuestos, cuatro de ellos comunicaron la imposibilidad de asistir a juicio al estar participando en un operativo de gran envergadura en determinada capital provincial. Se puso en conocimiento de las defensas y se contestó por escrito que no se renunciaba a testigo alguno. Al inicio de las sesiones del juicio se interesó la suspensión del juicio ante la falta de esos testigos. La Sala habló con el respectivo Comisario para que testificaran a través de videoconferencia, y como les era imposible antes, se quedó en que podían prestar su testimonio a través de videoconferencia el día 25 de septiembre. Se terminó de practicar toda la prueba el día 23, a excepción de

las cuatro testificales que tendrían lugar el 25, por lo que las sesiones del juicio se retrasaron dejando el día 24 en blanco, sin continuar el juicio hasta el 25 en que tuvieron lugar y tras la practica de la prueba y demás trámites, quedó visto para sentencia. Lo curioso es que cuando se les dio la palabra a las defensas para que hicieran preguntas a esos testigos tan fundamentales, por cuya ausencia habían pedido la suspensión, no formularon pregunta alguna e incluso renunciaron a los dos últimos.

DECIMOTERCERO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, de conformidad con los artículos 368, 369.1.6^a, 370.3^o extrema gravedad y 374 del Código Penal y otro delito también contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, de conformidad con los artículos 368, 369.1.6^a y 374 del Código Penal, es decir, sin el subtipo agravado de extrema gravedad. Se ha estimado probado que los procesados intentaban introducir en territorio español 2.722,6 kilogramos de cocaína con riqueza del 75 % y 4,5 kilogramos de cocaína con riqueza del 76,47 %, mercancía transportada en el buque IVY-1. La cocaína es una sustancia que causa grave daño a la salud.

DECIMOCUARTO: Del delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, de conformidad con los artículos 368, 369.1.6^a, 370.3^o extrema gravedad y 374 del Código Penal son responsables en concepto de autores los procesados NICASIO PERDOMO SANTANA alias “*el viejo*”, WALDO PINO DIÉGUEZ, y VÍCTOR ALECHNIKOV por la participación directa, material y voluntaria que han tenido en la ejecución de los hechos que integran el tipo (art. 27 y 28 del Código Penal). Y del otro delito también contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, de conformidad con los artículos 368, 369.1.6^a y 374 del Código Penal, es decir, sin el subtipo agravado de extrema gravedad, son autores los procesados MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, alias “*Cachi*” y ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA alias “*el Gordo*”, procediendo a continuación la individualización de la participación de cada uno de ellos en el delito que se les imputa.

Los procesados acogiéndose a su derecho constitucional, se negaron a declarar en el acto de la vista oral, haciéndose constar las preguntas que el Ministerio Fiscal les formuló, cuya respuesta declinaron. Así, Nicasio Perdomo manifiesta “*que no va a contestar a ninguna de las preguntas*”, Waldo Pino Diéguez, “*se acoge a su derecho a no declarar*”, MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA dijo “*no voy a contestar*” y Anyer Eduardo Holguín Correa, alias “*gordo*”, manifestó: “*Solo voy a contestar a mi*

abogado”. En el caso del Capitán Víctor Alechnikov comenzó diciendo “*voy a contestar a todas las preguntas*” para después, en el ejercicio de sus derechos negarse a contestar las preguntas que tuvo por conveniente. Al acusado, a diferencia del testigo, le asiste el derecho, reconocido en el art. 24.2 CE, a guardar silencio total o parcialmente, a no decir nada (SSTC 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ5; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 1; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 6).

Es doctrina del Tribunal Supremo la que a la hora de valorar la declaración del inculpado, proclama que “*no se trata de que tenga que probar su inocencia, lo que supondría una inadmisibile manifestación de inversión de la carga de la prueba. Más limitadamente, lo que se está diciendo, es que ante la existencia de prueba de cargo vía indicios, le era exigible ofrecer una explicación exculpatoria que eliminase o disminuyera la naturaleza incriminatoria de aquellos indicios, y en esta dialéctica, el silencio manifestado o las explicaciones inverosímiles confirman y refuerzan la potencia incriminatoria de aquellos indicios*” (STS de 19 de enero de 2005).

En el mismo sentido, traemos a colación lo que es doctrina ya reiterada y que nuevamente se especifica en la Sentencia del TS de 31 de octubre de 2005 cuando señala que “*... El ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio*”. Si el acusado ha prestado declaración ante el Juez con todas las garantías, su negativa a declarar en el plenario no deja sin efecto esas declaraciones ni las convierte en inexistentes, pues fueron efectuadas en otro momento procesal en ejercicio de su libertad de prestar declaración con el contenido que tuviera por conveniente y, como se ha dicho, rodeado de todas las garantías exigibles. Puede entenderse, sin embargo, que la negativa a declarar supone la imposibilidad de practicar en el plenario la prueba, propuesta y admitida, consistente en la declaración del acusado, lo que autoriza a acudir al artículo 730 de la LECr. Así lo entendió esta Sala entre otras en la STS núm. 590/2004, de 6 de mayo.

En definitiva, como proclama a modo de conclusión, la STS de 19 de enero de 2005 antes citada: *“la falta de explicación plausible equivale a que no hay explicación posible”*. Y esto es lo acontecido en el supuesto enjuiciado donde los indicios incriminatorios no solamente desmontan la versión de los procesados sino que hacen que su inverosimilitud intrínseca aflore con una contundencia abrumadora. Tal es el caso cuando se le pregunta a Nicasio Perdomo si, con independencia de los tres móviles incautados, más lo nueve terminales de su domicilio, *¿porque mantenía conversaciones desde cabinas?* y se niega a responder, siendo lógico estimar que lo hacía así por si los teléfonos estaban intervenidos, como efectivamente lo estaban. O cuando se le pregunta a Waldo Pino *¿Es cierto que portaba 8 terminales de telefonía y cada uno grabado en el reverso una inicial?* y ni contesta ni ofrece explicación de tal hecho, ni dice porqué tenía una batería desconectada, ni porqué tenía con notas *“pos-it”* marcados los teléfonos, por lo que ante la falta de explicación del procesado, es lógico pensar que tenía tantos teléfonos para dedicarse a sus quehaceres ilícitos sin que se grabaran sus conversaciones, que los tenía marcados para utilizar uno con cada interlocutor y que alguna batería la tenía fuera del terminar para evitar la captura del IMSI. O si se le pregunta a Manuel Edgardo Castro algo tan fácil de contestar de si *¿ha mantenido reuniones o entrevistas con alguno de los procesados en Madrid o GC?* y no contesta, desde luego, ante la prueba testifical de agentes que lo vieron mantener tales reuniones, se debe concluir que, sin duda se reunió con alguno de ellos. O si se le pregunta algo tan simple a Anyer Eduardo Holguín de si *¿conducía un coche plateado?* y se niega a contestar, debe colegirse que lo hace porque el coche tenía unas caletas o lugares en los laterales donde se podía ocultar sustancia y no quiere explicar quién, cómo, dónde o para qué se modificó la estructura del coche para dejar esos huecos. Y, por último, si al Capitán Víctor Alechnikov se le pregunta a cerca de si el buque *¿enarbolaba pabellón alguno?* y contesta que no quiere responder a esta pregunta, lo más lógico es deducir de su respuesta que el buque no enarbolaba pabellón alguno en el momento del abordaje. En el sentido expresado, ha sido valorado por la sala el silencio de los procesados.

