

Roj: **STS 906/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:906**Id Cendoj: **28079120012017100183**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/03/2017**Nº de Recurso: **10575/2016**Nº de Resolución: **145/2017**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2943/2016,**
STS 906/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de Casación 10575/2016, interpuesto por D. Juan María representado por la Procuradora D.ª María Esperanza Higuera Ruíz, bajo la dirección letrada de D.ª María Araceli Bosque Ortíz y por D. David representado por el Procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro, bajo la dirección letrada de D. Tomás Torre Dusmet, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección 4ª), con fecha 20 de julio de 2016. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 5, incoó Sumario con el número 5/2015 contra D. Juan , D. José , D. David , D. Juan María , D. Borja , Casimiro y D. Celso , y una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4ª, rollo 4/2015) que, con fecha 20 de julio de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

«PRIMERO- Con fecha 19 noviembre 2014, se interesó por el grupo de estupefaciente II, de UDYCO, de la Dirección General de la Policía, la apertura de diligencias por cuanto a principios del mes de octubre de ese año se había recibido un comunicado en la embajada de España en Holanda, indicando, que un sujeto llamado Demetrio , se estaba dedicando a transportar heroína desde distintos países de Europa hacia España. Se informaba, que una de las líneas de transporte de mercancías estaba realizando alguna de las entregas en Zaragoza, en concreto en el llamado hotel TULIP INN. Tras efectuarse una serie de diligencias tendentes a la constatación de esas noticias, también se averiguó que en el citado hotel y en el marco de las DP 54/13 del mismo Juzgado Central de Instrucción número cinco, al que le fueron turnadas las derivadas de aquella información de 19 de noviembre de 2014, se investigaba un transporte de estupefaciente en donde precisamente el intercambio entre los que venían de Europa y los españoles se había efectuado en el mismo hotel ya citado.

Una vez autorizadas las primeras intervenciones telefónicas, tras numerosas diligencias de investigación policiales, ya en el segundo oficio policial de fecha 2 diciembre de 2014, se constató que existían conversaciones entre el principal investigado llamado Federico , con una persona identificada como " Florencio " (que luego se averiguaría que es el acusado en esta causa llamado Casimiro), mayor de edad y sin antecedentes penales, así como otro denominado Juan , alias " Millonario ", igualmente acusado en este procedimiento, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública en sentencia



firme de 16/09/1993 a la pena de diez años de prisión (auto de rebeldía de 20/12/1999) y en sentencia firme de 23/02/2004 a la pena de diez años de prisión, con fecha de extinción de 25/10/2013.

En el tercero de los oficios policiales, de fecha 11 diciembre siguiente, se mencionaba que como consecuencia de las escuchas telefónicas, se había averiguado que el llamado Juan había entrado en contacto con un grupo de gallegos en relación con el tráfico de droga que se estaba investigando. Entre estas personas se encontraban los acusados Borja y Juan María. Ambos mayores de edad, el primero ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública, en sentencia firme de 27/12/2005 a la pena de diez años de prisión, y el segundo, ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública en sentencia firme de 03/02/1999 a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, que extinguió el 25/01/2013, en sentencia firme de 19/02/2002, a la pena de nueve años de prisión con fecha de extinción de 25/01/2013 y en sentencia firme de 03/10/2000 a la pena de cuatro años y seis meses de prisión. A partir de ese momento se centraron las investigaciones en esta línea de actividad ilícita, por sospecharse, que efectivamente estaban preparando una transacción con estupefaciente, probablemente heroína, en la que estaban involucradas un grupo de personas residentes en Galicia, junto con los iniciales investigados que serían los suministradores de la droga.

Asimismo, como resultado de las intervenciones telefónicas, se desveló, que la entrega de una cantidad de estupefaciente se iba a realizar de manera inmediata en el mes de diciembre de 2014, montándose a continuación diversos dispositivos de vigilancia para proceder a su averiguación.

Así, el día 7 diciembre de 2014 se confirmó, que Juan iba a entregar una cantidad de unos seis kilos de heroína a los gallegos, entrega que al final no se produjo como consecuencia de ciertos problemas surgidos ese día 7 entre los miembros de la organización. Juan estuvo en contacto con el acusado Juan María alias "Sardina", con el que iba a quedar tras realizar el viaje hasta Galicia. Juan María, por su parte, mantenía contactos con Borja para informarle de lo que hablaba con Juan, a fin de que pudiera llevarse a cabo una reunión entre Borja y Juan en la idea de que Borja se hiciera cargo de la heroína para almacenarla hasta que se llegara a un acuerdo sobre los detalles de su entrega final.

El día 8 diciembre siguiente siguieron los contactos entre Juan y Juan María en relación con la reunión que habían mantenido la víspera tanto cerca de un hotel como en las inmediaciones del taller llamado DORO propiedad de Borja, volviendo a Madrid Juan ese mismo día.

El trayecto de carretera se hizo con el vehículo propiedad del imputado llamado José con alias "Anselmo", mayor de edad y sin antecedentes penales, que era la persona que normalmente conducía en los desplazamientos desde Madrid a Galicia, cuando Juan se reunían con los destinatarios gallegos del estupefaciente.

Tras este viaje continuaron los contactos telefónicos entre Juan y Borja para preparar nuevos envíos, pidiendo el gallego que la segunda entrega fuera de una droga de más calidad.

El segundo viaje hacia Galicia se detectó a partir de las conversaciones del 11 diciembre de 2014, entre Juan y Juan María. En una de ellas, Juan le comentó al gallego que en esta ocasión cuando fuera para hablar del segundo envío de droga, iría acompañado de otra persona que llegaba sobre las tres de ese día, siendo la persona que finalmente le acompañó, el acusado David, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 24/03/2007 de la Corte de Apelación-ANTWERPEN, por tres delitos contra la salud pública y uno de tenencia ilícita de armas, a la pena de cinco años y tres meses de prisión, sujeto éste, proveniente de la organización suministradora del estupefaciente que iría a estar al tanto de los preparativos para la entrega final de la sustancia a sus destinatarios.

Las vigilancias efectuadas a partir de ese momento detectaron que el ciudadano belga indicado se encontraba en España la noche del 11 diciembre, viajando el día 12 de diciembre siguiente con Juan hasta Galicia. En esta ocasión no conducía el vehículo José, sino el belga, siendo el automóvil utilizado el FORD MONDEO matrícula NWJ.

Tras salir a las seis de la mañana de Madrid y recoger Juan a David en el hotel en el que se alojaba, se dirigieron ambos hasta Galicia. Durante el transcurso del viaje, Juan mantuvo diversas conversaciones telefónicas con Borja en donde éste le contó que estaba esperando a Juan María que era el que tenía que quedarse con el envío de droga que iba a ser almacenada por Borja. Tras reunirse con los gallegos, Juan y David regresaron a Madrid, sin acreditarse si el belga abandonó España con destino Bélgica el día 13 o 14 de diciembre siguiente.

El día 14 de diciembre, ambos mantuvieron una conversación telefónica en la que Juan informó al belga de que una partida de estupefacientes dirigida a la organización gallega iba a llegar el miércoles 17 diciembre siguiente, comentándole que quería que David viniese a España para acompañarle hasta Galicia y entregarla. Incluso el acusado Juan María, el día 15 diciembre se interesó por sí David iba a volver a Galicia para esta entrega del miércoles 17, cosa que quedó al final descartada por cuanto David al final informó a Juan que



iba a recibir una visita de Bulgaria, dejando vía libre a Juan para que organizarse todo como considerase oportuno, alegando además el belga su dificultad económica para desplazarse.

