



Roj: **STS 3539/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3539**

Id Cendoj: **28079120012019100599**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2019**

Nº de Recurso: **1809/2018**

Nº de Resolución: **536/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5614/2017,**
STS 3539/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 536/2019

Fecha de sentencia: 05/11/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1809/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 2

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

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1809/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 536/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet



D^a. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 5 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional interpuesto por **D. Cosme Y D.^a Esmeralda**, representado por el procurador D. Alberto Collado Martín y defendido por el letrado D. Francisco Valdés Albístur, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, de fecha 19 de abril de 2017, que le condenó por delito contra la salud pública y organización criminal, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5, incoó Sumario 3/2016 contra **D. Cosme Y D.^a Esmeralda** por delito contra la salud pública y organización criminal siendo parte como acusador público el Ministerio Fiscal, habiéndose dictado auto de procesamiento de fecha 13 de mayo de 2016 y auto de conclusión de sumario de 18 de enero de 2017, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, que con fecha 19 de abril de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** "PRIMERO .- El presente procedimiento se inició para la investigación y desarticulación de una organización criminal integrada principalmente por sujetos de origen búlgaro dedicados al tráfico internacional de estupefacientes, en particular de heroína, la cual introducían en nuestro país para su posterior distribución en territorio nacional. Tras procederse a la interceptación de diversas terminales telefónicas de los sujetos investigados, tratándose principalmente de: Estanislao, Eulogio, Evaristo y Fermín, se pudo averiguar que, al menos desde principios del mes de septiembre de 2015, estaban preparando el transporte de una determinada cantidad de heroína destino final sería Murcia. La citada droga era facilitada por personas establecidas en Bulgaria con las que tenían contacto los anteriores investigados. Para este envío, durante las conversaciones del día 28 septiembre, se averiguó que la importación se haría vía Holanda, para lo cual Eulogio envió desde Bulgaria a España a un sobrino suyo identificado como Jacobo, que era el encargado del traslado a Holanda de una importante cantidad de dinero como adelanto para la operación, así como para la recepción en dicho país del estupefaciente y su transporte posterior hasta España. Para detectar la llegada a nuestro país de Jacobo, se montó un dispositivo de vigilancia en Murcia el 29 septiembre 15 viendo como Evaristo y Estanislao lo recogían en la estación de autobuses de esa capital, saliendo luego los tres de la misma a bordo del Peugeot 307 matrícula búlgara QO XW hasta un bar al que luego llegó Fermín a bordo del BMW matrícula NX para reunirse con los anteriores. Jacobo abandonó España con destino Holanda al día siguiente, 30 de septiembre 15, portando 27300€ en efectivo que era el dinero recaudado por Estanislao como adelanto del pago de la partida de estupefaciente. Sin embargo, el dinero transportado por Jacobo fue interceptado por las Autoridades aduaneras francesas el mismo día 30 septiembre cuando Jacobo pasaba la frontera con el antes indicado PEUGEOT 307 matrícula búlgara QO XW facilitado por Estanislao. El dinero estaba oculto en un doble fondo practicado al efecto. SEGUNDO.- Después de este "revés", el grupo se centró en la importación de heroína desde Bulgaria, transporte que venía preparando Estanislao. Para ello se averiguó que Esmeralda que no ha sido aún enjuiciada recaudó 9000€ que la organización pagó por adelantado para conseguir la sustancia. Así, se detectó en las conversaciones de los días 13 y 14 octubre 2015 que Evaristo, a instancia de Estanislao, tomó un autobús de la compañía ALSA la madrugada del 14 octubre desde Murcia y llegó a Madrid a la estación de autobuses de MENDEZ ALVARO a primeras horas de la mañana. Una vez allí se reunió con una persona de origen búlgaro no identificado que le dio una muestra de la heroína que iban a traer. La tarde del día 14, Evaristo regresó en la misma compañía de autobuses a Murcia, a donde llegó sobre las 18:30 horas, dirigiéndose hacia su domicilio de la CALLE000 NUM000 de Murcia. Esa misma noche del 14 octubre Evaristo acudió a reunirse con Esmeralda para entregarle la muestra del estupefaciente que venía de Bulgaria. Estando reunidos, Estanislao llamó a Evaristo, hablando también Esmeralda con éste para decirle que estaba interesada en una partida mayor. Los días siguientes los búlgaros volvieron a hablar con Esmeralda; urgiéndola para que diera una respuesta en relación con la muestra de estupefacientes que le habían entregado, ofreciéndole 25 paquetes de droga, lo que ella aceptó, comunicándole Evaristo la inminente llegada de los investigados Eulogio y de Estanislao, así como de la droga. De manera paralela, sobre el 20 octubre Evaristo se puso en contacto con el investigado llamado Ezequias, como persona también destinataria de parte de la cantidad de droga gestionada por Estanislao Y Eulogio. Del tenor de las conversaciones se llegó a la conclusión de que Ezequias había dicho que necesitaba dos o tres kilos de heroína, repartidos en unos 20 paquetes. También se averiguó de las conversaciones mantenidas entre ambos, que la heroína iba llegar el siguiente fin de semana, concordando con las informaciones que Estanislao dio a Evaristo señalando que él (Estanislao) iba a llegar a España por el aeropuerto de Valencia el sábado 24 octubre. Al final del día 23 de octubre, Estanislao ordenó a Evaristo que comprase un billete de autobús para



