



Roj: **STS 2960/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2960**

Id Cendoj: **28079120012018100376**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **10447/2017**

Nº de Resolución: **369/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2960/2018,**
AATS 9240/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: **10447/2017** P

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 369/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10.447/2017P, interpuesto por D. Oscar , representado por la procuradora D^a Laura, Albarrán Gil, bajo la dirección letrada de bajo la dirección letrada de D. José M. López Arias, **D. Remigio** , representado por la procuradora D^a Ana M^a Arauz de Robles Villalón, bajo la dirección del letrado D. Guillermo Bendicho González, **D. Romulo** , representado por la procuradora D^a Sarar Leonis Parra, bajo la dirección letrada de D. Rafael Pérez de Muñoz Lezcano, **D. Segundo** , representado por el procurador D. Antonio Rodríguez Nadal, bajo la dirección letrada de D. Luis David Merchán Yuste, **D. Torcuato** , representado por la procuradora D^a M^a Esther Fernández Muñoz, bajo la dirección de la letrada D^a Macarena Valera Sánchez, **D. Jose Ramón** , representado por la procuradora D^a Beatriz Ayllon Caro, bajo la dirección letrada de D^a Serafina Luz Moya Mata, **D. Carlos Antonio** , representado por el procurador D. José Carlos Romero García, bajo la dirección letrada de D. Joaquín Belles Muñoz, **D^a Lina** , representada por el procurador D. Ignacio Batlló Ripoll, bajo la dirección del letrado D. José Manuel Benavente Moreda y **D. Juan Pedro** , representado por el procurador D. Enrique Álvarez Vicario, bajo la dirección letrada de D. Gregorio García Aparicio, contra la sentencia dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 17 de mayo de 2017 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, instruyó Sumario nº 6506/14, por delitos de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, contra **D. Calixto , D. Jose Ramón , D^a Lina , D. Romulo , D. Carlos Antonio , D. Remigio , D. Torcuato , D. Oscar , D. Segundo y D. Juan Pedro** , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de que en la causa nº 14/16, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**PRIMERO.-** Estando probado y así se declara que el acusado Jose Ramón se ha venido dedicando, con anterioridad a 2014 y de forma continuada hasta el momento de su detención policial el 20 de septiembre de 2015, con manifiesto desprecio hacia la salud de los demás, a la introducción en nuestro país para su posterior distribución en la isla de Gran Canaria tanto de heroína como de cocaína.

Y así, el acusado Jose Ramón , con anterioridad al 5 de octubre de 2014 contactó con el acusado Calixto en Hungría, se lo trajo a Gran Canaria y le encargó que viajara a Caracas, vía Lisboa, a fin de proveerse de cocaína que habría de portar en el interior de su organismo con la finalidad de introducirla en esta isla, entregándosela a continuación una vez que expulsara las cápsulas que contenían la droga, recibiendo en ese instante de Jose Ramón el precio convenido. Y para ello, Jose Ramón le proporciona los billetes de avión a Calixto , que una vez se aprovisionó de cocaína en algún lugar de sudamérica, lleva a cabo la ingesta de bolas conteniendo dicha sustancia y el 19 de octubre de 2014 regresa a Las Palmas. Ante la imposibilidad de poder expulsar las bolas ingeridas, el acusado Jose Ramón le llamó un taxi para que lo dirigiera al Hospital Insular de esta capital, donde tuvo que ser intervenido de forma urgente quirúrgicamente extrayéndole un total de 28 cápsulas de lo que tras ser analizado resultó ser 355,18 gramos de cocaína con una riqueza del 62,31 %, y que hubiera alcanzado en el mercado ilícito un precio de 42.000,00 euros. Por este *trabajo*, el acusado Calixto iba a cobrar de Jose Ramón unos 2.500,00 euros que no llegó a percibir por lo anterior.

En fecha anterior al 7 de septiembre de 2015, nuevamente el acusado Jose Ramón consigue billetes para que el también acusado Segundo viaje a Johannesburgo en esa fecha, y de ahí a Tanzania, donde, de la misma forma, mediante ingesta de bolas, consigue transportar, desde Kenia a Nairobi, de ahí a Amsterdam y finalmente hasta Las Palmas, vía Madrid, un total de 76 cápsulas de lo que finalmente se comprobó que se trataba de heroína. El 23 de septiembre de 2015, cuando ya había sido detenido, el acusado Segundo logró expulsar la totalidad de las bolas, siendo analizadas, tratándose de 865 gramos de heroína con una riqueza del 74,69 % que hubiera alcanzado un precio en el mercado ilícito de 103.800,00 euros. No ha podido determinarse la cantidad por la que el acusado Segundo se comprometió a realizar el viaje y transporte de la droga descrita.

En la sustancia transportada por este segundo correo humano coparticipaban siendo por ello copropietarios el citado Jose Ramón , y los acusados Remigio y Romulo .

Asimismo, Romulo colaboraba con Jose Ramón en toda la actividad que éste desplegaba para introducir en Gran Canaria la sustancia estupefaciente que aquél traía a través de sus correos, y en su posterior distribución, sirviéndose de enlace entre ambos de la acusada Lina .

SEGUNDO.- En las diferentes entradas y registros domiciliarias autorizadas judicialmente se han incautados las siguientes cantidades de sustancia estupefaciente y de corte, así como útiles e instrumentos destinados todos ellos a la preparación y venta a terceros de drogas que causan grave daño a la salud:

1º.- En el domicilio del acusado Jose Ramón , sito en CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 NUM002 , de Las Palmas G.C., el 20 de septiembre de 2015, 68,1 gramos de heroína no cuantificable, 90,4 gramos de manitol (sustancia empleada para el corte de la heroína), 40,29 gramos de sustancia para corte, varios teléfonos móviles y una balanza de precisión. La droga incautada habría alcanzado un valor en el mercado ilícito de 680,00 euros.

2º.- Ese mismo día y en el domicilio del acusado Remigio , sito en CALLE001 núm. NUM003 , NUM004 NUM005 , Las Palmas de G.C., se le intervino 292,00 gramos de heroína con una riqueza del 1,58 %; 14,98 gramos de sustancia para corte, una balanza de precisión, varios teléfonos móviles y 1.250,00 euros procedentes de la venta de drogas. La droga ocupada habría alcanzado un valor en el mercado ilícito de 2.920,00 euros.

3º.- El mismo día 20 de septiembre de 2015 se incautó en el domicilio del acusado Torcuato , sito en CALLE002 núm. NUM006 , NUM007 NUM002 , de esta capital, dos cápsulas de heroína con un peso de 20,21 gramos y una riqueza del 1,70 %, 28,66 gramos de cocaína con una riqueza del 21,71 %, 441 gramos de sustancia para el corte, una balanza de precisión y un total de ocho teléfonos móviles. La droga incautada a este acusado habría alcanzado un valor de 1.750,00 euros.



4°.- Ese mismo día se incautó en el domicilio que comparten los acusados Romulo y Lina , sito en CALLE003 núm. NUM008 , NUM004 , de esta capital, 32 cápsulas con un peso de 10,71 gramos de heroína no cuantificable, así como varios móviles. La droga ocupada a los acusados alcanza un valor en el mercado ilícito de 107,00 euros.

La acusada, Lina además de ser la pareja del acusado Romulo se encarga tanto de la distribución de la droga como de cobrar el precio por las entregas.

5°.- El 20 de septiembre de 2015, en la entrada y registro en el domicilio del acusado Carlos Antonio , sito en CALLE004 núm. NUM009 , NUM001 NUM002 , de esta capital, se le incautaron 42,55 gramos de heroína con una riqueza del 3,10 %, droga que habría alcanzado un valor de 425,50 euros en el mercado ilícito.

6°.- El 7 de octubre de 2015 en la entrada y registro en el domicilio del acusado Juan Pedro , sito en CALLE005 núm. NUM010 de Vecindario, se incautó 1 kg y 12 gramos de sustancia de corte que tenía para mezclar con 300 gramos que había acordado con el otro acusado, Jose Ramón , una vez que llegara y expulsara la heroína el también acusado Segundo .

TERCERO.- De la prueba practicada queda acreditado igualmente:

1.- Que el acusado Jose Ramón , nacido en Koya (Somalia) el NUM011 de 1970, ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 23/02/2010, dictada por al Audiencia Provincial de Las Palmas (Secc 6 °) por delito contra la salud pública a la pena de 6 años de prisión, extinguida el 16 de abril de 2013, ha participado, como se ha indicado, activamente en la financiación, provisión de billetes y dirección de los dos correos humanos, transportadores de drogas, los acusados Calixto y Segundo , siendo por tanto responsable del tráfico y de la distribución que pensaba hacer con los 355,18 gramos de cocaína, con riqueza del 62,31 %, y de los 865 gramos de heroína con una riqueza del 74,69 % que llevaban en el interior de su cuerpo, respectivamente, los nombrados Calixto y Segundo .

2.- NUM011 , nacido en Budapest (Hungria) el NUM012 /1974, sin antecedentes penales es responsable del transporte, en su cuerpo, de un total de 355,18 gramos de cocaína, con una riqueza del 62,31 %, por cuenta del acusado Jose Ramón a cambio del dinero que le iba a entregar éste (2.500,00 euros).

3.- Segundo , nacido en Atibie (Ghana) el NUM013 /1973, sin antecedentes penales, es responsable del transporte, en su cuerpo, de un total de 865 gramos de heroína con una riqueza del 74,69 %, a cuenta del acusado Jose Ramón , a cambio de una cantidad de dinero no determinada.

4.- Remigio , nacido en Ekwnobia (Nigeria) el NUM014 /1973, ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 5/10/2009, dictada por la Secc 6a A.P. de Las Palmas, por delito contra la salud pública a la pena de 5 años de prisión, extinguida el 22 de junio de 2013, es responsable, por su colaboración directa con el acusado Jose Ramón , de la distribución que pensaba hacer de parte de los 865 gramos de heroína que transportaba el acusado Segundo .

5.- Torcuato -alias " Canoso " y " Sardina "-, nacido en Freetown (Sierra Leona) el NUM015 de 1980, ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 19/11/2010, dictada por la Audiencia Provincial (Sección 6a) de Las Palmas por delito contra la salud pública a la pena de 3 años y 3 meses de prisión, es responsable de la distribución que pensaba hacer de parte de la heroína que transportaba el acusado Segundo , 865 gramos.

6.- Romulo , nacido en Enugu (Nigeria) el NUM016 de 1984, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, es responsable, igual que los anteriores, de la distribución de la parte que debía proporcionarle el también acusado Jose Ramón , de la heroína transportada por el acusado Segundo -865 gramos-.

7.- Lina , nacida en Las Palmas el NUM017 /1985, sin antecedentes penales, es responsable, igual que su pareja, el acusado Romulo , de la distribución de la parte de la heroína que le suministrara el acusado Jose Ramón , una vez que llegara el acusado Segundo con ella, los ya citados 865 gramos.

8.- Carlos Antonio , nacido en Las Palmas de Gran Canaria el NUM018 de 1973, sin antecedentes penales, es responsable de la distribución que iba a hacer, por cuenta de su principal, el acusado Jose Ramón , tanto de la cocaína transportada por el acusado Calixto , 355,18 gramos, como de la heroína transportada por el otro acusado, Segundo .

9.- Juan Pedro -alias " Chillon "-, nacido en Warri el NUM019 de 1986, ejecutoriamente condenado por sentencia de 9 de febrero de 2011 , firme el 28 de marzo de 2011 , dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, por delito contra la salud pública a la pena de 1 año y 8 meses de prisión, extinguida el 9 de febrero de 2011, es responsable de la distribución que pensaba hacer de la parte de heroína que le iba a suministrar



el acusado Jose Ramón , una vez llegara el correo humano, el acusado Segundo . Es decir, los 865 gramos de heroína que transportaba en su cuerpo.

10- Oscar -alias " Pelosblancos " , nacido en Tarkwa (Ghana) el NUM020 de 1975, sin antecedentes penales, es responsable del transporte de los 865 gramos de heroína que llevaba en su cuerpo el también acusado Segundo ya que, por cuenta del acusado Jose Ramón , fue Oscar el que consiguió reclutar al acusado Segundo para que hiciera el viaje y el transporte de la heroína.

CUARTO.- La actuación de los acusados se ha realizado de forma estable manteniendo una estructura organizada, auxiliándose en la actividad ilícita de introducción y distribución tanto de heroína como de cocaína en Gran Canaria. Como se ha indicado, el acusado Jose Ramón ha sido el responsable de la financiación, adquisición y control de los dos correos humanos descritos. En cuanto al segundo transporte humano interceptado, concretamente el del acusado Segundo , esta cantidad de droga, 865 gramos de heroína, no iba a ser sólo para el acusado Jose Ramón sino que se trata de un transporte solidario con los otros acusados, Remigio y Romulo , contando con distribuidores de la droga, verbi gracia, la también acusada Lina , pareja de Romulo , se encarga de la distribución de la droga y cobro de la misma por cuenta de éste. O el también acusado, Juan Pedro , quien también estaba al tanto de esta provisión de heroína, a través de Remigio , de quien iba a recibir 300 gramos para mezclar con sustancia de corte. Este acusado, Remigio contaba también, como distribuidor de él, con el acusado Torcuato , a quien se le halló unas cápsulas de heroína iguales que las halladas en el domicilio de su principal, Remigio .

Carlos Antonio era el distribuidor de la sustancia que introducía Jose Ramón y por cuenta de éste, estando al corriente de la muy próxima llegada a Gran Canaria de una partida de aproximadamente un kilogramo de heroína de gran pureza por cuenta de /Uy y en cuya distribución iba a participar -la heroína finalmente incautada a Segundo -.

Oscar era distribuidor de la droga por cuenta de Juan Pedro , encargado además por Jose Ramón de reclutar a Segundo para que le sirviera de correo humano de la heroína que trataba de introducir el mismo.»

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

«**FALLO.-**

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS:

1°.- Al acusado Calixto , como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo 1°**, de sustancia que causa grave daño a la salud -cocaína-, a las penas de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 2.500 €** con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN MES DE MULTA, a razón de 1 día por cada 83,3 de multa impagados, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2°.- Al acusado Jose Ramón , como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo 1° y 369.5°**, con la **conurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la agravante de reincidencia**, a las penas de **NUEVE AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 550.000 EUROS**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter 1. b) del CP** , a la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3°.- A la acusada Lina , como autora responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo primero**, las penas de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 300 €**, con responsabilidad personal subsidiaria de 10 días de prisión, 1 por cada 30 € de multa no abonados, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autora responsable de un **delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter 1. b) del CP** , las penas de **SEIS MESES DE PRISIÓN** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

4°.- Al acusado Romulo , como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo 1° y 369.5°**, las penas de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 400.000 €**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter 1. b) del CP** , la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.



5º.- Al acusado Carlos Antonio , como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo 1º y 369.5º**, las penas de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 208.451 €**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter 1. b) del CP**, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

6º.- Al acusado Remigio , como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo 1º y 369.5º**, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la agravante de reincidencia, a las penas de **OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE 400.000 €**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter 1. b) del CP**, a la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

7º.- Al acusado Torcuato (Alias " Canoso " y " Sardina ") como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo 1º y 369.5º**, las penas de **SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE 400.000 €**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter 1. b) del CP**, la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

8º.- Al acusado Oscar (Alias Pelosblancos), como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo primero**, las penas de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE 207.600 €**, con una responsabilidad personal subsidiaria de 3 meses de prisión, 1 día por cada 2.306'66 € de multa no abonados, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter 1. b) del CP**, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

9º.- Al acusado Segundo como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo 1º y 369.5º**, las penas de **SEIS AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN Y MULTA DE 2.500 €**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

10º.- Al acusado Juan Pedro (alias " Chillon "), como autor responsable de un **delito contra la salud pública del art. 368 párrafo 1º y 369.5º**, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la agravante de reincidencia, las penas de **SIETE AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, Y MULTA DE 400.000 €**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter 1. b) del CP**, la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se ordena el comiso de las sustancias intervenidas a los acusados, la cuál habrá de ser destruida en las condiciones reglamentariamente previstas, así como el dinero que se les aprehendiera, y los útiles y demás instrumentos destinados a la preparación -balanzas, batidora, recortes-, a los que se dará su destino legal.

Se imponen las costas procesales causados en esta instancia a todos los acusados por partes iguales.»

TERCERO.- 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.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de D. Jose Ramón

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

2º y 3º.- Por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 570 ter y 66 del CP .

Recurso de D. Romulo



1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia e infracción del art. 24.2 de la CE .

2º.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECrim . y por vulneración de precepto constitucional,, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE y presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .por las vías que autoriza el art. 5.4 de la LOPJ .

I Submotivo 3ª apdo. I).- Por infracción de los arts. 368 y 369.5 e inaplicación de los arts. 62 , 70.2º del CP ., concurrencia de tentativa.

II Submotivo 3º apdo. II).- Infracción e inaplicación del art. 368 del CP , escasa entidad del hecho.

III Sumotivo 2ª apdo. III).- Por infracción y aplicación indebida del art. 570 bis del CP , jurisprudencia aplicable con infracción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE y presunción de inocencia del art. 24.2 de la ce .

Recurso de Dª Lina

Como cuestión previa plantea la recurrente la nulidad de las intervenciones telefónicas al no quedar acreditado que la acusada estuviera implicada en la supuesta red criminal por lo que la medida no superaba el test de proporcionalidad constitucional, no estuvieron debidamente motivadas y debieron ser anuladas.

Único.- Infracción del art. 24 de la CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Recurso de D. Remigio

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación al art. 18.3 de la CE .

2º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim , se denuncia aplicación indebida del art. 570 ter l.b del Código penal .

3º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del art. 369 . 50 del Código penal (subtipo agravado de «notoria importancia»).

Recurso de D. Carlos Antonio

1º.- Vulneración de los derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías consagrados en el art 24 de la CE , infracción y aplicación indebida de los arts. 368 y 369.5 del CP .

2º.- Se interpone por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2, y a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE . Además, se denuncia infracción y aplicación indebida del artículo 368 CP .

3º.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por vulneración de precepto constitucional, y derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y presunción de inocencia 24.2 CE por la vía del art. 5.4 de la LOPJ .

Recurso de D. Juan Pedro

1º.- Al amparo del no 4 del art. 5 de la LOPJ , por infracción del art. 24.1 y 24.2 de la CE al haberse dictado sentencia en virtud de autorización de escucha telefónica contraria a la Constitución en relación con el art. 11.1 de la LOPJ .

2º.- Al amparo del del art. 849.1 de la LECrim . se denuncia infracción de ley por aplicación indebida art. 368.1 del Código Penal , al no existir delito alguno como consecuencia de la vulneración de derechos anteriormente denunciada.

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim .; infracción por aplicación indebida art, 368 párr. 2º del Código Penal .

4º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim .; infracción por aplicación indebida art. 22.8 del Código Penal .

Recurso de D. Segundo

1º.- Al amparo del no 4 del art. 5 de la LOPJ , se denuncia infracción del art. 24.1 y 24.2 de la CE al haberse dictado sentencia en virtud de una autorización de escucha telefónica contraria a la Constitución en relación con el art. 11.1 de la LOPJ .

2º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 368 del Código Penal .

3º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción de precepto legal, por aplicación indebida de los artículos 368 , 369.5 , 16 , 62 y 70.2 del Código Penal , ya que sería más acertado calificar el hecho como



intentado pues en todo momento fue seguido por la policía y nunca tuvo la posibilidad de disponer de la droga que portaba en su interior.

4º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 368 párrafo 2º del Código Penal .

Recurso de D. Torcuato

1º.- Infracción de precepto constitucional conforme al art. 5.4 de la LOPJ en relación con el 852 de la LECrim . por vulneración del art. 24 de la CE .

A) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en los arts. 214.1 y 2, en relación con los arts. 9.3 y 18.3 de la CE , habiéndose vulnerado la seguridad jurídica así como el derecho al secreto de las comunicaciones.

B) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en los arts. 214.1 y 2 de la CE .

2º.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 368 párrafo 1 en relación con el art. 369. I. 5a del Código Penal e inaplicación, en su caso, de los arts. 62 y 70.2 0 del Código Penal y por aplicación indebida del art. 570 ter 1 b) CP .

A) infracción de ley por aplicación indebida del art. 368.1 en relación con el 369.1.5ª del CP e inaplicación, en su caso de los arts. 62 y 70.2 del CP .

B) Infracción de ley por aplicación indebida del art. 570 ter 1 b) del CP .

Recurso de D. Oscar

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ se denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

2º.- Al amparo del Art 849. 1 de la LECrim por aplicación indebida del art. 368 del CP .

3º.- Al amparo del Art 849. 2 de la LECrim por error en la apreciación de la prueba

4º.- Al amparo del Art 851. 1 de la LECrim . Quebrantamiento de forma, al no consignarse clara y terminante los hechos que se declaran probados.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 12 de julio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Jose Ramón

PRIMERO.- Formula este penado su primer motivo al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, artículo 24.2 de la Constitución Española , alegando que la condena no se basa en un juicio lógico ni en una prueba firme.

Sin embargo, la argumentación del motivo no va más allá de un resumen más o menos atinado de la doctrina sobre el contenido de esa garantía sin hacer ninguna referencia a la exposición de la sentencia recurrida y a las razones por las que cree el penado que dicha sentencia no se acomoda a tal exigencia Eso hace inadmisibles el motivo y en este trance desestimable sin ninguna referencia al caso concreto. Otra cosa sería resolver un debate sin que las demás partes hayan podido refutar las eventuales razones para desautorizar la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- 1. Acumula el recurrente los motivos segundo y tercero, formulados ya al amparo del ordinal 1º del artículo 849 de La Ley de Enjuiciamiento Criminal , por la indebida aplicación de la agravante de pertenencia a grupo criminal el artículo 570 ter del Código Penal , así como por la indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal en cuanto a la proporcionalidad de la pena impuesta.

Alega que el acusado D. Calixto en ningún momento señaló que fuese D. Jose Ramón quien lo contrató. Niega que « Jose Ramón » y « Bola » (la persona indicada como quien le contrató) sean la misma persona. Por otra parte reconoce que el acusado D. Segundo señaló que fue contratado por este recurrente para realizar el viaje y transportar la sustancia que le fue intervenida, sin embargo su declaración carece de validez no solo por



el hecho de ser también acusado, sino también porque resulta ilógico que manifestase que no sabía cuando le iban a pagar.

Con respecto a la financiación de los *correos humanos* por parte del acusado D. Jose Ramón se alega que ha quedado acreditado, tanto en fase de instrucción, como en el juicio oral que el acusado carecía de medios económicos. Añade que los testigos trabajadores de la agencia de viaje manifestaron que el también acusado D. Jose Ramón le sirvió únicamente de traductor porque aquellos no hablaban húngaro y el acusado D. Calixto no hablaba castellano.

Finalmente concluye que la sustancia que se intervino en su domicilio no llega a lo que se considera cantidad de notoria importancia.

2. Ocurre que la pretensión quiere fundarse en una contestación de los datos de hecho de que parte la sentencia de instancia, cuando el cauce habilitado en el precepto procesal invocado obliga a circunscribir el debate a la subsunción del hecho en una norma penal, pero sin que tal premisa de hecho pueda ser cuestionada.

No obstante, en aras a no hacer recaer sobre el penado las consecuencias de una defectuosa técnica jurídica en la articulación del motivo, examinaremos la premisa fáctica desde la perspectiva del motivo primero y, a continuación, discutiremos la calificación jurídica.

3.1. El recurso de casación no es el escenario para la actividad de reconstrucción del pasado en relación a los hechos imputados. En la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias de aquella garantía constitucional. En definitiva sí existen razones que legitimen lo imputado y la decisión.

La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

3.2. La **justificación de la conclusión probatoria** establecerá los datos de procedencia **externa** aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa **credibilidad y verosimilitud** no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

Como dijimos en nuestra STS nº 833/2017 de 18 de diciembre , cuando estamos ante una **prueba directa** -aquella que suministra afirmaciones relativas al hecho imputado, sin necesidad de construcciones inferenciales- la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere es en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador.

Pero ello no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos.

Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas.

La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos.



Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia.

3.3. La justificación **interna** de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión **coherente** que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una **certeza** que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de **objetiva**.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolucón, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

4. Basta la lectura de la sentencia recurrida para constatar que los elementos de juicio que toma en consideración, cuya validez este recurrente no cuestiona, fundan con solidez la conclusión probatoria incriminatoria de todas las imputaciones efectuadas con relación a D. Jose Ramón .

No se discute la relevancia del papel desempeñado en la importación a través de *muleros*, y concretamente de D. Calixto , por un individuo que es nominando por éste como « Bola ». El mismo que contacta con el personal del establecimiento de hospedaje y el que le procura la asistencia médica. Y es aquel personal del hospedaje quien identifica al recurrente como el que llevó a cabo la gestión de inscripción en el establecimiento. Como persona de color que, hablando húngaro, pudo interpretar la conversación de D. Calixto con el personal del establecimiento. Es más, dice la sentencia, el director reconocía a D. Jose Ramón como cliente. No caben dudas. Las múltiples grabaciones de conversaciones telefónicas fueron posibles tras esa identificación como fundamento de la orden judicial para efectuarlas. Y su contenido, ampliamente expuesto en la sentencia recurrida y con argumentos no combatidos en el recurso, no solamente dejan en evidencia la reiteración de comportamientos de tráfico sino que permitieron intervenir con éxito frustrando el posterior a través del coacusado D. Segundo , además de conocer los comportamientos del recurrente al frente del grupo.

De ahí la irrelevancia de las alegaciones sobre la no captación en las conversaciones intervenidas de datos por los que los interlocutores no utilicen el alias « Bola » para referirse a este penado. Dato coherente con la precaución de no facilitar al *mulero* inicial otra identidad que pudiera, por real, conducir policialmente al recurrente.

La imputación directa del recurrente, por parte del coacusado D. Segundo , no puede despreciarse ya que, aún debilitada por la condición de coacusado de aquél, no puede negarse la sustancial corroboración de su testimonio por datos que la sentencia expone con abundancia. Es más, la operación a través de éste se conjuró policialmente mediante las conversaciones intervenidas preciosamente a, entre otros, el recurrente. La sentencia destaca la trascendencia de la intervención de una conversación entre este acusado y el Sr. Carlos Antonio (30 de julio de 2015) que llevaron a constatar los contactos de este recurrente con el acusado D. Romulo y la contratación de D. Segundo . Lo que hizo posible posteriores seguimientos policiales y la detención final.



De esta suerte el relato que la sentencia recurrida lleva a cabo se muestra corolario de los datos percibidos de manera directa por tales medios, declaraciones testificales y documentación de grabaciones, porque entre éstas aportaciones probatorias directas y las inferencias existe una vinculación acomodada a lógica y experiencia, que dota a la retórica de la sentencia de la exigible coherencia, confiriendo a la convicción subjetiva de los juzgadores la calidad de certeza objetiva.

El motivo primero pues se rechaza.

5. La mal denominada «agravante» en el recurso constituye en realidad un tipo delictivo autónomo. El previsto y penado en el artículo 570 ter .1 b).

Con acierto dice la sentencia en el fundamento jurídico decimo-noveno que el acusado se concertó con otros coacusados para grupalmente llevar a cabo las actividades de importación de droga desde el extranjero a España. Identifica como principales responsables a este recurrente y a D. Romulo . Pero añaden a los agrupados a aquellos que, con menos protagonismo, pero solidario compromiso, asumen el porteo desde el extranjero en calidad de *muleros*.

En relación al tipo de grupo criminal tipificado en el citado artículo 570 ter del Código Penal hemos expuesto recientemente la doctrina jurisprudencial al respecto, en la STS 15/1018 de 16 de enero . En particular diferenciando tal tipo penal autónomo de la mera codelinquencia referida a tipos penales concretos.

Allí indicamos los motivos del legislador para acudir a la creación de figuras autónomas de organización o mero grupo criminales. Entre ellos cumplir 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.

Advertíamos de la necesidad de 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 ley, diferenciado del concepto organización, denomina grupos criminales, 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.

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 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 concurren 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.

Pero precisamente en esa jurisprudencia, detalladamente examinada en la STS de referencia, se advierte de que, una vez determinada la diferencia entre organización y grupo criminal, **habrá que distinguir, entonces el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia**.

La STS 309/2013 nos dice que: «*la codelinquencia 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.

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 codeinuencia, 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».

Aún cabe añadir, estimamos, alguna otra nota para diferenciar el grupo de la codeinuencia. El término **grupo**, según el diccionario RAE que establece cual debe ser el significado que cabe atribuir entre los castellano-hablantes a los términos que se utilizan al comunicarse, denota siempre que se comparte por los agrupados unas mismas características, y una **conjunción** en su actuar (tocar música o militarmente) de suerte que la expresión «actuar en grupo» significa según el diccionario que algo se hace **con** (no «por») varias personas o **entre** varias personas.

Esa idea de conjunción - *unión* dice el artículo 570 ter- aunque sea compatible con la ausencia de estabilidad o jerarquía y diversidad funcional entre los integrantes, requiere que la participación de los agrupados se constituya con la finalidad de «perpetrar de manera concertada» plurales delitos. De tal suerte que no es solamente esta pluralidad de delitos lo que marca la diferencia con la mera codeinuencia. Ésta se satisface por *participar en el delito*. El grupo exige, además, que **se participe del agrupamiento**. Por ello la reiterada codeinuencia en plurales delitos no implica que esos codeinuentes se integren en el grupo. Y no participa en el grupo quien es ajeno a las decisiones del mismo. Y, por ello, también a las resultas de la actuación concertada del grupo. Ajenidad que no se excluye por más que la participación como ajeno al grupo sea esperada y efectiva **en plurales ocasiones. Porque ello no conlleva necesariamente integración** en el grupo.

De ahí que, no siendo dudosa la integración de este recurrente en el grupo con los coacusados, que iremos indicando al responder a sendos recursos, tampoco podemos admitir que el grupo estaba integrado por todos los que como tales se indica en la sentencia de instancia.

El motivo se rechaza.

Recurso de D. Romulo

TERCERO.- 1. Formula este penado la primera impugnación al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente, e infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Alega que la cantidad ocupada en su casa, que es poca -10,71 gramos de heroína-, no justifica que se le tildе de responsable de la distribución porque nada ha recibido y por lo tanto nada pudo distribuir. Por lo que, a lo sumo, sería un caso de tentativa, ya que no es un hecho consumado, alegato sobre el que volveremos en el siguiente motivo. Y, protesta, de los 865 gramos ocupados ninguno de ellos pasó por sus manos.

Por otra parte alega que solo se trata con D. Jose Ramón y no conoce a nadie más de los acusados por lo que no puede acusársele de pertenecer a un grupo criminal.

Minimiza la trascendencia de las conversaciones grabadas porque, oídas en su literalidad, son conversaciones normales que no les incrimina en ningún caso y, en fin, tampoco se considera probado ningún acto de distribución de droga concreto.

Concluye así que no existe prueba de contenido incriminatorio suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, ni la prueba ha sido racionalmente valorada por la sentencia impugnada. De tal suerte que, tal como se reiterará en el otro motivo, no concurren los requisitos de tipo del delito contra la salud pública, del artículo 368 del Código Penal, ni, sobre todo, de la agravante del artículo 369.5º del mismo texto, de notoria importancia, por los que el recurrente ha sido condenado.



2. A los efectos de constatar los presupuestos y contenido exigido por la garantía constitucional invocada, a la luz de la doctrina que dejamos expuesta con ocasión del recurso del anterior penado, observamos la justificación que hace la sentencia de instancia de su relato de lo probado.

En fundamento jurídico noveno recuerda que fundamentalmente, su implicación se infiere del contenido de diversas conversaciones telefónicas que inequívocamente han de llevar a la conclusión de que participa activamente y al mismo nivel de la sustancia que fuere introducida por el coacusado D. Jose Ramón a través de los correos D. Calixto y D. Segundo . Y expone como inequívocamente indiciario al respecto la conversación con el anterior recurrente hablando precisamente de las dificultades que suscita ese modo de introducir la droga en España utilizando a personas como «correos humanos». (12 de mayo de 2015 -folios 448 a 455-) o bien hablan de las características de la sustancia traficada (30 de mayo de 2015) y D. Jose Ramón le dice que le quiere comentar lo que queda «antes de que vaya a suministrar lo último que tiene» (4 de junio de 2015) o del precio de la que se puede obtener en Suecia (ibídem) o hablan del problema al respecto que este recurrente transmite el suministrador en Holanda (2 de julio).

Además de otros múltiples textos, destaca el dato corroborante que desvanece toda duda sobre el significado del lenguaje críptico: los contactos entre el anterior penado y éste (folios 920 a 922) en relación con la contratación de D. Segundo luego detenido porteando la droga, el 19 de septiembre de 2015.

Sin necesidad de acudir a doctrinas como la denominada «caso Murray», a que se hace extensa alusión en la recurrida, y menos si es sesgadamente interpretada, lo cierto es que la fuerte vinculación entre los datos que suministran las conversaciones, corroboradas por el dato de la detención del coacusado D. Segundo , y la conclusión de que todas las operaciones a que atañen las conversaciones grabadas, derivan de cánones de lógica y experiencia que permiten a la vez afirmar la integración del recurrente en el grupo citado y la decisión por este grupo como tal en relación con las importaciones de droga, incluyendo el método seguido al efecto y las adquisiciones foráneas.

Por ello el motivo se rechaza.

CUARTO.- 1. El segundo motivo casacional se formaliza por infracción de ley del artículo 849.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal . También se articula por vulneración del precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se vienen a formular tres quejas de las que la primera reclama una calificación de los hechos como constitutivos de mera tentativa alegando que el recurrente no tuvo disponibilidad efectiva de la sustancia de notoria importancia intervenida, no quedando por tanto sustancia sujeta a la voluntad del mismo e invocando la jurisprudencia que excepcionalmente admite tal imperfecta ejecución del tipo del artículo 368 del Código Penal .

La tesis no puede ser acogida ya que distorsiona el relato del hecho probado., lo que no cabe al amparo del cauce casacional elegido y aquella contradice además las conclusiones del anterior motivo en el que rechazamos esa pretensión de modificar la premisa fáctica de la sentencia. Conforme deriva de ésta, el recurrente interviene en el procedimiento de adquisición y transporte de la droga desde el primer momento, precisamente como integrado en el grupo criminal que forma con D. Jose Ramón y los demás coacusados a los que nos referiremos a continuación.

Como dijimos en nuestra STS nº 746/2015 de 17 de noviembre : la imperfección ejecutiva en este tipo de delitos se admite en limitadas hipótesis de excepción (895/2008 de 16 de diciembre) como en el caso de las actuaciones complejas a través de las cuales se introduce la droga, procedente del extranjero, en territorio español, cual es el caso que aquí juzgamos. Pero, para admitir la mera tentativa, cuando uno o varios de los plurales sujetos, que llevan a cabo aquellas actuaciones, limitan su participación al tiempo en que la droga ya se encuentra en territorio español, para que su comportamiento no constituya una modalidad consumada del delito se requiere constatar que: **a)** no realizó otros actos anteriores respecto a la introducción de la droga en territorio español; **b)** no es el destinatario al que aquella droga va dirigida y **c)** la intervención policial que, controla el momento de la introducción de la droga, aborta la total operación, e impide que se llegue a disponer efectivamente de la misma.

Entre otras, cabe citar en tal sentido nuestras sentencias nº 1233/2002 de 3 de noviembre y las números 1.110/2004 de 5 de octubre , 835/2001, de 12 de mayo , 405/1997 de 26 de marzo y 1.673/2003, de 2 de diciembre). Doctrina que debe considerarse ya como consolidada.

En definitiva cabe estimar excepcionalmente la tentativa si el sujeto partícipe actúa: **1º) Sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero. 2º) Sin ser el destinatario de la mercancía. 3º) Sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas.**



En el caso que juzgamos por razón de este recurso no concurre ninguna de esas excepcionales circunstancias.

El motivo se rechaza.

2. En segundo lugar solicita que la calificación del tipo penal sea la del apartado segundo del artículo 368 del Código Penal al estimar que la droga que se le interviene es de escasa cuantía.

La misma razón del rechazo del anterior motivo acarrea la de éste ya que la droga cuyo tráfico se le imputa en los hechos que se declaran probados excede con mucho de la que se le interviene.

3.- Finalmente solicita el recurrente que se le excluya la imputación de integración en grupo criminal. Entiende que se ha infringido el artículo 570 bis al no concurrir los presupuestos de ese tipo penal.

En realidad cita erróneamente tal precepto ya que la sentencia excluye que su integración sea en una organización criminal, siquiera por atenerse a exigencias del acusatorio pues la imputación de la acusación insta la aplicación del artículo 570 ter 1. b).

Y al respecto reiteramos aquí cuanto dijimos sobre las circunstancias requeridas para estimar concurrente esta infracción penal. El hecho declarado probado atribuye a este coacusado concertarse con D. Jose Ramón para de manera reiterada y en unión de otros coacusados, procurar la obtención del suministro de droga y, acudiendo a personas «muleras» o «correos humanos» lograr su introducción en territorio español con la finalidad de, posteriormente convenir con otras personas, ya terceras, la venta de aquella droga que éstas terceras personas dedican al tráfico interno.

El motivo se rechaza.

Recurso de D^a Lina

QUINTO.- 1. Esta penada formula como cuestión previa el primero de los motivos por el que viene a denunciar la que estima concurrente nulidad de las intervenciones telefónicas. Funda la tacha en la ausencia de prueba de su implicación en la red criminal como acredita que en las intervenciones solamente una llamada se refiere a una entrega de dinero y ni esa resulta de segura atribución a la recurrente. Manifiesta que las prórrogas de la intervención se deciden de manera automática pese a mantenerse la ausencia de toda relación con los hechos.

2. Con tan escueto discurso trae ante nosotros un debate que la sentencia de instancia resuelve de manera detenida y con prolijo argumentario, frente a lo que la recurrente ni siquiera se molesta en identificar la resolución autorizante de las intervenciones que estima infundada.

Basta pues dar aquí por reproducido lo que la sentencia de instancia expone al respecto con la advertencia de que el motivo que examinamos no aporta contraargumento alguno, más allá de una genérica alusión a ausencia de motivos para la decisión jurisdiccional de intervención. A lo que solamente añadiremos una remisión a lo que se expondrá al estudiar igual queja más seriamente formulada por otros coacusados.

SEXTO.- 1. El otro motivo de la recurrente alega infracción del artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Alega que del hecho probado no puede colegirse actividad delictiva no existiendo prueba de su supuesta labor de enlace entre los anteriores penados recurrentes D. Jose Ramón y D. Romulo.

En relación a la guarda de la droga que se le interviene en el domicilio compartido con D. Romulo -su compañero sentimental- señala que bien podría haber sido guardada por este mismo, puesto que dormían indistintamente juntos o por separado en ambos dormitorios. Por otra parte su colaboración en dicho registro sin oponer objeción alguna revelaría la ausencia de cualquier concierto en que interviniera respecto del plan orquestado por D. Romulo y sus adláteres.

En todo caso valora su contribución como, a lo sumo, constitutiva de mera complicidad ya que se limitó a una mera intermediación o favorecimiento de la conducta típica de su compañero sentimental, sin dominio funcional del hecho y en meramente ocasional ya que pese a la prolongada vigilancia solamente se detecta una conversación suya con D. Jose Ramón.

2. La sentencia de instancia proclama su integración en el grupo criminal. Pero las razones dadas -fundamento jurídico octavo- no aparecen suficientemente sólidas. Excluye la misma sentencia que el dato de ser pareja del anterior penado sea indicio que permita inferir aquella integración. Sí valora como incontrovertible el hallazgo de los 10,71 gramos de heroína en su domicilio, pero el elemento esencial para la imputación lo sitúa la recurrida en las conversaciones entre D. Jose Ramón y D. Romulo que fueron intervenidas. Y de ellas infiere que esta recurrente era consciente de las actividades de aquéllos. Y, siendo ello lo determinante de la imputación, colaboraba sirviendo de enlace en el desarrollo de las mismas.



Sin embargo el examen de los textos transcritos de tales conversaciones que la sentencia selecciona no justifican otra atribución de colaboración que la limitada a alguna concreta operación de tráfico, sin integración como miembro unida al grupo criminal sino como episódica colaboración externa al mismo, es decir, ajena a su diseño de estrategia criminal o participación en sus resultados.

Así en la conversación entre D. Jose Ramón y D. Romulo de 12 de enero de 2015, la sentencia narra frases de las que predica que en ellas se insertan «lo que *parecen* referencias claras a Lina » expresión alejada de la certeza que reclama la garantía de presunción de inocencia. Es en la conversación del 4 de junio de 2015 donde la sentencia identifica como evidencias las menciones a esta recurrente que D. Jose Ramón le pregunte a D. Romulo si su secretaria (que ha de entenderse lógicamente es la recurrente en ausencia de toda posible identificada como tal) **todavía tiene el Real Madrid** en alusión al color de la sustancia tóxica, ya que es la única que da sentido a esa expresión en tal contexto. La respuesta de D. Romulo : **tú dime y yo la llamo**, y luego vas tú a buscarlo es una corroboración de que la recurrente participa al menos en esa operación de tráfico de droga, tanto más si, a continuación, fijan circunstancias para tal entrega. A tales conversaciones se unirían otras que la sentencia cita.

Ahora bien, es la propia sentencia de instancia la que desvincula a esta recurrente de otras operaciones de tráfico del grupo, de tal suerte que expresamente la excluye su intervención en la que atañe al correo D. Segundo .

Así pues, lo escueto del discurso de la sentencia recurrida debería haber llevado a excluir también la integración en el grupo criminal. Pero en ningún caso deja sin aval retórico la conclusión probatoria de que esta recurrente colaboró facilitándolas otras operaciones de entrega de droga tóxica con actos que van mucho más allá de los que la jurisprudencia considera excepcionales supuestos que no van más allá de la complicidad y que el motivo enumera al citar esa jurisprudencia.

El motivo se estima pues parcialmente.

Recurso de D. Remigio

SÉPTIMO.- 1. El primero de los motivos denuncia lo que estima infracción constitucional, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación al artículo 18.3º de la Constitución por un lado porque la autorización judicial de intervenir las conversaciones telefónicas no satisface el canon de exigencias constitucionales y por no haber existido eficaz **control judicial** sobre la intervención de comunicaciones telefónicas, prolongada en el tiempo innecesariamente, siendo la fuerza policial la que realmente dirigió la investigación.

Esa ausencia de control se pone en evidencia porque, según el recurrente, **previamente a la petición de intervención judicial** de las telecomunicaciones ya la policía actuante había intervenido las comunicaciones y así con fecha de 16 de enero de 2.015 y antes de la autorización de las comunicaciones de D. Jose Ramón se incluye la frase: « tras diversas intervenciones telefónicas » (pág. 77 de las actuaciones). De lo anterior se desprende que esas intervenciones telefónicas son anteriores a la autorización judicial concedida el 19 de enero de 2.015.

2. La sentencia de instancia ha expuesto de manera prolija cual fue el conjunto de elementos de que dispuso el juzgado instructor al ordenar la inicial intervención de comunicaciones en el seno de la causa de que procede la resolución objeto de este recurso.

El oficio policial que suministró información al juez instructor pudo comunicarle las actuaciones que ya habían tenido lugar a raíz de la actuación de D. Jose Ramón en relación al correo D. Calixto en octubre de 2014. La investigación policial, de la que da cuenta la sentencia (fundamento jurídico tercero) y dejamos expuesta al examinar el recurso de D. Jose Ramón , no dejaba lugar ya a dudas sobre su protagonismo en actos de importación de droga desde el extranjero, sin obstáculos para identificarle como la persona identificada como « Bola » por el correo. Se disponía pues de datos objetivos que permitían inferir como mucho más que posible la comisión de un grave delito del que el sujeto investigado aparecía como más que sospechoso.

Desde luego la alusión a intervenciones telefónicas ya efectuadas no implicaba en modo alguno, no ya que éstas no fueran practicadas bajo autorización y control judicial, por más que en otra causa, sino que ni siquiera tales datos así obtenidos eran los relevantes para en la causa que nos ocupa llevar a cabo la intervención policialmente sugerida y judicialmente ordenada en 19 de enero de 2015.

Es difícil encontrar un elenco de datos y argumentos que satisfagan con tanto exceso el que la jurisprudencia ha ido exigiendo para la declaración de legitimidad de una limitación al secreto de las comunicaciones como el que la sentencia recurrida expone en este caso.

El motivo se rechaza.



OCTAVO.- 1. El segundo de los motivos se formula al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denunciando supuesta aplicación indebida del artículo 570 ter 1.b del Código Penal .

Se alega que no existe organización criminal, ni existe estructura orgánica dedicada al tráfico de drogas, más allá de la simple e individual relación entre proveedor y distribuidor. Alude a lo que denomina una mera relación «comercial» ilícita, en el curso de la cual el recurrente es dueño de una parte de la droga, porque así la adquiere, y lo que hace con ella, lo determina él sin que haya acuerdo o concierto con otros, ni órdenes al respecto. Así afirma que siguiendo el relato de hechos probados, no parece absurdo ni ilógico entender que la relación puntual con otros coacusados se limita a la compraventa ilícita, sin recibir instrucción alguna, es decir, y esto es lo relevante, actúa de forma autónoma e independiente, y no combinada como se sostiene. No hay dependencia, ni interdependencia.

Nada se dice sobre la supuesta participación o distribución de beneficios en esa supuesta sociedad

2. Sin cuestionar el relato de hechos probados, como exige el cauce casacional elegido y admite el recurrente, convenimos con el mismo en que, efectivamente, del relato de la sentencia no derivan aquellos componentes que expusimos en el fundamento jurídico segundo apartado 5 anterior y que autoricen a declarar que este acusado se integró en el grupo conformado por D. Jose Ramón y D. Romulo con otros coacusados a los que aludiremos al examinar sus sendos recursos.

La sentencia de instancia predica de este acusado su dedicación habitual al tráfico de sustancias tóxicas - fundamento jurídico undécimo- pero su integración en el grupo de D. Jose Ramón , más allá de frecuentar con éste la entrega entre ellos de droga, la infiere de una conversación -23 de septiembre de 2015- en la que no interviene sino que un coacusado (« Chillon », es decir D. Juan Pedro) se refiere a él como persona que le ofrecía mercancía que estaba a punto de recibir, pero a la que se habían llevado además de ocuparle algo en su casa (al recurrente se le detuvo el día 20 de septiembre) y se le ocupó heroína -292 gr al 1,58%- en su casa de lo que infiere la sentencia recurrida que este penado estaba comprometido con el grupo en participar de la operación de importación de 858 gramos de heroína a través de D. Segundo . Eso sí como uno de los adquirentes, pero no como partícipe en las decisiones y beneficios de tal operación.

En esa concreta medida se estima el motivo.

NOVENO.- 1. El tercero de los motivos se formula también al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 369.5º del código penal (subtipo agravado de «notoria importancia»).

Parte de que, en relación a la importación de D. Segundo , es evidente que sí había partes diferenciadas y que la mayor de las cuotas atribuible a cada acusado (una parte alícuota para cada uno), no supera el límite de 300 gramos puros de heroína. Por lo que no siendo admisible que en derecho penal se introduzca el criterio de «solidaridad» en la responsabilidad penal, dado que la compraventa, que resulta de la declaración del hecho probado, es por cuotas de modo que cada uno comprará una parte, ninguna de estas llegará a superar la barrera de la notoria importancia.

2. El error del recurrente es evidente. Parte de que los receptores son D. Jose Ramón y D. Romulo , además de D. Juan Pedro a los que él se suma como comprador de sólo una parte alícuota. Pero no puede desconocer que aquellos receptores intervienen en una inicial operación atribuible al grupo criminal. Y el recurrente interviene ya en una segunda en la que el grupo le transmite a él. Pues bien eso implica que la cuantía de lo transmitido cualifica tanto al transmitente -grupo- como al adquirente. Pero es que, en todo caso, ese previo compromiso para la ulterior adquisición, le convierte ya en partícipe de la inicial importación pues aquel compromiso *ex ante favorece* sin duda la importación.

Por ello es clara la corrección de computar las diversas partidas de heroína relacionadas con el recurrente que, sin duda, suponen superar el límite de la cuantía considerada de notoria importancia cuando se trata de heroína. Así resulta correcta la tipificación de su comportamiento dentro del artículo 369.5 del Código Penal .

El motivo se rechaza.

Recurso de D. Carlos Antonio

DÉCIMO.- Formula el primero de los motivos denunciando vulneración de los derechos a obtener la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española , así como infracción y aplicación indebida de los artículos 368 y 369.5º del Código Penal .

1. En primer lugar, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la infracción del derecho a la **presunción de inocencia** .



Alega que la sentencia de instancia declara probado que en la entrada y registro en el domicilio del acusado D. Carlos Antonio , sito en CALLE004 n° NUM009 , NUM001 NUM002 , de Las Palmas de Gran Canaria, se le incautaron 42,55 gramos de heroína con una riqueza del 3,10 pero, además, se le atribuye que iba a distribuir por cuenta de D. Jose Ramón la droga intervenida a los dos correos D. Segundo y D. Calixto .

Funda la denuncia en que solamente cabe estimar la existencia de prueba respeto de la droga ocupada en su domicilio, pero no lo demás imputado. Y la cantidad de aquélla, que no puede descartarse dedicada al propio consumo, en ningún caso, alcanza la que merece la calificación de notoria importancia.

Y es que respecto de los demás hechos, frente a la descripción que la sentencia hace de la participación de los coacusados, respecto del recurrente, dice éste, aquella *ni razona suficientemente en sus hechos que funciones y papeles desempeñaba el mismo, ni los datos probatorios de los que la sentencia pretende deducir la participación*. Y aún añade que: *tampoco se considera probado ningún acto de distribución de droga concreto por parte de mi representado, y las actuaciones no acreditan acto alguno de distribución*

Por eso también invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del derecho a un procedimiento con todas las garantías y el derecho a un juicio con todas las garantías (proceso debido), al amparo de lo establecido en el artículo 24.1 y 2, en relación con el artículo 9.3, ambos de la Constitución Española , por falta de la exigencia de motivación de la sentencia de instancia.

2. Sin embargo, la protesta sobre inconsistencia de argumentos probatorios de la sentencia recurrida no se compadece con el discurso de ésta cuando describe su papel como distribuidor, al menos, de la droga que le facilita D. Jose Ramón . Así la conversación grabada el 6 de abril, como más tarde las de 20 y 29 de mayo de 2015, alude a una entrega de éste a aquél («camisas del Real Madrid») razonablemente interpretadas en la sentencia recurrida como cantidad de cocaína y también de heroína (bajo el críptico término de camisas también pero del Barcelona). Otras conversaciones -como la sostenida con su novia D^a Coral - permiten inferir razonablemente que éste transmite droga a un tercero.

Ahora bien, con los textos que maneja la sentencia recurrida no resulta ineludible desde la lógica inferir que la participación de este recurrente sea la de un traficante autónomo, aunque habitualmente se suministre de D. Jose Ramón , pero sin que ello implique integración en el grupo de éste. Por más que en alguna otra conversación revele datos que indican conocimiento de actividades de D. Jose Ramón al que se refiere, hablando con un tercero (« Jenaro ») como «ese tío». Por ello predicar que actúa «por cuenta» de D. Jose Ramón requería algún otro elemento que no hiciera de tal conclusión una hipótesis excesivamente abierta que priva a la misma de la certeza objetiva propia de una inferencia cuya coherencia con la premisa habría de mostrarse más sólida e inequívoca.

En esa medida de excluir al recurrente de aquellos que se integraron en el grupo, estimamos este motivo.

3. También se formaliza y articula con los mismos argumentos el motivo por infracción de la ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , concretamente por infracción del artículo 368 y 369.5° del Código Penal , dando por reproducidos todos los argumentos expuestos en el presente motivo, dado que no concurren los requisitos de tipo del delito contra la salud pública del artículo 368, ni de la agravante del 369.5° ambos del Código Penal , de notoria importancia, por los que el recurrente ha sido condenado.

Por las mismas razones expuestas en el fundamento jurídico octavo apartado 2, también debemos imputar a este recurrente su participación en la acción de tráfico de las partidas importadas por el acusado D. Jose Ramón ya que su anticipada disposición a adquirirla para ulterior distribución supone un acto de favorecimiento de la actividad del grupo importador por más que ese favorecimiento no alcance para tener por integrado en dicho grupo.

En este particular por tanto rechazamos el motivo.

UNDÉCIMO. - En el segundo de los motivos denuncia vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) Española), así como a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Pero ninguna exposición referida hace al caso juzgado -que no sea la cita del auto habilitante de intervención de aquéllas de fecha 19 de enero de 2015 y de los que acuerdan sucesivas prórrogas- diversa de la mera transcripción de párrafos múltiples sobre la doctrina jurisprudencial al respecto, que le lleva a una genérica afirmación de que el oficio policial que origina la decisión jurisdiccional carecía de los requisitos que tal doctrina exige.

Por ello nos remitimos a lo que ya dijimos en el fundamento jurídico sexto para reiterar que aquella actuación del juez de instrucción contó con avales hartos suficientes para estimar respetuosa con las exigencias derivadas de la invocada garantía constitucional del secreto de las comunicaciones.



DUODÉCIMO.- El tercero de los motivos recoge una triple pretensión de idéntico contenido a la formulada por el recurrente D. Romulo : **1º.-** Reclama una calificación de los hechos como constitutivos de mera tentativa alegando que el recurrente no tuvo disponibilidad efectiva de la sustancia de notoria importancia intervenida, no quedando por tanto sustancia sujeta a la voluntad del mismo: **2º.-** En segundo lugar solicita que la calificación del tipo penal sea la del apartado segundo del artículo 368 del Código Penal al estimar que la droga que se le interviene es de escasa cuantía. **3º.-** Finalmente solicita el recurrente que se le excluya la imputación de integración en grupo criminal.

Nos remitimos a lo que expusimos en el fundamento jurídico cuarto para rechazar la dicha igual pretensión del recurrente D. Romulo , en cuanto a los dos primeros submotivos. Incluido la no aplicación del subtipo atenuado dada la gravedad del hecho y las circunstancias del acusado. Aquélla por la reiteración de actos de tráfico. Éstas por la disposición del sujeto a dicha reiteración.

Sin embargo, debemos estimar en este recurrente su pretensión de ser excluido como integrante del grupo criminal. Y ello porque, como dejamos expuesto en el fundamento jurídico noveno apartado 2 falta la base fáctica que acredita su integración en el grupo conformado por otros coacusados.

Recurso de D. Juan Pedro

DECIMOTERCERO.- 1. Al amparo del nº 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se alega que fue infringido el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en su vertiente de prohibición de indefensión y derecho de defensa al haberse dictado sentencia en virtud de una autorización de escucha telefónica contraria a la Constitución en relación con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La argumentación no difiere de la expuesta por otros recurrentes y por ello la rechazamos remitiéndonos a lo que expusimos al dar respuesta a idénticas impugnaciones en los fundamentos jurídicos anteriores.

DECIMOCUARTO.- 1.- Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia una supuesta infracción por aplicación indebida del artículo 368 parr. 1º del Código Penal.

Se reconoce que esta pretensión se funda en la previa estimación del motivo anterior: no existe prueba de cargo alguna contra D. Juan Pedro ya que la prueba incorporada es autos y practicada en el juicio oral es nula de pleno derecho y no existe prueba alguno de los delitos y así, al no existir actuación alguna delictual del recurrente, no puede existir delito contra la salud pública por este tráfico.

2. Por la misma razón, fracasado el motivo anterior, se rechaza éste.

DECIMOQUINTO.- 1. Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal también se alega que ha sido cometida infracción de ley penal por aplicación indebida del artículo 368 parr. 2º del Código Penal.

Ya que estima que es de aplicación lo que califica de atenuante específica de buena conducta de este parrafo.

2. Ni el artículo 368 del Código Penal recoge ninguna atenuante, sino que configura un subtipo atenuado, ni, desde luego, hace referencia al estándar de «buena conducta» como su fundamento.

Estima el recurrente que los presupuestos de tal subtipo pueden no concurrir en su totalidad. Bastaría a su entender con la concurrencia de determinadas circunstancias personales del autor. Y entre ellas las citadas en alguna STS: la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su situación económica, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

Ahora bien a lo que no llega el motivo es a justificar cuáles de éstas concurren en este caso de manera que justifiquen la tipificación atenuada que postula. Es tal indeterminación suficiente para justificar la desestimación del motivo.

DECIMOSEXTO.- 1. Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; infracción por aplicación indebida artículo 22.8 del Código Penal.

No es de aplicación la agravante de reincidencia de la norma según explica el último parrafo del apartado vigésimo de los fundamentos de derecho de la recurrida al decir: «No concurre en cambio dicha agravante interesada por el Fiscal respecto del acusado D. Juan Pedro ».

2.- Tal motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal

Y hemos de estimarlo recogiendo lo que la misma recurrida razona: *a tenor de su hoja historico penal obrante a folios 1599 y 1600, correlacionada con la nota de condena unida al Rollo de Sala en los folios 201 a 203, a instancia de la proposición de dicha prueba por el Fiscal, la condena de un año y ocho meses de prisión que le fuere impuesta por delito contra la salud pública en sentencia de 9 de febrero de 2011, firme el 28 de marzo de*



2011, la extinguió el mismo 9 de febrero de 2011 porque ya tenía la pena cumplida como preventivo, de lo cual se colige que el plazo de tres años de cancelación de antecedentes se cumplió el 9 de febrero de 2014, antes de los hechos delictivos que se le imputan en esta causa.

Recurso de D. Segundo

DECIMOSÉPTIMO.- 1. Formula el primero de los motivos al amparo del n° 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en su vertiente de prohibición de indefensión y derecho de defensa al haberse dictado sentencia en virtud de una autorización de escucha telefónica contraria a la Constitución en relación con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Alega, junto a una prolija cita de párrafos de doctrina jurisprudencial bien conocida, que la sentencia admite como prueba el resultado de la intervención telefónica cuando se había realizado previamente ésta sin autorización judicial, argumentado que, con fecha de 16 de enero del 2015, antes de la autorización judicial de las comunicaciones de D. José Ramón, en el oficio policial 101/2015 (página 77 de las actuaciones) se incluía la expresión «*tras diversas intervenciones telefónicas...*» que revelaba que esas intervenciones telefónicas son anteriores a la autorización judicial, concedida el 19 de enero de 2015.

Si esto es así, las pruebas derivadas de las escuchas ilegales -y alega que los son las que fundan la condena- son nulas de pleno derecho porque su primera concreción ha sido realizada contraviniendo los derechos fundamentales de D. José Ramón.

2. Por las mismas razones expuestas al rechazar motivos de otros recurrentes idénticos a éste, lo rechazamos remitiéndonos al fundamento jurídico sexto.

DECIMOCTAVO.-1. Formula el segundo de los motivos al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 368 del Código Penal.

Admite que este motivo es consecuencia del anterior porque, al no existir actuación alguna delictiva del recurrente (se entiende acreditada), no puede existir delito contra la salud pública.

2. En consecuencia con tal justificación, rechazado el anterior motivo, debe ser rechazado éste.

DECIMONOVENO.- 1. El tercero de los motivos se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente los artículos 368, 369.5°, 16, 62 y 70.2° del Código Penal. Se pretende que se estime que el delito imputado no ha superado la ejecución en grado de tentativa.

El presente motivo se interpone con carácter subsidiario para el caso de no declararse la libre absolución solicitada en el motivo primero y segundo, con la finalidad, se dice por el recurrente, de atenuar y rebajar la responsabilidad penal del recurrente.

Los hechos concurrirían en grado de tentativa conforme prevé el artículo 62 del Código Penal, constando en la causa que el recurrente era un mero «*correo humano*» que no tuvo disponibilidad efectiva de la sustancia intervenida, no quedando por tanto la misma sustancia sujeta a su voluntad.

2. Que otros integrantes del grupo contribuyeran con comportamientos específicos, como el de asumir la financiación de la operación, en absoluto excluye la contribución de este recurrente como libremente autodeterminada, en la medida penalmente suficiente para justificar su responsabilidad penal. En efecto, una cosa es que la sentencia proclame su ajenidad al grupo criminal y otra que su comportamiento no fuera vinculado a su libre y consciente voluntad.

Tal comportamiento constituye una actividad de transporte que llevó a cabo en largo trayecto durante el cual **disponía de lo transportado**, y que es suficiente para estimar que el tipo del artículo 368 del Código Penal se llegó a consumir con independencia de que se culminara o no la entrega al destinatario de lo transportado.

El motivo se rechaza.

VIGÉSIMO.- 1. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infracción de precepto legal afirmando no se aplicó debidamente el artículo 368 párrafo 2° del Código Penal.

Y advierte que lo interpone con carácter subsidiario para el caso de no declararse la libre absolución solicitada en el Motivo Primero y Segundo, con la finalidad de atenuar y rebajar la responsabilidad penal del recurrente.

Como argumentos expone que la heroína transportada por el recurrente no era de su propiedad sino de D. José Ramón, de suerte que *el hecho enjuiciado, que es el que se atribuye específicamente al recurrente, consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico realizada por un tercero, aun cuando a esta última actividad no le pueda ser aplicable la calificación de escasa entidad.*



2. Como hemos expuesto ante similares, que no iguales, pretensiones de otros coacusados, es claro que quien se presta a llevar a cabo una actividad de transporte de cantidad notoria desde el extranjero no puede considerarse persona que, a salvo datos específicos acreditados, sea de aquellas a las que el precepto invocado prevé una disminución por razón de las mismas de su responsabilidad. Tales circunstancias personales ni siquiera se alegan. La entidad del hecho, incluso prescindiendo de la cuantía de la droga, como es el de colaborar con un grupo criminal que se dedica a esa actividad, y hacerlo aportando un medio tan trascendente como la de portear la droga, tampoco puede considerarse de escasa entidad.

El motivo se rechaza.

Recurso de D. Torcuato

VIGESIMOPRIMERO.- 1. El primero de los motivos formulado por este penado denuncia también infracción de precepto constitucional conforme al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 24 de la Constitución.

En primer lugar (bajo la letra A del motivo), alega que se vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en los arts. 24.1 y 2, siquiera tan genérica invocación se concreta en relación con los artículos 9.3 y 18.3 de la Constitución, cuando se alega que ha sido vulnerada la seguridad jurídica así como el derecho al secreto de las comunicaciones

Al respecto se afirma, como anteriores recurrentes, que la medida se acordó habiéndose realizado previas intervenciones telefónicas sin autorización judicial, lo que justifica indicando que consta en las actuaciones el oficio 3.293/14 de la UDYCO, de fecha 20 de noviembre de 2014, y del mismo en relación con el oficio 101/2015, de 16 de enero, por el que se solicita a la Autoridad Judicial la intervención de una línea perteneciente al Sr. Jose Ramón (que obra en los folios 75 a 90) en el que se vuelve a hacer referencia a aquellas intervenciones telefónicas previas.

Toda la investigación del procedimiento posterior a la detención del Sr. Calixto (primer correo) gira en torno al resto de intervenciones telefónicas iniciadas a partir de aquella intervención del teléfono del Sr. Jose Ramón («El Jefe»).

2. Para el caso de que esta impugnación no fuera estimada, se añade (bajo la letra B del motivo) la alegación de vulneración de los artículos 24.1 y 2 de la Constitución en referencia concreta ya a la garantía de presunción de inocencia. Se afirma que se dan por probados hechos que en modo alguno pueden constituir una certeza, y por tanto una sentencia condenatoria: **a)** ni del delito de tráfico de drogas de notoria importancia, **b)** ni del delito de integración en grupo criminal.

En cuanto al tráfico agravado por notoria importancia, se está presumiendo que el Sr. Torcuato iba a distribuir la droga incautada a otro (D. Segundo) y que las sustancias incautadas en el registro de su domicilio, en modo alguno permite hablar de notoria importancia.

Sorprende además, esta interpretación, en perjuicio del recurrente, a la hora de aplicar el tipo agravado, cuando la propia sentencia en el fundamento de derecho décimo-octavo (si bien este fundamento se refiere al tipo delictivo de grupo criminal) se acoge a la STS 289/2014, de 8 de abril, la cual expresamente dice que «se opone a ello el principio de responsabilidad por el hecho propio, presupuesto del concepto mismo de culpabilidad. La integración en una estructura delictiva, ya sea la propia de una organización, ya la de un grupo criminal, no hace responsable al sujeto de todos y cada uno de los delitos cometidos. Aunque resulte una obviedad recordarlo, la pertenencia al grupo no es una forma de participación en el delito de otro. Es un delito autónomo que, una vez acreditado, no exige a la acusación de probar, conforme a las reglas generales, la autoría o participación en el resto de las infracciones que hayan sido cometidas por los demás integrantes de la estructura grupal que se ha puesto al servicio del delito».

Estima que no es suficiente la justificación de la pertenencia al grupo por el hecho de que le fueran intervenidas dos cápsulas de heroína «iguales» a las ocupadas a otro procesado. Y ello porque, dice, si retrocedemos unos párrafos en la Sentencia (Hecho Probado Segundo, 2º) nos encontramos con que la heroína aprehendida a D. Remigio tenía una pureza del 1,58%, frente a la pureza de 1,70% de la heroína intervenida a nuestro representado.

3. En lo que concierne a la licitud constitucional de la orden jurisdiccional de intervención de comunicaciones telefónicas nos remitimos a lo que ya expuesto al rechazar idénticas impugnaciones de otros acusados penados.

En cuanto a la integración de este penado en el grupo criminal la sentencia resalta como fundamento de la imputación que las conversaciones ponen de manifiesto la generalizada y habitual dedicación del acusado a la venta de sustancias estupefacientes (la de 10 de abril de 2015) y que hablando con el coacusado D.



Remigio hablan de que una sustancia está agotada pero queda de la otra, por lo que le pide al interlocutor que pida de la otra. Y se dice que semejantes temas aparecen en otras conversaciones (20 de abril y 20 y 21 de mayo de ese mismo año 2015). A ello añade el dato de que en su domicilio se halló y ocupó 20.21 gramos de heroína de 1.70 % de pureza y 28,66 gr de cocaína con pureza de 21,71%. A lo que ha de sumarse 441 gramos de sustancia de corte.

Pues bien, desde la perspectiva de la presunción de inocencia tal parquedad de datos no permite inferir ni que el acusado se integrara en el grupo criminal en el que estaba su interlocutor en las conversaciones grabadas, ni, por ello, su participación en la decisión de tal grupo para importar las cantidades ocupadas a los correos. Los datos constatados por prueba directa no acarrear, como coherente desde la lógica y la experiencia, concluir como excluyente lo que no es sino una mera posibilidad más entre las múltiples compatibles con tal premisa. En consecuencia, la convicción subjetiva del Tribunal de instancia no merece la aceptación como objetivamente cierta y asumible como correcta.

El motivo en este doble particular se estima.

VIGESIMOSEGUNDO.- 1. El recurso alega infracción de ley conforme al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 368, párrafo 1º en relación con el art. 369. 1. 5ª del Código Penal y por aplicación indebida del art. 570 ter 1 b) del Código Penal.

El presente motivo se interpone con carácter subsidiario a la libre absolución solicitada en el motivo primero, con la finalidad de que si no se declarase la libre absolución de nuestro representado, al menos se atenue y rebaje la responsabilidad penal del mismo, y ello desglosado como sigue:

A) Infracción de ley por aplicación indebida del artículo 368 párrafo 1º en relación con el artículo 369. 1. 5ª del Código Penal e inaplicación, en su caso, de los artículos 62 y 70.2º del Código Penal.

La notoria importancia, se dice por el recurrente, en el caso de la heroína se establece en 300 gramos de pureza, muy alejados de los 0,34 gramos de heroína puros que le fueron intervenidos al Sr. Torcuato .

B) Infracción de ley por aplicación indebida del artículo 570 ter 1 b) del Código Penal .

No se justifica tampoco cuáles son las funciones estables que el Sr. Torcuato tiene dentro del grupo, si se produce un reparto de beneficios o de que manera «trabaja directamente para D. Remigio », para considerar que se dan los más mínimos elementos del tipo penal previsto en el art. 570 ter 1 b) Código Penal .

2. El motivo se estima ya que la modificación del relato fáctico derivada de la parcial estimación del motivo anterior, ni permite tener al acusado por integrado en el grupo criminal, conforme a la doctrina que al respecto dejamos expuesta más arriba, ni, precisamente por ello, cabe imputarle al recurrente la actividad de tráfico que llevó a la sentencia de instancia a calificarlo de subtipo agravado por notoria importancia.

Recurso de D. Oscar

VIGESIMOTERCERO.- 1. El primero de los motivos alegados por este recurrente denuncia vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar garantizada en el artículo 18.2 de la Constitución Española .

Se refiere al auto de fecha 20 de septiembre de 2015, que no fue dictado por el juzgado que instruyó la causa sino por el que desempeñaba funciones de guardia. La protesta se funda en que el escrito de la policía de fecha 19 de septiembre de 2015 (F. 1071), se limita a relacionar el domicilio del Sr. Oscar , sin determinar en ningún momento cuál es su actuación o cuáles son sus contactos, a pesar de sus exhaustivas vigilancias y fotos.

Por ello en la resolución judicial subsiguiente falta la motivación de la resolución que, se dice, no es sino un modelo estereotipado, y falta de necesidad y proporcionalidad de la medida, en cuanto que no existen indicios ni sospechas, ya que no se alega nada para justificar un registro domiciliario.

2. Pero el propio recurrente añade que en el registro nada se encontró. Y la sentencia no utiliza ni un solo elemento de juicio relacionando con tal entrada.

Por ello la intrascendencia de la supuesta vulneración en la declaración de responsabilidad criminal imputada hace desestimable el motivo.

VIGESIMOCUARTO.- Un segundo motivo denuncia vulneración de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución . Afirma que desde la intervención de las comunicaciones de D. Jose Ramón todas las intervenciones de múltiples líneas telefónicas era meramente prospectivas.



Y nada cabe oponer al contenido de las citas de doctrina que hace el recurrente. Pero, como hemos dejado expuesto al rechazar igual queja de otros penados, las intervenciones se acomodaron a las exigencias que esa doctrina constitucional impone al respecto.

Así pues, con remisión a lo antes dicho, reiteramos ahora que no hay méritos para estimar que ha sido vulnerado el artículo 18.3 de la Constitución en ninguna de las intervenciones ordenadas y practicadas en esta causa de la que procede el presente recurso.

El motivo se rechaza.

VIGESIMOQUINTO.- En el tercero de los motivos se alega que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia al ser penado sin constancia de prueba suficiente para enervar aquélla.

Reconoce que se le intervino la comunicación desde su línea de teléfono solamente los días 27 y 28 de junio de 2015.

Pero es lo cierto que el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia da cuenta de que en la conversación intervenida asume gestionar con otro miembro del grupo criminal (D. Juan Pedro alias « Chillon ») el envío de droga y como atiende el requerimiento de su interlocutor para decirle «ok, ok» a la petición de este de indicar «montante y cantidad».

Esa gestión no implica de manera inequívoca la integración en el grupo si, como la propia sentencia admite, la intervención detectada denota subordinación respecto de los interlocutores e, incluso, la propia sentencia excluye atribuirle responsabilidad por tráfico de sustancia tóxica en cuantía de notoria importancia. Porque la nota de subordinación tiene una connotación equívoca, en la medida que la base fáctica desde la que se infiere bien puede conducir también a una actividad en la que, desde fuera del grupo, se solicita algo cuyo suministro depende de la voluntad de otro. Y es significativo que la propia sentencia de instancia no tipifique su comportamiento bajo el tipo agravado de notoria importancia como sería coherente con su integración en el grupo a cuyos miembros sí se les atribuye esa más grave tipicidad.

Por ello el motivo se estima en ese concreto particular de excluir tal integración en grupo criminal.

VIGESIMOSEXTO.- En el cuarto motivo se alega vulneración de precepto penal por estimar que no se debió calificar su comportamiento como constitutivo del delito del artículo 368 párrafo primero del Código Penal .

Pero, pese a acudir al cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo que hace el recurrente es refutar las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia. Y es que la pretensión de clarificar el críptico lenguaje de las conversaciones intervenidas como ajeno al tráfico de drogas por referirse a «ropa» no es acomodada ni a la más ingenua de las lógicas ni se cohonestaba con prueba alguna aportada al efecto. Y la actividad de tráfico es la única conclusión que cabe extraer de la fluida relación con quienes están integrados en el grupo criminal llegando a realizar algo tan relevante como es la facilitación de recursos humanos al facilitar el contacto con quien (D. Segundo) acabó siendo transportador como correo de la droga para dicho grupo.

El motivo se rechaza.

VIGESIMOSÉPTIMO.- El motivo siguiente dice ampararse en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pero no se indican documentos al respecto y, por otra parte, apenas añade discurso alguno que no sea decir que «da por reproducidos los argumentos anteriores».

Por ello basta que demos también por reproducidas las respuestas anteriores para rechazar este motivo.

VIGESIMOCTAVO.- Finalmente al amparo del artículo 851. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia quebrantamiento de forma porque, en su parecer, no se consigna clara y terminante los hechos que se declaran probados y, en concreto, no establece de forma clara, explícita y suficientemente pormenorizada la participación del Sr. Oscar . Aún añade que en el «factum» (sic) se contienen conceptos que implican predeterminación del fallo.

Ciertamente el apartado Tercero-10 de la declaración de hechos probados atribuye a este recurrente un solo acto: la «recluta» de D. Segundo para que éste realizara el transporte. Y tal hecho, aun prescindiendo del indebidamente añadido en la fundamentación jurídica, constituye base bastante para predicar el favorecimiento de tráfico de droga que podría incluso hacer merecer la aplicación del subtipo agravado, ya que va referido al transporte de los 865 gramos de heroína.

Tampoco se alcanza a entender cual sea la expresión a la que se refiere el recurso como de indebida utilización en sede de hechos probados, por lo que esa alegación ha de ser descartada.



VIGESIMONONO.- Las costas de los presentes recursos deben ser impuestas a quienes lo interpusieron siendo totalmente desestimados. Declarándose de oficio las derivadas de los recursos parcialmente estimados. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLO

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

Estimar parcialmente los recursos de casación formulados por los acusados **D. Remigio , D^a Lina , D. Carlos Antonio , D. Torcuato y D. Oscar** , contra la sentencia dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 17 de mayo de 2017 , **que casamos y anulamos parcialmente**, con declaración de oficio de las costas derivadas de esos recursos.

Desestimar los recursos de casación formulados contra la misma resolución de instancia por D. Jose Ramón , D. Romulo , D. Juan Pedro y D. Segundo a quienes imponemos el pago de las costas derivadas de los mismos.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: **10447/2017 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrado 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. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 14/16, seguida por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante del Sumario nº 6506/14, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 7, por delitos de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, contra **D. Calixto , D. Jose Ramón , D^a Lina , D. Romulo , D. Carlos Antonio , D. Remigio , D. Torcuato , D. Oscar , D. Segundo , y D. Juan Pedro** , nacidos el NUM012 de 1974, NUM011 de 1970, NUM017 de 1985, NUM016 de 1974, NUM018 de 1973, NUM014 de 1973, NUM015 de 1980, NUM020 de 1957, NUM013 de 1973 y NUM019 de 1986, hijo/a de D. Octavio , Ovidio , Porfirio , Raimundo , Mauricio , Gerardo , Rodolfo , Roque , Narciso y Ruperto y de Dña. Teodora , Trinidad , Agueda , Vanesa , Victoria , Visitacion , Ana , Zaira , Marí Juana y María Luisa , natural de BUDAPEST (HUNGRÍA), KOYAMA- SOMALIA, Las Palmas de Gran Canaria, ENUGU-NIGERIA, LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, EKWULOBIA (NIGERIA), FREETOWN (SIERRA LEONA), TARKWA (GHANA), ATIBIE (GHANA) y Warri - Nigeria, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de mayo de 2017 , que ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO



ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia con las siguientes modificaciones:

- 1.- No resulta acreditado que la acusada D^a Lina , se integrara en el grupo criminal conformado por otros coacusados.
- 2.- No resulta acreditado que el acusado D. Remigio , se integrara en el grupo criminal conformado por otros coacusados.
- 3.- No resulta acreditado que el acusado D. Carlos Antonio , se integrara en el grupo criminal conformado por otros coacusados.
- 4.- No resulta acreditado que el acusado D. Torcuato , se integrara en el grupo criminal conformado por otros coacusados así como tampoco que la droga tóxica objeto de su actividad de tráfico fuera en la cuantía de la que utilizaba el grupo criminal ni, por ello, de los 865 gramos porteados por el coacusado D. Segundo .
- 5.- No resulta acreditado que el acusado D. Oscar , se integrara en el grupo criminal conformado por otros coacusados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia salvo en lo que deriva de las modificaciones de hechos probados por cuya razón se establecen las siguientes modificaciones en dichas calificaciones jurídicas:

- 1.- No se considera que hayan cometido delito de integración en grupo criminal del artículo 570 ter 1 b) por el que venían acusados y condenados D^a Lina , D. Remigio , D. Carlos Antonio , D. Torcuato y D. Oscar .
- 2.- No se considera que el tipo penal que corresponde al comportamiento de D. Torcuato , sea el de traficar con cantidad de notoria importancia a que se refiere el artículo 569 5^a vigente al tiempo de los hechos, por lo que la pena impuesta a este acusado se fija en cuatro años de prisión y multa de 3.000 euros que no llega al duplo del valor de la droga que le fue ocupada según se establece en el hecho probado.

En lo demás ratificamos lo decidido en la sentencia de instancia incluida la distribución de la condena en costas que no ha sido objeto de impugnación.

Por ello

FALLO

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

Condenar a:

1º.- D. Calixto , como autor responsable de un **delito contra la salud publica** del art. 368 parrafo 1, de sustancia que causa grave daño a la salud -cocaína-, a las penas de **cuatro años de prisión y multa de 2.500 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes de multa, a razon de 1 día, por cada 83,3 euros de multa impagados, asi como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2º.- D. Jose Ramón , como autor responsable de un **delito contra la salud publica** del art. 368 parrafo 1 y 369.5ª, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la agravante de reincidencia, a las penas de **nueve años de prisión y multa de 550.000 euros**, asi como inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integracion en grupo criminal** del art. 570 ter 1. b) del CP , a la pena de un año de prisión, asi como inhabilitacion especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3º.- D^a Lina , como autora responsable de un **delito contra la salud publica** del art. 368 parrafo 1º, a la pena de **cuatro años de prisión y multa de 300 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria de 10 dias de prision, 1 por cada 30 de multa no abonados,asicomoinhabilitacionespecialparaelderechodesufragiopasivo durante el tiempo de la condena.

Y la **absolvemos** del **delito de integracion en grupo criminal** del art. 570 ter 1. b) del CP .



4º.- D. Romulo , como autor responsable de un **delito contra la salud pública** del art. 368 párrafo 1º y 369.5º, las penas de **siete años de prisión y multa de 400.000 euros**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal** del art. 570 ter 1. b) del CP , la pena de **un año de prisión**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

5º.- D. Carlos Antonio , como autor responsable de un **delito contra la salud pública** del art. 368 párrafo 1º y 369.5º, las penas de **siete años de prisión y multa de 208.451 euros**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y le **absolvemos** del **delito de integración en grupo criminal** del art. 570 ter 1. b) del CP .

6º.- D. Remigio , como autor responsable de un **delito contra la salud pública** del art. 368 párrafo 1º y 369.5º, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la agravante de reincidencia, a las penas de **ocho años de prisión y seis meses de prisión multa de 400.000 euros**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y le **absolvemos** del **delito de integración en grupo criminal** del art. 570 ter 1. b) del CP .

7º.- D. Torcuato (alias « Canoso » y « Sardina ») como autor responsable de un **delito contra la salud pública** del art. 368 párrafo 1º a las penas de **cuatro años de prisión y multa de 3.000 euros**, con responsabilidad personal subsidiaria de 10 días de prisión, 1 por cada 300 de multa no abonados, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

8º.- D. Oscar (alias « Pelosblancos »), como autor responsable de un **delito contra la salud pública** del art. 368 párrafo primero, las penas de **cuatro años de prisión y multa de 207.600 euros**, con una responsabilidad personal subsidiaria de 3 meses de prisión, 1 día por cada 2.306'66 euros de multa no abonados, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y le **absolvemos** del **delito de integración en grupo criminal** del art. 570 ter 1. b) del CP .

9º.- D. Segundo , como autor responsable de un **delito contra la salud pública** del art. 368 párrafo 1º y 369.5º a las penas de **seis años y un día de prisión y multa de 2.500 euros**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

10º.- D. Juan Pedro (alias « Chillon »), como autor responsable de un **delito contra la salud pública** del art. 368 párrafo 1º y 369.5º, sin la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la agravante de reincidencia, las penas de **siete años de prisión y multa de 400.000 euros**, así como inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y como autor responsable de un **delito de integración en grupo criminal** del art. 570 ter 1. b) del CP , la pena de **un años de prisión** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se ordena el comiso de las sustancias intervenidas a los acusados, la cuál habrá de ser destruida en las condiciones reglamentariamente previstas, así como el dinero que se les aprehendiera, y los útiles y demás instrumentos destinados a la preparación -balanzas, batidora, recortes-, a los que se dará su destino legal.

Se imponen las costas procesales causados en esta instancia a todos los acusados por partes iguales

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.