Por otro lado, Eduardo Holguín Correa, alias “gordo” dijo que solo iba a contestar a las preguntas de su abogado, confundiendo sus derechos constitucionales, pues tiene derecho a guardar silencio sobre aquello que se le pregunte, si quiere contestar contesta y si no quiere no contesta. Ese es su derecho protegido por la Constitución y la LECr., pero lo que no tiene derecho es a elegir a su interlocutor, a seleccionar la persona que desea le haga las preguntas, por ello se hicieron constar las preguntas que le formuló el Ministerio Fiscal y se negó a contestar, de tal forma que la misma pregunta que se había negado a contestar al Ministerio Fiscal no se le permitió a la defensa su reproducción, precisamente para salvaguardar su derecho a

no contestarla ya manifestado.

DECIMOQUINTO: En cuanto a la participación del procesado NICASIO PERDOMO SANTANA, alias “*el viejo*”, viene acreditada por las numerosas conversaciones telefónicas en las que contacta con otros implicados, principalmente con Cachi y con el capitán de su barco Victor, conversaciones dirigidas a la preparación de localización del punto donde debía trasvasarse la droga y traerla para, presumiblemente, Gran Canaria. Cuando ya se va a llegar al final, es decir, cuando faltan escasos días para que se produzca el alijo o desembarco se producen unas conversaciones aparentemente sin sentido, en un lenguaje encriptado, pero que debidamente interpretadas, todas encajan a la perfección, tanto de Waldo con Cachi, como de este con Nicasio al que llaman “*el viejo*”. Cachi recibe instrucciones de Waldo Pino y las trasmite a Nicasio, quien a su vez se las facilita al Capitán Víctor.

El teléfono, o mejor uno de los teléfonos intervenidos a Nicasio Perdomo es el 639163053. Su defensa solicitó la prueba de identificación de voz, se remitieron los discos originales a Policía Científica de Madrid, quien por las razones apuntadas en su oficio obrante a los folios 1.579 y siguientes del Rollo de la AP concluyó que no era posible realizarlo. La defensa estimó que, en tal caso, no era posible asegurar que las conversaciones eran mantenidas por el citado imputado (“*eso significa que esa voz no pertenece a mi defendido*”). Nada más lejos de la realidad, pues si desde ese número de teléfono llama “*alguien*” a quien su interlocutor llama “Don Nicasio” (cuando habla con Víctor), si hablan de barcos (el procesado es armador y es dueño de cuatro), si desde ese número ese “*alguien*” habla con el capitán de un barco llamado Víctor Alechnikov (que es el capitán de uno de los barcos, el IVY-1 del procesado), si en alguna de las conversaciones hablan del buque IVY-1 y del ITA o del OAK (que así se llaman 3 de los 4 barcos de los que es propietario el armador procesado), nos preguntamos si puede seriamente dudarse de que ese “*alguien*” que usa el teléfono y al que llaman Don Nicasio, propietario de 4 buques, uno de ellos el IVY-1 capitaneado por Víctor Alechnikov es el procesado Nicasio Perdomo Santana, alias “*el viejo*”. Por si hubiere duda, al folio 549 –Tomo 2- obra una conversación con Iberia porque el procesado va a sacar un billete y no es que diga que quiere sacar un billete a nombre de tal o de cual, sino que dice “*buenos días, mi nombre es Nicasio Perdomo*”, la operadora le dice que le repita los apellidos que no los ha entendido y el procesado repite: “*Perdomo Santana, Nicasio*”. Entendemos, con todo respeto, que no puede dudarse de que esa voz, pertenece al repetido procesado.

Son varios los encuentros que tiene con otros implicados y todos ellos entrelazados y coordinados. Así, se reúne en las inmediaciones de Alcampo (Telde)

varias veces con Cachi, para recibir la información que Waldo había transmitido a Cachi o otra ocasión para recibir un dinero que Anyer Eduardo Holguín, alias gordo había entregado a Cachi. También se reunió con Cachi y con Waldo en el Sur, en las inmediaciones de un Parque de Atracciones. Por ejemplo, el 22 de agosto de 2005 se reunieron en las inmediaciones del restaurante Mc Donalds del Centro comercial Alcampo (Telde), Cachi y Nicasio como lo atestiguan los agentes policiales 89.088 y 80.111.

Otro encuentro en Telde se produjo cuando Waldo manda a Gordo para que traiga un dinero a Gran Canaria y le dice que lo envuelva poniendo encima y abajo unos CDs y lo envuelva en papel de regalo, Gordo es visto el 30 de septiembre de 2005 llegar a Gran Canaria y coger un taxi hasta el hotel Costa Meloneras, donde más tarde llega Cachi y tras una entrevista de veinte minutos Gordo le entrega un paquete envuelto en papel de regalo a Cachi, el cual recoge a su mujer María José y se va al Centro Comercial Alcampo donde se reúne con Nicasio, al cual le hace entrega del paquete, del mismo paquete envuelto en papel de regalo recibido de Gordo. Acreditado por testificales de policías 80.111, 80.547 y 61.332.

Y en cuanto al encuentro en el Sur, Waldo tenía interés en reunirse personalmente con *“el viejo”*, de tal manera que el día 6 de septiembre de 2005 manda un mensaje a sus amigos colombianos diciéndoles que tenía que ir a donde el viejo a tranquilizarlo y en efecto, al día siguiente, 7 de septiembre Cachi llama a Nicasio y le dice que tenían que ir a verlo abajo, donde la rueda, es decir, a ver a Waldo al Sur, donde está la noria. En efecto, son vistos los tres procesados Waldo, Cachi y Nicasio en un bar de la zona en las inmediaciones del parque de atracciones de Playa del Inglés Holliday Word. Así lo atestiguan en el juicio oral los agentes policiales con carnés profesionales 81.158 81.580.