la 1:30 horas, porque al día siguiente sobre las 9 horas recibiría una llamada, teniendo que estar preparado, ya que a su vez sobre las 11h aterrizaría en el aeropuerto de Madrid el llamado Eulogio, persona que suponían era el transportista del estupefaciente. Estanislao igualmente dio instrucciones a Evaristo para que comprase una maleta en donde introducir lo que le entregasen, debiendo poner algo de ropa por encima para ocultar la ilícita mercancía. De este modo, se montó un dispositivo de vigilancia tras observarse que Evaristo se había desplazado a Madrid la madrugada del 24 octubre para recoger una partida de estupefaciente. Sobre las 8:30 horas del día 24, en las inmediaciones de la estación Sur de autobuses de la capital se le localizó en actitud de espera observándose como llamaba reiteradamente por teléfono, averiguándose de la interceptación de su número NUM001, que hablaba con el llamado Estanislao para informarle de que estaba esperando a una persona según le habían ordenado y que la misma no aparecía. De este operativo estaba al tanto el llamado Eulogio que era el que lo coordinaba y dirigía. Al final, sobre las 12:35 horas y tras varias llamadas entre los miembros del grupo, Evaristo salió de la estación de autobuses y se dirigió a una marquesina de autobuses de la misma calle Méndez Avaro, en donde se le acercó una persona que resultó ser Eulogio con el que cruzo unas palabras y que, mientras Evaristo seguía en el mismo sitio, continuó andando hasta reunirse con otros dos sujetos sin identificar. Al cabo de 15 minutos Evaristo cruzó la acera y se montó en el vehículo Mitsubishi con matrícula búlgara SX ND ocupado por sólo un individuo que acababa de llegar. Ambos ocupantes se dirigieron hasta la calle Nereida en donde se introdujeron en un bar para reunirse, averiguándose de las conversaciones coetáneas entre Evaristo y Estanislao, que el sujeto que había llegado en el vehículo no quería hacer la entrega del estupefaciente en ese lugar sino a unos 20 km. Momentos después Evaristo llamó de nuevo a Estanislao diciéndole que el usuario del vehículo búlgaro le había avisado de que no iban a terminar hasta por lo menos las 16:30h, pidiéndole a Estanislao que llamase a Eulogio para cambiar los billetes de autobús de regreso a Murcia. Después de unas cuantas conversaciones entre Evaristo y Estanislao, aquél le informó que la operación se iba a aplazar hasta el lunes siguiente, lo cual no satisfizo a Estanislao, que propuso hacer ellos solos la operación sin contar con Eulogio @ " DIRECCION000 " para seguidamente vender la droga al investigado Ezequias. Sin embargo, sobre las 14:15 se vio como Evaristo, sin llevar nada en las manos, cruzaba la calle Méndez Álvaro, para volver hacia la misma calle con posterioridad en donde apareció Eulogio con una maleta, reuniéndose ambos y dirigiéndose a la entrada posterior de la estación en donde el " DIRECCION000 " accedió al autobús con destino Murcia que salía a las 14:30 horas. Mientras tanto Evaristo subió a la planta superior de la estación a una máquina expendedora para sacar un billete de autobús también dirección a Murcia en el mismo vehículo en donde le esperaba Eulogio @ " DIRECCION000 ", emprendiendo ambos por fin el viaje hacia dicha ciudad. Sobre las 14:20 horas se registró una conversación entre Evaristo y Eulogio, por un lado, con Estanislao en el otro lado del teléfono, en la que el Eulogio confirmaba a Estanislao que por motivos de seguridad harían la operación el lunes 26 a las 12 hor en otro lugar. Tras establecerse otro dispositivo de vigilancia en la estación de autobuses de Murcia para ver la llegada de Evaristo y Estanislao, les vieron bajar del autobús sobre las 19:15 horas portando este último la maleta de color oscuro que llevaba en Madrid. Ambos investigados se dirigieron hasta la calle Gran Vía en donde tomaron un autobús hasta la parada de Ronda Sur donde se bajaron para caminar Eulogio hasta el PASEO000 NUM002 edificio DIRECCION001, domicilio de Estanislao, mientras Evaristo esperaba en una cafetería cercana sentado en la terraza. Durante su estancia en el citado bar, Evaristo llamó a Estanislao para indicarle que acaban de llegar y de que el @ DIRECCION000 había subido a su casa dándole indicaciones del lugar de entrega de la droga en Madrid, a la vez que Estanislao le indicaba que se pensaba desplazarse junto con Eulogio a Holanda para seguir arreglando otras operaciones. Sobre las 20:10 horas Eulogio salió del portal y se sentó en la misma terraza que Evaristo, abandonando el lugar sobre las 20:55h. Estanislao, como ya se ha indicado, había llegado a España esa misma tarde del 24 de octubre en el vuelo de la compañía WIZZ Air Hungary procedente de Sofía (Bulgaria), con llegada al aeropuerto de Valencia a las 20:15 horas según se había averiguado por las conversaciones telefónicas de días anteriores. La finalidad era coordinar y dirigir el envío de la heroína. A la vista de las informaciones de que la entrega de la droga parecía que iba efectuarse el 26 octubre 2015 (lunes), se montó otro nuevo dispositivo de vigilancia en la estación Sur de autobuses de Madrid para detectar la presencia de Evaristo. Sobre las 11:25 esta persona salió de un establecimiento de apuestas, abandonando la estación por la entrada posterior en dirección a la calle Retama, dirigiéndose con un taxi hasta el centro comercial LA GAVIA. Sobre las 12 horas, cuando esta persona estaba en el parking exterior en actitud de espera, se vio cómo se le acercaba una persona desconocida con un casco de moto en la mano manteniendo ambos una breve conversación, dirigiéndose a continuación el tercero a una motocicleta matrícula búlgara SH X, que tenía a su lado un vehículo VW GOLF gris del que no se pudo ver por los investigadores la matrícula, pero del cual abrió un tercero su maletero, sacando una mochila de gran tamaño de color negro que le entregaron a Evaristo. Este, a continuación, portando la citada mochila se introdujo en el centro comercial para salir por otra puerta y coger un taxi en dirección a Madrid mientras los otros dos sujetos vistos en La Gavia con él abandonaban también el lugar. Sobre las 12:20 horas Evaristo llegó a la estación de autobuses Méndez Álvaro, en donde en una máquina expendedora sacó un billete para tomar el autobús NUM003 con destino Murcia que salía a las 12:30 horas, portando en todo momento la referida mochila. Esta