Así, el día 16 diciembre de 2014, se organizó un tercer viaje a Galicia de Juan, esta vez acompañado por José que conducía el vehículo AUDI A4 negro YPN de su propiedad. Sobre las tres de la mañana del día 17 de diciembre siguiente, ambos se pusieron en marcha, recogiendo José a Juan en su casa y tomando ambos la dirección de la autovía A6. Con el vehículo circularon hasta un área de servicio CEPESA que se encuentra a la altura de Villalba (a unos 50 kilómetros de Madrid), en donde se pudo averiguar como consecuencia del seguimiento policial, que los dos citados investigados contactaron con los ocupantes de otro vehículo AUDI A4, éste de color gris, matrícula XSQ. Ambos automoviles retomaron la dirección de Galicia, realizando en todo momento intensas maniobras de control del entorno, por lo que a la altura de Benavente, los policías del dispositivo de vigilancia les perdieron de vista. Sin embargo, del control de las comunicaciones telefónicas intervenidas en tiempo real, se averiguó que Juan se iba a encontrar con Juan María en las inmediaciones de un centro comercial de El Corte Ingles, sito en Santiago de Compostela.

Tras montarse un dispositivo de vigilancia en este lugar, se vio como al mismo llegaba el Audi A4 gris matrícula XSQ visto en Villalba anteriormente, el cual, estacionó cerca de la gasolinera, bajándose sus dos ocupantes que se dirigieron a la cafetería del área de servicio. Media hora más tarde llegó el Audi A4 negro YPN del que descendieron José y Juan, que contactaron en la citada cafetería con los ocupantes del anterior vehículo Audi A4 de color gris, los cuales fueron identificados como los acusados Casimiro e Celso, éste último mayor de edad y sin antecedentes penales.

Durante el tiempo que permanecieron en la cafetería, Juan María llamó por teléfono varias veces a Juan diciéndole que se iba a retrasar y detectándose su llegada al lugar sobre las 10,15 horas a bordo de un FORD FIESTA Burdeos matrícula LYC que habitualmente era conducido por Juan María. Tras parar un momento a repostar gasolina, estacionó sobre la acera, viéndose como Juan y José y los ocupantes del Audi A4 de color gris, Celso y Casimiro, abandonaban el bar y se dirigían al encuentro de Juan María, momento en el cual Celso se dirigió al vehículo, permaneciendo a la espera en el interior del mismo mientras los demás se quedaron hablando con Juan María.

Tras abandonar el lugar todos transcurridos unos cinco minutos, el A4 negro con José y Juan se dirigió al llamado "taller DORO", antes mencionado, propiedad de Borja. En el mismo permanecieron hasta las 11:45h abandonándolo para dirigirse al parking del establecimiento EROSKI, aparcando en él, e internándose en un bar cercano.

Por otro lado, el vehículo Audi A4 de color gris en el que iban Celso y Casimiro, que había abandonado la zona de El Corte Inglés de Santiago, apareció sobre las 12 horas en el mismo parking del establecimiento EROSKI en donde habían aparcado los ocupantes del Audi A4 de color negro. Tras estacionar igualmente en el mismo, Celso y Casimiro contactaron en el bar con Juan y José.

Después de unos minutos juntos, José abandonó el lugar con el vehículo Audi A4 de color negro, quedándose en la zona del EROSKI los acusados Juan, junto con Casimiro e Celso, hasta que sobre las 12,55 horas apareció en el lugar Borja a bordo del vehículo Megane matrícula HCG de su propiedad. En ese momento, Juan se dirigió hasta el vehículo Megane y se metió en el mismo, dirigiéndose hacia la zona del taller de Borja, regresando ambos al cabo de unos minutos y aparcando de nuevo en el parking del EROSKI de manera paralela con el vehículo Audi A4 de color gris XSQ. En ese momento se detectó que uno de los ocupantes de este vehículo, en concreto, Casimiro, se dirigió a la parte trasera del vehículo de Borja, abriendo el maletero y sacando del interior una bolsa de plástico de color blanco, que contenía objetos voluminosos angulares dentro. Tras introducirlo en el automóvil Audi A4 de color gris, todos dejaron el lugar, siendo objeto de seguimiento dicho turismo, en el que viajaban Celso y Casimiro, con los paquetes a bordo.

De manera paralela, Juan María, fue visto abandonando Santiago de Compostela y tomando la autopista en dirección a Ferrol.

Los ocupantes del turismo Audi A4 de color gris XSQ, se dirigieron hacia Pontevedra por la AG 41 para posteriormente por la AP 9 tomar la dirección de Coruña hasta un desvío de la variante de Ferrol. Durante este recorrido, Celso, a través de su teléfono, intervenido judicialmente, con número NUM000, recibió una llamada de Juan María, preguntándole, si le faltaba mucho para llegar, contestando Celso que un rato. Juan María aprovechó para indicarle a Celso que el nuevo punto de encuentro era la salida "21 F", para referirse a esa salida de la N6.

Juan María, que también había sido objeto de seguimiento, tras realizar varias gestiones en Ferrol, fue visto dirigiéndose, hacia el mismo punto en el que se encontraba el turismo Audi A4 de color gris, y que habían mencionado en esta conversación telefónica. Ambos coincidieron a la altura de esa salida 21 F, siguiendo el



camino de manera conjunta hasta la salida de "LA MALATA" en donde se separaron. Tras realizar maniobras de seguridad alrededor del campo de fútbol, pero sin coincidir ninguno de los dos vehículos en estas maniobras, el automóvil Audi A4 de color gris con Celso y Casimiro y Juan María , con su vehículo, abandonaron el lugar en dirección La Coruña. Sobre las 14:16 horas, Celso había llamado a Juan María para indicarle que ya estaba a 3 kilómetros del lugar de encuentro concertado, dándole Juan María nuevas instrucciones para encontrarse.

Instantes antes, sobre las 13:51, Juan llamó a David para comentarle que tenía que preparar un nuevo transporte, pidiendo insistentemente al belga que viniese a España el sábado, contestando David que haría lo que pudiera al respecto.

De igual manera a las 14:22 Juan María llamó por teléfono a Juan para indicarle de manera críptica que todavía no había recibido la mercancía pero que en breve lo haría, refiriéndose a que estaba pendiente de la llegada del automóvil Audi A4 de color gris con Celso , Casimiro y la droga. Igualmente, a las 14:27 se volvió a detectar una conversación entre Juan María e Celso en donde éste pedía a aquél indicaciones porque no le veía. Juan María le señaló que se metiera en una parte del campo de fútbol pero que controlase la zona para ver si estaban siendo vigilados.

Momentos después, el dispositivo de vigilancia sobre el repetido vehículo marca Audi A4 de color gris XSQ , pudo observar numerosas maniobras de conducción evasivas, y como llegado un determinado momento, Casimiro que ocupaba el asiento del copiloto, bajaba la ventanilla y lanzaba a través de la misma una bolsa que fue a dar a la cuneta de la vía. Los funcionarios del servicio de vigilancia pararon ese momento a recoger la bolsa observando en su interior varios paquetes rectangulares, ordenando en ese momento la interceptación del citado automóvil Audi A4 que había seguido su recorrido rápidamente. No se le pudo detener hasta la altura del puente de PONTEDEUME, en donde se les tuvo que bloquear la carretera para evitar su avance, momento en que el conductor (Celso) echó marcha atrás intentando huir, no consiguiéndolo al impactar contra el vehículo policial SJN

Sobre las 14:42 se siguieron detectando conversaciones entre Juan y Juan María preocupados, y sospechando, en concreto, este último, que les habían seguido, llegando a decir Juan María que iba a cambiar de coche como precaución para acercarse de nuevo al punto en el que había quedado con Celso , llegando a darle Juan María a Juan el número de teléfono de Celso para que también Juan pudiese averiguar lo que estaba sucediendo. Sobre las 15:19 tanto Juan como Juan María empezaron a sospechar que algo había ido mal, incidiendo Juan María en que él sospechaba de un coche que le seguía y en que, como había avisado a Celso , podía ser, que éste se hubiera ido del lugar del encuentro.

Como quiera que la droga que se había incautado dio positivo a heroína, ese mismo día 17 fueron detenidos Juan María , Borja , junto con Celso y Casimiro . Juan y José , regresaron a Madrid el mismo día 17 no siendo hasta el día 19 de diciembre siguiente cuando fue objeto de detención el ciudadano turco mientras que José lo fue el día 20 diciembre de 2014, a bordo del vehículo Megane KXD , en las inmediaciones de un polígono de Madrid.

SEGUNDO-. Analizada la heroína aprehendida ésta resultó ser la siguiente

- 849, 1 g netos de pureza 53,8%, de valor al por menor 87.921,27
- 851 g netos de pureza 53,02% y valor 86.840,96 €
- 852,5 g netos de pureza 54,39% y valor 89.241 ,78 €
- 851,4 g netos de pureza 56,28% y valorados en 92.223,48 €,
- 833,7 g netos de pureza 56,74% y valorados en 91.044,40 €
- 661, 7 g netos de pureza 53,59% y valorados en 68.249,25 €
- 97,3 g de pureza 46,13% y valoración 8638,48 €.

El valor total de la mercancía incautada asciende a 524.159,65 €

Tras la anterior incautación de la droga se siguieron las Diligencias Previas 124/14, detectándose, que la mujer de Casimiro seguía en contacto telefónico con algunos de los investigados, en concreto, con los llamados Federico y Juan Carlos , los cuales, preocupados por la detención de Casimiro le manifestaron a su esposa que le buscarían un abogado bueno para hacer que saliera de prisión.

Igualmente, por las observaciones telefónicas, que seguían vivas no obstante las detenciones ya referidas, se detectó una reunión el 29 de diciembre 2014 entre Federico y David , dadas las detenciones producidas a Juan y Casimiro , en tanto que encargados de hacer llegar la droga a los gallegos A dicha cita llegó David con Bartolomé a bordo del vehículo marca Audi A3 de matrícula belga-UMV-.... , entrando a continuación en la



Cafetería LAZIKA, sita en el número 444 de la calle de Alcalá de Madrid, a la que minutos antes había llegado Federico junto con otro sujeto llamado Bienvenido con el que había quedado por teléfono. El citado vehículo belga había sido objeto de vigilancia en esta causa el día 19-12-14 por sospecharse que podía ser portador de estupefaciente, deteniéndose en esa fecha a su conductor, Bartolomé, si bien fue puesto en libertad al no encontrarse sustancia alguna dentro. Esta persona había sido identificada por cuanto en las vigilancias sobre Juan, previas a su detención en esta causa, se le vio llegar al hotel "los 5 pinos" y preguntar en la recepción por las llaves del citado vehículo, momento en el que se le detuvo. Juan había acudido al establecimiento, tras indicarle David por teléfono que recogiese ese coche "con cinco dentro" ya que había dejado la llave en recepción a su nombre, habiendo también Juan hablado con Bartolomé a continuación para quedar en la citada retirada del vehículo.

A los 5 minutos de detener a Juan, viendo los agentes investigadores que Bartolomé se dirigía al coche (que estaba en el parking del hotel) y accionaba el mando a distancia para abrirlo, procedieron a su detención que fue dejada sin efecto al ser inspeccionado in situ el automóvil Audi A3 y, como se ha dicho, no encontrarse droga dentro.

David fue detenido posteriormente en Bélgica como consecuencia de una OEDE emitida en este procedimiento.

En el momento de su detención le fueron ocupados a Juan los siguientes documentos:

- Carta de identidad búlgara número NUM001
- Licencia de conducción Búlgara número NUM002
- Pasaporte búlgaro número NUM003

Todos ellos a nombre de Demetrio y en los que constaba la fotografía de Juan.

- La carta de identidad una vez examinada no presentaba las características de los documentos indubitados de su tipo y clase, por lo que es íntegramente falsa

El pasaporte es un documento auténtico el origen sometido a una manipulación fraudulenta consistente en el borrado de los datos que en origen contenía, una vez levantado el laminado plástico original, para así poder plasmar los datos que constan ahora, incluyendo la nueva fotografía.

- El permiso de conducción no reúne las características técnicas de los documentos indubitados de su tipo y clase, por lo que es íntegramente falso.

Los acusados Juan, José, Borja, Casimiro e Celso, reconocieron los hechos relatados en esta resolución en cuanto a su participación y la forma de la misma, propiciando la renuncia a la práctica de un número considerable de la prueba acordada, y con ello, la mas pronta finalización del Juicio Oral que disminuyó el número de sesiones de las calendadas».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Juan, José, Casimiro, Celso, Borja, Juan María y David, como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública ya definido, con la concurrencia en los cinco primeros de la circunstancia analógica atenuante cualificada de confesión tardía de los hechos y la agravante de reincidencia en los acusados Juan, Borja, Juan María y David, a las penas de:

A los acusados Juan María y David, la pena de doce años de prisión y multa de 1.000.000 de euros, con responsabilidad personal subsidiaria de dos días caso de impago y la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como al pago cada uno de una octava parte de las costas procesales.

A los acusados Juan y Borja, la pena de seis años y nueve meses de prisión y multa de 500.0000 euros de multa con responsabilidad personal subsidiaria de dos días caso de impago, la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de dos octavas partes y una octava parte de las costas procesales, respectivamente.

Al acusado Juan por cada uno de los tres delitos de falsedad ya definido, a la pena de tres meses de prisión y multa de tres meses a razón de una cuota de tres euros diarios y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

A los acusados José, Casimiro e Celso, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de 300.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de dos días caso de impago y a la accesoria de inhabilitación



especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago cada uno de una octava parte de las costas procesales.

Se decreta el comiso de los vehículos automóviles reseñados en los Hechos Probados».

TERCERO.- En fecha 26 de julio de 2016, se dictó Auto de rectificación de sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«RECTIFICAR el fallo de la sentencia de fecha 20 de julio de 2016, en el sentido de que donde pone condenando a Juan María Y David ". y multa de 1 millón de euros con responsabilidad personal subsidiaria de dos días caso de impago.". debe decir condenando a Juan María Y David ". y multa de 1 millón de euros" suprimiendo la referencia a la responsabilidad personal subsidiaria de dos días en caso de impago».

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente D. Juan María se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por infracción del artículo 24.2 CE en relación con el artículo 53.1 del mismo texto.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 LECrim por error de hecho en la apreciación de la prueba.

3º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 LECrim, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente los artículos 368 y 369 bis CP.

SEXTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente D. David se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 852 LECrim, al haberse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, por aplicación indebida de los artículos 368 y 369 CP.

2º.- Al amparo del artículo 852 LECrim, al haberse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE por aplicación indebida del artículo 369 bis CP.

3º.- Al amparo del artículo 852 LECrim, al haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE por aplicación indebida del artículo 22.8 CP.

4º.- Al amparo del artículo 852 LECrim al haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, así como el derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 CE.

SÉPTIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal, los impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 1 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 20 de julio de 2016 por la que condenó a D. Juan, D. José, D. Casimiro, D. Celso, D. Borja, D. Juan María y D. David como autores responsables de un delito contra la salud pública con pertenencia a organización del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal.

La sentencia cuestionada declaró probado en síntesis que, en el curso de investigaciones que venían realizando, se detectó la actuación concertada de varias personas organizadas para la introducción de importantes partidas de droga en España, con el establecimiento de puntos de contacto en nuestro país, en concreto en Galicia, encargados del almacenamiento de la misma hasta su entrega al destinatario final. En concreto en el mes de diciembre de 2014 los investigadores advirtieron que se iba a producir una entrega de manera inmediata, por lo que se montaron diversos dispositivos de vigilancia que, completados con el resultado de las intervenciones telefónicas en curso, permitieron la incautación el día 17 de diciembre de aproximadamente 6 kilos de heroína, y la ulterior detención de los intervinientes en la operación.

Contra la referida sentencia se interpuso recurso de casación por los acusados D. Juan María y D. David que han sido impugnados por el Ministerio Fiscal y que pasamos a analizar.

Recurso de D. Juan María :



SEGUNDO .- El primer motivo de recurso invoca el artículo 5.4 LOPJ para denunciar infracción de la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24 CE , en relación con el derecho a secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE .

Alega el recurrente que las únicas pruebas que se han tomado en consideración para concluir su intervención en el delito contra la salud pública por el que ha sido condenado, dimanar de las intervenciones telefónicas practicadas en las actuaciones, que tacha de nulas en cuanto que adoptadas con apoyo en unos informes policiales carentes del suficiente sustento indiciario.

La invocación al derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina según la cual, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales. Tampoco lo está a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presencié, para, a partir de ellas, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas, y de suficiente contenido incriminatorio. En segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

TERCERO.- La queja del recurrente se centra en la nulidad de las intervenciones a las que fueron sometidas tres líneas telefónicas que el mismo utilizaba, pues tacha de parca la justificación de las solicitudes presentadas por la Guardia Civil, así como de inmotivados el auto que inicialmente las autorizó y los subsiguientes. Concluye que no puede tomarse en consideración como prueba de cargo el contenido de las escuchas, que debe ser expulsado del procedimiento, y, en la medida que las conversaciones que integran aquél aportaron los principales elementos de convicción que la Sala sentenciadora tomó en consideración, solicita su absolución.

La doctrina constitucional ha exigido que los autos judiciales que acuerdan la intervención de un teléfono con el fin de investigar un hecho delictivo expresen o exterioricen las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002 ; 167/2002 ; 184/2003 ; 165/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; y 26/2010).

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica, constituye un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3 ; 165/2005, FJ 4 ; 219/2006 ; 220/2006 ; 239/2006 ; y 253/2006).



Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, «sospechas fundadas» en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 299/2000 ; 14/2001 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 167/2002 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 253/2006 ; 148/2009 ; 197/2009 ; 5/2010 ; y 26/2010).

El hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000 ; 167/2002 y 197/2009). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 138/2001 y 167/2002).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 126/2000 ; 299/2000 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 184/2003 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; 5/2010 y 26/2010).

Por su parte, este Tribunal de Casación, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTC 77/2007 de 7 de febrero ; 610/2007 de 28 de mayo ; 712/2008 de 4 de noviembre ; 778/2008 de 18 de noviembre ; 5/2009 de 8 de enero ; 737/2009 de 6 de julio ; 737/2010 de 19 de julio ; 85/2011 de 7 de febrero ; 334/2012 de 25 de abril ; 85/2013 de 4 de febrero , 445/2014 de 29 de mayo o 133/2016 de 24 de febrero) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre 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.

La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia 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 facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, 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 investigación 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. 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 LECrim .

CUARTO.- En el caso que se analiza, la conclusión del recurrente sobre la «parquedad» en los indicios de criminalidad que se pusieron de manifiesto en el oficio por el que se solicitó al Juzgado instructor la primera intervención de los teléfonos del Sr. Juan María , la del número NUM004 , se desvanece a partir del examen del oficio de la Guardia Civil obrante a los folios 54 y siguientes de la pieza separada del tomo I del Juzgado de Instrucción núm.3 de Ribeira, a través del que se interesó la intervención del mismo.

Este oficio reseñó que el acusado era «sobradamente conocido» en el ámbito de la lucha contra el tráfico de drogas, y que intervenciones telefónicas previamente acordadas permitieron detectar que mantenía contactos telefónicos casi a diario con otra persona que estaba siendo investigada por dedicarse a la misma actividad ilícita. Precisamente esos contactos telefónicos ponían de relieve que el acusado prestaba apoyo a una operativa internacional de tráfico de estupefacientes, y que estaba al tanto de los preparativos y de los pormenores de la operación. Las complementarias investigaciones de la Guardia Civil permitieron detectar, y así se exponía en la comunicación dirigida al Juzgado, un «alto grado de especialización» deducido del sigilo



y medidas de seguridad que adoptaba para evitar ser detectado en su plan delictivo. De todo ello se deducía la necesidad de la medida solicitada.

El Auto de 12 de agosto de 2014 (folios 65 a 68 de la pieza separada tomo I del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ribeira) contiene una fundamentación jurídica que no puede considerarse estereotipada. El mismo expone pormenorizadamente la información facilitada por la Guardia Civil y las razones que justifican la adopción de la medida, a la vista de «la gravedad del delito objeto de investigación».

En el Auto se razona que el acusado es «un viejo conocido en el mundo del tráfico de drogas», y se hace referencia al estado de las negociaciones; los problemas surgidos; los contactos con terceros; la búsqueda de medios y el tiempo de la posible perpetración del delito.

En consecuencia no puede apreciarse ni déficit en la base indiciaria aportada por los investigadores ni en la motivación del auto judicial.

La misma conclusión cabe extraer respecto a la intervención del segundo de los teléfonos del recurrente, el NUM005 . El oficio de la Guardia Civil por el que se solicitó su intervención (folios 175 a 178 de la pieza separada del tomo I del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ribeira) ponía de manifiesto la detección, a raíz de las previas investigaciones en curso, de «un lenguaje convenido basado en tipos de vehículos para evitar referencias directas a la droga», así como datos que sugerían la gestión de un acuerdo para la compra de una importante cantidad de droga. También habían detectado, la utilización de varias líneas telefónicas y su periódica sustitución como medida de seguridad que «habitualmente» adoptan las personas implicadas en actividades ilícitas y especialmente en el tráfico de drogas, para tratar de evitar o dificultar las medidas de intervención de sus comunicaciones. Precisamente esas prácticas habían permitido la identificación de esta segunda línea.

El Auto de 23 de octubre de 2014 (obrante a los folios 179 a 181 de la misma pieza separada), que acordó la intervención del teléfono número NUM005 , tampoco adolece de falta de la debida motivación. Razonó con base en los seguimientos realizados, que el terminal cuya intervención se solicitaba había sido utilizado para, al menos, concertar reuniones y «evitar tratar los temas calientes» en los que están implicados, a través del teléfono. Terminología suficientemente expresiva.

En cuanto a la intervención del teléfono número NUM000 , el Auto de 16 de diciembre de 2014 (obrante a los folios 743 a 745 de la pieza separada del Tomo II del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ribeira), autorizó la misma a partir de los datos suministrados por las investigaciones en curso de la Guardia Civil de las que se desprende que el acusado «parece asumir ahora un papel más principal, al querer abordar actuaciones de mayor envergadura, al contactar con importantes personas del mundo del narcotráfico a nivel mundial».

En definitiva los investigadores aportaron sólidos datos que permitían sospechar fundadamente que el recurrente, persona conocida en el ámbito policial, estaba participando en operaciones de tráfico de drogas. Los Autos habilitantes valoraron tanto la información contenida en los oficios, como el fin y proporcionalidad de las intervenciones telefónicas autorizadas, que derivaba de la necesidad de investigar un delito grave de tráfico de drogas, llevado a cabo por una organización criminal de la que formaba parte el acusado. Medida que se perfilaba, precisamente en atención a las cautelas adoptadas por los investigados, como imprescindible para poder acometer con éxito las pesquisas.

No cabe duda de que concurrían en el presente caso sospechas fundadas, buenas razones o fuertes presunciones de que se estaba ejecutando un presunto delito grave. En concreto, un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, y las circunstancias de su ejecución dificultaban notablemente la práctica de una investigación fructífera y eficaz. Todo ello fue objeto de consideración en los autos dictados a los que no puede atribuirse ningún defecto de motivación. En definitiva, no se aprecian motivos que permitan cuestionar la validez de las intervenciones acordadas, por la que la petición de nulidad debe rechazarse.

QUINTO.- Sentado lo anterior, no cabe duda que el contenido de las conversaciones telefónicas sobre las que no pesa tacha alguna, que la Sala sentenciadora analizó detalladamente, así como los datos aportados a través de la testifical de los distintos agentes que intervinieron en las investigaciones y en particular en los seguimientos realizados en las mismas, también valorados exhaustivamente en la sentencia que se revisa, conectaron al acusado, no solo con la heroína en particular intervenida, sino con los distintos contactos que precedieron a la misma. Es decir, aportaron elementos de cargo suficientes para sustentar sobre ellos la condena del acusado Sr. Juan María como autor del delito contra la salud pública.

Además de las distintas conversaciones, algunas de las cuales fueron escuchadas en el plenario, contó con testificales que confirmaron la presencia del acusado en la reunión celebrada el día 12 de diciembre de 2014 en el restaurante «Entrevías», y el día 17 sobre las 10.15 horas en la gasolinera cercana al edificio del Corte Ingles



de Santiago de Compostela reunido con otros acusados. Unos y otros elementos de prueba se combinan entre sí, de manera que conducen de manera inexorable a la secuencia de hechos que la Sala sentenciadora declaró probados.

Así, el mismo día 17 de diciembre, en torno a las 14.00 horas se le detectó cuando circulaba siguiendo un itinerario que le llevó a encontrarse con el del vehículo Audi A4 que transportaba la heroína, mientras se captaban las conversaciones que mantenía con el Sr. Celso que viajaba en este último. Conversaciones que no dejan espacio a la duda respecto al concierto entre ambos. Lo mismo ocurre con otras muchas que fueron obtenidas a consecuencia de las intervenciones legalmente practicadas, como las mantenidas con el acusado Sr. Juan el mismo día 17 minutos antes del encuentro que se produjo en la gasolinera, o posteriormente una vez la heroína había sido incautada, además de las detectadas en fechas anteriores. Entre ellas las que tuvieron lugar entre ambos los días 7, 8 y 11 de diciembre, estas últimas preparatorias del encuentro del día 12 cuando fueron vistos en el restaurante antes citado, o las que preparaban el del día 17.

En definitiva, se barajaron una pluralidad de indicios, todos ellos acreditados por prueba directa, que lógicamente interrelacionados conducen como única conclusión razonable a la que la sentencia alcanzó. No olvidemos que la prueba de indicios ha sido admitida tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000, 117/2000, 111/2008, 109/2009, 126/2011, 128/2011, 175/2012 y 15/2014) como por la jurisprudencia de esta Sala de casación (SSTS 1085/2000 de 26 de junio; 1364/2000 de 8 de septiembre; 24/2001 de 18 de enero; 813/2008 de 2 de diciembre; 19/2009 de 7 de enero; 139/2009 de 24 de febrero; 322/2010 de 5 de abril; 208/2012 de 16 de marzo; 690/2013 de 24 de julio; 481/2014 de 3 de junio o 43/2015 de 28 de enero, entre otras), como idónea para desvirtuar al derecho a la presunción, sometida a la concurrencia de una serie de presupuestos, que en este caso se dan. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

En el presente caso la Sala sentenciadora analizó los indicios que tomó en consideración, a los que ya nos hemos referido, la prueba que los acreditó y del razonamiento que sustentó el juicio de inferencia realizado. Valoró cada uno de ellos, los interconectó y confrontó entre sí, y fue el silencio del acusado en el acto del juicio oral el que no dio cabida a que pudieran serlo con cualquier interpretación alternativa de los mismos que ni entonces facilitó el Sr. Juan María, ni ahora el recurso. Finalmente concluyó el Tribunal de instancia que todos los indicios, independiente del valor que aisladamente pudieran tener, convergen en una dirección que es la única que se perfila como razonable con exclusión de cualquier otra, y su inferencia no puede tacharse de ilógica o arbitraria.

Se trata de prueba legalmente obtenida, válidamente introducida en el procedimiento, de suficiente contenido incriminatorio, y razonable y detalladamente valorada por el Tribunal sentenciador, por lo que la alegada vulneración de la presunción de inocencia debe rechazarse.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El segundo motivo de recurso, por cauce del artículo 849.2 LECrim denuncia error en la valoración de la prueba.

A través de este motivo se alega que el atestado NUM006 elaborado por la Guardia Civil de La Coruña (folios 747 a 816 de la pieza separada tomo II del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ribeira) está plagado de imprecisiones y contradicciones, en relación con el atestado de la NUM007. Contradicciones en relación al itinerario seguido por el vehículo conducido por el recurrente D. Juan María el día 17 de diciembre de 2014, en concreto cuando tras rebasar la Salida 21 f de la N6 continuó con destino a Ferrol hasta la salida de la Malatas, y su coincidencia con el vehículo Audi desde el que se arrojó la heroína incautada. También pone de relieve contradicciones en la secuencia que recrea el momento en el que es visto D. Casimiro cuando, en el parking del establecimiento Eroski se hace con un paquete que estaba en el vehículo del acusado Sr. Borja. La contradicción se plantearía entre si fue él quien lo tomó directamente del maletero del vehículo o si le fue entregado por los otros dos acusados.

También a través de este motivo cuestiona el valor probatorio de los testimonios de los agentes de la Guardia Civil que depusieron en el plenario y el contenido de las escuchas telefónicas, que considera insuficientes para acreditar que fuese el conductor del coche que hacía de lanzadera del vehículo Audi, ni que participase en operaciones de tráfico de droga.



SÉPTIMO.- Para que quepa estimar que ha habido infracción de Ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2 LECrim la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas las SSTS 209/2012 de 23 de marzo ; 128/2013 de 28 de febrero ; 656/2013 de 28 de junio o la 475/2014 de 3 de junio) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim ; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849. 2 LECrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

De conformidad con tal doctrina, las pretensiones del recurrente no pueden prosperar. Ni los atestados ni las declaraciones testificales tienen la consideración de documentos a efectos casacionales.

Lo que pretende el recurrente es cuestionar la valoración probatoria que sustenta la resolución impugnada, lo que desborda los contornos del cauce casacional que utiliza. Como hemos señalado al resolver el anterior motivo, la Sala sentenciadora contó con prueba de cargo legal, de suficiente contenido incriminatorio, cual es el contenido de las intervenciones telefónicas y abundante testifical. Prueba que ha sido expresamente valorada según criterios que permiten excluir el error o la arbitrariedad, y cuya revisión no es posible por la vía que ahora se pretende.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- El tercer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar indebida aplicación de los artículos 368 y 369 bis.

Sostiene el recurrente que no se ha acreditado la existencia de una organización, y que la intervención de distintas personas no rebasa un supuesto de coautoría.

El artículo 369 bis prevé una agravación penológica para «quienes realizaren los hechos descritos en el artículo 368, y pertenecieren a una organización delictiva». Respecto a lo que deba considerarse como tal ha entendido esta Sala, a partir de una interpretación integrada del CP , que ha de acudir a la definición legal que incorpora el artículo 570 bis redactado por la LO 5/2010 : «A los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos...». Lo que supone que ahora el subtipo previsto en el artículo 369 bis CP incorpora para la organización la exigencia de estabilidad que impone el artículo 570 bis, y se excluye de la agravación el consorcio meramente transitorio u ocasional (entre otras SSTS 197/2012 de 23 de enero de 2013 ; 266/2013 de 19 de marzo o 495/2015).

Se trata de perseguir la comisión del delito mediante redes mínimamente estructuradas que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, propician un más fácil aprovechamiento para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión. Son estas consideraciones las que justifican la exacerbación de la pena.

La jurisprudencia, al interpretar 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 autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización. La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación; la intervención de varias personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto un aliud y un plus, frente a la mera codelinuencia (SSTS 706/2011 de 27 de junio ; 940/2011 de 27 de septiembre ; 1115/2011 de 17 de noviembre y 223/2012 de 20 de marzo).

La organización es algo más. Con arreglo a la doctrina de esta Sala (SSTS 309/2013 de 1 de abril y 855/2013 de 11 de noviembre) la organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad. De esta manera su apreciación exige 1º) Pluralidad subjetiva: Agrupación formada por más de dos personas; 2º) Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido; 3º) Estructura: que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones; 4º) Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos. A estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito único, por su naturaleza de tipos con conceptos globales (expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir, STS 487/2014 de 9 de junio), sin embargo a los efectos de la tipificación del grupo u organización el tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural (STS 576/2014 de 18 de julio).

Ello se deduce de la propia naturaleza y finalidad de la tipificación de las figuras de organización criminal, que no pueden excluir el tráfico de estupefacientes, y del hecho de que lo relevante para la concurrencia de las mismas es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica.

NOVENO.- En este caso, partiendo del relato de hechos de la sentencia recurrida cuyo respeto impone el cauce casacional empleado, los requisitos que la organización criminal requiere quedan holgadamente superados. Se describe un esquema de actuación en el que intervienen plurales elementos personales. Desde aquellos de distintas nacionalidades encargados de introducir la droga en España, a los que en nuestro país, y particularmente en Galicia, se encargaban de su almacenamiento hasta que quedaba colocada en poder de sus definitivos destinatarios. A este segundo escalón, al que se denomina como «los gallegos», pertenecía el ahora recurrente D. Juan María y el también condenado D. Borja . Según el relato de hechos son éstos, los que se habrían de hacer «cargo de la heroína para almacenarla hasta que se llegara a un acuerdo sobre los detalles de su entrega final ».

Se describen las realización de diversos contactos, presenciales unos y telefónicos los más, en los que intervienen con un mayor nivel de decisión los acusados D. Juan y D. David (también recurrente) de entre los encargados de introducir la droga en España, y el Sr. Juan María de entre los denominados «gallegos». O con funciones más ejecutivas, como conductores y ocupantes de los diversos vehículos que utilizaban para desplazarse y transportar la droga (Sres. José , Casimiro y Celso).

Existía una estructura sólida, dotada de estabilidad, con reparto de papeles, que funcionaba con independencia de la intervención en cada caso de los diferentes elementos humanos. Prueba patente de ello es la intermitente aparición en España del acusado D. David , o la subsistencia de la vinculación una vez habían sido detenidos la mayoría de los implicados en estos hechos, a los que, aun en esta situación no abandonaron a su suerte. Como muestra la defensa que aseguraron a la esposa del Sr. Casimiro para su esposo una vez detenido éste.

El propósito de la organización criminal era introducir droga en España, con una proyección más amplia que la de la partida que fue incautada. El propio relato de hechos describe como objetivo de los contactos entre los distintos intervinientes «preparar nuevos envíos » .

Concurren las notas de tipicidad que la organización exige. En particular, la estabilidad temporal y la complejidad estructural que, como hemos dicho, justifican una mayor sanción en atención al incremento exponencial de su capacidad de lesión respecto a los supuestos de mera coautoría o incluso del grupo criminal. Resulta indiferente quien ostentara la jefatura de la organización en cuestión, pues el artículo 369 bis considera presupuesto de agravación la pertenencia a la organización que es lo que en este caso se aplicó, sin perjuicio de establecer una penalidad más severa para aquellos.

En atención a lo expuesto, el motivo se desestima, y con él, la totalidad del recurso.

Recurso de D. David :



DÉCIMO .- El primer motivo de recurso, a través del cauce que habilita el artículo 852 LECrim denuncia infracción de la presunción de inocencia del artículo 24 CE .

Ya hemos expuesto al resolver el primer motivo del recurso anterior, que la revisión que compete realizar en casación cuando se denuncia vulneración de la presunción de inocencia abarca la comprobación de que la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio; y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Sostiene el recurrente que la prueba indiciaria con la que ha contado el Tribunal sentenciador ha sido insuficiente a tales efectos, ya que la primera vez que aparece D. David en la investigación es el día 12 de diciembre de 2014, sin que exista rastro probatorio respecto a su participación en el viaje del día 7 de diciembre. Enfatiza que rechazó venir a España el día 17 de diciembre y argumenta que la reunión del 29 de diciembre no es relevante en orden a acreditar su culpabilidad. También insiste en que ninguno de los acusados que reconocieron su respectiva intervención en los hechos hizo extensivo el mismo a una eventual participación por su parte.

Tiene razón el recurrente en que el reconocimiento efectuado por cinco de los coacusados no puede considerarse prueba de cargo en su contra, pues aquéllos se ciñeron a admitir su respectiva participación en los hechos objeto de acusación, sin ni siquiera haber sido interrogados respecto a la actuación de los dos acusados (los hoy recurrentes).

Ahora bien, aunque la Sala sentenciadora hizo alusión a ese reconocimiento, valoró exhaustivamente la prueba de cargo que tomó en consideración respecto a la intervención que atribuyó a D. David .

Contó como acervo probatorio con el contenido de las conversaciones grabadas y con la testifical de los distintos agentes que intervinieron en la investigación.

Analizó expresamente el testimonio del agente policial número NUM008 , destinado en el Servicio Central de UDYCO, que relató los tres viajes que se detectaron entre Madrid y Galicia, siendo en el segundo de ellos, del día 12 de diciembre de 2014, donde aparece el recurrente, que fue recogido en el Hotel Nuevo Boston por el coacusado D. Juan , a los que siguieron hasta Lugo, donde se hicieron cargo los compañeros de UDYCO-Galicia. El agente reseñado precisó que por el contenido de las conversaciones telefónicas entre los coacusados D. Juan María y D. Borja , la droga no era de buena calidad, por lo que tuvo que venir el recurrente a España, lo que efectuó el día 12 de diciembre de 2014. Además, en relación al tercer viaje, este agente señaló que se produjo el día 17 de diciembre de 2014, y que aunque posteriormente el recurrente no se desplazó a España en esa fecha, en principio el acusado Sr. Juan tenía previsto que lo hiciera. Recordó conversaciones interceptadas en la investigación mantenidas por alguien del entorno del acusado D. Casimiro con otro de los principales investigados, en la que se identificaba a D. David como el proveedor, por los contactos que tenía en Holanda. A preguntas de la defensa del recurrente, este testigo relató que después del día 17 de diciembre existieron llamadas en las que el Sr. Juan da cuenta al acusado de las detenciones que se habían producido.

También valoró la Sala sentenciadora el testimonio del funcionario policial número NUM009 que cubrió la vigilancia de la reunión que tuvo lugar el día 12 de diciembre de 2014 en el restaurante denominado «Entrevias», a la que asistieron los coacusados D. Juan María , D. Juan , y el ahora recurrente, momento incluso recogido fotográficamente. Testimonio ratificado por otros agentes que participaron en el mismo seguimiento.

Analizó igualmente el Tribunal de instancia la versión de descargo del recurrente, que rechazó por inverosímil, no sin antes constatar que no se ha acreditado en las actuaciones que solicitase un presupuesto dental entre los días 11 y 14 de diciembre de 2014, ni que realizase gestiones de su negocio de coches en ningún taller.

Por último, tomó en consideración la declaración de los funcionarios NUM008 y NUM010 , quienes ratificaron la presencia de aquél el 29 de diciembre de 2014 en una reunión celebrada en una cafetería de la calle Alcalá con el Sr. Federico , que había sido objeto de investigación en la causa. Y rechazó, también por considerarla inverosímil, la versión ofrecida por el recurrente de que no conocía a aquél de nada y que se desplazó hasta la cafetería para hablar con el letrado del Sr. Juan , al haber quedado desvirtuada por esa testifical.

El alegato esgrimido en el recurso dedicado a negar que D. David fuese el jefe de la organización carece de relevancia, ya que dicho extremo es descartado por la Sala de instancia y tal pronunciamiento no ha sido objeto de recurso.

En conclusión, las testificales de los agentes que llevaron a cabo las labores de vigilancia, seguimiento y escuchas telefónicas, el contenido de éstas, así como la inverosimilitud de las versiones sostenidas por el recurrente para justificar su presencia en nuestro país el día 12 de diciembre de 2014 acompañando a uno de los coacusados hasta Galicia, y su presencia el día 29 de diciembre del mismo año en una cafetería de Madrid



con otra persona investigada en la operación, llevaron al convencimiento de la Sala de instancia de que estaba vinculado a la operación que se describe desde el inicio de la misma, aunque no fuera detectado al comienzo de la investigación. Como la misma explicó, resultaría sumamente peligroso introducir a una persona en el seno de una operativa delictiva a posteriori, si no había tenido relación con la misma.

Así, la Sala sentenciadora tomó en consideración una serie de indicios plurales, todos ellos acreditados por prueba directa, que interconectó y relacionó entre sí a través de una argumentación lógica, hasta alcanzar, como única conclusión razonable, la autoría del recurrente respecto al delito contra la salud pública por el que se le condena. Condena, pues, sustentada en prueba legalmente obtenida e introducida en el procedimiento, de suficiente contenido incriminatorio y razonablemente valorada, por lo que la alegada vulneración de la presunción de inocencia ha de ser rechazada.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- El segundo motivo de recurso, invocando el mismo precepto procesal, denuncia infracción de la presunción de inocencia e indebida aplicación del artículo 369 bis en lo que a la apreciación de pertenencia a organización se refiere.

Ya hemos expuesto al resolver el anterior motivo de recurso, que la intervención que el relato de hechos probados de la sentencia recurrida atribuyó al ahora recurrente, estuvo sustentada en prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia. Y a partir del mismo, queda clara la coautoría del acusado en relación al tipo penal que la sentencia aplica.

La doctrina de esta Sala, a partir de la redacción del artículo 368 del Código Penal que incluye dentro del mismo supuesto típico todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad desarrollada en relación a las drogas tóxicas y estupefacientes, ha definido un concepto extensivo de autor que incluye, como regla general, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas que no sea meramente tangencial o secundaria. La del recurrente es esencial y afecta al núcleo de la operativa. Mantiene contactos telefónicos y hace acto de presencia cuando surgen especiales problemas en relación a la calidad de la droga o cuando hay que negociar nuevas entregas, como por ejemplo en la reunión del 12 de diciembre; o una vez que el primer envío de heroína fue incautado y detenidos parte de la organización. Por lo demás, respecto a los presupuestos que cubren la tipicidad del artículo 369 bis, hemos de estar a lo expuesto al resolver el anterior recurso (fundamentos octavo y noveno), al que nos remitimos íntegramente en este aspecto.

El motivo se desestima.

DUODÉCIMO.- El tercer motivo de recurso denuncia infracción de la tutela judicial efectiva en relación a la aplicación indebida del artículo 22.8 CP, agravante de reincidencia, al no constar la fecha de cancelación de los antecedentes penales tomados en consideración a tales efectos.

Sostiene la recurrente que se ha apreciado la reincidencia como circunstancia agravante, cuando no constan en la sentencia datos que permitan indubitadamente afirmar que el antecedente sobre el que se sustenta permanecía en vigor a la fecha de los hechos, lo que es relevante en atención a lo dispuesto en el artículo 22.8 citado. Este en su último inciso señala que no se computaran a efectos de esta agravante los antecedentes penales «cancelados o que debieran serlo».

Ha señalado reiteradamente esta Sala (entre otras SSTS 4/2013 de 22 de enero; 313/2013 de 23 de abril; 547/2014 de 4 de julio; 630/2014 de 30 de septiembre o 812/2016 de 28 de octubre) que para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el *factum* la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato no será necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición. Ya dijo la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación, lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.



La sentencia recurrida declaró probado que el acusado D. David había sido ejecutoriamente condenado «en sentencia firme de 24 de marzo de 2007 de la Corte de Apelación-Antwerpen, por tres delitos contra la salud pública y uno de tenencia ilícita de armas, a la pena de cinco años y tres meses de prisión».

El plazo de cancelación, según la redacción del artículo 136 CP vigente a la fecha de los hechos, sería de cinco años contados «desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena».

Ni se recogió en el *factum*, ni consta en la causa, la fecha en que quedo extinguida esa condena. La Sala sentenciadora, ante este déficit de conocimiento, razonó que para determinar el plazo de cancelación que fija el artículo 136 CP en relación con el 133 «además de los cinco años para la extinción de dicha pena impuesta hay que añadir según el apartado d) del último precepto citado, otros cinco años más, lo que nos situaría en el 24 de marzo de 2017». Argumento que contraviene la doctrina de esta Sala que acabamos de exponer, que en supuestos tales reconduce el momento de la extinción al de la firmeza de la sentencia.

Tratándose de una sentencia que adquirió firmeza el 24 de marzo de 2007, el plazo de rehabilitación debe computarse desde esa fecha, por lo que en el año 2014 cuando se cometieron los hechos que sustentaron la condena en la presente causa, habían transcurrido en exceso los cinco años del plazo de cancelación, sin que conste que el recurrente hubiere vuelto a delinquir. Ello implica que el antecedente dimanante de la previa condena recogida en el relato fáctico de la sentencia recurrida deba considerarse cancelable, y, en consecuencia, ineficaz a los efectos de sustentar la agravante que había sido apreciada.

El motivo se estima, lo que necesariamente determinará una nueva determinación de la pena que corresponde imponer.

DECIMOTERCERO.- Como cuarto motivo se alega, al amparo del artículo 852 LECrim, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la igualdad consagrados en el artículo 24.1 y 14 CE por infracción del principio de proporcionalidad de las penas.

Sostiene el recurrente que durante el plenario su defensa renunció a muchas de las pruebas y que con ello contribuyó a la agilización del juicio oral, por lo que solicita que se le impongan las mismas penas que a los coacusados a los que se les apreció la agravante de reincidencia.

Esta Sala ha manifestado en diversas sentencias que el principio de proporcionalidad supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso. El juicio respecto a la misma incumbe en inicio al Legislador, y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, al sentenciador, que no infringirá la proporcionalidad en la individualización de las penas si éstas se atemperan a las reglas contenidas en el Código Penal.

El artículo 72 CP, reformado por Ley Orgánica 15/2003, ha introducido en el citado cuerpo legal la necesidad de motivación, señalando que los jueces y tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta. Se trata pues, dice la STS 1099/2004 de 7 de octubre, «de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser fundamentalmente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley, artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Por lo que respecta al principio de igualdad, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos. Que el mismo no excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias injustificadas o arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable, ya que el principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente.

Lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley «es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*» (STC 117/2004 ; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999 ; 122/2001 ; 150/2004 ; 76/2005 ; 58/2006 ; 67/2008).

La comprobación de una vulneración de la garantía constitucional de igualdad requiere, como presupuesto, la determinación de los términos de comparación. Y su conculcación exigiría que éstos fueran absolutamente iguales. Cabe afirmar que no se produce agravio comparativo, ni, por tanto, se infringe el principio de igualdad, si no concurren en los términos de comparación los mismos presupuestos jurídicos, ni, aún cuando dándose éstos, «el juzgador, haciendo uso de la discrecionalidad que le concede la Ley, adapta la pena, individualizándola para cada reo, según circunstancias concretas de cada uno respecto a la forma de realización de los hechos, participación en ellos y otras» (STS 815/2001 de 11 de mayo).



La Sala sentenciadora en este caso razonó la pena que impuso al recurrente, dentro de la correspondiente a la modalidad delictiva que aplicó. Tomó en consideración la agravante de reincidencia que apreció, y además que «su actividad en pro de facilitar a terceros sustancia estupefaciente es incesante, denotando que no le resulta especialmente difícil, en lo que de forma concreta se le puede reprochar en este procedimiento, sin ostentar la jefatura de la organización, está próximo a esa cúspide», argumentación que no puede tacharse de arbitraria.

Tampoco puede considerarse vulnerada la garantía de igualdad por el hecho de que hubiera renunciado a algunas pruebas o impugnaciones en el plenario, cuando el término de comparación lo establece respecto a los acusados a quienes, por haber reconocido los hechos, se les apreció una circunstancia atenuante analógica de confesión.

Por ello el motivo se va a desestimar, sin perjuicio de que, el éxito del anterior de lugar a una nueva determinación penológica.

DECIMOCUARTO.- De conformidad con el artículo 901 LECrim , procede condenar en costas al recurrente D. Juan María , declarando de oficio las correspondientes al recurso de D. David .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado D. Juan María y DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el mismo contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en fecha 20 de julio de 2016 . Imponer al mismo las costas causadas a su instancia. DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado D. David y ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el mismo contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el rollo 4/2015 declarando de oficio las costas correspondientes al referido recurso.

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

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación 10575/2016, interpuesto por D. Juan María representado por la Procuradora D.ª María Esperanza Higuera Ruíz, bajo la dirección letrada de D.ª María Araceli Bosque Ortíz y por D. David representado por el Procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro, bajo la dirección letrada de D. Tomás Torre Dusmet, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección 4ª), con fecha 20 de julio de 2016 . Dimanante del Sumario 5/2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, por delito contra la salud pública y falsedad documental contra D. Juan , nacido el día NUM011 de 1964, en Turquía hijo de Juan Luis y Tamara , con NIE NUM012 , D. José , nacido el día NUM013 de 1973 en Serbia, con Pasaporte NUM014 , D. David , nacido el día NUM015 de 1962, en Ukkel (Belgica), D. Juan María , nacido en El Ferrol (La Coruña), el día NUM016 de 1952, hijo de Segundo y Angelina , con NIF NUM017 , D. Borja , nacido en Sanxenxo (Pontevedra), el día NUM018 de 1965, hijo de Raúl y Celia , con NIF NUM019 , D. Casimiro , nacido en Albania-Fer, Albania el día NUM020 de 1965, hijo de Cesareo y Estrella , con pasaporte NUM021 , D. Celso , nacido en España el día NUM022 de 1976, hijo de Elias y de Gregoria , con NIF NUM023 . Que ha sido CASADA Y ANULADA, por lo que se procede a dictar esta **Segunda Sentencia** .

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede, excluida la agravante de reincidencia en el acusado D. David , el artículo 66.6 permite recorrer la pena en toda su extensión. En atención



a ello se estima procedente concretar la misma, teniendo en cuenta el nivel de su intervención en los hechos, en nueve años y tres meses de prisión, con las correspondientes accesorias, manteniendo la misma multa que venía impuesta en la sentencia

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. David como autor responsable, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública en sustancia que causa grave daño a la salud, formando parte de una organización, a la pena de nueve años y tres meses de prisión y multa de 1.000.000 euros y con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se ratifican los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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

Así se acuerda y firma.

D. Candido Conde-Pumpido Tourn D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca
D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDO