

Roj: **STS 1473/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1473**Id Cendoj: **28079120012017100283**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/04/2017**Nº de Recurso: **10758/2016**Nº de Resolución: **254/2017**Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación 10758/2016P, interpuestos por el **Ministerio Fiscal** y la representación de D. Adrian Carmelo , representado por la procuradora D^a Rocío Arduán Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección I de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de Noviembre de 2016 , por delito contra la salud pública, organización criminal y falsificación documental.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1, instruyó Sumario nº 4/13, seguido por delito contra la salud pública, organización criminal y falsificación documental, contra **D. Adrian Carmelo** , y una vez concluso lo remitió a la Sección I de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 14 de Noviembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"1º Fruto de investigaciones llevadas a cabo por el Grupo XVI de la UDYCO, Brigada Provincial de Policía Judicial, Jefatura Superior de Policía de Madrid, iniciadas a raíz de la desarticulación de una organización criminal albanesa, dedicada a la comisión de robos con fuerza en viviendas unifamiliares habitadas, en noviembre de 2008, pusieron de relieve la existencia de grupos de criminales albaneses e italianos, que se dedicaban al tráfico de drogas, con origen en España y con destino en Italia, sirviéndose para ellos, en ocasiones de vehículos "encaletados".- Así, una vez iniciada la investigación, se puso de relieve la existencia de un grupo criminal de origen albanés dedicada al tráfico de sustancia estupefaciente, cuyos integrantes actúan en connivencia con otros individuos generalmente de origen colombiano, presentando una gran movilidad geográfica. Dicha estructura estaría conformada por todos los procesados, quienes actúan de común acuerdo realizando indistintamente las tareas necesarias para la comisión de los delitos planeados.- En todas las comunicaciones de los procesados se tomaban por estos numerosas precauciones utilizando un lenguaje críptico y convenido así como utilizando principalmente la vía de los SMS para comunicarse entre ellos y utilizando una clave convenida alfanumérica para proporcionarse datos, como números de teléfonos, sin poder ser detectado por terceros.- Los procesados, Santiago David , Adrian Carmelo y Severino Daniel se reunieron el día 8 de marzo de 2012 sobre las 18 horas en las inmediaciones del Hotel Ibis de Valencia donde se alojaba el hoy enjuiciado, haciéndolo Severino Daniel en el Hotel Sorolla Palace de la misma ciudad, , trasladándose 30 minutos después Severino Daniel junto a un tercero a la zona del Puerto de Valencia, esquina de las calles Eugenia Viñes con Doctor Marco Sopena, donde observan detenidamente el vehículo Volkswagen Touran color negro, NUM004 , que adquieren y al que luego subirían y con el que abandonaron el lugar, siendo este el motivo del viaje realizado por Severino Daniel Y Adrian Carmelo , vehículo que posteriormente fue intervenido en el traslado de la droga.- Será con éste vehículo, Volkswagen Touran, con el que Severino Daniel el día 1 de mayo de 2012, sobre las 15,20 horas, recoja en la puerta 6 de la T2 del aeropuerto de Madrid-Barajas, a Remigio Severiano que llega al mismo procedente de Ámsterdam en el vuelo UX1092, y al que acompañará hasta el Hotel Auditorium, sito en la Avenida de Aragón nº 400, dónde quedaría Remigio Severiano alojado, y desde allí,