En las conversaciones se mantiene un lenguaje encriptado para que solo ellos se entiendan y no se pueda descubrir lo que dicen si sus conversaciones con intervenidas, lo cual es otro indicio más de su implicación delictiva. Tanto los mensajes como las conversaciones carecen de sentido si no se encuadran en la investigación criminal que se desarrolló. Además, cuando ya falta poco para el alijo, se producen entre el procesado Nicasio, armador del buque y el también procesado Víctor, capitán, toda una serie de conversaciones que se dirigen a concretar el punto donde debía de cargarse la droga en el buque IVY-1. Por último. El Capitán Víctor Alechnikov, en su declaración ante el Juzgado con todas las garantías (folio 2.019 – Tomo 6-) dice que fue el armador el que le dijo el punto donde se produce la carga: *“que sí recibió la orden de D. Nicasio de donde debía ubicar el buque”*. En definitiva, de la

prueba practicada en el acto de la vista oral se desprende que el procesado Nicasio Perdomo Santana, alias “*el viejo*” era la persona encargada de transportar en uno de sus barcos la droga o, lo que es lo mismo, de facilitar un buque de su propiedad para traslado de la droga de alta mar a, en principio, Gran Canaria.

DECIMOSEXTO: En cuanto a la participación de WALDO PINO DIÉGUEZ, también la prueba practicada contra este procesado es contundente. Las conversaciones indescifrables y sin sentido para aquel que nada sepa de sus torpes manejos, son de una claridad meridiana si se ha seguido el curso de las investigaciones. Así habla con Cachi de “*camiones*” (barcos), “*restaurante*” (punto de desembarco), “*cena*” (momento o fecha en que debe tener lugar, etc.). Es sumamente ilustrativa la “*conversación*” que vía SMS mantienen en la madrigada del lunes al martes 4 de octubre de 2005, en los días previos a que se produjeran los hechos, en los que Waldo le facilita las coordenadas a Cachi, partiendo de que previamente lo habían intentado en las coordenadas 10° N 27° O (en el mensaje se decía Gran Vía 10). Pues bien, Waldo le manda el siguiente mensaje a Cachi: “*si el primero termina por 0 y el segundo termina por 7, eso es, pues si estos están muy lejos, mañana cuando el viejo hable con ellos, le dice que hay un amigo en ese sitio*”, (folio 4.360 y 4.361 –Tomo 11-), es decir, Waldo le indica a Cachi que para hacer el cálculo del nuevo punto de encuentro tome como referencia que el primero es el que termina en 0, es decir 10, y el segundo en 7, es decir, 27. Después le manda otro mensaje que dice: “*al primero le sumas 15 y al segundo les restas 2, y te da los dos iguales no*” (folio 4.362 –Tomo 11-), resultando evidente que si a 10° le suma 15, saldrían 25° y si a 27° le resta 2°, también resultaría 25°, por tanto, he aquí el nuevo “*restaurante*”, latitud 25° N 25° O. Para concretar aún más, lo que en verdad resultaría innecesario, le manda otro mensaje Waldo a Cachi que dice: “*esos dos es seguido de 2 ceros, cada uno el primero y es segundo vale [es decir, 25° 00’ N 25° 00’ O]. Si mañana cuando hablen están muy lejos y el viejo pone problemas le dices esto, que tengo un amigo que está cerca de ahí donde te he dicho, que si pasa él de subida vale, pero mejor que vaya a esto primero*” (folio 4.363 –Tomo 11-). Todos estos mensajes han sido incorporados a la causa mediante su lectura en el acto del juicio oral.

De las conversaciones intervenidas y de los contactos que se han relatado ha mantenido con otros imputados, se estima acreditada la participación del mismo en el delito con total dominio de la operación. Otro encuentro significativo es el tenido en Madrid entre este procesado y Cachi. El día 20 de agosto de 2005, en Madrid, se le vio a Cachi con Waldo que conducía el Porche Cayanne 9161 TCM reunirse a la salida del metro Goya y dirigirse una vez en el interior del vehículo hasta el parking de El Corte Inglés de la Calle Goya, lugar donde permanecieron por espacio de media hora, intercambiándose alguna documentación. Tras el encuentro, comen juntos y Waldo

alcanza al Cachi a su hotel y con altas medidas de seguridad consistentes en cambios bruscos de sentido o conducir a alta velocidad, se dirige al locutorio de Juan de la Cierva 30 de Getafe, donde se entrevista con Anyer Eduardo, extremos acreditados por las declaraciones testimoniales de los agentes policiales 90.107 y 91.858, 81.597, 78.647.

Otras pruebas contra el mismo son fruto de la entrada y registro en el domicilio de Guadalajara, encontrándose un zulo o lugar escondido donde poder depositar sustancia estupefaciente, alegando la defensa que era la preinstalación de aire acondicionado cuando la policía ha declarado que allí no se veían tuberías algunas. En su declaración en sede judicial, el procesado no dice nada de aire acondicionado (folio 2.438 –Tomo 7-), sino que dice *“hay un hueco por donde van las tuberías de la casa”*. En la diligencia de entrada y registro se hace constar que *“en la planta superior de la vivienda se ha descubierto un almacén camuflado detrás de una puerta falsa en el interior de un armario empotrado. En el interior de este habitáculo, se encontraba un palet de madera, de grandes dimensiones, apoyado sobre unas traviesas, donde poder apilar importantes cantidades de cocaína y no afectara la estructura de la vivienda”*. Al parecer a tal lugar se transportó droga por Holguín correa, preguntándole Waldo cuántos viajes había hecho (folio 4.353 –Tomo 11-) al decirle Holguín que había utilizado el coche. Además es de destacar el número de teléfonos móviles que tenía cuando fue detenido (8) y los que tenía en su casa (12) , respecto a los que no ha a dado explicación alguna y además los llevaba desconectados para evitar descubrir el IMSI, además los llevaba marcados, indicio de que los dedica al tráfico de drogas. Habla por un terminal que solo enciende para realizar una llamada o recibirla, desconectando el teléfono e incluso quitando la batería, con lo que la captura del IMSI es imposible, tenía 20 móviles en total. Extremos acreditados en virtud de las declaraciones testimoniales de los agentes 70.491: *“detuve a Waldo, llevaba muchísimos teléfonos móviles”*, 78.647: *“llevaba 8 teléfonos móviles, enumerados o marcados con notas pos it”* y 77.298: *“llevaba bastantes teléfonos móviles, la mayoría apagados, los llevaba como marcados con unas pegatinas blancas”*

Por último, se declara por los agentes autores de las vigilancias y seguimientos que le realiza la Unidad Central de Estupefacientes en Madrid las medida de seguridad que adoptaba, como dar vueltas a una rotonda para comprobar si alguien le sigue, concluyendo en que las conversaciones telefónicas intervenidas al procesado Waldo Pino Diéguez son concluyentes y si se deduce dónde iba a estar el barco fue porque las coordenadas se las da Waldo a Tachi y este a Nicasio y Nicasio al Capitán por fax y en base a esas coordenadas se captura la droga. Su participación en el delito título de autor, a criterio de la Sala no deja lugar a dudas.