persona que llevaba el casco de la moto y con la que contactó en el centro comercial Evaristo , era la misma con la que se reunió el 24 octubre en Madrid, la cual utilizaba el teléfono NUM004 (intervenido judicialmente), y que no ha podido ser identificada. TERCERO.- Cuando sobre las 17:30 el autobús llegó a Murcia los policías investigadores ya habían montado un dispositivo de vigilancia observando como en la misma estación de autobuses se encontraban Estanislao Y Eulogio . Cuando Evaristo salió del autobús con la mochila y se dirigió a pie a la calle, se dio cuenta de que le seguían y emprendió la huida, lo cual fue observado por los otros investigados que abandonaron a toda velocidad también la estación con el vehículo QO XW en el que les esperaba el también investigado llamado Fermín . Tras detener la policía a Evaristo , se encontraron en la mochila que había traído desde Madrid, 22 paquetes de droga que analizada resultó ser 11.137,61 g netos de heroína de pureza media 29,77%. Su valor de venta en dosis hubiera ascendido a 1.234.585,69 €. Como quiera que los otros investigados habían escapado, se dio un aviso para localizar el vehículo QO XW antes señalado, deteniéndose sobre las 19 horas al investigado Ezequias conduciéndolo. De igual manera sobre las 20 horas se detuvo al investigado Eulogio en la Plaza del Triángulo de Murcia. Minutos después de que constase que Evaristo se había montado en el autobús con destino a Murcia desde Madrid, el mismo llamó a las 12:35h a su mujer, usuaria del teléfono NUM005 , con la finalidad de dar a la misma instrucciones para que si no la llamaba él partir de las 17 horas, se deshiciera de una mochila que le había entregado y que estaba en la casa que ambos compartían. Por todo ello la unidad policial investigadora dedujo que el referido investigado debía tener alguna cantidad estupefaciente en su domicilio por lo que se desplazaron hasta el mismo, sito en la CALLE000 NUM006 de Murcia, con la finalidad de localizar a la pareja de Evaristo . Sobre las 21 :40h la vieron y la pararon en la puerta de la casa, siendo identificada como Jacinta . Esta personar tras relatarle los policías la llamada de su pareja que motivó que se personasen en el domicilio, reconoció que Evaristo la había llamado por la mañana para que se deshiciera de una bolsa que tenía guardada en a casa si no llegaba por la tarde. Dijo que ella desconocía lo que había en el interior pero entregó voluntariamente la citada bolsa a los actuantes que se mantuvieron en la puerta de su domicilio sin entrar en el mismo. Analizado su contenido resultó contener también 88,84 g de heroína al 47,88%, 94,48g de heroína al 48,34% y 94,86gr de heroína al 48,05% . Su valor por dosis hubiera ascendido a 48.038,02€. De manera paralela, el mismo día 26 octubre a las 18:22 horas el investigado Fermín habló con su pareja sentimental para que ésta se hiciera cargo de lo que parecía ser 7 kilos de estupefaciente. Se dio asimismo la circunstancia de que en una de las conversaciones posteriores entre ambos incluso participó Estanislao para hablar con la mujer y decirle que le iba a dejar "unos regalos de Navidad para que los guardase durante unos días". Como quiera que Fermín había sido visto junto con Estanislao y Eulogio en la estación de autobuses esperando a Evaristo , aunque luego se alejaron huyendo del lugar como se ha indicado, se llevó a cabo la detención de Fermín sobre las 18 horas del día 27 octubre en la calle Laredo de Murcia. En este momento y de forma voluntaria manifestó a los policías que su primo Estanislao le había entregado la tarde de la víspera (26 de octubre) , una bolsa de deporte de color negro conteniendo unos paquetes que había dejado la habitación del domicilio de su amante, facilitando la identidad y la dirección de la misma y prestándose de manera voluntaria a entregar dicha bolsa de deporte a los policías. De este modo sobre las 20 horas, los investigadores se desplazaron con Fermín y su abogado designado, hasta el domicilio de la llamada Camino en la PLAZA000 bloque NUM007 IP NUM008 de Murcia, en donde tras llamar a la puerta, informaron a Camino del motivo de la visita, consintiendo ésta en que su novio y su abogado así como los funcionarios, accedieran a la vivienda y sacaran la bolsa que había ocultado. Ésta se encontraba en la habitación de la chica dentro de un armario, siendo Fermín el que la sacó del lugar a presencia del letrado y de los policías, comprobándose que había 14 paquetes rectangulares de heroína con un peso total de 7.084,88g de pureza 31%. En los paquetes indicados figuraba el dibujo de un león como logotipo. El valor de tal sustancia vendida en dosis hubiera ascendido a 789.405,50 €. CUARTO.- Efectuado un registro judicialmente autorizado en el domicilio de Estanislao del PASEO000 número NUM000 edificio DIRECCION001 NUM009 NUM002 de Murcia, se le incautaron cuatro teléfonos móviles, un GPS así como una libreta de color naranja con hojas manuscritas conteniendo cantidades con palabras en clave, y una balanza En el momento de su detención Estanislao llevaba 1485 € producto de su ilícita actividad, como ocurre con los 350 € que portaba Eulogio . QUINTO.- La investigada Esmeralda no sólo había participado como destinataria de este envío de drogas del mes de octubre que decomisado, sino que la misma en el mes de agosto de 2015 hablaba reiteradamente con Estanislao para solicitar a este numerosas partidas de droga que ella se encargaba de distribuir posteriormente. En numerosas conversaciones aparece reflejado como Esmeralda siempre adelantaba el dinero, dando cuenta a Estanislao de lo que negociaba con ella tanto al suministrador búlgaro como a Fermín . De igual manera Esmeralda se reunió con Estanislao y con Evaristo para cerrar un operativo con estupefaciente, llamando a Estanislao tras la incautación de los 27.300 € en Francia, que como ya sea indicado era una señal anticipad de heroína desde Holanda, manifestando su preocupación por lo sucedido. En el marco de la investigación, se averiguó que el día 26 de septiembre de 2015, Estanislao se reunió con Esmeralda y con su marido Cosme en las inmediaciones de la Avenida Ronda Sur de Murcia, siendo presentados por aquél al llamado Ezequias , persona residente en Sevilla quien al igual que los anteriores se iba a hacer cargo de parte del estupefaciente que fue aprehendido posteriormente, Cosme y Esmeralda