Severino Daniel , iría al domicilio de Cosme Leovigildo en C/ DIRECCION000 , NUM005 a recogerlo. Con éste y con Adrian Carmelo , Severino Daniel había estado previamente reunido en el piso sito en la C/ DIRECCION001 num. NUM006 de Madrid donde tenía su domicilio habitual Adrian Carmelo antes de acudir al aeropuerto a recoger a Remigio Severiano , con el que se seguiría reuniendo en días posteriores.- El día 4 de Mayo de 2.012 es seguido Adrian Carmelo hasta el establecimiento Caprabo de la calle Albala 7 de Madrid donde procede a la recarga de teléfonos de dos de los ya condenados...- Así las cosas, y a fin de ir preparando la adquisición de la droga y su transporte, el día 21 de mayo de 2012 se produce una importante reunión acordada previamente por Severino Daniel y Remigio Severiano el día 19. Sobre las 15,45 horas Severino Daniel llega en el AVE de Valencia a la estación de Atocha donde es recogido por Cosme Leovigildo que conduce el coche de Adrian Carmelo (Opel Corsa NUM007), donde tras parar en un locutorio de la C/ de Lucano de Madrid, estacionan el Opel Corsa en Avda de los Andes de Madrid en la puerta del establecimiento llamado "La Abadía de Malta" sobre las 17,40 horas.- Paralelamente, sobre esa hora, salen del domicilio de la C/ DIRECCION002 NUM008 , en el del vehículo Mercedes Clase B, NUM009 conducido por Justiniano Constancio y de copiloto Remigio Severiano , circulando por diversas carreteras hasta finalmente estacionarlo en la C/ de Boj de Madrid a unos 75 metros del Opel Corsa, encontrándose ya en el interior de "La Abadía de Malta" Severino Daniel , entrando Remigio Severiano y Justiniano Constancio , saliendo nuevamente los tres, subiéndose al Mercedes NUM009 , circulando hasta la C/ DIRECCION002 NUM008 para volver tras diversas maniobras evasivas a la Avda de los Andes, bajándose AGA del vehículo y volviendo a entrar en "La Abadía de Malta", quedándose solo en una mesa del local, continuando la marcha el Mercedes circulando sin sentido por diversas calles.- Nuevamente el Mercedes, conducido ahora por Remigio Severiano vuelve a la C/ de Boj, bajándose Justiniano Constancio que queda vigilando, y quedándose Remigio Severiano al volante con el motor en marcha. Sobre las 20,15 horas llega el procesado Roque Teodulfo en su vehículo Seat León, NUM010 , estacionándolo en la Avda de los Andes accediendo Roque Teodulfo al interior de "La Abadía de Malta" no sin antes tirar al suelo, al lado de la rueda izquierda de su vehículo, un objeto o paquete de pequeñas dimensiones, lo que hace que el Mercedes se ponga en marcha hasta llegar a la Avda de los Andes, Justiniano Constancio , recorre con el vehículo unos 50 metros hasta parar a la altura del Seat León, bajando Justiniano Constancio y recogiendo el objeto, emprendiendo ambos, Remigio Severiano y Justiniano Constancio de nuevo la marcha a gran velocidad y con maniobras evasivas para impedir el seguimiento, mientras en el interior del establecimiento permanecían reunidos Severino Daniel y Roque Teodulfo , llevándose asíen el Mercedes la muestra de droga que previamente habían convenido en su entrega Roque Teodulfo y Severino Daniel .- A las 20,55 horas, Roque Teodulfo abandona "La Abadía", marchándose en su vehículo Seat León, y 5 minutos después, lo hace Severino Daniel a quién a gran velocidad viene a buscarlo nuevamente a la estación de Atocha en el coche de Adrian Carmelo , donde a las 21,10 toma el AVE de vuelta a Valencia.- La entrega de la muestra de la droga, determina mayor actividad entre los procesados, estableciéndose entre ellos distintas reuniones a fin de coordinar la operación bajo la dirección siempre de Santiago David . Así, el 2 de junio de 2012, se reúnen en la cafetería "Querétaro", sita en C/ Julián Camarillo de Madrid, Cosme Leovigildo , Severino Daniel y Adrian Carmelo , abandonando después, sobre las 15,30 horas el lugar a bordo de la VW Touran, realizando diversas gestiones, hasta que sobre las 22 horas Severino Daniel y Adrian Carmelo abandonan Madrid dirigiéndose a Valencia.- El día 7 de junio de 2012, sobre las 18,30 horas, el vehículo VW Touran se introduce en el garaje del domicilio de Adrian Carmelo sito en la C/ DIRECCION001 de Madrid num. NUM006 . Sobre las 19 horas, Roque Teodulfo estaciona el vehículo en la Avda de los Andes su vehículo Seat León, NUM010 , frente a la terraza de "La Abadía de Malta" dónde se sienta, acudiendo a continuación Severino Daniel quien se sienta con él, quedando a la espera en el interior vehículo Chevrolet Kalos, NUM011 propiedad de la mujer de Santiago David , aparcado en doble fila unos metros atrás el procesado Cosme Leovigildo . Sobre las 19,15 horas Roque Teodulfo abandona el lugar en su Seat León y minutos después lo hace Severino Daniel y Cosme Leovigildo en el Chevrolet Kalos, hasta la C/ Archiduque Alberto, de Sanchinarro, dónde lo estacionan, bajándose ambos y sentándose en la terraza de la cafetería Picasso, mientras persona no identificada desaparca el vehículo hasta que nuevamente es aparcado en la C/ DIRECCION001 frente al domicilio de Adrian Carmelo .- Sobre las 19,59 horas, Adrian Carmelo sale del garaje a bordo del VW Touran llevando de copiloto a Cosme Leovigildo , quien se apea y se introduce en el Chevrolet Kalos, moviendo este para estacionarlo unos metros más adelante, ocupando así el hueco que deja, el VW Torran NUM004 ..- Sobre las 21,20 horas, Adrian Carmelo sale a pie de su domicilio dirigiéndose al Volkswagen Torran.- Sobre las 21,46 horas llega al lugar en su Opel Corsa, NUM007 , Cosme Leovigildo , bajándose del mismo y recogiendo por la ventana del domicilio de Adrian Carmelo las llaves del Chevrolet Kalos, dirigiéndose a este y conduciéndolo, marchándose del lugar.- Posteriormente, sobre las 21,55 horas, Severino Daniel inicia la marcha conduciendo el VW Touran dirección Valencia. Durante este día Remigio Severiano y Justiniano Constancio utilizan un vehículo Mercedes de la clase B distinto al habitual, siendo el nuevo matrícula NUM012 , propiedad de la empresa de alquiler de vehículos "Ares Mobile".- Una vez que tuvo lugar la entrega de la droga por parte de Roque Teodulfo , y que Severino Daniel , había abandonado ya Madrid, fue nuevamente localizado en la autopista A-7 cuando circulaba dirección Barcelona a fin de transportar la droga al lugar dónde finalmente debía ser distribuida siendo interceptado y detenido, sobre las 19 horas del día 8 de junio de 2012, por Agentes de la Policía Nacional, en la localidad de