DECIMOSÉPTIMO: En cuanto a la participación del capitán VÍCTOR ALECHNIKOV en los hechos, se desprende claramente también de las conversaciones telefónicas que mantiene con el procesado Nicasio Perdomo. Como ya refirió en su informe el Ministerio Fiscal, el cual se ha rebelado como un experto marino a juzgar por la precisa jerga marinera que utilizaba al referirse al acto del abordaje, el día que es abordado el buque, iba “*a órdenes*”, es decir, que no lleva rumbo fijo, que esperaba una orden del armador para fijar el destino, para ver donde se dirige, el broker le propone interesantísimos fletes que no acepta el armador porque tiene que estar el barco situado en unas coordenadas, es decir, tiene que estar “*en el restaurante a la hora de la cena*”. Por eso mantiene al barco en esas coordenadas. En su declaración en sede judicial, acepta que acude allí voluntariamente y que ordena a los marineros cargar la mercancía al IBY-1. Los marineros dicen que cargan los fardos porque se lo dice el capitán, lo cual lleva a concluir la responsabilidad penal del mismo al ponerse de acuerdo con el armador para recoger la droga en alta mar y traerla a España. Cuando se produce el abordaje el capitán demuestra un perfecto conocimiento de la mercancía, pues no solo les dice a los agentes policiales donde se encuentra la droga sino también el número de fardos, es decir, tenía un control total de la droga. Sabía lo que estaba alijando, pues no es lógico que un barco de grandes de dimensiones, cargue una mercancía de toneladas, tras abarloado de madrigada y que el Capitán no sepa lo que se carga, amén de que se introdujo en un lugar no destinado para la carga. Por todo lo cual se estima que existe prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia del art. 24,2 de la Constitución.

DECIMOCTAVO: Respecto a la participación de MANUEL EDGARDO CASTRO Olivera, alias “Cachi” en el delito, viene determada, también de forma inequívoca, por las intervenciones telefónicas, seguimientos y vigilancias de que ha sido objeto. Así se ha relatado más arriba su encuentro con Waldo en Madrid y los llevados en Gran Canaria con Nicasio en el Centro Comercial de Telde (en el “paso de peatones” dicen en sus conversaciones) o en el Sur con Waldo o con Anyer Holguín. Que sea su voz la que se oye en los teléfonos intervenidos cuando su interlocutor se refiere a Cachi no hay duda. Él mismo dice en su declaración en el Juzgado (folio 2,448 –Tomo11-) que “*al declarante lo apodan Cachi*”. Por eso, nada de particular tiene que cuando declaró el policía 89.088, y a propósito de su mención, la Ilma. Sra. Presidenta de forma espontánea preguntó *¿Cachi quién es?* y Manuel Edgardo Castro Olivera levantó la mano. Por último, otro indicio revelador es que utiliza expresiones como “*vos*” (folio 2.879 –Tomo 8-), “*entendés*”, “*pega la vuelta*” (folio 2.894 –Tomo 8), “*decís*”, “*recién*” (folio 2.898 –Tomo 8), expresiones o giros típicamente argentinos, país del que es oriundo el procesado. Si bien, en el juicio no quiso declarar, sí lo hizo anteriormente alegando que se dedicaba a vender coches y relojes y que el dinero que

le entregó Gordo se lo debía Waldo de un reloj o unos relojes, lo que demuestra solamente la relación entre ellos, lejos de acreditar la dedicación al negocio de la relojería. Su participación se circunscribe a ser el intermediario entre Waldo y Nicasio. Recibe de uno y entrega al otro documentación, dinero (a través de Gordo) o simplemente información, siendo también autor del delito contra la salud pública perseguido.

DECIMONOVENO: Por último, en cuanto a la participación de ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, alias “Gordo” también es clara. Para empezar, no hay duda alguna de que este procesado es conocido como Gordo o Bigotes. En una de las veces que Waldo manda a Gordo a Gran Canaria le dice a Cachi que le avise cuando llegue, le dice que el gordo está ahí a las dos, y Cachi más tarde le contesta “*ya lo vi*”. El propio Anyer Eduardo dice en su declaración ante el Juez de Madrid (folio 2.458 –Tomo 7-) que “*hay veces que me llaman el gordo*”, amén de que Waldo le pregunta su número de identificación para sacarle un billete a Gran Canaria y facilita el NIE X-1739947-C que se corresponde con el NIE de Anyer Eduardo Olguín Correa. Este procesado en su declaración ante el Juez de Las Palmas dice que “el billete se lo pagó Waldo” (folio 2.741 –Tomo 8-). La conversación mas clara que implica en los hechos a este procesado es la ya relatada de envolver el dinero traerlo de Madrid a gran Canaria y entregárselo a Cachi (y luego este a Nicasio). En esta declaración también admite que es cierto que se reunió con Manuel para darle el dinero, que eran 3.000 euros, aunque dice que se llevó dos relojes, cuando lo cierto es que tal dinero tenía como destinatario final Nicasio para pagar el transporte de la droga.

Otro indicio es el desconocimiento de la actividad que pueda realizar el procesado ANYER EDUARDO, al que se le han intervenido varios coches; se le inspeccionó un vehículo que lleva en las puertas caletas o lugar oculto. Llevaba el móvil sin la tapa trasera y desconectado para evitar la utilización del scanner. No tiene sentido llevar un móvil y llevarlo desconectado. Lo llevaba así para evitar la captura del IMSI. El agente policial 86.606 declara que cuando fue detenido llevaba un teléfono móvil con la batería quitada y el teléfono móvil apagado. Por todo ello, se estima que también es autor del delito del que se le acusa por el Ministerio Fiscal.

VIGÉSIMO: Por el Ministerio Fiscal se ha apreciado el subtipo agravado de organización contemplado en el art. 369.1.2^a apoyándose como argumentación en que existe una estructura, una pluralidad de personas que emplean medios de comunicación no habituales, como el Iridium (teléfono satelital) que compró un procesado para el barco, cuando ya la nave en sus equipos de transmisión tiene tal medio de comunicación, existiendo igualmente una distribución de tareas obvia. El

Ministerio Fiscal mantiene que existen otras personas que no están sentadas en el banquillo de los acusados y que se dedican a traficar con droga con esa cantidad enorme de cocaína y que el contacto de esas personas es Waldo, que Waldo asume la jefatura en el cumplimiento de esa misión. Waldo se sirve o utiliza o tiene como “empleados” a Eduardo Holgín Correa, entre otros y en Gran Canaria a Manuel Edgardo Castro para que contacten con otra persona que dentro de esa organización se encargará de poner los medios materiales muy cuantiosos, de difícil acceso para, en connivencia con el capitán de uno de sus buques de los que es armador Nicasio traer esa enorme cantidad de droga. Es decir, que Waldo Pino se sitúa en lo más alto de la pirámide y tiene como cooperadores necesarios del delito de tráfico de drogas, a dos personas, una en Madrid, Cachi, y otra en Gran Canaria, Gordo. Y, por último, también existe otro requisito exigido jurisprudencialmente que es la estabilidad temporal, pues a lo largo de las intervenciones telefónicas y toda la investigación, no solo puede observarse que llevan preparando la operación durante mucho tiempo, sino que además han participado en otras anteriores e incluso están preparando otras.

Sin embargo, no aprecia el Tribunal, a diferencia de lo interesado por el MF, la concurrencia del subtipo agravado de pertenencia a organización del artículo 369.1.2ª del Código Penal. Como declara, la STS 620/2002, de 11 de abril, el tipo del delito de tráfico de drogas, sanciona la conducta de quienes ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o los posea con aquellos fines, la cual aparece agravada cuando, el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviera como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional. Para evitar una desnaturalización de lo que se ha de ser entendido como organización -dado el carácter ocasional y transitoria que se requieren para la agravación- el TS ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso cartel que opera internacionalmente como grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad. Por ello, debe ser interpretada restrictivamente para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica.

Ha de partirse de la acepción que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Organización significa *“establecer o reformar una cosa, sujetado a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo”*. La jurisprudencia en interpretación de esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la

coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización. Así la STS de 20 de mayo de 2004 (siguiendo el criterio de otras precedentes) nos dice que: Como ha dicho reiteradamente esta Sala, no basta que haya una codelincuencia, es decir, varias personas responsables de este delito por su acción conjunta, para que tenga que aplicarse esta agravación. Es necesario que esta pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir las drogas se encuentren coordinadas entre si (normalmente con una estructura jerárquica que determina la existencia de unos "jefes", "administradores" o "encargados" cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación ahora vigente con distintas tareas encomendadas a cada uno de los partícipes que no tienen porqué ser siempre las mismas para cada persona, todo ello con una cierta duración o permanencia en el tiempo, pues no basta una o muy pocas actuaciones esporádicas, requisito este último atenuado en la norma penal actual que trata de ampliar el ámbito de aplicación de esta agravación específica al haber añadido las expresiones "incluso de carácter transitorio" y "aún de modo ocasional", siendo necesario además que esas personas dispongan de medios idóneos y desarrollen un plan previamente concertado y con una cierta permanencia, a pesar de la transitoriedad a que se refiere el propio precepto. Se exige, por tanto, una "vocación de continuidad" (STS de 11 de febrero de 2003) y no puede confundirse con la situación de simple coautoría o coparticipación (STS de 28 de noviembre de 2001), pues es un "aliud" y un "plus" frente a la mera codelincuencia (STS de 1 de marzo de 2000).

En el caso que nos ocupa, estima el Tribunal que se trata de una concreta operación de transporte de droga, en que se utiliza el barco del procesado Nicasio Perdomo, sin que se haya acreditado ninguna otra operación. Es cierto que se ha intentado anteriormente sin conseguirlo a finales de septiembre de 2005 y que el 13 de octubre si se consiguió el alijo por los procesados, pero se trata de la misma operación. También es cierto que, según parece Nicasio ha participado en alguna otra operación con anterioridad, pero desde luego no sabemos si han intervenido las mismas personas. De la prueba practicada y constituida fundamentalmente por observaciones telefónicas y declaraciones testificales de los agentes policiales, se desprende la colaboración entre las partes, donde es cierto que dos procesados Gordo y Cachi, tenían un papel distinto y menos relevante que los otros tres procesados, pero no se entiende que existiera una estructura organizativa con una jerarquía y disposición de medios para la realización del hecho delictivo, como exige la

Jurisprudencia para la apreciación de la agravación de pertenencia a organización, por lo que se estima inaplicable el citado subtipo agravado.

VIGÉSIMO PRIMERO: Por un lado se estima aplicable el subtipo agravado de notoria importancia del 369.1.6^a a todos los procesados. También se ha entendido por el Ministerio Fiscal que el subtipo hiperagravado de extrema gravedad a que se refiere el art. 370 3^o: *“Las conductas descritas en el art. 368 fuesen de extrema gravedad. Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internaciones dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1. En los supuestos de los anteriores números 2^o y 3^o se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito”*, es aplicable, aunque no a todos los procesados, sino a tres de ellos: NICASIO PERDOMO SANTANA alias “el Viejo”, WALDO PINO DIÉGUEZ, y VÍCTOR ALECHNIKOV y el Tribunal no puede sino compartir tal calificación en este punto.

En el delito contra la salud pública cometido por todos los procesados anteriormente mencionados (no por la procesada Margarita Iluminada Morales, ni por los marineros) concurre la agravante del art. 369.1 6^a CP, por ser de notoria importancia la cantidad de cocaína transportada por el mismo. Efectivamente, según el informe pericial ya mencionado más arriba fueron incautados 2.722,6 kilogramos de cocaína con riqueza del 75 % y 4,5 kilogramos de cocaína con riqueza del 76,47 %. La notoria importancia, en caso de cocaína, se encuentra determinada en 750 gramos, por Acuerdo de Plenario de 19 de octubre de 2001, por lo que concurre la agravante referida, al superar con creces la cantidad transportada por el acusado dicho límite cuantitativo.

El Ministerio Fiscal solicita, además, la aplicación de la circunstancia de extrema gravedad prevista en el art. 370 3^o CP por el uso de aeronave. El Tribunal Supremo, en sentencias como la 343/2004 de 12 de marzo, y 1954/2000 de 1 de febrero, señaló que la extrema gravedad prevista en el subtipo hiperagravado del art. 370, se construye, no solamente sobre el aspecto meramente cuantitativo de la droga ocupada, aunque indudablemente es preciso partir como primer dato para el análisis, de la cantidad aprehendida por relación a las cantidades por encima de las cuales opera la agravación de notoria importancia; junto a este primer dato inicial, habrá que añadir el porcentaje de componente tóxico y la potencial capacidad de llegar a un mayor número de consumidores por lo que entraña un mayor riesgo para la salud

pública; otros datos a tener en cuenta serán la posible concurrencia simultánea de varias agravaciones de las previstas en el art. 369 CP. Es un dato de experiencia -siguen apuntando aquellas sentencias- que en estos casos la existencia de una organización viene a ser un presupuesto casi imprescindible. Otro dato sería el uso o empleo de medios especialmente idóneos y complejos para este tráfico, y por tanto dada la naturaleza clandestina de la red, la especial complejidad tendente a su opacidad, ocultación y a burlar su persecución. Finalmente, ha de tenerse en cuenta el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir tal extra agravación a estos últimos (STS. 1177/2003 de 12.9). Por ello esta hiperagravación no es aplicable a los meros peones, a quienes se encomienda funciones subalternas que carecen de toda capacidad de decisión (STS. 1422 de 10 de julio de 2001).

En el presente caso, en que se ha utilizado un buque para el transporte de la droga la aplicación del 370.3º es evidente, tan evidente como que, en aplicación de la doctrina referida solo debe aplicarse a los procesados mencionados por el Ministerio Fiscal, pues cualquiera de ellos, Waldo o el armador Nicasio o el capitán Víctor controlaban la cantidad de cocaína a transportar y no *Cachi* o *el Gordo*, meros peones, por utilizar la terminología del Supremo. Estimando que, además se dan dos circunstancias de extrema gravedad, no solo por la utilización del buque, sino también porque la cantidad excede notablemente de la considerada como notoria importancia.

VIGÉSIMO SEGUNDO: El Ministerio Fiscal ha estimado también la participación en el delito de MARGARITA ILUMINADA MORALES PÉREZ, en calidad o a título de cómplice, a tenor de los artículos 27, 28 y 29 del Código Penal, estimando que ayuda a su marido. Lo que implica, según el Ministerio Público a la procesada en el delito es una conversación en la que su marido le pide un teléfono de un hombre de Barcelona, y ella en otra conversación dice a su marido que le llame desde una cabina "*porque chilla mucho*", argumento inconsistente, estimando que le dice que llame desde una cabina por medida de seguridad, lo cual supone que no solo está al corriente de las actividades de Nicasio Perdomo, sino que colabora con él, participa de forma activa. Asimismo, hay una conversación que tiene lugar el día 8 de agosto de 2005, en la que su marido le dice que va a quedar en el CC El Muelle y ella le dice que allí hay mucha gente. Su marido le pregunta si va ella a ir, y ella le dice que no. Además, participa de la ilícita actividad de su marido, figurando como administradora encubriendo la actividad ilícita.

Según la sentencia de 13 de abril de 2009, el TS, en punto a la cuestión de la

participación delictiva en delitos contra la salud pública como el enjuiciado, ha tenido en consideración las siguientes exigencias o requisitos para apreciar la complicidad:

- a) la comisión del ilícito delictivo por una o varias personas cuya conducta asuman el papel principal de autoría, de otros con participación secundaria;
- b) el conocimiento por parte del cómplice de su contribución a un acto ilícito, pues de otra forma su participación sería impune;
- c) que su comportamiento sea de naturaleza secundaria y sometida a los actos principales de tráfico, que realiza el autor;
- d) que, por ello, no tenga carácter imprescindible en la ejecución del delito;
- e) que la colaboración del cómplice sea fácilmente reemplazable; y
- f) que tal aportación sea, en sí misma, esporádica y de escasa consideración.

Entre tales casos, puntuales, concretos y siempre excepcionales, en función de la estructura típica del precepto que se contiene en el art. 368 del Código penal, y como supuestos de favorecimiento al "favorecedor" del delito, han sido calificados como actos de complicidad, actos de acompañamiento (STS 30-5-1991), esposa que acompaña a su marido en viaje a Bangkok, en que se transporta droga (STS 7-3-1991), acompañar a los acusados principales en algunas entrevistas previas a la concertación de la operación (STS 5-7-1993), conducir el coche donde se traslada la droga, con limitado conocimiento de la cantidad transportada (STS 14-6-1995), e indicación de cuál era el domicilio de los vendedores (STS 9-7-1997), llevar la droga en la mochila una persona que circula como paquete en la moto conducida por el propietario de aquella, o la de aquella persona que simplemente acompaña a aquella otra que efectúa el transporte, STS 1371/2004 de 23 de noviembre.

En el caso que se examina, la procesada no ha realizado ninguna de tales conductas que si bien se han enumerado a título de ejemplo sin ánimo exhaustivo, sí nos sirven como pauta para determinar que el comportamiento de la procesada, más bien, ha sido de ayuda moral, que no material, a su marido. Los hechos que se le imputan, dicho sea con el mayor de los respetos, no llegan ni siquiera a la categoría de accesorios o secundarios, no se estima que haya tenido aporte alguno a la comisión del delito, como tampoco la han tenido, ni su hijo Nicasio Manuel Perdomo Álvarez, ni la esposa de Cachi llamada María José Braga, ambos detenidos en principio y puestos en libertad. No hay un acto claro que nos lleve a su incriminación en la causa. Por ello, en consecuencia, no habiéndose practicado en el juicio oral pruebas de cargo suficientes para enervar el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución y que asiste a la procesada MARGARITA ILUMINADA MORALES, y, teniendo, asimismo en consideración que tal y como ha

venido declarando de manera reiterada el Tribunal Constitucional (entre otras, en sentencias números 31/1981, de 28 de julio, 220/1998, de 16 de noviembre, 229/1999, de 13 de diciembre, 249/2000, de 30 de octubre, 222/2001, de 5 de noviembre, 219/2002 de 25 de noviembre, 56/2003, de 24 de marzo y 61/2005, de 14 de marzo), el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos, procede decretar la libre absolución de la mencionada acusada.

VIGÉSIMO TERCERO: Ocupémonos ahora de la participación en los hechos de los marineros ALIMBEK TELIVAEV, VÍCTOR TIKHONOV, GHEORGE NACU, IGOR PETROV, MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ, VÍCTOR BAKHAREV, PAVEL KULBIDA y PAUL SIMPI. Se alega por la acusación la sentencia 151/2006 de 20 de febrero, según la cual *“cualquier forma de cooperar o auxiliar en estos hechos delictivos ha de ser considerada como autoría y, desde luego, en los casos de transporte de estas mercancías ilícitas, ya que es favorecer del consumo ilegal, el acercamiento de la droga al lugar donde se va a proceder a su distribución o venta, más aún, continúa la Sala, en casos, como el presente, de transporte marítimo que aproxima el hachís desde el país productor al país consumidor”*. Además alega que los marineros sabían lo que hacían y aún así lo hicieron, existiendo indicios de que así fue, como el hecho de que participaran en la carga y estiba de la mercancía, aunque no sea su función, así como el lugar donde se deposita no habitual.

Por contra la causa, no comparte tales argumentaciones y si la acusación pública ha puesto de manifiesto tales indicios, existen unos contraindicios que los dejan sin efecto. Así, se trata de marineros que llevan años trabajando en la mar. El buque IBY-1 habitualmente se dedica a tráfico mercantil de forma legal. A diferencia del barco de la sentencia mencionada 151/06, en el caso presente se trata de un barco de grandes dimensiones que en la actualidad se está utilizando bajo administración judicial, es decir, que no se trata de un barco que se destina como último viaje a tal menester y después al desguace. Los marineros estaban durmiendo en sus camarotes cuando son despertados por el capitán para efectuar la carga de la mercancía. Esta tripulación no ha sido escogida ex profeso para tal cometido, sino que se ha aprovechado su trabajo para, de forma ruin por parte del capitán y el armador, utilizar su trabajo para el trasvase de la droga. No existe móvil económico, no se sabe si iban a recibir alguna cantidad por ello, aunque más bien, todo apunta a que no iban a recibir ni un euro, es más, se les debe su salario del mes de septiembre hasta el día

13 de octubre, lo cual han reclamado al armador. Lo que parece más bien, si se nos permite dicho sea coloquialmente, es que fueron cogido de incautos, pero ni se les había dicho, ni sabían que lo que cargaban era droga. Uno de ellos Víctor Tikhonov, manifestó en una carta (folio 3.569 –Tomo 10-) dirigida al juzgado: *“si teóricamente se hubiera roto un saco y nosotros hubiéramos podido ver su contenido, ¿cómo hubiéramos podido determinar si era cocaína o sulfato de aluminio?, puesto que nunca he visto ninguna de las dos sustancias. Nunca he visto este narcótico y nunca lo he tenido en mis manos. No se cómo distinguirlo”*. Y la Sala cree, que, en efecto, así fue. Entendemos que tal situación no es comparable a la de una persona que transporta un paquete adosado a su cuerpo o en la maleta y sorprendida en el aeropuerto manifiesta que desconoce su contenido, pues en estos casos, los indicios en contra de tal persona son más difíciles de rebatir, quien le entregó el paquete, en qué circunstancias, para qué, porqué no lo transportó la persona que lo entregó, cuanto dinero recibió por tal encargo, etc., etc. Por ello, teniendo dudas este Tribunal de que los marineros conocieran el contenido de los sacos que cargaban, siendo igualmente posible la versión que todos ofrecen, unido a que el capitán mantiene en sede judicial que ordena a los marineros cargar la mercancía al IBY-1, en virtud del principio in dubio pro reo, debe dictarse una sentencia absolutoria de dichos procesados.

VIGÉSIMO CUARTO: Concorre la circunstancia atenuante analógica modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas conforme al artículo 21.6^a del Código Penal. Por las partes, se solicita que la atenuante de dilaciones indebidas sea apreciada como muy cualificada, alegando la defensa del procesado Nicasio Perdomo que *“consta en las actuaciones la paralización de la causa, al menos, en los siguientes periodos: desde el auto de conclusión de sumario de 20 de diciembre de 2006 (folio 4166), al auto de 28 de abril de 2008 que revoca dicha conclusión del sumario para la práctica de diligencias interesadas por el Ministerio Fiscal (folio 4224), sin que durante todo ese tiempo se realizara actuación procesal alguna, esto es, durante unos 16 meses el procedimiento estuvo absolutamente paralizado (folios 4166 a 4224), tratándose de causa con presos”*. Dicho como lo dice la defensa parece como si hubiere estado el procedimiento durante esos meses guardado en un cajón y eso no es cierto. La defensa tiene una visión parcial y sesgada de los hechos, pues para alegar lo que ha alegado se basa en el procedimiento, en el sumario del Juzgado de Instrucción número 3 y no ha tenido en cuenta la actividad que se despliega en la Audiencia Provincial y que se recoge en el Rollo que se forma en la Sala. Si lo hubiera visto, habría advertido que desde que se incoa el Rollo, en efecto, en enero de 2007, hasta que se revoca en abril del 2008 existen de actividad nada más y nada menos que 803 folios, pues el auto que acuerda la revocación del sumario de 28 de abril de 2008 obra al folio 804 del Tomo 3 del Rollo de la AP. ¿Y en qué consisten esos más de 800 folios?, pues están plagados de escritos de las partes y más escritos con las respectivas

resoluciones del Tribunal, entre otras, como más relevante, el auto de prórroga de prisión de 10 de octubre de 2007.

Según la STS 24 de junio de 2009, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama (SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha proclamado que las partes tienen un deber de colaboración con el proceso que les obliga, si quieren luego con éxito elevar esta queja, a denunciar cuando se produzcan esas dilaciones y a no esperar un momento ulterior cuando el resultado del proceso les haya resultado desfavorable (cfr. SSTC 220/2004, 29 de noviembre, 140/1998, 29 de junio y 32/1999, 8 de marzo).

La jurisprudencia de la Sala Segunda y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr. STEDH caso Eckler), es unánime a la hora de ligar la concurrencia de las dilaciones indebidas al examen de las vicisitudes del caso concreto y a la actitud de los litigantes. La idea que late en el ya consolidado cuerpo de doctrina acerca de esta materia es que el derecho constitucional a no sufrir dilaciones indebidas no ampara aquellas originadas por la actitud obstructiva de los propios litigantes, lo que obliga al Tribunal a un examen pormenorizado de las vicisitudes cronológicas que hayan afectado al normal desarrollo de la causa penal (por todas, cfr. SSTS 462/2009, 12 de mayo, 506/2002, 21 de marzo y 1113/2000, 24 de junio, y SSTC 324/94, 47/87, 216/98 Y 198/99).

En cualquier caso, señalado el desarrollo procesal que ha seguido la causa y, admitiendo que ha existido un retraso en la tramitación de la misma, pues, propiciada en parte por la cantidad copiosa de escritos presentados, debieron haberse resuelto con más premura, sin embargo no puede calificarse el retraso de clamoroso ni excesivo, teniendo en cuenta los hechos delictivos investigados, el número de procesados, la complejidad del asunto y las diligencias probatorias a practicar, lo que no justifica su estimación como muy cualificada la atenuante, sino como ordinaria.

VIGÉSIMO QUINTO: En cuanto a la pena a imponer a NICASIO PERDOMO SANTANA, WALDO PINO DIÉGUEZ, y VÍCTOR ALECHNIKOV como autores de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, de conformidad con los artículos 368, 369.1.6^a y 370.3^o extrema gravedad, al tratarse la cocaína de una sustancia que causa grave daño a la salud, la pena tipo prevista en el art. 368 del Código Penal es de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito. Al estar ante un supuesto de extrema gravedad el art. 370 CP establece que se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 CP. En el presente caso, el Tribunal, en el mismo sentido apuntado por el Ministerio Fiscal considera procedente elevar en dos grados la pena del art. 368 CP (13 años y 6 meses hasta 20 años y tres meses de prisión) al concurrir la circunstancia sexta del art. 369.1 CP, de notoria importancia y exceder en mucho la cocaína incautada de la cantidad fijada por la Jurisprudencia para apreciar ésta. Elevar la pena un solo grado supondría no tener en cuenta la gravedad de los hechos declarados probados y, de hecho, haría ilusoria la aplicación de la extrema gravedad y la elevación de la pena querida por el legislador, pues sólo con la apreciación de la circunstancia de notoria importancia del art. 369.1 6^a CP, aquella ya ha de incrementarse un grado de la prevista en el art. 368 CP. Esta solución penológica es admitida por la STS núm. 249/2008, de 20 de mayo.

Dentro del referido grado, al concurrir la circunstancia modificativa atenuante simple de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, procede individualizar la pena con arreglo a los criterios establecidos en la regla 1^a del art. 66 del Código Penal, considerando el Tribunal procedente la imposición de la pena de 13 años y seis meses de prisión, que es la mínima y la interesada por el Ministerio Fiscal, además conforme al art. 55 del CP, de inhabilitación absoluta por igual período, y además a Nicasio Perdomo la de inhabilitación especial para el desarrollo de actividades empresariales relacionadas con el transporte marítimo por 10 años.

Por la defensa del procesado Nicasio Perdomo se alega en su escrito de conclusiones definitivas que *“no procede imponer pena de multa al no constaren la causa Informe de Valoración de la supuesta droga, no habiéndose aportado Tabal de alguna valoración por organismo oficial, ni habiéndose formulado pregunta alguna en el acto del juicio oral sobre ese particular”*, respecto a lo que se debe hacer constar que, contrariamente a lo alegado por esta defensa, la valoración de la droga consta en autos, exactamente en el Tomo 8, folios 2.660 y 2.661, por lo que, desde luego, la multa debe imponerse y, teniendo en cuenta que el valor de la cocaína (art. 377 CP), según las tablas de la O.C.N.E., y teniendo en cuenta los mismos criterios expuestos con anterioridad para la pena de prisión, se fija su importe en la interesada por el

Ministerio Fiscal de 300.000.000 de euros.

A los otros dos procesados, ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, alias “*el Gordo*” y MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, alias “*Cachi*”, dado que en ellos, según lo razonado no concurre el subtipo hiperagravado de extrema gravedad, conforme a los criterios anteriormente expuestos, a la vista de la cantidad de droga incautada, circunstancias que concurren en los mismos y participación en los hechos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, procede la imposición a cada uno de ellos, de la pena de 11 años de prisión, multa de 300.000.000 € e inhabilitación absoluta por igual período.

VIGÉSIMO SEXTO: De conformidad con lo establecido en el artículo 374 del Código Penal, en relación con el art. 127 del mismo Cuerpo Legal, procede acordar el comiso del buque IVI-1, de la droga, del dinero, incluido el incautado a Víctor Alechnikov y vehículos referenciados en los hechos declarados probados, por estimar que tales bienes o han sido usados para la comisión del delito, o se han adquirido con las ganancias obtenidas por la actividad ilícita de los procesados se han adquirido, así como el fondo de inversión a nombre del procesado Nicasio Perdomo y su mujer, entendiéndose que, dado que la esposa carece de actividad retribuida alguna, tales fondos son de titularidad del procesado Nicasio Perdomo condenado y que los ha constituido con ganancias del tráfico de drogas.

En cuanto a las fincas de las que es titular el Procesado Nicasio Perdomo, si bien no se ha acreditado que las haya adquirido como consecuencia de actividad ilícita, pues es un empresario que contaba con cuatro buques dedicados al tráfico mercantil, sin embargo, se acuerda el comiso de las mismas afectas, de acuerdo con lo establecido en el art. 127.2 del Código Penal, al pago de la multa impuesta.

Una vez firme la presente resolución, se debe proceder a la destrucción de las muestras de droga conservadas tras su análisis.

Debe devolverse a las personas que se absolverán su documentación y sus efectos personales (entre ellos, al marinero MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ la máquina de fotos Nikon con sus accesorios con caja y una bolsa gris con dos objetivos y cuatro filtros que le fue intervenida en el registro que se practicó al buque, folio 1.792 vuelto –Tomo 5-)

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Las costas se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de un delito o falta en la forma que se establece en los

artículos 123 y siguientes del Código Penal y de acuerdo con lo establecido en el art. 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según la sentencia de 24 de junio de 2009 *“el reparto de las costas deberá realizarse, en primer lugar, conforme al número de delitos enjuiciados, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados, declarándose de oficio la porción de costas relativa a los delitos o acusados que resultaren absueltos”*, por lo que los procesados NICASIO PERDOMO SANTANA, WALDO PINO DIÉGUEZ, VÍCTOR ALECHNIKOV y ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, alias “el Gordo” y MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, alias “Cachi” responderán cada uno de ellos de 1/14 parte de las costas causadas, declarándose de oficio las otras 9/14 parte restante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, y especialmente el artículo 53. 2 del Código Penal, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española.

F A L L A M O S: Que **debemos condenar y condenamos** a los procesados NICASIO PERDOMO SANTANA, alias “el Viejo”, WALDO PINO DIÉGUEZ, y VÍCTOR ALECHNIKOV como autores responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, de conformidad con los artículos 368, 369.1.6ª, notoria importancia y 370.3º, extrema gravedad, con la concurrencia de la circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a la pena de **TRECE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, multa de 300.000.000 euros** e inhabilitación absoluta por igual período, y además a Nicasio Perdomo Santana a la pena de inhabilitación especial para el desarrollo de actividades empresariales relacionadas con el transporte marítimo por 10 años, así como el pago de costas a cada uno de la 1/14 parte.

Que debemos condenar y condenamos a los procesados ANYER EDUARDO HOLGUÍN CORREA, alias “el Gordo” y MANUEL EDGARDO CASTRO OLIVERA, alias “Cachi”, como autores responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, de conformidad con los artículos 368, 369.1.6ª, notoria importancia, con la concurrencia de la circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a la pena de **ONCE AÑOS DE PRISIÓN, multa de 300.000.000 euros** e inhabilitación absoluta por igual período, así como el pago de costas a cada uno de la 1/14 parte.

Y para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le imponemos, le

abonamos el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa.

Se acuerda el **comiso** del buque IVI-1, de la droga, del dinero, incluido el incautado a Víctor Alechnikov, teléfonos móviles y vehículos y demás efectos referenciados en los hechos declarados probados, así como el fondo de inversión a nombre del procesado Nicasio Perdomo y su esposa Margarita Iluminada Morales Pérez, igualmente mencionado en los hechos probados.

Se acuerda el **comiso** de las fincas de las que es titular el Procesado Nicasio Perdomo, que quedarán afectas al pago de la multa impuesta.

Una vez firme la presente resolución, se debe proceder a la destrucción de las muestras de droga conservadas tras su análisis.

Que debemos absolver y absolvemos a los procesados **MARGARITA ILUMINADA MORALES PÉREZ, ALIMBEK TELIVAEV, VÍCTOR TIKHONOV, GHEORGE NACU, IGOR PETROV, MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ, VÍCTOR BAKHAREV, PAVEL KULBIDA y PAUL SIMPI**, con declaración de oficio de las 9/14 partes de las costas, dejando sin efecto cuantos medidas cautelares, personales o reales, se hubieran adoptado respecto a los mismos, debiéndose, en consecuencia, devolverse a las personas a las que se ha absuelto su documentación y sus efectos personales (entre ellos, al marinero MICHEL ANGELO AHUMADA VASQUEZ la máquina de fotos Nikon con sus accesorios con caja y una bolsa gris con dos objetivos y cuatro filtros que le fue intervenida en el registro que se practicó al buque, folio 1.792 vuelto –Tomo 5-).

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial en el término de cinco días a partir de la última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado, y de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el Magistrado ponente, estando celebrando audiencia pública, doy fe.