negociaban indistintamente con los búlgaros las diversas partidas de droga que iban a comprar. Para financiar este transporte, Estanislao solicitó de Esmeralda y Cosme más dinero, siendo Evaristo el encargado de hacer los contactos necesarios. El día 14 octubre volvieron a reunirse Evaristo y Esmeralda, llegando ésta a hablar con Estanislao a través del teléfono del primero, averiguándose que Evaristo le acababa de entregar una muestra del estupefaciente cuyo transporte estaban organizando, siendo éste el relatado como aprehendido en Murcia el 26 de octubre de 2015. QUINTO.- El acusado Ezequias consta que se puso en contacto con los miembros de la presente organización criminal al menos desde agosto de 2015. Ya el día 24 de ese mes se detectó que los búlgaros le habían ofrecido heroína, a un precio que inicialmente Ezequias consideró excesivo ya que el mismo disponía del mismo tipo de sustancia y calidad pero unos 6000 € más barata de lo que le ofrecía en concreto Estanislao. Posteriormente, en el mes de septiembre, Ezequias volvió a llamar a Estanislao para solicitarle más droga, desplazándose Ezequias hasta la provincia de Murcia con objeto de acordar el suministro de heroína, siendo el día 26 septiembre, como ya se ha indicado, cuando el mismo tuvo una reunión a la que acudieron por un lado Estanislao y Evaristo como suministradores, y por otro Ezequias y Esmeralda junto con su marido Cosme, como distribuidores de la heroína que facilitaban los búlgaros. De igual manera, como consecuencia de la intervención de las comunicaciones se averiguó que Estanislao iba a facilitar 6 o 7 kilos de heroína a Ezequias. Aquél también propuso participar en la operación a Esmeralda y a su marido Cosme, que aceptaron. Estos seis o siete kilos eran, como se ha señalado, una parte de lo incautado los días 26 y 27 octubre en SEXTO.- Estanislao al ser detenido llevaba 2 teléfonos, una tarjeta SIM y 1485€ fruto de su ilícita actividad, habiéndose encontrado en el registro de su domicilio otros dos teléfonos, un GPS, y una balanza de precisión. Eulogio llevaba a su vez 2 teléfonos, el ticket de avión Sofía-Munich-Madrid del 24 octubre 15 y 350€ fruto de su actividad ilícita. Fermín por su parte 2 teléfonos móviles, como igualmente portaba Evaristo dentro de la mochila intervenida. En el domicilio de Esmeralda y Cosme se incautaron 250€ también fruto de su ilícita actividad, así como dos vehículos que utilizaban. SEPTIMO. Esmeralda ha sido ejecutoriamente condenada por sentencia de fecha 10 noviembre 2008 por un delito contra la salud pública a tres años de prisión, condena que es computable por no haber sido cancelados los antecedentes en la fecha de comisión del nuevo delito. OCTAVO.- No ha quedado suficientemente acreditado que los acusados Esmeralda y Cosme formará parte de la organización criminal liderada por et condenado por estos mismos hechos Estanislao. "

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Debemos condenar y condenamos a Jacobo por el delito ya definido a la pena de cuatro años, seis meses y un día de prisión, multa de 4 millones de euros, con un día de arresto sustitutorio en caso de impago, e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio activo durante el tiempo de la condena Debemos condenar y condenamos a Esmeralda por el delito ya definido a la pena de siete años y diez meses de prisión, multa de 4 millones de euros, e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio activo durante el tiempo de la condena Debemos condenar y condenamos a Cosme por el delito ya definido a la pena de seis años y dos meses de prisión, multa de 4 millones de euros, inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio activo durante el tiempo de la condena. Se imponen las costas del proceso a los tres acusados por partes iguales. Se acuerda el comiso de la sustancia intervenida y destrucción de la misma si no se hubiera ya producido y comiso de los objetos y dinero ocupados y su adjudicación al Estado y, en su caso, destinados a los efectos previstos por la Ley 17/2003 reguladora del Fondo de Bienes decomisados. Será de abono para el cómputo total de la pena el tiempo sufrido en prisión provisional en los distintos momentos de la causa."

Dicha sentencia fue rectificada por errores materiales cuyo fallo es el siguiente: "FALLO: se sustituye la referencia: "inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio activo durante el tiempo de la condena" por "inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena". Se incluye la siguiente expresión, al final del Fallo, con relación a los recursos: "salvo para Esmeralda y Cosme que pueden interponer recurso de casación en el plazo de cinco días".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Cosme Y Esmeralda**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: PRIMERO.- Recurso de casación por infracción de ley al amparo de los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del número 4 del artículo 5.4 de Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.1º, 24.2º y 25.1º de la Constitución Española vigente artículo 9.3 de CE y el artículo 741 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia en relación con la condena por delito de tráfico de drogas de los art. 368 y 369,1, 5ª del CP. SEGUNDO.- Recurso de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3 0 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. TERCERO.- Recurso de casación por infracción de ley al amparo de los artículos



849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del número 4 del artículo 5.4 de Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.1º, 24.2º y 25.1º de la Constitución Española vigente artículo 9.3 de CE y el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente los art. 368 y 369, 1, 5º y 66 y 72 del CP estos últimos sobre ponderación e individualización de la pena. CUARTO.- Recurso de casación por infracción de ley al amparo de los artículos 849.1 y 852 de Ley de Enjuiciamiento Criminal y del número 4 del artículo 5.4 de Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24.1º, 24.2º y 25.1º de Constitución Española vigente artículo 9.3 de CE y el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 21.2 en relación con los artículos 21.1 y 20.2 del Código Penal al considerarse que debió de haberse apreciado la atenuante de drogadicción como muy cualificada en relación a Cosme y Esmeralda .

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

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 14 de octubre de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y decisión para el día 29 de octubre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura a través del recurso de casación es condenatoria respecto de los dos acusados por un delito contra la salud pública.

Formalizan cuatro motivos de oposición en los que denuncian, básicamente, la vulneración de su **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, y aprovechan una defectuosa redacción de los hechos probados de la sentencia en los que, con cierta deficiencia en la estructuración de los hechos probados, se afirma la intervención de los dos condenados en el tráfico de drogas desarrollado por una organización, parte de la cual ya han sido condenados en otro procedimiento, en tanto que en éste de los tres acusados uno ha mostrado su conformidad con el relato fáctico de la acusación. La concurrencia de varios acusados respecto de los cuales unos, han sido condenados hay sentencia firme, y otro, en el presente procedimiento, ha conformado su participación en los hechos, presenta en su redacción dificultades añadidas al escribir un relato fáctico con responsabilidades penales declaradas en otro proceso. Los recurrentes, como el Ministerio Fiscal en su impugnación, afirman esa cierta incompreensión de la sentencia pues, como afirma el Ministerio Fiscal los hechos probados describen "con un cierto desorden la secuencia temporal de los acontecimientos". No obstante, la sentencia define con claridad la participación de los recurrentes que, puestos de acuerdo con otros ya condenados, aportaron 9000 € para comprar una sustancia tóxica, heroína, que la organización iba a traer y de la que el 26 septiembre 2015 trajeron una muestra, ofertando la compra de 25 paquetes de droga, que era una parte de los seis kilos de droga que fue intervenido el 26 octubre siguiente.

En el primer motivo denuncian la vulneración de su **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, basando su argumentación en la defectuosa redacción de la sentencia, destacando sus contradicciones y afirmando la irracionalidad y arbitrariedad de la fundamentación. Sin embargo, basta una lectura de la fundamentación de la sentencia para comprobar lo infundado de la alegación de los recurrentes. El tribunal destaca las propias declaraciones de estos afirmando las conversaciones telefónicas mantenidas con otros miembros de la organización, si bien afirman que las mismas no tienen el sentido que les da la acusación, y la sentencia, sino que tratan de la traída de mujeres que iban a ser dedicadas a la prostitución. El tribunal afirma el hecho probado desde las conversaciones mantenidas, las declaraciones de los funcionarios de policía que ha realizado la investigación y que descartan que las mismas tienen el sentido señalado por los acusados, y los seguimientos realizados a los acusados los cuales son vistos con un tercero, Ezequias, que participa en la misma operación de compra de droga para su comercialización posterior y que ha reconocido los hechos. Los contactos mantenidos se concretan con intercambio de dinero que es intervenido en la frontera. El tribunal se ocupa de motivar la inconsistencia de la coartada referida a la traída de mujeres para dedicarse a la prostitución y pone de manifiesto, a manera de ejemplo, cuatro conversaciones telefónicas en las que se refiere la calidad de la sustancia y el color que quieren comprar. El razonamiento del tribunal para rechazar la coartada es claro y racional, frente a la que los recurrentes oponen la que ya expresaron en el juicio, oposición a través del cual pretenden conformar una nueva convicción distinta de la obtenida por el tribunal de instancia que ha presenciado el juicio y por lo tanto, está en condiciones de valorar la prueba. La función del tribunal de casación, cuando se invoca la vulneración del **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, consiste en comprobar la legalidad, la licitud de la actividad probatoria, su sentido de cargo, y la expresión de la racionalidad de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, sin que esa función pueda haberse sustituido por un tribunal, como el de casación que no tiene la necesaria intermediación para su valoración.



El examen de la motivación de la sentencia permite constatar la concurrencia de la precisa actividad probatoria para los acusados, matrimonio, que participaron en la negociación y adquisición de una partida de droga, heroína, que fue intervenida. Consecuentemente, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo denuncia un quebrantamiento de forma del artículo 851.3 de la Ley del Enjuiciamiento Criminal al referir que la sentencia no ha valorado la prueba de descargo practicada y propuesta por la **defensa**, como la documental referiría un talonario de tickets de Semana Santa, una comunicación sobre la tarjeta de identificación NIF, una noticia de prensa y una fotografía, a partir de las cuales pretende acreditar la realidad de la existencia de un local dedicado a prostitución y la realidad de la obtención del dinero procedente de la venta de sillas con ocasión de las fiestas de primavera y las procesiones de semana Santa.

El motivo, carente de contenido casacional, se desestima. El quebrantamiento de forma por incongruencia omisiva consiste en la vulneración del **derecho** fundamental a la tutela judicial efectiva que se produce cuando el tribunal no da respuesta una pretensión jurídica deducida en los escritos de acusación o de **defensa** de manera que esa falta de dispensar la tutela judicial efectiva se concreta en la falta de respuesta una pretensión jurídica deducida ante el tribunal de instancia, lo que comporta indefensión en su pretensión de **defensa**, instando de esta Sala, por la vía del quebrantamiento de forma la declaración de nulidad de la sentencia para que esta de respuesta a la presión que pueda ser objeto de impugnación ante esta Sala. Lo que pretende recurrente no es este contenido concreto del recurso sino una revaloración de la prueba, concretamente sobre el destino del dinero entregado y la actividad negociada a la que pensaban dedicarse, extremo al que el tribunal ha dado cumplida respuesta al denegar la coartada opuesta.

TERCERO.- Denuncia el tercer motivo la falta de proporcionalidad de las penas impuestas que concreta en la desproporción de la pena de multa a la que ha sido condenado los recurrentes. En el desarrollo del motivo nuevamente vuelve a cuestionar la existencia de la precisa actividad probatoria para conformar los hechos de la acusación. La fundamentación de la sentencia que motiva sobre la concurrencia de los hechos que cuestionan la responsabilidad criminal, de la reincidencia de la recurrente, y la atenuante de drogadicción en el recurrente, y que conforman la pena concreta impuesta de acuerdo a las previsiones del Código Penal, tanto la pena privativa de libertad como en la pena pecuniaria. Ningún error cabe declarar por lo que el motivo se desestima

CUARTO.- En el cuarto de los motivos de la impugnación denuncian el error de **derecho** por la inaplicación de la circunstancia de atenuación, cualificada, de drogadicción.

El motivo debe partir del respeto al hecho declarado probado y este, con relación a la recurrente Esmeralda, no refiere absolutamente nada respecto a una disminución de las facultades psíquicas a causa de una adicción. La mera referencia a un consumo no implica una reducción de las facultades psicofísicas de esta recurrente en la comisión de un hecho típico del tráfico de sustancias tóxicas con el que, en cierta forma, es contradictorio, pues la mera tenencia de la sustancia implica la posibilidad de subvenir al consumo derivado de una adicción. Con relación al acusado Cosme, la sentencia sí reconoce esta condición y al mismo tiempo destaca la sumisión a tratamientos de deshabituación, lo que comporta que la declaración de concurrencia de una atenuación no revista las exigencias de especial cualificación que se postula. De acuerdo a una reiterada jurisprudencia de esta Sala la cualificación requiere la acreditación suficiente de una merma considerable de las facultades psicofísicas de una persona por la adicción y la afectación de las capacidades de decidir y actuar conforme a la comprensión de la norma, circunstancias que se compaginan mal con la propia tenencia de la droga, que es destinada al consumo de terceras personas.

Ningún error cabe declarar por lo que motivo se desestima

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D. Cosme Y D.ª Esmeralda**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de fecha 19 de abril de 2017, en causa seguida contra el mismo y otros, por delito contra la salud pública y organización criminal.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Andres Martinez Arrieta Francisco Monverde Ferrer Antonio del Moral Garcia

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