Cornellá de Llobregat, en la confluencia de la Carretera de Sant Boi con calle Campoamor, ya que el conductor del vehículo, Severino Daniel, había detectado el dispositivo policial al comenzar a realizar una conducción anómala y con riesgo para el resto de la circulación, por lo que no pudo ser detenido el vehículo lanzadera que le precedía, ocupado por Cosme Leovigildo. - En el interior del vehículo Volkswagen Touran, se ocupó la bolsa de deporte de color azul oscuro anteriormente mencionada en cuyo interior se encontraban ocho paquetes de forma rectangular envueltos en cinta de color marrón y cubiertos de film transparentes con sustancia estupefaciente, cocaína, con los siguientes pesos y pureza: - Paquete número 1: 1.300 gr al 66 % de riqueza.- Paquete número 2: 1.270 gr al 64 % de riqueza.- Paquete número 3: 1.242 gr al 67 % de riqueza.- Paquete número 4: 1.236 gr al 65 % de riqueza.- Paquete número 5: 1.268 gr al 62 % de riqueza.- Paquete número 6: 1.210 gr al 68 % de riqueza.- Paquete número 7: 1.260 gr al 66 % de riqueza.- Paquete número 8: 1.272 gr al 56 % de riqueza.- La droga ocupada, con un peso total de 10.058 gr, hubiera alcanzado un valor en el tráfico ilícito de 335.369,72 en su venta al por mayor y de 901.187,36 en su venta al por menor.- Igualmente al ser detenido, a AGA se le ocupó, mil euros, en billetes de cincuenta euros, producto del ilícito tráfico; un teléfono móvil de la marca LG, de colores blanco y azul, que lleva insertada la tarjeta de la compañía LEBARA MOVIL, con número NUM013, perteneciente al nº NUM014 que se hallaba intervenido y que era el utilizado para comunicarse con el vehículo lanzadera; y un teléfono móvil de la marca BlackBerry, de color blanco, que lleva insertada la tarjeta de la compañía Vodafone, con número NUM015. - Una vez detenido Severino Daniel, ese mismo día, 8-6-12, sobre las 21,30 horas se detuvo al procesado Adrian Carmelo, ocupándosele dos teléfonos móviles Samsung y BlackBerry, correspondiente esta última a línea intervenida judicialmente y 115 en efectivo; y al día siguiente, sobre las 9,30 horas fueron detenidos Remigio Severiano y Justiniano Constancio, ocupándoseles 150 y 110 respectivamente, así como a cada uno papel manuscrito con letras asociadas a números, sin aparente sentido, tratándose de una clave utilizada por los procesados para comunicarse entre ellos sin ser detectados y un teléfono móvil BlackBerry a cada uno. Igualmente en el interior del vehículo Mercedes B, NUM012, a bordo del cual iban al ser detenidos, se les ocupó: portátil "ASUS" blanco; adaptadores electrónicos y cargador, conector USB Vodafone; soporte de SIM; y GPS negro marca "Garmin". Y en un bolso marrón 10; pasaporte albanés a nombre de Remigio Severiano y otro de Justiniano Constancio; móvil LG y un GPS de localización y rastreo "Pelican 1020", efectos utilizados para el seguimiento, control y vigilancia.- A Cosme Leovigildo, se le ocupó al ser detenido, sobre las 20,20 horas del día 9 de junio cuando se realizaba el registro de su domicilio, 2605 en efectivo producto del ilícito tráfico, pasaporte albanés a su nombre, así como dos móviles uno Samsung y otro Nokia, y 6 tarjetas de teléfono.- A la vista de las detenciones, se solicitó y se obtuvo autorización judicial para la entrada y registro de los domicilios de los procesados, realizadas el 9-6-12, sitios en: 1º- C/ DIRECCION000 NUM005, NUM016 Madrid; y parking NUM017 y NUM018 y trasteros, domicilio de Cosme Leovigildo, donde se encontró 6 teléfonos móviles de diversas marcas; 6330 y 3005 en metálico; así como el vehículo Mercedes NUM019, adquirido por el procesado con dinero obtenido con el tráfico ilícito y utilizado para dicha actividad ilícita aunque figure como ficticia titular del mismo su pareja Magdalena Edurne, al igual que el también ocupado Opel Corsa, NUM007 que si figura inscrito a nombre del procesado; así como diversa documentación entre ella el pasaporte de Grecia a nombre de Silvio Cipriano dónde el procesado Severino Daniel u otro a su instancia había colocado su fotografía, así como en una Special Identity Card República de Grecia a nombre de Anselmo Ovidio y en el permiso conducir griego a nombre de Silvio Cipriano, documentos todos ellos falsos.- 2º- C/ DIRECCION002 NUM008, portal NUM020, NUM021, puerta NUM022 de Madrid; y plaza de garaje NUM023 y trasteros, domicilio de Remigio Severiano y Justiniano Constancio, se ocupó 2600 producto del ilícito tráfico, dos teléfonos móviles LG y otro Nokia, tres soportes de tarjetas de móviles, un GPS, un soporte para GPS con imanes y varias láminas de imán adosadas entre sí.- 3º- C/ DIRECCION001 nº NUM006, NUM024, Madrid, plaza garaje NUM025 y trastero nº NUM021, Madrid, domicilio del hoy enjuiciado Adrian Carmelo, donde se ocupó un móvil Samsung, tres rollos de plástico de envolver transparente, un rollo de cinta de embalaje y una báscula digital de bolsillo.- 4º- C/ DIRECCION003 nº NUM026, NUM006 - NUM027 URBANIZACIÓN000 de Paterna (Valencia), domicilio de Severino Daniel, se encontró, dos ordenadores portátiles HP, 4 teléfonos móviles Nokia y otro LG, una balanza de la marca SHOENLE, una libreta tamaño cuartilla con las tapas rojas donde en la última página aparece un código alfanumérico de parecidas características de los ocupados a Remigio Severiano y a Justiniano Constancio, y un Detector/Contador de Billetes de la marca Q-CONNECT.- 5º- AVENIDA000 NUM028, portal NUM029, puerta NUM006, Bétera (Valencia), domicilio de Santiago David, se encontró una bolsita conteniendo 13,2 grs de cocaína al 66 % de riqueza que hubiera alcanzado un valor de venta por dosis de 1.012 y de venta por gramos de 763,10 en el tráfico ilícito, 3 teléfonos Nokia y otro LG.- Posteriormente, el día 18 de julio de 2012, sobre las 13,55 horas, se detectó, por agentes del CNP que habían establecido un dispositivo de vigilancia en el domicilio de la C/ DIRECCION004 nº NUM030 de Mejorada del Campo, el vehículo Seat León NUM031 conducido por el procesado Roque Teodulfo, siguiéndolo hasta darle el alto identificándose como policías, continuando pese a ello su marcha golpeando en la pierna derecha, al intentar huir, al Policía Nacional nº NUM032, al que causó lesiones consistentes en contusión en extremidad inferior derecha, que tardaron 12 días en curar, sin necesidad de tratamiento médico y no estando incapacitado y curando sin secuelas, lesiones por las que reclama, consiguiendo finalmente detener el vehículo, siendo detenido y ocupándosele, dos móviles BlackBerry,



