

Roj: **STS 62/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:62**Id Cendoj: **28079120012018100019**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/01/2018**Nº de Recurso: **374/2017**Nº de Resolución: **15/2018**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 374/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 15/2018**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 16 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 374/17 interpuesto por **D^a. Melisa , D.^a María Consuelo y D. Lucas** representados por los Procuradores Sres. Bordallo Huidobro, Martin Vidales y Alfaro Matos, bajo la dirección letrada de D. W. Tarragó, D. Carlos Echavarri Paniagua, y D. Xavier Rabell Duch respectivamente contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Segunda) de fecha 22 de diciembre de 2016 y recaído en la causa (Rollo Sumario nº 19/2011-I; procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Martorell; Sumario 2/2009). Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Martorell, instruyó Sumario con el nº 19/2011-I, contra Virgilio , María Consuelo y Lucas . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Segunda) que con fecha 22 de diciembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

«**ÚNICO.-** Resulta probado y así se declara que María Consuelo , Melisa , Aurelio , Lucas y ulteriormente Faustino se habían concertado desde fecha no concretada pero en todo caso anterior al 29 de julio de 2009, con el fin de Introducir importantes cantidades en territorio español a través del aeropuerto de El Prat de Llobregat de sustancia estupefaciente, en concreto cocaína, para posteriormente proceder a su venta o intercambiarla, bien ellos mismos o terceros. A tal fin y de forma jerarquizada, María Consuelo en la cúspide,



impartía ordenes e instrucciones, poniendo en marcha el mecanismo cada vez que tenía constancia de la llegada de un vuelo internacional con maletas conteniendo cocaína, al dar aviso para que el resto actuara, a cambio de percibir una cantidad de dinero, contactando con Melisa , quien tenía la función, entre otras, de captar a personas que accedieran a entrar en la zona de llegadas de equipajes de la terminal del aeropuerto y procedieran a coger las maletas que previamente se les había indicado que contenían los estupefacientes, debiendo extraerlas del recinto, a cuyo fin y para poder acceder a esta zona adquirirían un billete para volar a cualquier ciudades españolas. Ello les permitía el acceso a las cintas de equipajes, cogían la maleta y salían nuevamente al exterior sin efectuar viaje alguno, hallándose en el exterior Melisa esperándoles, quien, asimismo, realizaba funciones logísticas, de transporte y espera de la persona que entraba en el aeropuerto, siendo en un primer momento Lucas y tras su detención en fecha 17 de agosto de 2009, Faustino , quienes efectivamente debían proceder a sacar la maleta, actuando de enlace entre éstos y María Consuelo , trasladándoles las ordenes que de ésta recibía. Por su parte Aurelio , quien en su día puso en contacto a Melisa Y María Consuelo , tras coincidir todos ellos en el Centro Penitenciario de Can Brians donde Melisa dirigía un taller de teatro, colaboraba con la primera acompañándola en algunos transportes y aunque pretendía asumir mayores funciones, ello no se produjo por voluntad expresa de María Consuelo . En todo caso, percibía parte de los beneficios que a Melisa le reportaba su intervención. Todos los implicado y especialmente María Consuelo y Melisa para referirse a estas actividades empleaban en sus conversaciones términos en clave como " teatro, bolo, función o actor".

En este contexto el 17 agosto de 2009, a las 05.59 horas, Melisa recibió en sus teléfonos NUM000 llamada de María Consuelo desde el teléfono NUM001 en la que le proponía encontrarse a las 07.00 horas en la plaza Urquinaona de Barcelona. A continuación, cumpliendo lo ordenado por María Consuelo Melisa llamó desde su teléfono a Lucas , al teléfono NUM002 , dándole aviso del encuentro para que también asistiera.

Posteriormente le acompañó al Aeropuerto de El Prat de Llobregat, donde éste accedió portando un billete de avión de la compañía Vueling destino Málaga a las 11.35 horas a la zona de embarque para a continuación dirigirse a la zona de llegadas de los vuelos internacionales con la finalidad coger de las cintas transportadoras dos maletas idénticas de la marca American Tourister de color rojo con cordón naranja atadas y cerradas con candado con nº de facturación NUM003 a nombre de TarragoSabater conteniendo en su interior tres mochilas y la nº NUM004 a nombre de DuranSerrano/ca portando otras tres mochilas procedentes de Punta Cana en el vuelo IBERWORLD TY NUM005 . Una vez realizada la operación, en la aduana de la terminal A de la T2, siendo las 11.30 horas aproximadamente y portando ya las maletas, como si fuese un pasajero del vuelo proveniente de Punta Cana (República Dominicana), fue interceptado por un agente de la guardia civil, el NUM006 , a quien preguntado le manifestó que las maletas eran suyas y requerido por el mismo para que las abriese, le comunicó que no tenía las llaves del candado. Realizada en su presencia la apertura de las maletas, se comprobó que cada una de ellas portaba en su interior tres mochilas que, a su vez, contenían un total de 34 bloques en forma de ladrillo que, tras ser punzonados, se verificó que contenían sustancia polvorienta que dio positivo al test de cocaína, 8 de los cuales -con logotipo JR-, pesaban 8.014 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 57,98% +/-1,63% con 4.646,5 gramos +/-130,6 gramos de cocaína base, 10-con logotipo FX- pesaban 10.049 gramos netos, con riqueza en cocaína bario de 66,89% +/- 2,69% con 6.721,8 gramos +/-270,3 gramos de cocaína base, otros 6- con logotipo de forma circular-pesaban 5.915 gramos con una riqueza de cocaína base de 27,92% +/- 0,83% con 1651,5 gramos +/-49,1 gramos de cocaína base, otros 3- con logotipo con forma de estrellas-pesaban 3.036 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 59,72% +/- 2,49% con 1.813,1 gramos +/-5,6 gramos de cocaína base, otros 2- con logotipo 8888-pesaban 2012 gramos natos, tenían una riqueza de cocaína base del 80,72% +/- 2,69% con 1.624,1 gramos +/-54,5 gramos de cocaína base, otro 2- con logotipo 1001-pesaban 2.005 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 70,21% +/-2,72% con 1407,7 gramos +/- 54,5 gramos de cocaína base; otros 2- con logotipo de un fusil-pesaban1.999 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 67,42% +/-2,52 con 1.347,7 gramos +/- 50,4 gramos de cocaína base, y finalmente, 1- con logotipo 555-que pesaba 999 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 1,162% +/- 2,58 con 645,6 gramos +/- 25,8 gramos de cocaína base, computando un peso neto total de 34.029 gramos y conteniendo 19.858,0 gramos +/- 710,4 gramos (lo cocaína base, que en el mercado ilícito habría alcanzado un valor aproximado de 2.000.0000 euros.

Una vez detenido el Sr. Lucas , se procedió bajo las instrucciones de María Consuelo por parte de Melisa a buscar a otra persona que pudiera desempeñar su papel, siendo elegido Faustino apodado " Quico ", a quien Melisa propuso y María Consuelo aceptó.

El 21 de septiembre de 2009 a las 06.30 horas María Consuelo llamó desde su

teléfono NUM007 al teléfono de NUM008 perteneciente a Aurelio , quien se encontraba junto a Melisa para que le comunicase a ésta que se encontrarían a las 07.30 horas en el mismo sitio con " Quico ", tras lo cual Melisa llamó desde su teléfono NUM000 a Faustino al NUM009 transmitiéndole la orden de reunirse a las



07.30 en la Plaza Urquinaona, donde acudieron Heraclio esposo de María Consuelo junto a ésta, Aurelio y Melisa , y Faustino , unos minutos más tarde. Tras el encuentro se separaron, y mientras María Consuelo y Heraclio se dirigieron a la zona de la estación del Norte, Aurelio , Faustino Y Melisa en el vehículo de ésta se dirigieron al aeropuerto del Prat de Llobregat. Una vez allí, Faustino bajó del vehículo, y tras adquirir un billete de la compañía Vueling destino Palma de Mallorca con salida prácticamente inmediata, se dirigió a la zona de embarque para posteriormente acceder a la zona de llegadas de los vuelos internacionales y tomar de la cinta transportadora de equipajes una maleta color negro con banda roja marca VDF nº de facturación NUM010 al intentar pasar el control aduanero con aproximadamente en su interior 21.799 gramos de cocaína. Terminal I Agente NUM006 Maleta compañía IBERWOR vuelo NUM005 procedente de Punta Cana a nombre de Rodríguez Minero. Encontrándose en la aduana de la terminal 1 sobre las 10.05 horas como si fuese un pasajero que hubiese llegado a bordo del vuelo de Punta Cana, momento en que fue interceptado por el agente de la guardia civil NUM006 , que tras visionar el contenido de la maleta por el escáner de rayos X, y viendo un contenido sospechoso, procedió a su apertura, hallando en su interior otra maleta de menores dimensiones de color negro conteniendo 20 bloques en forma de ladrillo, que tras 401 punzonados se comprobó que eran una sustancia blanquecina polvorienta que dió positivo al test de cocaína, 1 de los cuales- con logotipo de corona- pesaba 1008 gramos netos, tenía una riqueza de cocaína base del 75,99% +/- 2,55% con 766,739 gramos +/- 25,73 gramos de cocaína base, otros 5 - con logotipo 200- pesaban 5.016 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 60,46% +/- 2,46% con 3-032,70 gramos +/- 123,40 gramos de cocaína base, otros 2- con logotipo de copa- pesaban 2.009 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del (39,27% +/- 2,77% con 1.391,63 gramos +/-55,65 gramos de cocaína base, otros con logotipo de leones- pesaban 1.848 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 63,06% +/- 3,13% con 1.165,35 gramos +/- 57,84 gramos de cocaína base, otros 3- con logotipo de mariposa- pesaban 2.949 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 66,32% +/- 3,03% con 1.955,80 gramos +/- u 136 gramos de cocaína base, otro - con logotipo J1- pesaba 1.003 gramos netos, tenía una riqueza de cocaína base del 64,62% +/- 2,53% con 648,14 gramos +/- .,38 gramos de cocaína base, otro- con logotipo 1001- pesaba 958 gramos netos, tenían una riqueza de cocaína base del 72,00% +/- 2,57% con 689,76 gramos +1-.»1,62 gramos de cocaína base, otros 2 - con logotipo T- pesaban 2.004 gramos netos, con una riqueza de cocaína base del 64,88% +/- 4,41% con 1.300,20 gramos 11 88,38 gramos de cocaína base, otro- con logotipo 222- pesaba 1.004 gramos netos, con una riqueza de cocaína base del 62,94% +/- 3,29% con 631,92 gramos 11 33,03 gramos de cocaína base y, finalmente otro - sin logotipo.- que pesaba 999 gramos netos, tenía una riqueza de cocaína base del 68,49% +/- 4,36% con 684 +/- 43,56 de cocaína base, computando el peso neto total del 19.802 gramos obteniendo 12.950,3 gramos +/- 594,4 gramos de cocaína base y en el mercado ilícito habría alcanzado un valor aproximado de 1.200.000 euros.

Mientras Faustino se encontraba en el interior del aeropuerto Melisa y Aurelio permanecieron a la espera de su salida en la puerta de salida de pasajeros, y tras recibir varias llamadas de María Consuelo , el última ordenándoles que se marcharan, regresaron a Barcelona donde se procedió a su detención así como a la de María Consuelo y Heraclio .

María Consuelo fue condenada por sentencia firme de fecha 16 de febrero de 2009 a una pena de 12 años de prisión por delito contra la salud pública por la sección 10ª de la Audiencia provincial de Barcelona, dando origen a la Ejecutoria 34/2009.

Lucas , es politoxicomano de larga duración, consumiendo, entre otras drogas heroína por vía intravenosa con gran dependencia a las mismas lo que implicó una disminución, que no su anulación, de sus capacidades volitivas, actuando a causa de ello y para conseguir suministrarse dinero para sus dosis.

Faustino , es, asimismo politoxicómano de larga duración, entre otras sustancias a la cocaína y a la heroína, presentado al tiempo de su detención el 21 de septiembre de 2009 síntomas de hallarse bajo el síndrome de abstinencia, lo que disminuía notablemente sus capacidades volitivas.

Por último, el procedimiento tras ser elevado a esta sala para su enjuiciamiento y presentado el último escrito de conclusiones provisionales por las defensas el 10 de julio de 2013, y si bien no se ha producido una paralización continua de 18 meses, se ha prolongado hasta el segundo de los enjuiciamientos en noviembre de 2016, tras ser declarada la nulidad de la sentencia absolutoria dictada por esta sección el 11 de marzo de 2015 por el Tribunal Supremo el 11 de mayo de 2016, por causa no imputable a los acusados.

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

«QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados, María Consuelo , Melisa , Lucas Y Faustino , como autores, y a Aurelio como cómplice, criminalmente responsables de:

A) UN DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL, ya conceptualizado, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas analógicas. Y en consecuencia se impone:



A María Consuelo la pena de 15 meses de prisión.

A Melisa , la pena de 12 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

A Lucas , concurriendo además la atenuante simple de drogadicción del art. 21.2 del CP , a la pena de 3 meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-A Faustino , concurriendo en el mismo además la eximente incompleta de drogadicción del artículo 20.2 en relación al 21.1 del CP la pena de 1 mes y 30 días de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-A Aurelio en cuanto cómplice la pena de 3 meses de prisión., con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B) UN DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, ya definido, en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y en notoria importancia, la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas analógicas. Y en consecuencia se impone;

-A María Consuelo , concurriendo en la misma la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 del CP , la pena de 7 años y 6 meses de prisión y multa de 9.000.000 euros.

-A Melisa , la pena de 6 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9.000.000 euros.

-A Lucas , concurriendo además la atenuante simple de drogadicción del artículo 21.2 CP , la pena de 4 años y 6 meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9.000.000 euros.

-A Faustino , concurriendo en el mismo además la eximente incompleta de drogadicción del artículo 20.2 en relación al 21.1 del CP la pena de 2 años y 3 meses de prisión de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9.000.000 euros.

-A Aurelio en cuanto cómplice la pena de 4 años y 6 meses de prisión., con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9.000.000 euros.

Asimismo se imponen a los condenados el pago a cada uno de ellos de 1/6 de las costas procesales pro ambos delitos.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Heraclio del delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, pertenencia a organización criminal y jefatura de la organización, del que venía siendo acusado, declarándose su sextava parte de costas de oficio.

Se acuerda el comiso y destrucción de la sustancia estupefaciente intervenida y el comiso y destino legal pertinente, de los efectos y del dinero, en su caso aprehendido.

Para el cumplimiento de esa pena sde abona a los condenados todo el tiempo durante el que estuvieron privados de libertad por esta causa».

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los recurrentes 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de D. Lucas .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 570 ter b) CP . **Motivo segundo.** - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 21.7 CP . **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 21.2 CP .

Motivos aducidos en nombre de D.^a María Consuelo .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 570 ter b) CP . **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 21.7 CP y art. 66.1.2 CP .

Motivos aducidos en nombre de D.^a Melisa .



Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 570 ter b) CP . **Motivo tercero.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 21.6 CP y del art. 66.1. 2º CP .

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos sus motivos; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 13 de diciembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los tres recursos formalizados comparten bastantes temas, aunque también contienen aspectos diferenciados. Eso aconseja un análisis transversal agrupando los motivos de los distintos recursos cuando la materia es común para analizar separadamente los restantes.

En esa línea el motivo primero tanto del recurso de María Consuelo como de Melisa se ampara en el derecho a la **presunción de inocencia** enarbolado a través de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ . Lo consideran vulnerado.

Como es bien conocido, tal derecho se configura como una regla de juicio que prohíbe una condena no soportada por pruebas de cargo válidas, revestidas de las garantías esenciales y referidas a todos y cada uno de los elementos del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación en ellos del acusado. Se lesiona tal derecho si se condena sin pruebas de cargo válidas, motivadas y suficientes (entre muchas otras, SSTC 68/2010, de 18 de octubre - Fundamento Jurídico Cuarto-; 107/2011, de 20 de junio - Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a), 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a)- ó 16/2012, de 13 de febrero).

Al alegarse en casación la presunción de inocencia hemos de verificar el cumplimiento de esas exigencias por el Tribunal de instancia pero sin suplantar las funciones de valoración de la prueba que la ley residencia primariamente en el órgano que la ha percibido directamente con inmediatez.

Atribuye la sentencia a las recurrentes su incardinación en una trama organizada que venía dedicándose a la introducción de cocaína en España a través del aeropuerto de El Prat de Llobregat.

Tal imputación viene asentada en una prueba plural, tanto de naturaleza personal como indiciaria, sólida y concluyente, que es expuesta con modélico esmero en el extenso fundamento de derecho primero de la sentencia.

Contó la Audiencia en primer lugar con una serie de hechos objetivos no negados por las acusadas: la ocupación de las maletas con droga en poder de Faustino y Lucas en las fechas y circunstancias que se expresan en los hechos probados; conversaciones telefónicas mantenidas; encuentros inmediatamente anteriores a la ocupación también detallados en el *factum* .

De otra parte militan las manifestaciones del coimputado Faustino que reconoce haber entrado al aeropuerto a recoger una maleta por encargo de Melisa . No pueden aislarse estas revelaciones como si fuesen la única prueba.

En efecto, junto a ello, las vigilancias realizadas por los agentes demuestran como en ambas ocasiones antes del desplazamiento al aeropuerto se reunían varios de los implicados en la Plaza Urquinaona.

Las conversaciones telefónicas, puestas en relación con las fechas y horas de los desplazamientos, arrojan un resultado tan concluyente como irrefutable. Solo desde la hipótesis que la sentencia considera acreditada adquieren plena coherencia y resultan explicables en todos sus detalles. Otra hipótesis supondría un tal cúmulo de coincidencias y fatales casualidades que la hace insostenible.

El citado fundamento de derecho primero explica hasta el agotamiento cómo esa prueba plural no deja abierta más alternativa que la asumida por la Audiencia. La interpretación que hace de muchos diálogos telefónicos es la única congruente con los hechos que se desarrollan antes, después y durante: el interés mostrado por Melisa por una persona detenida en el aeropuerto, las alusiones a la necesidad de hallar un nuevo colaborador después de la primera detención; las referencias a trabajos y vuelos cancelados; el apodo... en definitiva un sinfín de elementos que empujan arrolladoramente a la única conclusión factible. La lectura del fundamento de derecho primero de la sentencia echa por tierra la argumentación de ambas recurrentes y obliga a **desestimar ambos motivos**.



Las mismas circunstancias en las dos ocasiones exceden de lo que pueda reputarse desgraciada casualidad para llevar a la convicción de que estamos ante una mecánica operativa previamente diseñada y protocolizada.

El desesperado intento de dar una explicación alternativa que no resulte fantasiosa a ese cúmulo de datos, está abocado al fracaso. La Sala ha justificado su convicción de forma tan robusta, minuciosa y extensa como convincente.

No hay vulneración de la presunción de inocencia en cuanto concurre prueba de cargo sólida, practicada con todas las garantías y razonada de forma impecable por el Tribunal que no solo analiza las pruebas de cargo, sino que además se preocupa de refutar las explicaciones alternativas aducidas sobre los diálogos telefónicos. En cualquier caso en nada se tambalearía la hipótesis inculpatoria por la eventual realidad de una compartida afición al teatro y organización de alguna actividad relacionada con ello.

Ambos motivos decaen.

SEGUNDO.- Canalizado esta vez a través del art. 849.1º LECrim los tres recurrentes (María Consuelo , Melisa y Lucas) impugnan la incardinación de los hechos en el art. 570 ter.1 y último CP .

El cauce casacional elegido es incompatible con cuestionamientos del relato fáctico proclamado por la sentencia. De él se deriva claramente la concurrencia de todos los elementos exigidos para rellenar el tipo penal descrito en tal precepto: varias personas, concertadas y con cierta vocación de estabilidad, reiteración de acciones constitutivas de delitos contra la salud pública (introducción de cocaína en España a través de una mecánica planificada), con coordinación y distribución de papeles entre los distintos implicados.

La adscripción al grupo queda también descrita en cuanto a Lucas según reza el párrafo primero del hecho probado, en afirmación refrendada por la prueba practicada: las conversaciones telefónicas evidencian que la participación de Lucas en uno de los hechos no fue episódica o aislada. Existía connivencia para repetir esa operativa en las ocasiones que le fuese indicado.

La jurisprudencia que recrea el art. 570 ter avala estas conclusiones. Los hechos exceden de forma patente de la mera codelinuencia. Puede citarse por todas la STS 379/2017, de 25 de mayo .

"En nuestras SSTs 337/2014, de 16 de abril , 577/2014, de 12 de julio , 454/2015, de 10 de julio , y 505/2016 , entre otras, podemos leer que las novedades introducidas por la reforma operada en el CP por la LO.5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los arts .570 bis , 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales", y que obedece:

- a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente "todas las formas de criminalidad organizada",

- y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE. en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal.

Por ello en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, como recuerda la STS 271/2014 de 25 de marzo , se expone, para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que " *[h]ay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes*".

"La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas"

Asimismo en recientes sentencias 513/2014 de 24.6 , 371/2014 de 7.5 , la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 , contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.



El art. 570 bis define a la organización criminal como: " *La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*" (LO 1/2015).

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como " *la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos*" (LO 1/2015).

Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.

Por tanto el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurran alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal-....

"... 2º Ahora bien una vez determinada la diferencia entre organización y grupo criminal, habrá que distinguir, entonces el grupo criminal de los supuestos de mera codelinuencia.

La STS 309/2013 nos dice que la codelinuencia se apreciará, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que *para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.*

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno".



Tampoco pueden prosperar estos motivos.

TERCERO.- Reclaman también los tres recurrentes la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas apreciada como simple. El art. 849.1º LECrim les sirve de trampolín impugnativo.

Desde agosto/septiembre de 2009 (detención recurrentes) a diciembre de 2016 (fecha de la segunda sentencia) han transcurrido más de seis años, tiempo desmesurado, en opinión de los recurrentes, que debiera haber dado lugar a la eficacia privilegiada que asigna a la atenuación el art. 66.1.2ª CP .

La petición no tiene el oportuno sustento en el relato de hechos probados como exigiría un motivo por *error iuris* del art. 849.1º (art. 884.3º). No obstante, tratándose de hechos intraprocesales que pueden verificarse directamente con la consulta de los autos (art. 899 LECrim), no existe obstáculo en adentrarnos en su examen, menos en un caso como este en que no solo los recursos, sino también la sentencia (fundamento de derecho cuarto) se preocupa de indicar a los efectos aquí relevantes la cronología procesal.

El hecho de que los retrasos obedezcan a deficiencias estructurales no impide la atenuación. Es cierto que el proceso se ha prolongado más allá de lo deseable. Pero si la atenuante simple exige unos retrasos *extraordinarios*, para su cualificación, habrá de reclamarse para su cualificación mucho más: una auténtica desmesura que no pueda ser explicada. Atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria, ("fuera de toda normalidad"); la eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante una dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable.

Cabe tal catalogación en relación al presente asunto: el tiempo que ha tardado en obtenerse sentencia dista mucho de los parámetros deseables. Pero no está fuera de toda normalidad si tenemos en consideración que la primera sentencia se anuló a través de un recurso de casación estimado; y que no han existido paralizaciones más allá de las señaladas en el citado fundamento de derecho. Justifican la atenuante ordinaria pero carecen de la intensidad y dimensión que exigiría la solución excepcional de la atenuante cualificada.

No es atendible la petición. El tiempo de duración del proceso alcanza a la atenuante simple, pero dista mucho de llegar a la intensidad que requeriría una cualificación que, por otra parte, respecto de Lucas no tendría virtualidad para incidir en la penalidad (art. 66.1.2º CP) en cuanto ya le son estimadas dos atenuantes.

CUARTO. Por fin, Lucas reclama la apreciación de la eximente incompleta del art. 20.2 CP en lugar de la atenuante del art. 21.2 -drogadicción- aplicada. Se apoya en un análisis pericial que demuestra que el recurrente, consumidor de cocaína, comenzó a exteriorizar síntomas del síndrome de abstinencia dos días después de su detención (folio 197).

Justifica cumplidamente la sentencia (fundamento de derecho quinto) por qué no ha apreciado esa eximente incompleta pese a reconocer el previo consumo de cocaína (lo que hace que la conclusión se ajuste estrictamente a lo que se puede entender acreditado por el documento). Y es que la eximente invocada no parece compatible con una actividad con visos de permanencia como la desarrollada por el recurrente (recordemos que no se limitó a esa intervención puntual sino que estaba encuadrado en el grupo y dispuesto a realizar operaciones similares cuando se le reclamase). No es idónea esa actuación prolongada para una eximente incompleta fundada en el síndrome de abstinencia que por definición es transitorio. La conducta desplegada en el tiempo (disponibilidad dentro del grupo organizado) que la sentencia achaca al recurrente, no puede armonizarse con una permanente disminución de la imputabilidad ligada al síndrome de abstinencia.

De cualquier forma dentro de esta amplia impugnación cabe resaltar la improcedencia de imputarle toda la droga ocupada y no solo la ocupada en su actuación lo que ha de tener trascendencia en la multa. Deberá ser rebajada para acomodarla a la cuantía de la sustancia que le fue intervenida; y, al mismo tiempo, a la degradación que resulta obligada por virtud de la doble atenuante de que es acreedor (art. 66 CP). Como es sabido el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 22 de junio de 2008 ha admitido la posibilidad de degradar las multas proporcionales. La estimación ha de extenderse a Faustino y Aurelio (art. 903 LECrim).

QUINTO.- Habiéndose desestimado íntegramente los recursos de María Consuelo y Melisa deberán asumir cada una las costas causadas por sus respectivos recursos (art. 901 LECrim). Las costas del recurso de Lucas , estimado parcialmente, han de declararse de oficio.

FALLO

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

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por **Lucas** contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Segunda) de fecha 22 de diciembre de 2016 en causa seguida por un delito de pertenencia a grupo criminal, por estimación del motivo tercero de su recurso; y en su virtud



casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial **declarando las costas de este recurso de oficio.**

2.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Melisa y María Consuelo** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñada imponiendo a dichos recurrentes el pago de las costas de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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.

RECURSO CASACION núm.: 374/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 16 de enero de 2018.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Martorell, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Segunda) y que fue seguida por un delito de pertenencia a grupo criminal contra María Consuelo , Heraclio , Melisa , Aurelio , Lucas y Faustino , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En virtud de lo señalado en la anterior sentencia procede reducir la multa impuesta a **Lucas a 1.000.000 euros; a Faustino a 500.000 euros y a Aurelio a 2.000.000 euros**

No procede fijar responsabilidad personal subsidiaria por impedirlo la prohibición de *reformatio in peius*.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Sustituir la cuantía de las multas impuestas a Lucas a 1.000.000 euros; a Faustino a 500.000 euros y a Aurelio a 2.000.000 euros.

En todo lo demás y en cuanto no sea incompatible con el presente se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia.



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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro

Antonio del Moral Garcia Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