45, y en el interior del Seat León, un bolso negro conteniendo otro móvil LG y documentación personal.- Una vez detenido, se solicitó y obtuvo autorización judicial para la entrada y registro de los domicilios utilizados por el procesado Roque Teodulfo, realizadas ese mismo día, y sitios en: 1º C/ DIRECCION004 nº NUM030, Mejorada del Campo (Madrid) donde se ocupó tarjetas de móviles; 335; envasadora al vacío marca "Magic Vac"; 3 rollos papel film; balanza precisión marca "Odag" positiva a la prueba del narcotest; un gato para prensar; 5 moldes rectangulares para preparar paquetes y dos envoltorios de aluminio conteniendo cada uno, 1,63 grs de polvo piedra blanco, cocaína, al 67,1 % de riqueza valorado en 150,807 cada uno.- 2º PASEO000 nº NUM021 - NUM029, Fuenlabrada (Madrid), encontrándose, teléfono móvil; 4300; molinillo moulinex positivo al narco-test; 2 frascos de acetona; báscula Carrefour blanca Home, tres rollos film transparente, un rollo cinta americana, un rollo cinta de embalaje negra, un ordenador HP y un gato hidráulico en su caja y un envoltorio de papel plata con sustancia blanquecina que resultó ser 1,69 grs de polvo piedra blanco, cocaína, al 67,6 % de riqueza valorado en 157,533 ?.- Adrian Carmelo carece de permiso de circulación, no habiendo conducido nunca, habiendo sido titular de varios vehículos, el citado Opel Corsa y anteriormente un Ford Focus los que ponía a disposición del grupo para ser usado por los miembros de este en sus desplazamientos- Con fecha 11 de Febrero de 2.015, se dictó sentencia de condena de los entonces enjuiciados Santiago David; Severino Daniel, Cosme Leovigildo, Remigio Severiano, Justiniano Constancio Y Roque Teodulfo, habiendo reconocido su participación en los hechos contenidos en el escrito de acusación, asumiendo las penas propuestas por el Ministerio Fiscal las calificaciones de acusación y defensas, sentencia firme por resolución de fecha 27 de Febrero de 2.015". (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"A.- que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a: Adrian Carmelo, (alias Chili y Gallina), en su calidad de autor responsable: a) De un delito contra la salud pública de los artículos 368 inciso primero (sustancia que causa grave daño a la salud), y 369,5º (notoria importancia), todos del Código Penal, con aplicación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, establecida en el párrafo segundo del citado artº 368 del Código Penal, la pena de prisión de TRES AÑOS DE PRISION e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 335.369,72 Euros con 30 días de responsabilidad personal subsidiaria, Y b) En su calidad de autor responsable de un delito de previsto y penado en el artículo 570 ter, 1, b) del Código Penal (Grupo Criminal), la pena de prisión de SEIS MESES DE PRISION e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- B) Se declara el COMISO de los objetos, y demás bienes intervenidos que han sido relacionados en la primera conclusión.- C) Se imponen las COSTAS al procesado condenado proporcionalmente". (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes se prepararon recursos de casación por el **Ministerio Fiscal** y la representación de **D. Adrian Carmelo**, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** basó su recurso de casación en un UNICO MOTIVO: Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECriminal.

La representación de **D. Adrian Carmelo** formalizó su recurso alegando un UNICO MOTIVO DE CASACION: Al amparo del art. 852 LECriminal.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 23 de Marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 14 de Noviembre de 2016 de la Sección I de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a Adrian Carmelo, alias Chili, como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, de notoria importancia y con aplicación del párrafo 2º del art. 368 Cpenal a la pena de tres años de prisión y multa de 335.369'72 ? con 30 días de responsabilidad personal subsidiaria, así como de un delito de integración en grupo criminal a la pena de seis meses de prisión, junto con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que el condenado y actual recurrente, que, a la sazón, estaba integrado en un grupo criminal formado por las personas citadas en el último párrafo del hecho probado, que ya han sido juzgadas y condenadas, tuvo una reunión con dos personas, ya condenadas, el 8 de Marzo de 2012 en las inmediateces del hotel Ibis de Valencia, y de la forma descrita, adquirieron el vehículo Volkswagen Touran, color negro, NUM004 en el que se subieron.



Dicho vehículo el 7 de Junio de 2012 sobre las 18'30 h. se introdujo en el garaje del domicilio del recurrente sito en la c/ DIRECCION001 , en Madrid, para posteriormente, sobre las 19'59 h. de dicho día salir, llevando como copiloto al recurrente, apeándose del mismo, introduciéndose en otro vehículo e introduciéndose en el Volkswagen otra persona ya juzgada y condenada, en tanto que el recurrente se monta en otro vehículo para estacionarlo un poco más delante del Volkswagen.

Seguidamente, sobre las 21'20 h. del día 7, el recurrente sale de nuevo de su domicilio y se dirige al Volkswagen; posteriormente sobre las 21'55 h. una persona ya juzgada y condenada por este hecho, inicia la marcha en el Volkswagen y lo conduce en dirección a Valencia. Una vez que tuvo la entrega de droga que se ocultó en dicho vehículo, éste fue localizado en la A-7 en dirección a Barcelona a fin de transportar la droga a sus distribuidores.

Sobre las 19 h. del día 8 de Junio, agentes de la policía interceptan el vehículo en la localidad de Cornellá de Llobregat.

En el interior del vehículo se ocupó una bolsa de color azul, de deporte, y en su interior ocho paquetes que contenían cocaína con un peso total de 10 kilos 58 gramos, que en el tráfico ilícito tendrían el valor económico indicado en el hecho probado donde se distingue el precio "*al por mayor*" y "*al por menor, o menudeo*".

Ese mismo día fue detenido Adrian Carmelo , el recurrente a quien se le ocuparon dos teléfonos móviles que correspondían a una línea intervenida judicialmente. En el posterior registro de su domicilio en la c/ DIRECCION001 , se ocupó otro teléfono móvil, tres rollos de plástico de envolver, cinta de embalaje y una báscula digital de bolsillo.

El recurrente, que carece de permiso de conducir, era el titular de dos vehículos --Opel Corsa y Ford Focus--, que puso a disposición de los miembros del grupo en el que se encontraba integrado, y que aquéllos utilizaban para efectuar los desplazamientos que fueran necesarios.

Contra la sentencia citada se han formalizado *dos recursos de sentido distinto* . Por un lado ha formalizado recurso de casación el condenado y, por otro lado, el Ministerio Fiscal también ha formalizado recurso.

Pasamos al estudio de ambos recursos, comenzando por el del condenado.

SEGUNDO.- Recurso de Adrian Carmelo .

Su recurso está formalizado por **un solo motivo** en el que por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la *violación del derecho a la presunción de inocencia* , por entender que atendida la prueba practicada en juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

Esta denuncia obliga a esta Sala Casacional a efectuar un triple examen:

- a) En primer lugar, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.
- b) En segundo lugar, se ha de verificar "*el juicio sobre la suficiencia*", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y
- c) En tercer lugar, debemos verificar "*el juicio sobre la motivación y su razonabilidad*", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum* , porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, sino también, *extra processum* , ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de *aceptación social de la actividad judicial* .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada* , es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque *no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -- SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1065/2009 , 1333/2009 , 104/2010 , 259/2010 de 18 de Marzo , 557/2010 de 8 de Junio , 854/2010 de 29 de Septiembre ,*



1071/2010 de 3 de Noviembre , 365/2011 de 20 de Abril , 1105/2011 de 27 de Octubre , 1039/2012 de 20 de Diciembre , 33/2013 de 24 de Enero , 663/2013 de 23 de Julio , 82/2014 de 13 de Febrero , 181/2014 de 13 de Marzo , 705/2014 de 31 de Octubre , 395/2015 de 19 de Junio , 748/2015 de 17 de Noviembre ó 818/2016 de 31 de Octubre , entre otras--.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión . Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediatez de que dispuso, inmediatez que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar .

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional --últimamente en la STC 68/2010--: "*....no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E ., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...."*

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como *Tribunales de legitimación de la decisión adoptada* en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas --SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio, entre otras--, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

El motivo no puede prosperar, ya que tras la lectura del f.jdco. primero, podemos constatar que el Tribunal de instancia dispuso de acervo probatorio suficiente para sustentar la condena .

Existen dos versiones contradictorias, la mantenida por el acusado negando su participación en los hechos y la versión de los miembros de la Policía Nacional que investigaron a los acusados y que vieron la constante relación entre el recurrente y los condenados, Severino Daniel y Rinald Bulla, así como el hecho de permitir que se aparcara en su garaje el vehículo Volkswagen en el que posteriormente se encontraron 10.058 gramos de cocaína, así como fue detectada su presencia en numerosas reuniones con otros miembros de la organización, desplazamientos a Valencia, etc.

El Tribunal ha acogido, desde la inmejorable posición que le otorga la inmediatez para valorar esas pruebas directas, la versión inculpativa de los agentes que fue confirmada por el análisis de la sustancia incautada.

En realidad el recurrente lo que intenta es restar capacidad probatoria a las pruebas practicadas y por ello debemos concluir, indicando que el Tribunal sentenciador ha explicitado, ampliamente, los porqués de la declaración inculpativa alcanzada. *El canon de motivación fáctica cubre las exigencias constitucionales* y debemos de recordar que el Tribunal otorgó veracidad a la versión policial, de forma motivada y justificada.

La sentencia sometida al presente control casacional concreta las *fuentes de prueba y los elementos probatorios de cargo* que valorados conjuntamente y no estando desvirtuados los elementos de descargo, le permitieron al Tribunal arribar al juicio de certeza concretado en la sentencia.

En la sentencia, en el f.jdco. primero , después de referirse a la prueba indiciaria, desgrana con detalle todos y cada uno de los indicios totalmente acreditados que en la valoración de conjunto que se efectuó por el Tribunal, le llevó a la conclusión condenatoria.

En el f.jdco. tercero , vuelve a citar, más resumidamente, tales indicios, --reiteramos-- no desvirtuados por contraindicios.

Retenemos la siguiente relación que se cita :

"....El procesado Adrian Carmelo , según ha venido en reconocer el mismo, y ha quedado corroborado por las vigilancias realizadas, participaba con los demás condenados en un grupo delictivo que tenía como finalidad una operación de tráfico de estupefacientes, de sustancia que causa grave daño para la salud y en cantidad de notoria importancia.

Esta afirmación aparece como consecuencia lógica al valorar el hecho de que mantenía relaciones con éstos, que tenía un piso en la calle DIRECCION001 num. NUM033 que visitaban Cosme Leovigildo ; Severino Daniel y Roque Teodulfo .



Proporcionaba recargas telefónicas, dada su legal residencia a los demás integrantes del grupo que no podían acceder a ellas por falta de documentación.

Facilitaba el piso que ocupaba como residencia a efectos de empadronamiento, al menos de Cosme Leovigildo para obtener finalmente residencia.

Guardaba en su domicilio material para empaquetar sustancia estupefaciente, idéntica a la que envolvía los paquetes conteniendo la sustancia estupefaciente intervenida.

Realizaba viajes con otros miembros del grupo a Valencia, lugar de donde procedía la sustancia intervenida.

Proporcionaba a su nombre vehículo para ser usado por los miembros del grupo para sus desplazamientos.

Fue visto portando una bolsa grande de color oscuro la que salió posteriormente de su domicilio apreciándose que era de color azul oscuro idéntica a la encontrada en el interior del vehículo Volkswagen Touran conducido por Severino Daniel conteniendo la sustancia intervenida.

Todo ello evidencia una intervención que va más allá de la mera amistad, sin otra explicación que la comisión delictiva, ya que no se ha podido acreditar, la realización de trabajo ilícito alguno o de obtención de medios de vida por otro lado.

Ello nos lleva a considerar al procesado Adrian Carmelo como autor de los delitos antes indicados conforme a lo previsto en el artº 28 del Código Penal" .

En este control casacional verificamos que el Tribunal de instancia cumplió de forma correcta el deber de motivación , y que la conclusión condenatoria está sólidamente argumentada, revistiendo, ventajosamente, tal conclusión el canon exigible para todo pronunciamiento condenatorio, que en palabras del TEDH, exige el canon de "certeza más allá de toda duda razonable ", canon que con reiteración ha sido exigido tanto por el Tribunal Constitucional como por esta Sala de Casación.

Tal certeza resiste y se mantiene tanto desde el canon de la lógica como el de la suficiencia.

Desde el canon de la lógica , porque la relación de datos valorados lleva, normalmente y sin quiebras ni cortes, a la conclusión alcanzada.

Desde el canon de la suficiencia , porque la conclusión alcanzada no es débil, ni abierta, ni caben otros criterios, sino que por el contrario es conclusión cerrada y objetiva.

Como conclusión de todo lo razonado, la apelación que efectúa el recurrente al final de su argumentación de que debiera haberse aplicado el principio de "in dubio pro reo", debe ser rechazado en la medida que el Tribunal de instancia no dudó verificándose en este control casacional que el Tribunal de instancia hizo bien en no dudar a la vista de la entidad y consistencia de las informaciones facilitadas por la cadena de indicios y datos valorados. SSTS 855/2010 ; 591/2011 ; 410/2012 ; 277/2013 ; 705/2014 ó Recurso Casación 10465/2016 .

El recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo obtenida con todas las garantías, que fue introducida en el plenario, prueba que fue suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y prueba que, en fin, fue razonada y razonablemente valorada, encontrándose extramuros de toda decisión arbitraria.

Procede la desestimación del motivo .

TERCERO.- Recurso del Ministerio Fiscal .

Aparece formalizado a través de un solo motivo por el cauce del error iuris del art. 849-1º LECriminal por indebida aplicación del tipo privilegiado del párrafo 2º del art. 368 Penal .

En su argumentación, el Ministerio Fiscal alega que es de significar que la existencia y aplicación del párrafo 2º responde a la necesidad de facilitar a los Jueces y Tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado, que por un lado evidencien una menor gravedad en la culpabilidad, que encaje en esa escasa entidad del hecho y en unas circunstancias personales a las que se refiere el párrafo segundo, así STS 291/2014 de 4 de Abril .

El art. 368.2º Cpenal vincula la atenuación a dos parámetros que no han de exigirse acumulativamente . Basta una de las alternativas --o menor antijuridicidad, o menor culpabilidad--. No es imprescindible la concurrencia de ambas -- SSTS 32/2011, de 25 de Enero ; 51/2011, de 11 de Febrero ; 448/2011, de 19 de Mayo ó 570/2012, de 29 de Junio , entre otras--. El Juez o Tribunal de ponderar a ambas cuestiones --escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable--, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en los dos ámbitos (uno vinculado a la antijuridicidad ..escasa entidad-- el otro referido más bien a la culpabilidad



(circunstancias personales). La aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación. Específicamente queda legalmente excluida la atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los arts. 369 bis ó 370 del Cpenal .

Se alega igualmente por el Ministerio Fiscal en su recurso que *el recurrente Adrian Carmelo , además de autor de un delito contra la salud pública ,* aún con la aplicación del tipo privilegiado del art. 368-2º Cpenal , se le condena *también como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal* del art. 570 ter 1-b del Cpenal , lo que, se dice, supone un plus de dificultad *"... por no decir imposibilidad..."* de aplicación del art. 368-2º Cpenal . En tal sentido, se citan las SSTs 726/2014 de 6 de Noviembre y 853/2016 de 11 de Noviembre , que no admiten la aplicación del tipo privilegiado a quien está incluido en un grupo criminal, y de la primera de las sentencias dictadas cita el párrafo siguiente:

"...En autos, sin embargo, de la narración probada, no resulta que los hechos de tráfico cometidos por el recurrente sean de menor entidad, sino al contrario, plasman una actividad reiterada de tráfico dentro de un grupo criminal, lo que impide que se estime el tipo atenuado, pues tampoco median circunstancias excepcionales que justifiquen la atenuación..." .

Esta Sala, ha elaborado a partir de la STS 32/2011 de 25 de Enero que fue la primera que lo aplicó, *un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial* en relación a este tipo privilegiado del art. 368-2º Cpenal , cuyo origen se encuentra en el *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de Octubre de 2005* , en el que se consideró la conveniencia de establecer una atemperación de las penas del art. 368 Cpenal en los casos de escasa gravedad.

Dos fueron las propuestas admitidas :

a) *"Cuando se trate de cantidades módicas la penas deberían ser de seis meses a dos años de prisión cuando se trate de sustancias que no causen grave perjuicio a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causan grave daño a la salud"*.

Igualmente se aprueba como propuesta alternativa a la anterior, el añadir un segundo párrafo al actual art. 368 Cpenal con el siguiente texto:

b) *"No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable "*.

Es claro que el vigente párrafo 2º del art. 368 Cpenal recoge la propuesta alternativa de la Sala acabada de citar.

CUARTO.- Podemos concluir que el párrafo 2º del art. 368 Cpenal permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho –lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad– y a las circunstancias personales del autor –que nos reconduce al área de la culpabilidad–. Se trata, además, de un ejercicio de *discrecionalidad reglada* , que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley – art. 849-1º LECriminal –.

Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La *" escasa entidad del hecho "* debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9 de Junio de 2010 , en la que se invoca la *"falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido"* , siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la *" menor culpabilidad "* , las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del art. 67 Cpenal , las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el Cpenal.



Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la *conjunción copulativa "y", en lugar de la disyuntiva "o"* . Desde luego, la utilización de la conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje la apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del art. 368 Cpenal no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico. Serían supuestos *en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativo, resulta simplemente neutro* . Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto solo exige que atienda a la *"escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor"* , realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro. Es decir, el precepto exige que se atienda conjuntamente a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor, pero no que concurren inexcusablemente ambos parámetros.

En definitiva, con las SSTs 270/2013 de 5 de Abril , 724/2014 de 13 de Noviembre y 81/2015 , podemos resumir la doctrina jurisprudencial sobre el tipo privilegiado del art. 368-2º Cpenal en los siguientes apartados :

1º) El nuevo párrafo segundo del art. 368 Cpenal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2º) Concurre la escasa entidad objetiva –escasa antijuridicidad– cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como *"el último escalón del tráfico"* .

3º) La regulación del art. 368-2º Cpenal , no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a esta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4º) Las circunstancias personales del culpable –menor culpabilidad– se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, sui madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuando no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del tipo privilegiado desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

QUINTO.- De acuerdo con la doctrina expuesta, es claro que *el recurso del Ministerio Fiscal debe ser admitido* , ya lo adelantamos.

Desde el respeto a los hechos probados, presupuesto de admisibilidad de este cauce casacional, comprobamos que el recurrente mantenía relaciones con otros miembros del mismo grupo, quienes acudían a su domicilio, asimismo les facilitó el uso del garaje donde se guardó el coche en el que se incautó la droga, asimismo guardaba en su domicilio útiles para su empaquetado, facilitó él mismo como residencia de otros miembros a efectos de empadronamiento, realizó distintos viajes con miembros del grupo, facilitaba recargas de los teléfonos que se utilizaban al no tener documentación en regla alguno de los integrantes del grupo, e incluso tenía a su nombre varios vehículos, entre ellos el Volkswagen Touran NUM004 en el que se incautó la droga. A ello hay que añadir que la droga incautada fue cocaína con un peso de *10.058 gramos* .

En esta situación *el Tribunal sentenciador justifica* la aplicación del párrafo 2º del art. 368 del Cpenal después de estimar *autor al recurrente, en los siguientes términos* –f.jdco. tercero, último párrafo--:



"...Más tal conducta, al no haberse acreditado más que la de ser facilitador del grupo, procede considerar su participación en los términos que contempla el párrafo 2º del citado art. 368 del Cpenal , ya que aún cuando los medios humanos y materiales aportados por Lala son facilitados de la operación, constancia que se hace a efectos penológicos...." -- sic--.

Esta argumentación no puede ser admitida.

Es claro a nuestro juicio que existe una *flagrante contradicción intelectual y jurídica* con la reconocida labor desempeñada por el recurrente, facilitación de medios que constituye una *cooperación necesaria* en los términos del art. 28-b) del Cpenal respecto de un grupo que se dedica a introducir cocaína en cantidades importantes como queda reflejado, *máxime* si se reconoce --como no podría ser de otro modo-- que *el propio recurrente forma parte del grupo criminal* y como tal ha sido condenado.

La sentencia sometida al presente control casacional *razona* en los siguientes términos la condena por *integración en grupo criminal* :

"...Con un papel o rol determinado en la logística del grupo para la actividad que desarrollaban.... solo se relaciona con los otros procesados ya condenados, y carece de medios de subsistencia, sin embargo es titular de un piso alquilado con garaje y ha sido titular de diversos vehículos, viajando y alojándose en hotel cuando se desplaza a Valencia...." .

No puede hablarse de una menor *antijuridicidad* porque los hechos son graves, no se está en un tráfico al menudeo, de quienes ocupan los últimos peldaños de la red clandestina, sino ante un grupo criminal en el sentido penal del término en el que se encuentra integrado el recurrente, habiendo prestado una colaboración eficaz y necesaria en una operación de introducción de drogas de notoria importancia.

No puede hablarse de una menor *culpabilidad* porque nada existe en la sentencia que pueda abonar tal afirmación, sin embargo, sí hay datos para *negar la menor culpabilidad* : estuvo en rebeldía, habiéndose dado orden de búsqueda internacional.

Más aún, resulta incompatible la *pertenencia a grupo criminal* con la aplicación del tipo privilegiado del art. 368-2º Cpenal como esta Sala tiene declarado en la jurisprudencia citada --SSTS 726/2014 y 853/2016 --.

Se está ante un colectivo de personas --ya juzgadas con anterioridad-- que tiene la potencia y medios correspondientes como para adquirir 10 kilos de cocaína y tratar de distribuirlos, acción grave, compleja y por tanto no periférica ni aislada.

Procede la estimación del recurso y eliminación de la aplicación del tipo privilegiado .

SEXTO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede la imposición de las costas de su recurso al recurrente Adrian Carmelo y declarar de oficio las costas del recurso del Ministerio Fiscal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **NO HABER LUGAR** al recurso de casación formalizado por la representación del condenado **D. Adrian Carmelo** contra la sentencia dictada por la Sección I de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de Noviembre de 2016 , con imposición al recurrente de las costas de su recurso. **HABER LUGAR** al recurso de casación formalizado por el **Ministerio Fiscal** contra la expresada sentencia, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se va a pronunciar y póngase en conocimiento de la Sección I de la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Nacional, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 1, Sumario nº 4/13, seguido por delito contra la salud pública, organización criminal y falsificación documental, contra D. Adrian Carmelo , alias Chili y Gallina , natural de Sarander (Rep. de Albania), nacido el día NUM034 de 2013, hijo de Purificacion Victoria y



Victorio Jeronimo , provisto de NIE NUM035 , sin antecedentes penales computables; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por los razonamientos incluidos en el f.jdco. quinto de la sentencia casacional debemos *eliminar* la aplicación del párrafo 2º del art. 368 del Cpenal , por lo que el recurrente es autor de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud en cuantía de notoria importancia, imponiéndole la *pena legal mínima de seis años y un día* y manteniendo la misma cuantía de la multa --335.369'72 ?-- pero eliminando la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido CONDENAR a D. Adrian Carmelo a la *pena legal mínima de seis años y un día* , manteniendo la misma cuantía de la multa --335.369'72 ?--, eliminando la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia casacional no afectados por la presente resolución .

Notifíquese esta resolución a las partes en los mismos términos que la anterior, e insértese en la coleccion legislativa

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia