



Roj: **STS 3726/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3726**

Id Cendoj: **28079120012022100802**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2022**

Nº de Recurso: **3586/2020**

Nº de Resolución: **822/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1174/2020,**
STS 3726/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 822/2022

Fecha de sentencia: 18/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3586/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO, SECCIÓN SEGUNDA

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3586/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 822/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, **número 3586/2020**, interpuesto contra la sentencia núm. 48/2020 de fecha 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Segunda, en el Rollo de Sala núm. 52/2017, siendo parte recurrente:

D. Nicanor representado por el Procurador D. Ignacio López González bajo la dirección letrada de D. Benito González Fuente,

D. Oscar representado por el Procurador D. José Antonio Iglesias Castañón bajo la dirección letrada de D. Ramón Gamallo Toribio,

D. Raúl representado por la Procuradora D^a Marta María Barthe García bajo la dirección letrada de D. Daniel Alonso Prieto,

D. Roman representado por el Procurador D. José Ignacio de Noiega Arquer bajo la dirección letrada de D. Ricardo González Fernández y,

D. Salvador representado por el Procurador D. Ignacio López González bajo la dirección letrada de D. Benito González Fuente,

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo instruyó Procedimiento Abreviado número 101/2016, por delitos contra la salud pública, pertenencia a grupo criminal y tenencia ilícita de armas, contra Tomás , Nicanor , Oscar , Raúl , Roman , Salvador y otros; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, cuya Sección Segunda (Rollo P.A. núm. 52/2017) dictó Sentencia número 48/2017 en fecha 29 de enero de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Se declaran expresamente como tales: Que los acusados, todos ellos mayores de edad, son

1- Roman , (a) Patatero , con DNI nº NUM000 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia.

2- Juan Carlos , (a) Cerilla , con DNI nº NUM001 , sin antecedentes penales.

3- Oscar , con DNI nº NUM002 , con antecedentes penales susceptibles de cancelación.

4- Ambrosio , con DNI nº NUM003 , con antecedentes penales cancelados.

5- Raúl , con DNI nº NUM004 , con antecedentes penales (ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 09-03-05, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, como autor de un delito contra la salud pública a la pena de 6 años y un día de prisión), que dejó extinguida el 3 de marzo de 2013.

6- Nicanor , con DNI nº NUM005 , con antecedentes penales (ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 24-01-11, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 2^a, por delito contra la salud Pública, a la pena de 6 años y 1 día de prisión), que dejó extinguida el 27 de febrero de 2017.

7- Tomás , con DNI nº NUM006 , con antecedentes penales (ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 27-3-12, por delito contra la salud pública, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Ceuta, a la pena de 1 año y 4 meses de prisión), habiéndosele otorgado el beneficio de suspensión de la pena el 27-03-2012 por 2 años.

8- Salvador , con DNI nº NUM007 , sin antecedentes penales.

9- Bruno , (a) Birras , con DNI nº NUM008 , sin antecedentes penales computables.

10- Cosme , (a) Santo , con DNI nº NUM009 , sin antecedentes penales.

11- Dionisio , con DNI nº NUM010 , sin antecedentes penales.

12- Eleuterio , con NIE NUM011 , con antecedentes penales (ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 26-2-07, dictada por la Audiencia Nacional, sección 2^a, a la pena de 12 años de prisión).

Los siete primeros acusados referidos formaban parte de un conjunto de personas que se dedicaba a la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes.



Mientras que Roman y Juan Carlos integraban dicho colectivo en Asturias, Oscar, Ambrosio, Raúl y Nicanor, desempeñaban sus actividades ilícitas desde Galicia, representando la fuente de aprovisionamiento principal de sustancias estupefacientes, cocaína y hachís que luego se distribuían en Asturias.

Roman era la persona de mayor importancia dentro de los acusados asturianos, como tal, tomaba las decisiones principales sobre la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes, labores que realizaba en Oviedo, aunque también en zonas próximas, de hecho, disponía de una vivienda en Carraspietes, Mieres, donde tuvieron lugar los principales encuentros con los proveedores y la entrega de estupefacientes, gracias a su difícil acceso y vigilancia.

Juan Carlos era la persona de confianza del anterior y como tal, negociaba directamente con los distribuidores de estupefacientes bajo las órdenes de Roman. Además, se encargaba personalmente de realizar labores de distribución de drogas.

Salvador, afincado en Gijón, era uno de los destinatarios de las sustancias estupefacientes procedentes de Galicia, para su posterior distribución.

En escalones inferiores de importancia y actividad, se hallaban los acusados Carlos Manuel y Bruno, desempeñando labores de distribución al "menudeo" de hachís.

De entre los acusados radicados en Galicia, Oscar era la persona de mayor importancia, aludiendo de hecho, en ocasiones a él, el resto de los integrantes del grupo, como "Chato".

Además de la toma de decisiones, Oscar se involucró personalmente en las entregas realizadas a los acusados asturianos, viajando con las drogas al menos los días 10 de septiembre y 11 de octubre de 2015, para su entrega en Carraspietes.

Como persona de directa relación y confianza, Oscar contaba con Ambrosio, que participó en entregas de sustancias estupefacientes a los asturianos, en Carraspietes, los días 16 de julio, 10 de septiembre y 11 de octubre de 2015.

Raúl, se encargaba de contactar con "clientes" a los que suministrar sustancias estupefacientes, negociando las entregas de las mismas, además de realizar labores de distribución. También viajó el día 10 de septiembre a Carraspietes, desempeñando funciones de lanzadera, para asegurar la entrega efectiva de las sustancias.

Nicanor, asturiano, realizando labores de intermediación entre los dos, a través de Juan Carlos y también de Salvador, además de distribución directa de sustancias estupefacientes.

Tomás tenía asignadas en el grupo labores de transporte de las drogas a sus destinatarios finales.

Junto con las entregas de estupefacientes realizadas los días 16 de julio y 10 de septiembre de 2015, el día 11 de octubre, previas las correspondientes negociaciones, se desplazaron desde Galicia a Asturias Tomás y Oscar a bordo de un Saab 93, matrícula WGQ, llevando ocultos 7 paquetes de cocaína, mientras que Ambrosio y Nicanor lo hicieron en un Renault Megane, DE TP, a modo de lanzadera.

La cocaína estaba destinada a Roman, y un kilogramo a Salvador.

Una vez analizada, la sustancia resultó ser 1.002 gramos de cocaína, con una riqueza en cocaína base del 87,5%, valorada en 40.081,02 euros, 1001 gramos de cocaína, con una riqueza en cocaína base del 50,3%, valorada en 25.656,85 euros y 5.040 gramos de cocaína, con una riqueza en cocaína base del 69,3%, valorada en 177.977,54 euros.

Al margen del grupo referido, Roman mantenía contactos con otros acusados para la adquisición de sustancias por otras vías distintas, como fue el caso de los imputados Eleuterio y Dionisio.

Eleuterio proporcionó a Roman los contactos necesarios para la adquisición de hachís vía Madrid, localidad a la que ambos viajaron durante la investigación para adquirir drogas que luego trasladaron a Carraspietes, para su distribución.

Dionisio supuso otra de las opciones de adquisición de sustancias para Roman, manteniendo ambos contactos semanales, para concretar las condiciones de suministro, esencialmente de hachís, que el primero efectuó al segundo.

Una vez se concluyó parte de la investigación, el día 11 de octubre de 2015 se procedió a realizar entradas y registros en domicilios de los acusados.

En el domicilio de Juan Carlos, en CALLE000, Llanera, se hallaron 1.815 euros y 20 dólares, procedentes de su ilícita actividad, así como una navaja de muelle, un iPhone y entre otros efectos, todos ellos procedentes de las

ganancias obtenidas con el tráfico de drogas, una cámara de fotos Sony, una cámara de video, tablet Microsoft, ordenador portátil, cámara de fotos marca Canon, dos balanzas de precisión y una prensa hidráulica.

En la nave industrial de la localidad de Sueros, Mieres, utilizada por el mismo, se hallaron 59,54 gramos de cocaína, con una riqueza en cocaína base del 69,8%, valorada en 6.023 euros, así como las sustancias de corte siguientes: 616 gramos de lidocaína, valorada en 7.555,05 euros, 457 gramos de cafeína, 434 gramos de ácido bórico, 443 gramos de ácido bórico, 76,66 gramos de polvo blanco, 63,58 gramos de polvo blanco y 4,92 gramos de sustancia blanca, además de recortes circulares para la preparación de dosis.

A Roman le fueron ocupados, en el momento de su detención, 335 euros.

En el registro efectuado en la calle Oñón de Mieres, un vehículo Seat Córdoba, HZN , y en su vivienda de Carraspietes, Mieres, entre otros efectos, una envasadora al vacío, una báscula de precisión, dos terminales telefónicos y 750 euros en el interior del vehículo Audi A3 CMH , que disponía de un doble fondo o "caleta", 750 euros y diversos cartuchos de caza y metálicos con proyectil, además de diversas anotaciones contables, relativas al tráfico de drogas al que se dedicaba.

El día 11 de octubre de 2015, cuando se iba a proceder a su detención y la de Juan Carlos , ambos salieron de la vivienda de Carraspietes portando una bolsa que enterraron a unos 400 metros de la vivienda, en la que llevaban 245.900 euros, procedentes de la actividad del tráfico de drogas, así como una pistola semiautomática sin marca, ni número de identificación, calibre 6.35, en perfecto estado de funcionamiento, 6 teléfonos móviles, un hacha y anotaciones manuscritas relativas al tráfico de drogas.

Ambos acusados carecían de licencia de armas y guía de pertenencia para la tenencia del arma citada.

En el vehículo en que trataron de huir, un Ford Focus LZG , de Juan Carlos , se encontró una máquina de contar dinero.

A Salvador se le ocupó un teléfono móvil.

A Bruno le fueron ocupados 38,88 gramos de resina de cannabis, para su tráfico a terceras personas, valorado en 215 euros, así como un teléfono móvil y 70 euros.

A Cosme se le ocuparon 165 euros.

En el domicilio de Dionisio , en Monte Cerrao, Oviedo, se hallaron 2.500 euros procedentes de su ilícita actividad, así como 7 teléfonos móviles, una navaja, diversas anotaciones manuscritas relativas al tráfico de drogas, varias tarjetas SIM, 0,05 gramos de cocaína, con una riqueza del 52,9%, valorada en 3,83 euros, y dos trozos de hachís.

En el trastero propiedad de su padre, en CALLE001 , el acusado tenía oculto, en el interior de una lata de aceite, 486,45 gramos de hachís, además de una báscula de precisión y varios recortes circulares de plástico para preparar dosis.

El hachís ocupado habría alcanzado en el mercado ilícito, un valor de 2.690,06 euros.

A Raúl se le ocuparon 255 euros y dos teléfonos móviles, así como un papel manuscrito, con un número de teléfono y una placa de matrícula, asociada al nombre de Ambrosio .

A Ambrosio se le ocuparon, en el momento de la detención, 90 euros.

A Oscar , 545 euros y dos teléfonos móviles.

A Nicanor , 300 euros y dos teléfonos móviles.

Los acusados, para la realización de sus ilícitas actividades, se sirvieron de los vehículos siguientes, habitualmente utilizados por ellos pese a que su titularidad formal corresponda a un tercero:

Audi A3 CMH , utilizado por Roman , a nombre de Diana .

Ford Focus LZG , propiedad de Juan Carlos .

Saab WGQ , utilizado por Tomás , a nombre de Esther .

Renault Megane WRD , propiedad de Salvador .

Los acusados, tras ser detenidos, estuvieron en prisión provisional en las fechas que se indican para cada uno en el encabezamiento, encontrándose actualmente todos ellos en situación de libertad provisional.

En la fecha de los hechos, los acusados Eleuterio , Bruno , Dionisio , Roman , Juan Carlos , Salvador , Oscar , Ambrosio , Raúl , Nicanor y Tomás eran dependientes de sustancias estupefacientes".



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

1º No ha lugar a declarar la falta de competencia del Tribunal.

2º No ha lugar a la nulidad de las actuaciones.

3º Debemos condenar y condenamos, con su conformidad, a Bruno , ya circunstanciado, como autor de un delito contra la salud pública en su forma de sustancias que no causan grave daño a la salud, antes definido, con las atenuantes de dilaciones indebidas y de dependencia de estupefacientes, la pena de 2 años de prisión, a sustituir, conforme el artículo 88 del código Penal vigente a la fecha de los hechos, por multa a razón de 4 €/día, y multa de 430 euros, con 4 días de privación de libertad en caso de impago, y a que abone 1/22ava parte de la costas procesales.

4º Condenamos, con su conformidad, a Cosme , como autor de un delito contra la salud pública en su forma de sustancias que no ocasionan grave daño a la misma, concurriendo dilaciones indebidas, a la pena de 2 años de prisión, a sustituir por multa a razón de 4 €/día, y al pago de 1/22ava parte de las costas.

5º Condenamos, con su conformidad, a Dionisio , como autor de un delito contra la salud pública en su forma de sustancias que no causan grave daño, concurriendo circunstancias de dilaciones indebidas y toxicomanía, a la pena de 1 año y 2 meses de prisión, y multa de 2700 euros, con un día de privación de libertad por cada 100 euros no satisfechos, así como al pago de 1/22ava parte de las costas.

6º Condenamos, con su conformidad, a Eleuterio , como autor de un delito contra la salud pública en su forma de sustancias que no causan grave daño a la misma, concurriendo la agravante de reincidencia y la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 2 años de prisión, a sustituir por multa a razón de 4 €/día, y al pago de 1/22ava parte de las costas.

7º Condenamos a Roman , ya circunstanciado, como autor de un delito contra la salud pública, antes definido, en forma de sustancias que causan grave daño a la salud, en modalidad de notoria importancia, y en su forma de sustancias que no lo ocasionan, concurriendo las atenuantes de dilaciones indebidas y toxicomanía, a la pena de 5 años y 6 meses de prisión y multa de 200.000 euros. Como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, con dichas atenuantes, le condenamos a la pena de 5 meses de prisión. Y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, con las mismas atenuantes, le condenamos a la pena de 10 meses de prisión. Deberá satisfacer 3/22avas partes de las costas procesales.

8º Absolvemos libremente a Juan Carlos , ya circunstanciado, del delito de tenencia ilícita de armas por el que se le acusaba, declarando de oficio 1/22ava parte de las costas procesales.

9º Condenamos a Juan Carlos , como autor de un delito contra la salud pública, en forma de sustancias que causan grave daño a la salud, en modalidad de notoria importancia, y en su forma de sustancias que no lo ocasionan, concurriendo las atenuantes de dilaciones indebidas y toxicomanía, a la pena de 4 años y 9 meses de prisión y multa de 130.000 euros y como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, con dichas atenuantes, le condenamos a la pena de 3 meses de prisión debiendo abonar 1/11ava parte de las costas procesales.

10º Condenamos a Oscar , como a autor de un delito contra la salud pública, en forma de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud y modalidad de notoria importancia, con las atenuantes de dilaciones indebidas y drogodependencia, a la pena de 5 años y 6 meses de prisión y multa de 200.000 euros. Le condenamos como autor de pertenencia a grupo criminal, con dichas atenuantes, a la pena de 5 meses de prisión. Deberá pagar 1/11ava parte de las costas.

11º Condenamos a Ambrosio , como autor de un delito contra la salud pública, en forma de sustancias que causan grave daño a la misma y modalidad de notoria importancia, concurriendo las atenuantes de dilaciones indebidas y drogodependencia, a la pena de 4 años y 9 meses de prisión y multa de 130.000 euros. Como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, con dichas atenuantes, a la pena de 3 meses de prisión. Deberá satisfacer 1/11ava parte de las costas.

12º Condenamos a Raúl , como autor de un delito contra la salud pública, en forma de sustancias que causan grave daño a la misma y modalidad de notoria importancia, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia y las circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas y drogodependencia, a la pena de 6 años de prisión y multa de 200.000 euros. Como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, con las atenuantes de dilaciones y drogodependencia, le condenamos a la pena de 3 meses de prisión. Deberá satisfacer 1/11ava parte de las costas.

13º Condenamos a Nicanor , como autor de un delito contra la salud pública, en forma de tráfico de sustancias que causan grave daño a la misma y modalidad de notoria importancia, concurriendo la agravante



de reincidencia y las atenuantes de dilaciones indebidas y toxicomanía, a la pena de 6 años de prisión y multa de 200.000 euros. Como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, con las atenuantes de dilaciones y toxicomanía, le condenamos a la pena de 3 meses de prisión. Deberá pagar 1/11ava parte de las costas.

14º Condenamos a Tomás , como autor de un delito contra la salud pública, en forma de tráfico de sustancias que causan grave daño a la misma y modalidad de notoria importancia, concurriendo la agravante de reincidencia y las atenuantes de dilaciones indebidas y toxicomanía, a la pena de 5 años y 9 meses de prisión y multa de 200.000 euros. Como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, concurriendo las mismas atenuantes, le condenamos a la pena de 3 meses de prisión. Deberá abonar 1/11ava parte de las costas.

15º Absolvemos libremente a Salvador del delito de pertenencia a grupo criminal, declarando de oficio 1/22ava parte de las costas.

16º Condenamos a Salvador , como autor de un delito contra la salud pública, en forma de sustancias que causan grave daño a la misma, concurriendo las atenuantes de dilaciones indebidas y toxicomanía, a la pena de 2 años y 10 meses de prisión y multa de 18.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 180 días. Deberá pagar 1/22ava parte de las costas.

17º Las penas de prisión impuestas a los acusados conllevarán la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las respectivas condenas.

18º Se abonarán para el cumplimiento, si no lo hubiera sido en otras causas, los periodos de prisión provisional sufrida, por los acusados.

19º Se acuerda el comiso del dinero, droga y efectos intervenidos y la adjudicación definitiva de aquellos cuyo uso ha sido solicitado por el E.D.O.A., en particular los turismos Audi matrícula CMH , Ford Focus LZG y Saab WGQ . 20º Firme la presente, destrúyanse las muestras de reserva de los alijos de droga intervenidas.

21º Líbrese oficio a la Intervención de Armas y Explosivos de la Guardia Civil, junto con testimonio de la presente, a fin de que se dé cumplimiento a lo indicado en los anteriores fundamentos vigésimo tercero y vigésimo cuarto, conforme a lo indicado en el duodécimo".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Tomás , Nicanor , Oscar , Raúl , Roman y Salvador , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las partes recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes **motivos de casación:**

Recurso de Tomás

Motivo Primero.- (incluye motivos I, III y V del anuncio de interposición del recurso).

I. Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 5.4 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: por infracción de precepto constitucional. Concretamente de los preceptos 18.2, 18.3 y 18.4 de la Constitución. Y, en consecuencia, también por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del artículo 24.2 de la Constitución, e inaplicación del principio in dubio pro reo en la obtención del juicio de inferencia.

II. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: 570 ter Código Penal.

III. Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Tribunal Sentenciador en lo que a la pertenencia a grupo criminal se refiere.

Motivo Segundo.- (motivo II del anuncio de interposición del recurso)

Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: Artículo 21.6 del Código Penal.

Motivo Tercero.- (motivo IV del anuncio de interposición del recurso)

Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación



de la ley penal: artículos 50.5, 66 y 72 del Código Penal en relación con los artículos 369.1.5º en relación con el 368 del Código Penal.

Recurso de Nicanor

Motivo Primero.- Vulneración del artículo 24.1º, 2º de la Constitución Española al haberse alcanzado la tesis de condena, con base en una actividad probatoria, de intervenciones telefónicas nula, por lo que, además, vulnera el derecho a la presunción de inocencia, y el derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones del Art.- 18.3 de la CE.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto Constitucional del Art. 5.4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del art. 18-3 de la Constitución Española en cuanto a la violación de su derecho al secreto de las comunicaciones, por cuanto se procede a la autorización de la intervención de los teléfonos que se intervinieron en el comienzo, y que posteriormente supuestamente se escucha a mí patrocinado, no existiendo el preceptivo control judicial sobre dicha intervención, siendo el resultado de esta la que ha propiciado la obtención de supuestas pruebas contra mi patrocinado, tanto del supuesto delito como de las agravaciones específicas.

Motivo Tercero.- Por infracción del precepto constitucional, al amparo del Art.- 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el Art.- 24 de la Constitución Española, derecho a la presunción de inocencia, al no considerarse suficientemente acreditado, a través de prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en Sentencia en relación a la intervención de D. Nicanor, en los mismos.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del Art.- 5.4 de la L.O.P.J, en relación con los Arts.- 238 y 240 de la L.O.P.J, al haberse vulnerado el Art.- 24 de la Constitución Española, en relación con el Art.- 18.1 y 2 de la Constitución Española, así como la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, y el resto de la legislación de la Unión Europea, proscripción de la indefensión por denegación acceso al expediente y denegación a la base de datos en relación con el habeas datas. Así mismo en el juicio oral se reconoce la existencia de una investigación relacionada con la presente causa que no fueron incorporados a la misma.

Motivo Quinto.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del Art.- 5.4 de la L.O.P.J, y el Art.- 852 de la LECrim.

Concretamente se considera vulnerado el derecho de defensa, y a un proceso con todas las garantías procesales por vulneración del Art.- 24 de la Constitución Española.

Motivo Sexto.- Por infracción de Ley, del Art. 849 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, del Art.-570 ter del Código Penal por cuanto que la sala ha dictado Sentencia condenatoria en aplicación de dicho artículo sin que sea este de aplicación.

Motivo Séptimo.- Por infracción de Ley, del Art. 849 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al no haberse aplicado los arts. 21.1 y 6 del Código Penal del año 1995, L.O. 10/1995 de 23 de Noviembre, cuando y para el caso de ser aplicable alguna norma penal se hubiera tenido que aplicar el citado artículo, dada la drogadicción de mí representado, en el momento de los hechos.

Recurso de Oscar

Motivo Primero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en relación con los artículos 5.4 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional. Concretamente del precepto 24.2 de la Constitución Española por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la obtención del juicio de inferencia.

Motivo Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: artículo 21. 6º del Código Penal.

Motivo Tercero.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: artículo 570 TER del Código Penal.

Motivo Cuarto.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: artículos 50.5, 66 y 72 del Código Penal, en relación con los artículos 369.1. 5º en relación con el 368 del Código Penal.



Motivo Quinto.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: artículos 66 y 72 del Código Penal en relación con el 570.

Motivo Sexto.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Tribunal sentenciador en lo que se refiere a la comisión del delito de pertenencia a grupo criminal y al supuesto grado de colaboración de mi mandante dentro del mismo.

Recurso de Raúl

Motivo Primero.- Por vulneración del derecho fundamental al secreto a las comunicaciones del artículo 18.3 CE en relación al artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Motivo Segundo.- Por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE en relación al artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 LECR por indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley del artículo 849.1 LECR por indebida aplicación del artículo 369.5 del Código Penal.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley del artículo 849.1 LECR por indebida aplicación del artículo 570.ter del Código Penal.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley del artículo 849.1 LECR por inaplicación del artículo 21.1 del Código Penal como atenuante muy cualificada.

Motivo Séptimo.- Por infracción de ley del artículo 849.1 LECR por inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal como atenuante muy cualificada

Motivo Octavo.- Por infracción de ley del artículo 849.1 LECR por aplicación del artículo 22.8 del Código Penal: En la sentencia recurrida se condena a mi defendido y aplica la agravante de reincidencia, entendemos que no está acreditada su aplicación.

Recurso de Roman

Motivo Primero.- por infracción de precepto constitucional amparado en los artículos 5.4 y 11.1 de la LECrim, denunciándose como infringido el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, al haberse llevado a cabo la interceptación mediante la utilización de las mismas mediante medios no lícitos, y carecerse en todo caso de habitación legal que justificara la adopción de dicha medida, con vulneración del contenido de los artículos 18.3 de la C.E., en conexión con el artículo 8 del Convenio De Roma, de 4 de noviembre de 1950 y los artículos 558 y 566 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en los artículos 5.4, 238 y 240 LOPJ y 852 de LA LECRM, al haberse vulnerado el derecho de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.2 de la C.E., en relación con los artículos 18.1 y 2 de la carta magna, en conexión la directiva 2012/13 de la Unión Europea de fecha 22 de marzo del año 2012.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la L.O.P.J., por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en la manifestación de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derechos consagrados en los artículos 10.2 y 24 de la C.E., en conexión con el artículo 6.1 del convenio de roma de 4 de noviembre de 1.950.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 5.4 de la L.O.P.J, por lesión al derecho de presunción de inocencia, contemplado en el artículo 24.2 de la C.E., y subsidiariamente al amparo del número segundo del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la ley de enjuiciamiento criminal.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley y de doctrina jurisprudencial, al amparo del número primero del artículo 849 de la LECRM, al haberse infringido precepto penal de carácter sustativo, al resulta indebidamente condenado como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud del artículo 368 del Código Penal, en relación con el artículo 16 del citado texto punitivo. Renuncia.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley y de doctrina jurisprudencial, al amparo del numero primero del articulo ochocientos cuarenta y nueve de la LECRM, siendo designado como infringido el artículo 570 ter del Código Penal en relación con el artículo 16 del citado texto sustantivo.



Motivo Séptimo.- Por infracción de ley de doctrina jurisprudencial, al amparo del numero primero del artículo 859 de la LECRM, resultando infringido el artículo 21.1º del Código Penal, o en todo caso el artículo 2º.2º del citado texto punitivo, al no haberse apreciado como muy cualificada en la persona del Señor Roman la atenuante de drogadicción.

Motivo Octavo.- Por infracción de ley y de doctrina jurisprudencial, al amparo del numero primero del artículo 849 de la LECRM, siendo el precepto infringido, el artículo 21.6º del Código Penal, en la redacción conferida por la L.O. 5/2010,al no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Motivo Noveno.- Por infracción de ley y de doctrina jurisprudencial, al amparo del numero primero del artículo 849 de la LECRM. Designándose como infringidos los artículos 72 y 66 del Código Penal, por ausencia de verdadera motivación en la individualización de la pena, y contravención del principio de dosimetría punitiva y de proporcionalidad en la punición de los hechos.

Recurso de Salvador

Motivo Primero.- Con sede en el Art. 5.4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del art. 18-3 de la Constitución Española en cuanto a la violación de su derecho al secreto de las comunicaciones, por cuanto se procede a la autorización de la intervención del teléfono en el que se escucha a mí patrocinado, no existiendo la suficiente habilitación legal en la norma que lo debía permitir.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto Constitucional del Art. 5.4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del art. 18-3 de la Constitución Española en cuanto a la violación de su derecho al secreto de las comunicaciones, por cuanto se procede a la autorización de la intervención de los teléfonos que se intervinieron en el comienzo, y que posteriormente supuestamente se escucha a mí patrocinado, no existiendo el preceptivo control judicial sobre dicha intervención, siendo el resultado de esta la que ha propiciado la obtención de supuestas pruebas contra mi patrocinado, tanto del supuesto delito como de las agravaciones específicas.

Motivo Tercero.- Por infracción del precepto constitucional, al amparo del Art.- 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el Art.- 24 de la Constitución Española, derecho a la presunción de inocencia, al no considerarse suficientemente acreditado, a través de prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en Sentencia en relación a la intervención de D. Salvador , en los mismos.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del Art.- 5.4 de la L.O.P.J, en relación con los Arts.- 238 y 240 de la L.O.P.J, al haberse vulnerado el Art.- 24 de la Constitución Española, en relación con el Art.- 18.1 y 2 de la Constitución Española, así como la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, y el resto de la legislación de la Unión Europea, proscripción de la indefensión por denegación acceso al expediente y denegación a la base de datos en relación con el habeas datas. Así mismo en el juicio oral se reconoce la existencia de una investigación relacionada con la presente causa que no fueron incorporados a la misma.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley, del Art. 849 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, del Art.-368 del Código Penal por cuanto que la sala ha dictado Sentencia condenatoria en aplicación de dicho artículo sin que sea este de aplicación.

Motivo Sexto.- Por infracción de Ley, del Art. 849 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al no haberse aplicado los arts. 21.6 del C.P, como muy cualificada.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, presentan escritos los Procuradores Sra. Gota Brey, Sra Barthe García, Sr. Iglesias Casteñón, Sr de Noriega Arquer y Sr. López González, dándose por instruidos y subsidiariamente se adhieren al resto de recursos presentados por las defensas en todo aquello que pueda serle beneficioso a su derecho; el Ministerio Fiscal solicita la INADMISION de los motivos interpuestos y subsidiariamente su DESESTIMACION por las razones que se exponen en su escrito de 28 de julio de 2021; los recurrentes tras los oportunos trámites presentas escritos de alegaciones; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Anunciado el fallecimiento del recurrente D. Tomás , la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda ha dictado auto el 7 de septiembre de 2022 declarando extinguida la responsabilidad criminal de Tomás y en el oficio adjuntando copia del auto manifiesta que se dio traslado a los herederos a través de la representación procesal del fallecido para que manifestaran su voluntad de continuar con el recurso de casación, sin que hayan manifestado nada; por diligencia de Ordenación se acuerda el 29 de septiembre de 2022 continuar la tramitación del presente recurso de casación respecto de los demás recurrentes.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 13 de octubre de 2022.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Nicanor

PRIMERO.- El primer motivo que formula es por vulneración del artículo 24.1º.2º de la Constitución Española al haberse alcanzado la tesis de condena, con base en una actividad probatoria, de intervenciones telefónicas nula, por lo que, además, vulnera el derecho a la presunción de inocencia, y el derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones del art. 18.3 de la CE.

1. Se queja el recurrente de que:

a) La intervención telefónica inicial se acordó en base a meras conjeturas y suposiciones ya que la finalidad de la autoridad policial con su oficio de fecha 8 de abril de 2015 folios (8 a 76), era una -obtener autorización para una investigación prospectiva-, esto es, para obtener indicios (hasta entonces inexistentes) con los que comenzar la investigación.

b) Se desconoce el origen de la obtención de los números de teléfonos móviles inicialmente intervenidos que constan en el oficio, cuyos números son, móviles NUM012 y NUM013 y NUM014 y NUM015, y el IMEI NUM016 propiedad del usuario investigado (Roman), y el IMEI NUM017, utilizado por el investigado Eleuterio

c) Ni el auto que acordó la incoación de las Diligencias Previas 2280/20 de fecha de 8 de junio de 2015 (folio 77 y 78), ni el auto que autorizó las intervenciones telefónicas, de fecha 8 de junio de 2015 (folio 79 y ss.) dictados por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo, por el que así mismo se decreta el secreto del sumario, ni los sucesivos autos acordando la prórroga de las referidas escuchas, fueron recurridos por el Ministerio Fiscal, que es quien debe de velar por el principio de legalidad.

Si bien en la argumentación se centra en su peculiar versión de cómo se llevó a cabo la investigación, afirmando que la intervención telefónica fue previa a la autorización judicial, pues solo se explica así que, tras montar el dispositivo, incluso aunque fueren las seis de la mañana, enseguida aparezca el investigado; reprocha la selección que se describe de los encuentros de Roman y añade una crítica disociada de diversos indicios, en su aislada consideración.

2. La Audiencia tras una extensa exposición de la jurisprudencia en este ámbito, rechaza todas las suspicacias vertidas sobre la legalidad de las intervenciones acordadas:

Ante todo, la intervención, escucha y grabación de las comunicaciones no se solicita únicamente por la Unidad Orgánica de Policía Judicial, sino que asimismo se propone en la denuncia presentada por la Fiscalía (folios 5 a 7 de la causa), en la que, a su vez, se efectúa un análisis de cierta identificación en un control al acusado Roman y de seguimientos en los que se detectan encuentros en lugares susceptibles de generar sospechas, por tratarse de espacios de grandes dimensiones a las afueras, reuniones breves en las que participan algunas personas que, como el acusado Carlos Manuel, son conocidas por infracciones de tenencia y consumo de drogas, y en ocasiones se hace entrega de bolsas o similares, todo lo cual, además de dificultar las vigilancias, arroja indicios que justifican la apertura del proceso y las interceptaciones.

En los oficios policiales de 8 de abril, 12 de mayo y 1 de junio de 2015 (folios 8, 26, 61 y siguientes respectivos) se detalla, con gran minuciosidad, un conjunto de datos y circunstancias que constituyen una información de la que, en su conjunto armónico, se desprenden indicios consistentes que han permitido a la Instructora decidir acerca de la necesidad y proporcionalidad de las intervenciones. Así, en el fundamento segundo del auto de 8 de junio de 2015, tras haber incoado la causa (folios 77 al 86), se remite a los oficios ("...como se desprende de los datos contenidos en el oficio policial") y resume las informaciones que, incluso ilustradas con abundantes imágenes fotográficas, se desarrollan en dichos documentos, haciendo expresa referencia a los titulares de los teléfonos a interceptar, es decir, que Roman carece de actividad laboral, se desplaza en diversos automóviles, efectúa viajes periódicos a Madrid, algunos en compañía de Eleuterio, colombiano, reuniéndose en la capital con otro individuo de la misma nacionalidad, y los numerosos encuentros con personas "con antecedentes penales por tráfico de drogas o vinculadas a dicha actividad". En efecto, los oficios no sugieren elucubraciones sin base, sino sospechas fundadas por la falta de trabajo de Roman, el uso de tres teléfonos móviles, la tenencia de 6 mandos a distancia y varias armas blancas con restos de sustancias (folios 9 y 75) el hallazgo de una bolsa vacía con alerta canina positiva a drogas (folio 12), la entrega de una carpeta a quien parecía ser Dionisio (folio 14), frecuentes entrevistas (folios 18 y 24, 89 y 31), con manejo de bolsas (folios 28, 38 y siguientes), un viaje en el que Eleuterio va con Roman en un vehículo Seat Córdoba y, sin embargo, la mujer del primero acompaña a otro en un Seat Toledo (folios 50 y siguientes), la entrevista en un aparcamiento con Juan Carlos (folios 61 y 62), y otros numerosos encuentros y entrevistas con sujetos vinculados con las drogas (folios 57 y 72).



La Guardia Civil, en el oficio inicial, ofrece un relato que contiene indicios, como los elementos encontrados a Roman en un control no era un registro ni precisaba autorización. También se halló una bolsa que dio positivo a cocaína y se mencionan los encuentros. El oficio de 12 de mayo refuerza los indicios, se detalla un viaje a Madrid en abril. Dichos datos no pueden ser tomados aisladamente, ni es necesario consignar todos los seguimientos y vigilancias. No se ha acreditado que hubiese intervenciones ilegales preliminares.

El actual art. 588 ter i) LECrim permite obtener un IMEI, y conforme a la STS 8 de enero de 2020 no era necesario en aquellas fechas conseguir autorización judicial. Los números se consiguen por inteligencia policial. El auto inicial, como quedó dicho, recoge indicios concretos y está motivado. La prueba no es el oficio, sino el CD de las grabaciones, si falta alguno, lo que no consta, no viciaría al resto, y ni siquiera se ha recabado el que supuestamente falta ni la defensa pide que se oiga.

Por tanto, no se demuestra la falta de control judicial. En cuanto a la impugnación de los autos ulteriores, las prórrogas no necesitan el mismo control que la intervención inicial y se aportaron conversaciones y datos sobre las significativas actividades que los entonces sospechosos iban desarrollando.

Dicho auto, el primero de los dictados en el procedimiento sobre la materia, aparte de expresar las razones fácticas y jurídicas que determinan la necesidad de la intervención, especifica con precisión el tiempo que ésta debía durar, los números de teléfono y personas usuarias, sistema de interceptación y a quién se autorizaba a realizarla, por todo lo cual se justifica suficientemente (SSTC 209/1993, 2, 23, 60 y 231/1997, 36 y 153/1998, 118/2000, 14 y 222/2001, entre otras muchas).

Lo mismo sucede con las autorizaciones sucesivas, y para constatar que hay una periodicidad en el control y que los motivos se exteriorizan basta examinar la cadena de pormenorizados oficios y resoluciones motivadas que se suceden hasta el cese de la medida. Así, oficio de la U.O.P.J. de 16 de junio (folios 100 y siguientes) y auto de 22 siguiente (folio 111), oficios ff. 119, 123 y 132 y autos de 8 de julio (folios 159 y 167), oficios ff. 187 y 203 y auto de 29 de julio (folio 208), oficio f. 216 y auto de 31 de julio (folio 260), oficios ff. 268 y 295, auto de 7 de agosto (folio 309), oficios que también incluyen transcripciones y analizan conversaciones (Tomo II folios 313 y 464), auto de 11 de agosto (folio 481), más oficios con transcripciones y análisis incluidas vigilancias (ff. 490 y 550), auto de 26 de agosto (folio 625), nuevo oficio (Tomo III folio 667) y auto de 28 de agosto (folio 672), oficio (f. 675) y auto de 1 de septiembre (f. 685), oficio f. 692 y auto de 9 de septiembre (f. 697), extensos oficios f. 704 y ss., 865 y ss. y auto de 24 de septiembre (f. 1004), oficio f. 1036 y auto de 1 de octubre (f. 1042), oficio f. 1048 y auto de 6 de octubre (f. 1055), oficio f. 1064 y auto de 8 de octubre (f. 1073), además de los oficios al folio 1142 y auto de 19 de octubre (f. 1145) sobre cese de intervenciones en tomo V f. 1637 y auto de 23 de octubre (f. 1639) sobre cese, f. 1730 y sucesivos sobre transcripciones, f. 1868 y auto de 23 de octubre (f. 1903) y en el tomo VI f. 2390 y auto de 18 de noviembre, sobre cese (f. 2392).

Por otro lado, el hecho de que el foliado no siga un orden numérico perfecto, debido a veces al volumen de las actuaciones (por ejemplo, Tomo III y Tomo IX)), no significa que se hayan omitido datos relevantes, y así, en lo relativo a los CD de las grabaciones, hemos de poner de relieve que si en el oficio policial de 29 de julio se hace referencia al período comprendido entre el 10 y el 25 de dicho mes (Tomo I ff 107-188), y el oficio anterior, es decir, de fecha 23 de julio, que se refiere al periodo que va del 24 de junio al 10 de julio, simplemente se ha incorporado con numeración posterior (Tomo II f. 457), lo que desvirtúan las alegaciones sobre nulidad efectuadas por la defensa del acusado Raúl .

3. En definitiva, ninguna prueba de intervenciones llevadas a cabo al margen de la autorización judicial contenida en autos, mientras que:

a) se proporcionan y recogen indicios incipientes que sobrepasan la mera subjetividad e integran un conjunto objetivo de datos que conducen a una sospecha razonable; lógicamente desde su ponderación no disgregada y fragmentada, sino global, que desdice la finalidad prospectiva alegada. La adopción de esta injerencia requiere que se cuente con indicios suficientes, con "buenas razones"; no que se practiquen todos los posibles medios de averiguación que podían corroborar o no esa base indiciaria. Postergar las escuchas a la realización de todas las imaginables informaciones que podrían colateralmente coadyuvar al esclarecimiento de los hechos o robustecer los indicios carece de lógica. No es necesaria una a modo de "mini-instrucción" previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia (a STS núm. 298/2020, de 11 de junio)

b) el modo de averiguación de los números de los móviles, no resultaba preciso indicarlo, siendo múltiples las fuentes de información -por ejemplo preguntar la numeración del teléfono recargado a raíz de la compra de la recarga observada en una gasolinera- (hasta el 1 de noviembre de 2015, no entra en vigor la LO 13/2015 y por ende la previsión del art. 588 ter l.2, para el caso que de haberse valido de *artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o*



la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones; cuya omisión aunque conllevara irregularidad, en modo alguno quebranta el derecho a la intimidad o al secreto de las conversaciones).

c) la actividad o inactividad del MF, no posibilita sustentar el motivo; ningún quebranto de derecho fundamental conlleva; especialmente porque una vez cesada la intervención y dada cuenta plena de las actuaciones, la parte puede recurrir las decisiones que a su derecho convenga, con efectiva oportunidad de ejercer su defensa, tal como acredita que persista aún en casación con esta cuestión.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional del art. 5.4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del art. 18-3 de la Constitución Española en cuanto a la violación de su derecho al secreto de las comunicaciones, por cuanto se procede a la autorización de la intervención de los teléfonos que se intervinieron en el comienzo, y que posteriormente supuestamente se escucha al recurrente, no existiendo el preceptivo control judicial sobre dicha intervención, siendo el resultado de esta la que ha propiciado la obtención de supuestas pruebas contra mi patrocinado, tanto del supuesto delito como de las agravaciones específicas.

1. Argumenta que ni se procedió a la audición por parte del Juez Instructor, ni fue cotejado el contenido de las grabaciones por el Letrado de la Administración de Justicia. Siendo por tanto nulos los autos de prórroga, pues es evidente la falta de control y por tanto el desconocimiento del Juez Instructor de lo actuado por la Guardia Civil.

2. Consta en autos la aportación continua de detalles en los numerosos oficios policiales en los que se analizan las vigilancias realizadas y se aportan los soportes (CD/s cuando se emplea el sistema GOLF y DVD/s si se trata de SITEL) en los que se gravaron las conversaciones, así como las transcripciones de las mismas. La Policía está trasladando al Juez Instructor abundante información sobre la investigación, lo que permite no solo su consulta directa sino también, si a la vista de lo aportado al Juez le surgiera alguna duda, le posibilita preguntar a los agentes intervinientes, todo lo que estimara oportuno.

El control judicial, concorde jurisprudencia constitucional y de esta Sala, sólo requiere que efectúe un seguimiento de las conversaciones y conozca los resultados de la investigación, que no precisa que realice directamente la audición de lo grabado, sino meramente la autoridad judicial, debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo; basta con que la Policía que solicita la ampliación o mantenimiento de la medida, le aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada (STS núm. 533/2016, de 16 de junio).

Así la STS núm. 252/2015, de 29 de abril , expresa en relación al control judicial de la ejecución de la intervención ordenada, recordaba, con cita de resoluciones anteriores, que la información reportada al Juzgado del resultado de las intervenciones activas no exigía la entrega de las cintas con las correspondientes grabaciones y sus transcripciones ni la audición de su contenido por el Juez de Instrucción, ya que no pueden considerarse requisitos de obligada observancia para que éste pueda acordar válidamente adecuada y solvente información sobre el resultado de dichas intervenciones; que no es exigible que el Juez de Instrucción tenga acceso directo al contenido de las intervenciones mediante la audiencia de las cintas o lectura íntegra de sus transcripciones; que el control efectivo judicial del contenido de la intervención, se puede efectuar, y así se hace de ordinario, bien a través de los propios informes policiales en los que se va dando cuenta de los datos relevantes de la investigación, complementados con las transcripciones más relevantes, con independencia de que, además se envíen las cintas íntegras para su introducción, si se solicitase en el Plenario, por lo que no es preciso la audición directa de las cintas por el Sr. Juez Instructor; que ninguna irregularidad procesal y menos constitucional supone que se remitan al Juez transcripciones mecanográficas de las conversaciones telefónicas intervenidas, incluso fragmentarias en aquellos pasajes que la Policía considera de interés para la investigación y no las conversaciones policialmente inocuas o irrelevantes; incluso en el caso de que se hubiera trasladado al Juez solamente las transcripciones parciales de las conversaciones grabadas, sin acompañamiento de las cintas, sería ello suficiente para que la autoridad judicial formase juicio sobre la buena línea de la investigación y la persistencia de las sospechas sobre la persona cuyo teléfono se interviene, lo cual, por otra parte, justificaría en su caso la prórroga de la medida al considerarse de ese modo los indicios de la participación de la persona en actos delictivos.

Igualmente el Tribunal Constitucional reitera (vid. STS núm. 220/2009 de 21 de diciembre de 2009 y las que allí se citan) que (..) las anteriores consideraciones permiten excluir también la denunciada vulneración del art. 18.3 CE derivada de un deficiente control judicial de la intervención, pues si bien es cierto que hemos declarado que el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 Constitución), para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los



Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo.

El motivo se desestima, el cotejo directo de contenidos por parte del Juez no es preciso; las cintas se aportan al proceso y si ha mediado desviación en la información de la información suministrada al Juez respecto de su contenido, las partes pueden hacer valer ese extremo. Ninguna discordancia es alegada por las partes, más allá de una reiterada desconfianza.

TERCERO.- El tercer motivo lo formula por infracción del precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el art. 24 de la Constitución Española, derecho a la presunción de inocencia, al no considerarse suficientemente acreditado, a través de prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en Sentencia en relación a la intervención de D. Nicanor , en los mismos.

1. Niega la existencia de prueba en contra del recurrente; entiende que nos encontramos ante unos indicios que en algunos casos no pasan de ser meras conjeturas e hipótesis, sin ningún dato objetivo que los avale, ya que en el único momento en que se llega a incautar droga es el día once de octubre de 2015, resultando que al recurrente no se le llega a encontrar en posesión de sustancia alguna, es más, lo único que se le encuentra son 300 euros, lo cual afirma, ni es ilegal, ni un indicio de que alguien integrado en un grupo criminal dedicado a mover grandes cantidades de sustancias (cocaína); sostiene que el viaje de Galicia a Asturias efectuado el día 11 de octubre de 2015 junto con el coimputado Ambrosio , según declaró éste, obedecía no a desempeñar funciones de lanzadera, sino a que el recurrente era distribuidor de vinos y carecía de carnet de conducir si bien desconocía que se transportase sustancia alguna, además, Salvador declaró que no esperaba recibir nada del recurrente y la persona que utiliza habitualmente el terminal supuestamente utilizado por él, comienza diciendo "soy el del restaurante" y él no tiene ningún restaurante etc.

2. La sentencia que sitúa la recurrente como perteneciente al grupo gallego, reseña que el agente NUM018 declaró que constataron que en julio de 2015, Nicanor fue visitado en Ribadeo por Roman con quien se entrevistó, refiriéndose los sms intervenidos a que se estaba realizando una entrega. En agosto tanto Roman como Cerilla , se entrevistan de nuevo con Nicanor en un parking y de nuevo, se encuentran el 8 de septiembre, hasta que el día 10 viaja a Asturias como copiloto de Raúl , acompañado por Oscar y Ambrosio que van en otro coche realizándose otra entrega como se desprende de los correos que se mandan unos a otros y en concreto el recurrente. En ellos se habla con claridad de sustancias y precios. Afirma el guardia civil, en relación con la última entrega, que los sms eran tan claros que sabían que se trataba de 6-7 kilos, constatando mediante los controles establecidos, que Nicanor conduce el coche lanzadera. Todos van hasta Carraspietes donde son detenidos y se interviene la droga. Luego intervendrían 250.000€ y una máquina contadora de dinero, junto con varios teléfonos. A continuación, se describe el contenido de los sms acreditativos de la existencia del grupo y una cierta organización. Así Nicanor dirá a Juan Carlos que uno de los cuatro es el jefe y Raúl le dice a Nicanor y éste a los asturianos que no vayan el jueves porque no está el jefe etc...Mas tarde será la mujer del coimputado Ambrosio quien hable con la de Nicanor . Se describe una continuidad de conversaciones telefónicas entre el recurrente, Raúl y Roman . En los mismos términos se manifiestan los demás agentes, cada uno en relación con la parte en la que intervino, situando todos a Nicanor en los distintos escenarios hasta que se produjo su detención.

Aunque niega ser el titular del terminal NUM019 , explica la sentencia que el teléfono de Nicanor NUM019 es el primero que utilizó, utiliza tres durante el período de interceptación de las comunicaciones y en todos se identifica como "soy el del restaurante"; uno de los móviles se le ocupa en el Megane el día de la detención. Su correspondencia con el uso de esos terminales, resulta de su correspondencia entre las comunicaciones y la realidad que detectan los agentes en las vigilancias; y así, le llama Roman , le contestan "estoy en 15 minutos" y en ese tiempo aparece Nicanor ; existiendo además, una continuidad clara en las conversaciones de los tres teléfonos utilizados.

A su vez, recoge la sentencia el contenido de los sms y conversaciones más significativas, tras su audición en el plenario, que muestran la activa participación del recurrente en relación con los demás acusados. Estos evidencian además de la dedicación al tráfico, su integración en el grupo criminal.

Especialmente se destacan las comunicaciones mantenidas con Salvador con el recurrente, manifestando el primero, estar interesado en adquirir un kilo de cocaína; median múltiples llamadas y sms entre ambos en lenguaje críptico pero inequívoco revelando que el primero fue a Pontevedra para obtener una muestra. Y así, el tribunal expone las distintas conversaciones reveladoras de la venta de cocaína por parte del recurrente a



Salvador , así como con Juan Carlos a) Cerilla , interlocutor en las transacciones con Roman ; o con otros integrantes del grupo gallego.

Para concluir en relación a su puesto en el organigrama del grupo, el tribunal sentenciador concreta que de las conversaciones intervenidas y las menciones de Nicanor al jefe se desprende que no ocupa un puesto de mando y concluye que realizaba funciones de intermediación para procurar a los asturianos el suministro por parte de los demás acusados de Galicia, participando activamente en el transporte, destacando como ejemplificativo o más significativo, el intercambio de sms al teléfono NUM019 que figuran, entre otros, a los folios 3757 y siguientes.

3. Es patente por ende, la suficiencia de prueba de cargo contra el recurrente, sin que la diversa valoración del cuadro probatorio, por parte del recurrente, tenga cabida en la fiscalización casacional del principio de presunción de inocencia. El motivo se desestima.

CUARTO.- El cuarto motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J, en relación con los arts. 238 y 240 de la L.O.P.J, al haberse vulnerado el art.- 24 de la Constitución Española, en relación con el art.- 18.1 y 2 de la Constitución Española, así como la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, y el resto de la legislación de la Unión Europea, proscripción de la indefensión por denegación acceso al expediente y denegación a la base de datos en relación con el habeas datas. Así mismo en el juicio oral se reconoce la existencia de una investigación relacionada con la presente causa que no fueron incorporados a la misma.

1. Afirma que no es cierto que las investigaciones tengan como origen un control rutinario realizado en 2015 puesto que la Policía aporta unas fotografías de Roman en el año 2014 y sin embargo no se aporta aquella investigación a la vez que habla de una investigación en el año 2014 "operación Sésamo" en relación con el recurrente y tampoco se aporta. A la vez, insiste en que no se da una explicación razonable de cómo se obtuvieron los números de teléfono y de las diversas causalidades en los operativos de vigilancia, no bastando con decir que se trata de información policial, por lo que indica que se les ocultó información o poseían una bola de cristal que funcionaba.

2. El motivo no puede prosperar; por una parte, aunque efectivamente el artículo 18.4 CE reconoce el habeas data, cuando establece que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"; interposición legislativa que se cumplimentaba en el momento de autos con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (derogada por la LO 3/2018), no consta ni se alega el que el recurrente ejerciera el derecho de acceso que el art. 22 de esta norma le posibilitaba; y por ende difícilmente puede mediar la resolución denegatoria en ese ámbito, establecida en el art. 23, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando; y que abriera camino a su abstracta queja. Tampoco que utilizara (al menos no lo explicita en su recurso) la vía indirecta de solicitud a través de la autoridad judicial, en el curso del proceso.

Esa normativa en la actualidad sustituida por la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, que traspone a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril; y el art. 24.1 de la Ley, explicita la denegación al derecho de acceso, cuando teniendo en cuenta los derechos fundamentales y los intereses legítimos de la persona afectada, resulte necesario y proporcional para la consecución entre otros, de los siguientes fines:

- a) Impedir que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos judiciales.
- b) Evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales.

De donde se concluye, en la anterior y en la actual normativa, unos términos de acceso que no constan ejercitados por el recurrente, donde es la inactividad del recurrente la que frustra en principio ese desconocimiento; pero igualmente esa normativa, indica, específicas excepciones donde se justifica que la incorporación al proceso, no sea siempre automática; mientras que en cuanto a las alegadas "reticencias" por parte de los agentes a contestar determinadas preguntas, más que un específico afán de preservar sus medios de investigación ante procedimientos futuros, la experiencia forense enseña que con frecuencia es consecuencia de la inviabilidad de recordar en cada caso y dentro del mismo respecto de cada móvil, su esclarecimiento; así como, respecto de la mayoría de los agentes por su conocimiento fragmentario de todo el operativo.



En todo caso, además de esa falta de actividad, tampoco se justifica la existencia de un perjuicio producido, real y efectivo, que conlleve en un menoscabo real, una indefensión material, del derecho de defensa; harto diverso de una mera expectativa potencial y abstracta, que pueda verse frustrada; y en autos, el recurrente, no explica, más allá de su queja formal, cómo afecta el desconocimiento de las bases de datos a cuyo acceso normativamente previsto, no acudió.

Por otra parte, aún no había entrado en vigor la LO 13/2015 y como ha reiterado esta Sala, entre otras en la STS 202/2012, de 12 de marzo, con cita abundante de otras varias y a su vez muy reiterada: "no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, ya que es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho". Pues no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos, en tal sentido (STS 85/2011, de 7 de febrero).

3. A su vez, como ya indicáramos en la sentencia núm. 795/2014, de 20 de noviembre, el derecho de acceso invocado no resulta predicable en las circunstancias expuestas por el recurrente; resulta obvio la existencia del derecho de acceso a los materiales del expediente, que no a las bases de datos utilizadas por los investigadores y analistas policiales, en los términos que desarrolla la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales; y efectivamente debe ser observado y así lo ha sido en este proceso.

En la referida Directiva, el derecho al acceso a los materiales del expediente, diferencia dos finalidades, la impugnación de la privación de libertad (art. 7.1), que no es objeto del presente recurso; y la salvaguardia de la equidad del proceso y preparación de la defensa, que concreta en el derecho a acceder a la totalidad de las pruebas materiales, como, por ejemplo, fotografías, grabaciones de sonido o de vídeo, en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dichas personas (art. 7.2) con la debida antelación para un ejercicio efectivo de los derechos de la defensa (art. 7.3) Por tanto, se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial.

Ya la Real Orden de 4 de octubre de 1861, extendiendo lo dispuesto en las de 6 de julio de 1850 y 31 del propio mes de 1851, dispensaba a los comisarios e inspectores de policía de revelar en juicio el nombre de sus confidentes, y lo mismo se vino previniendo en disposiciones posteriores que reglamentaron los servicios de policía y vigilancia; también la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 7 de octubre de 1889 , 13 de noviembre de 1890 , 9 de abril de 1968 , 22 de marzo de 1986 ó 635/2008 de 3 de octubre) afirmó la impertinencia de las preguntas dirigidas a estos fines "salvo determinadas circunstancias"; y el acuerdo sobre principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, publicado por Orden de 30 de septiembre de 1981 con carácter provisional hasta que se dictare la norma legal de rango adecuado, adoptó la Resolución 690 del Consejo de Europa relativa a la Declaración sobre la Policía, estableciendo - principio número quince- que los miembros de dichos Cuerpos no están obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboran con ellos "salvo cuando su actuación hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles". Congruentemente, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dedica un capítulo, a modo de código deontológico, a los que titula "Principios básicos de actuación", que sigue las pautas marcadas en la citada resolución del Consejo de Europa, y en el "Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" de la Asamblea de las Naciones Unidas, imponiendo a los miembros de los cuerpos policiales un "absoluto" respeto a la Constitución -que por mor del principio de igualdad no consiente parcelas de inmunidad-, donde asimismo les sigue eximiendo de revelar las fuentes de información "salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les imponga actuar de otra manera" (artículo 5.1 y 5).

Así, en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (asuntos *Kostovski*, de 20 de noviembre de 1989, & 44; o *Windisch*, de 27 de septiembre de 1990, & 30).

Dicho de otro modo, la fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el "expediente" preciso para el efectivo ejercicio de defensa.

Tampoco desde la perspectiva del artículo 6.3 CEDH; y así en *Öcalan* contra Turquía de 12 de marzo de 2003, donde se identifica el expediente (vid. & 160) con los elementos de prueba y la documentación referida a los mismos, más concretamente, a los presentados por la acusación. De igual modo en *Kamasinski* contra Austria de 19 de diciembre de 1989, en el & 87, se indica como finalidad del acceso al dossier el poder controlar las pruebas de cargo. Lo que efectivamente incluye la oportunidad de familiarizarse con el expediente a los efectos



de la preparación de su defensa con el resultado de las investigaciones realizadas durante el proceso (caso *Foucher* contra Francia de 18 de marzo de 1997 o *Leas* contra Estonia de 6 de marzo de 2012).

En autos, el recurrente, tuvo acceso a todo el expediente tal como fue conocido por el Tribunal, sin que por tanto fuera conculcado desde el ámbito que invoca, quebranto del derecho de acceso; tanto desde la perspectiva del artículo 7 de la Directiva 2102/13/UE, como desde el artículo 6.3.b) CEDH.

A pesar de las afirmaciones del recurrente sobre una sospecha generalizada, la mera circunstancia de que se mencionen determinados antecedentes policiales, de los que además se da razón de la específica denominación en la que en su día se cursaron para su plena identificación, que además se indica sin ocultación alguna, en nada permite inferir una data de investigación previa a la indicada. Y la reseña en los oficios de los seguimientos que precisamente resultan indicativos, sin mención de tiempos muertos y esperas infructuosas, tampoco permiten concluir indicio de irregularidad alguna. Como tampoco, al momento de autos, que no se explicita la averiguación del número de los móviles utilizados, dados los múltiples modos, incluidos los artificios técnicos que posibilitan su identificación.

Ni el derecho de la defensa ni el principio de igualdad de armas, resultan quebrantados. Así en la Decisión del TEDH nº 29835/96, de 15 de Enero de 1997, en el asunto *C.G.P. contra Holanda*, donde la investigación policial se inicia tras haber recibido el Servicio de Inteligencia Criminal (*Criminele Inlichtingen Dienst -CID-*) información incriminatoria sobre el recurrente, el cual no pudo determinar de dónde venía esta información ni como se había obtenido; y además un diario fue llevado durante la investigación policial llevada en el seguimiento de un camión a través de Bélgica y los Países Bajos, había aparentemente desaparecido y el recurrente por tanto no había tenido acceso al mismo. Acceso que el recurrente entendía necesario porque la fuente de información CID y el diario de seguimiento podía haber revelado irregularidades en la investigación que conllevara que la acusación o las pruebas fueran inadmisibles. La Comisión considera que en la medida que se pudo interrogar a los agentes policiales, sin que se revelara irregularidad alguna, ante la ausencia de cualquier indicación concreta de cuales fueren o en qué consistían tales irregularidades, dada la información que estaba a disposición de los tribunales nacionales, no parece que la ausencia de información sobre el "soplo" y sobre el diario de investigación, hubiera infringido el derecho de la defensa ni el principio de igualdad de armas.

Tanto más en autos, ninguna indefensión conlleva no atender a la mera sospecha de una investigación continuada desde años antes, por simple dato, obtenido de que se mencione un atestado pretérito, con la denominación del nombre policial que se dio a la operación, posibilitando su plena identificación; cuando las suspicacias se afirman sin adición de indicio mínimamente justificativo de alguna sombra de ilicitud.

QUINTO.- El quinto motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art.- 5.4 de la L.O.P.J, y el art. 852 de la LECrim. Concretamente se considera vulnerado el derecho de defensa, y a un proceso con todas las garantías procesales por vulneración del art. 24 de la Constitución Española.

Reitera aquí el recurrente, de manera sucinta los motivos anteriores, nulidad de las intervenciones telefónicas, actuación del Ministerio Fiscal frente a las mismas, falta de control judicial y falta de incorporación de investigaciones precedentes.

Cuestiones todas examinadas con anterioridad, de modo que nos remitimos a las consideraciones vertidas en los cuatro anteriores fundamentos para su consecuente desestimación.

SEXTO.- El sexto motivo lo formula por infracción de Ley, del art. 849 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, del art.-570 ter del Código Penal por cuanto que la sala ha dictado Sentencia condenatoria en aplicación de dicho artículo sin que sea este de aplicación.

1. Motivo reiterado por los demás recurrentes (salvo Salvador, no condenado por este delito), donde se alega con cita jurisprudencial previa (SSTS nº 15/2018, 309/2013, 544/2012, 719/2013 etc.), de la Decisión Marco de 24/10/2008 y de la Convención de Palermo de Naciones Unidas celebrada en Nueva York el 15/11/2010, que no estamos ante un supuesto de grupo criminal, sino de codelinuencia, por cuanto se trataría de una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico; una única entrega de una sustancia estupefaciente, la de fecha de 11 de octubre que es la única en la que se ha intervenido algo de droga, ya que las que se mencionan en la sentencia ahora recurrida de entregas anteriores no ha habido más que meras conjeturas policiales carentes de cualquier dato objetivo.

Alguno de los recurrentes, inciden también en la necesidad de participar en el agrupamiento, cierta estabilidad y estructura jerarquizada, etc, para terminar excluyendo el grupo criminal por diversas razones: porque no se superan los dos miembros (Roman), no se ha participado en reuniones (Oscar), no consta el elemento aglutinador (Raúl), como ahora que solo hay un delito (Raúl y Nicanor) o no hay ningún delito (Roman).



2. La Audiencia analiza esta cuestión pormenorizadamente en los fundamentos octavo y noveno; excluye tanto la existencia de organización como subtipo agravado en el delito contra la salud pública, como supuesto genérico del art. 570 bis; para incardinar la formación en grupo criminal, que no exige amplia movilidad geográfica, ni organigrama complejo; y en autos, aunque son pocos los miembros y algunos acusados no tienen relación entre sí, el grupo tuvo una cierta estabilidad temporal pues duró meses, y dispuso de una cierta estructura, donde siete de los ocho acusados no conformados "integraban el operativo coordinado", tras lo cual analiza el rol desempeñado por cada uno en el grupo, concorde resulta del marco probatorio.

Así precisa que el delito de tráfico de drogas objeto de condena, no se limita a un hecho aislado o casual, sino que se trata de una actividad prolongada en el tiempo con distintos actores centrados alrededor de un núcleo dirigido por Oscar en cuanto a la provisión de drogas, y por Roman en lo que respecta a la distribución de drogas, constituyendo su actividad consistente en hacer llegar la droga desde Galicia y distribuirla en Asturias, donde la actividad de los demás, consiste en prestar apoyo, y colaboración a los anteriormente citados, todo ello sin que realicen actividad lícita alguna para procurarse medios de vida.

Describe la existencia de una estructura piramidal, con dos ramas con dirigentes bien definidos (la asturiana con Roman y la gallega con Oscar), con empleo de móviles y vehículos. Destaca el papel de líder de Roman y en cuanto a Oscar, su capacidad de tomar decisiones e impartir directrices. Luego se señala a Juan Carlos "Cerilla" y a Ambrosio como destacados colaboradores de los anteriormente citados, a Nicanor como el encargado de labores de intermediación para procurar que llegara la droga a los asturianos.

3. En todo caso, dada la vía impugnada, más allá de esa argumentación, lo esencial es la descripción contenida en el relato de hechos probados:

Los siete primeros acusados referidos formaban parte de un conjunto de personas que se dedicaba a la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes.

Mientras que Roman y Juan Carlos integraban dicho colectivo en Asturias, Oscar, Ambrosio, Raúl y Nicanor, desempeñaban sus actividades ilícitas desde Galicia, representando la fuente de aprovisionamiento principal de sustancias estupefacientes, cocaína y hachís que luego se distribuían en Asturias.

Roman era la persona de mayor importancia dentro de los acusados asturianos, como tal, tomaba las decisiones principales sobre la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes, labores que realizaba en Oviedo, aunque también en zonas próximas, de hecho, disponía de una vivienda en Carraspietes, Mieres, donde tuvieron lugar los principales encuentros con los proveedores y la entrega de estupefacientes, gracias a su difícil acceso y vigilancia.

Juan Carlos era la persona de confianza del anterior y como tal, negociaba directamente con los distribuidores de estupefacientes bajo las órdenes de Roman. Además, se encargaba personalmente de realizar labores de distribución de drogas.

Salvador, afincado en Gijón, era uno de los destinatarios de las sustancias estupefacientes procedentes de Galicia, para su posterior distribución.

En escalones inferiores de importancia y actividad, se hallaban los acusados Carlos Manuel y Bruno, desempeñando labores de distribución al "menudeo" de hachís.

De entre los acusados radicados en Galicia, Oscar era la persona de mayor importancia, aludiendo de hecho, en ocasiones a él, el resto de los integrantes del grupo, como "Chato".

Además de la toma de decisiones, Oscar se involucró personalmente en las entregas realizadas a los acusados asturianos, viajando con las drogas al menos los días 10 de septiembre y 11 de octubre de 2015, para su entrega en Carraspietes.

Como persona de directa relación y confianza, Oscar contaba con Ambrosio, que participó en entregas de sustancias estupefacientes a los asturianos, en Carraspietes, los días 16 de julio, 10 de septiembre y 11 de octubre de 2015.

Raúl, se encargaba de contactar con "clientes" a los que suministrar sustancias estupefacientes, negociando las entregas de las mismas, además de realizar labores de distribución. También viajó el día 10 de septiembre a Carraspietes, desempeñando funciones de lanzadera, para asegurar la entrega efectiva de las sustancias.

Nicanor, asturiano, realizando labores de intermediación entre los dos, a través de Juan Carlos y también de Salvador, además de distribución directa de sustancias estupefacientes.

Tomás tenía asignadas en el grupo labores de transporte de las drogas a sus destinatarios finales.



Junto con las entregas de estupefacientes realizadas los días 16 de julio y 10 de septiembre de 2015, el día 11 de octubre, previas las correspondientes negociaciones, se desplazaron desde Galicia a Asturias Tomás y Oscar a bordo de un Saab 93, matrícula WGQ , llevando ocultos 7 paquetes de cocaína, mientras que Ambrosio y Nicanor lo hicieron en un Renault Megane, DE TP , a modo de lanzadera.

4. Desde estos presupuestos hemos de reiterar que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

De modo que resulta inviable no respetar los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, ya sea modificándolos radicalmente en su integridad, o alterando su contenido parcialmente, o condicionándolo o desviándolo de su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECrim.

5. Los hechos probados describen, que todos los recurrentes menos Salvador , en unión de otros acusados, formaban parte de un conjunto de personas que se dedicaba a la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes (si bien distingue dos ramas, asturiana y gallega, cuya respectiva autonomía o simbiosis organizativa, con independencia de su ulterior análisis, no conlleva consecuencia alguna para quienes integran el grupo gallego). Describe su distribución funcional y jerárquica (con las consecuencias que después indicaremos), bifronte en su diversidad geográfica de sus integrantes. Y en cuanto al grupo gallego, donde se insertaba, se declaran probadas tres entregas de drogas, así como la adecuación, de vehículos para el tráfico, con la incorporación de compartimientos ocultos, herméticos, donde ocultar la droga.

6. De modo que la subsunción jurídica del *factum*, en el tipo de grupo criminal, resulta plenamente adecuado. Efectivamente, a la hora de caracterizar al grupo criminal por el que se condena al recurrente concorde una reiterada jurisprudencia establece que en los grupos criminales no se trata de una "unión fortuita para la comisión inmediata de un solo delito", que es el caso de la sentencia de esta Sala 271/2014 de 25 de Marzo, sino que los grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

"La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas". Y se añade en esta sentencia para describirlo: "El concepto de grupo criminal es, pues, de carácter residual frente al de organización criminal, con el que presenta algunas semejanzas, como el hecho de estar constituido por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos; sin embargo, se crea sobre los conceptos negativos de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que surja la figura de grupo criminal.

En definitiva y a tenor de la anterior definición legal el grupo criminal sólo requiere de dos elementos: a) Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas. b) Finalidad criminal: pues debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos. El grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que esté presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares.



El precepto no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan. La concertación a que se refiere aquel precepto no evoca, ni siquiera en su significado genuinamente gramatical, la proximidad física entre aquellos que se concertan. Dicho de forma más gráfica, el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario. Es más, no son descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación.

En cuanto a la diferencia entre el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia, la STS 150/2022, de 22 de febrero, con cita de otras anteriores como la 309/2013 nos dice que la codelinquencia se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país. En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinquencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

De modo que efectivamente, 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 codelinquencia, 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 (SSTS 719/2013, de 9 de octubre; 852/2016, de 11 de noviembre; 379/2017, de 25 de mayo).

No obstante lo anterior, como ya razonábamos en STS 974/2012, de 5 de diciembre, en la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Así ocurre con el delito del art. 301 CP que se refiere al que adquiera, convierta o transmita "bienes (apartado 1º) la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos... (apartado 2º), o con el delito del art. 368 CP. cuando nos habla de "actos de cultivo, elaboración o tráfico" en relación con las sustancias estupefacientes, o cuando el art. 325, al definir los delitos contra el medio ambiente, nos habla de emisiones, vertidos, radiaciones, etc. (SSTS. 357/2004 de 19.3, 919/2004 de 12.7, 1359/2004 de 15.11, 118/2005 de 9.2); señalando esta sentencia que la utilización en plural del término "actos" nos obliga considerar que una pluralidad de ellos queda abarcada en el propio tipo penal. En definitiva, actividades plurales que nos obligan a que tengamos forzosamente que considerar integrados en esta figura criminal, como delito único, la pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado.

Esto es lo que un sector doctrinal denomina "tipos que incluyen conceptos globales", es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituye, no un delito continuado, sino una sola infracción penal (STS 556/2015, de 2-10). Del mismo modo decíamos en la STS 556/2015 de 2 de octubre, con cita de la STS 974/2012 de 5 de diciembre, que "...en la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza



conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. (...) Así ocurre con el delito del artículo 368 CP cuando nos habla de "actos de cultivo, elaboración o tráfico" en relación con las sustancias estupefacientes (...). En definitiva, actividades plurales que nos obligan a que tengamos forzosamente que considerar integrados en esta figura criminal, como delito único, la pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado, insistiendo ya la STS 595/2005, 9 de mayo, con cita de varias resoluciones precedentes, en que una pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto que favorece el tráfico o el consumo ilegal por otras personas constituye un solo delito aunque esté integrado por varias acciones, en cuanto sirven para conformar la descripción típica de "los que ejecuten actos de cultivo, elaboración, tráfico...". Esto es lo que un sector doctrinal denomina "tipos que incluyen conceptos globales", es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituya, no un delito continuado, sino una sola infracción penal

Ello conlleva que en estos "tipos que incluyen conceptos globales", como el tráfico de drogas, donde cada acto de tráfico, de transporte o de favorecimiento, potencialmente integra una infracción delictiva, aunque se castiguen unitaria y globalmente como un solo delito, la concertación del grupo para la comisión de esta actividad plural de tráfico, resulta cumplimentada la exigencia teleológica del tipo de grupo criminal de estar destinado a la comisión de delitos. Especialmente en autos, que además se declaran probadas tres entregas.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- El séptimo motivo lo formula por infracción de Ley, del art. 849 n° 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al no haberse aplicado los arts. 21.1 y 6 del Código Penal del año 1995, L.O. 10/1995 de 23 de Noviembre, cuando y para el caso de ser aplicable alguna norma penal se hubiera tenido que aplicar el citado artículo, dada la drogadicción del recurrente, en el momento de los hechos.

Entiende el recurrente que se le han estimado las atenuantes de toxicomanía, y dilaciones indebidas, que se recogen en nuestro Código Penal en el art. 21, como atenuantes simples, cuando debieron aplicarse como muy cualificadas.

1.1. En cuanto a las dilaciones se limita a indicar que el hecho de la cantidad de acusados, no ha sido el motivo por el cual el procedimiento ha estado durante largas temporadas parado, y que por lo tanto carece de justificación, al menos más de la mitad del procedimiento; al tiempo que pretende equiparación con otras resoluciones donde indica que los presupuestos fueron los mismos y se apreció dicha cualificación.

Mantiene al igual que el resto de recurrentes, que debe ser apreciada la atenuante de dilaciones indebidas en su modalidad de muy cualificada.

Con carácter general, ubican la dilación extraordinaria en la fase del juicio oral. Señalan que el plazo de instrucción fue razonable, y que la acusación se presentó en nueve meses (el 22/06/2016), mientras que enviada la causa a la Audiencia Provincial en fecha 26/07/2017, no se dictó sentencia hasta el 29/01/2020. Los diferentes recurrentes aluden a las suspensiones de los distintos señalamientos acordadas por la Sala que, a su vez y en algunos casos, motivaron que algunos Letrados pidieran un cambio de fechas por coincidencia con otros señalamientos anteriores, provocando nuevas suspensiones.

Insisten en que el hecho de que la dilación en la celebración del juicio se debiera a problemas de carga de trabajo, de agenda u organizativos, sin culpa alguna por parte del tribunal, no debe ser soportado por el justiciable quien, por dicho retraso, debe ser compensado por el daño moral sufrido durante la espera, y por la pérdida de derechos, compensación que debe consistir en una disminución de la pena como consecuencia de la previa disminución de la culpabilidad.

A su vez, algunos inciden sobre el tiempo transcurrido desde su detención (10/10/2015) hasta la sentencia (29/01/2020), e incluso desde el inicio de las investigaciones (2014), si bien se centran básicamente en el tiempo transcurrido desde la llegada de los autos a la Audiencia Provincial, razón por la que rechazan las justificaciones de la sentencia que se refieren al periodo de instrucción.

1.2. La Audiencia estima la atenuante de dilaciones indebidas, pero deniega la cualificación pretendida.

Señala que la calificación de la causa como de "especial complejidad" ya vino dada desde Instrucción y defiende dicha calificación en atención a las numerosas diligencias practicadas y en especial a las numerosas y diversas periciales que debieron ser realizadas.

En cuanto a la demora producida en la fase de juicio oral, expone que el día 18/12/2017, efectuó el primer señalamiento del juicio para los días 10 y ss. de abril de 2018, aunque luego dejó sin efecto dicho señalamiento



y pospuso la celebración para el día 6 de junio del mismo año; pero a petición del Letrado del acusado Oscar , y ante la necesidad de hacer un nuevo señalamiento, se fijó para el día 12 de febrero de 2019, aunque de nuevo y por "circunstancias excepcionales" debió posponerlo para el día 15 de octubre de 2019; y de nuevo por petición de un Letrado, esta vez del acusado Roman , se modificó el señalamiento para el 10 de julio de 2019, si bien y ante la nueva petición del mismo Letrado, se produjo una nueva suspensión y señalamiento para el día 14 de enero de 2020.

A la vez que explica que la indiscutible demora en la celebración del juicio se debió a la dificultad de encontrar fechas libres para la celebración de un juicio de tales dimensiones (doce acusados, más de 5.000 folios, cuestiones previas anunciadas en los escritos presentados y múltiples pruebas que practicar en el plenario). Recuerda que tres de las suspensiones se debieron a la falta de disponibilidad de los Letrados para acudir a las fechas previstas, y las restantes demoras no son suficientes, si se consideran aisladamente y se miden en relación con la magnitud de la causa, para conformar la causa de atenuación propugnada, el hecho es que, desde que se recibió la causa en la Audiencia hasta el comienzo del juicio, han transcurrido más de dos años.

Para concluir, que la demora no es imputable a los acusados, por lo que debe ser considerada simple ante las anteriores premisas, "extensible a todos, incluso los que se conformaron, aunque sin efectos penológicos para éstos porque no se ha superado la mitad inferior de las penas procedentes".

1.3. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 CEDH, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado.

En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, *Caso González Doria Durán de Quiroga c. España* y STEDH de 28 de octubre de 2003, *Caso López Sole y Martín de Vargas c. España* , y las que en ellas se citan).

Por su parte, la STS 535/2021, de 17 de junio, indicaba: "Como se precisa en el artículo 21.6 CP -cuya regulación es del todo conforme con los estándares elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. [vid. por todas, SSTEDH, caso *Milovanovic c. Serbia*, de 8 de octubre de 2019 ; caso *Raspopovic y otros c. Montenegro*, de 26 de marzo de 2020]-, el tiempo de tramitación debe ponerse en relación con la complejidad de la causa y de ahí, medida la correlación funcional entre las actuaciones practicadas, las necesarias, el tiempo empleado para producirlas y la diligencia en su ejecución, obtenerse una suerte de cociente.

Lo extraordinario e indebido de la dilación que reclama el tipo como condiciones de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe "medirse" en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal. De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria e indebida cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación, provocando un plus afflictivo a la persona sometida al proceso. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo. Lo que obliga a quien invoca la atenuación a precisar, por un lado, el iter de actuaciones procesales no ajustadas al canon de la razonabilidad temporal de producción. Y, por otro, describir los costes de especial afflictividad que se consideran concurrentes -vid. STS 126/2014, de 21 de febrero-.

1.4. Concorde jurisprudencia del TEDH, el plazo a computar a estos efectos, no es el de la comisión del delito, sino desde que el proceso se dirige contra el acusado hasta que se dicta sentencia; así en el asunto *Menéndez García y Álvarez González c. España*, sentencia de 15 de marzo de 2016, se indica en su § 15: "El plazo a tener en cuenta para determinar si los procesos cumplen el requisito de "duración razonable" establecido en el artículo 6.1 del Convenio comenzó... cuando a los demandantes se les notificó oficialmente la denuncia sobre la comisión de un delito penal (ver *Deweer c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980, § 46, *Neumeister c. Austria* (artículo 50), 7 de mayo de 1974, § 18) y finalizó, cuando la Audiencia... emitió su sentencia". Criterio jurisprudencial,



igualmente aplicado reiteradamente por esta Sala; y así sobre el dies a quo, la sentencia núm. 364/2018, de 18 de julio: "como establece esa propia jurisprudencia, asunto *Eckle c. Alemania*, sentencia de 15 de Julio de 1982 o en el caso *López Solé c. España*, sentencia de 28 de Octubre de 2003, el cómputo para el inicio de las posibles dilaciones indebidas sólo debe empezar cuando una persona está formalmente acusada, o cuando el proceso tiene repercusiones adversas para él dadas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar por las autoridades encargadas de perseguir los delitos"

1.5. Consecuentemente, en autos, no llegó a cinco años el tiempo computable a estos efectos atenuatorios.

Del examen de nuestra jurisprudencia, más como dato empírico que como norma de seguimiento, es habitual estimar la atenuante, siempre con delimitación difusa, cuando la duración del procedimiento es superior a cinco años (STS 555/2022, de 8 de junio). Aunque cierto es, que esa cifra de cinco años viene referida a procedimientos donde no existe especial complejidad.

Mientras que la apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple. En este sentido, en nuestra jurisprudencia se hace referencia a una dilación manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. Y añade que también, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales..

En algunos precedentes, esta Sala ha aplicado la atenuante como muy cualificada en procesos por causas no complejas de duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia (STS 1224/2009; STS 1356/2009; STS 66/2010; STS 238/2010; y STS 275/2010 reduciendo la pena en uno o dos grados según las circunstancias de cada caso. Así se recogía en la STS nº 72/2017, de 8 de febrero. En la STS 31/2018, de 22 de enero, se rechaza la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas, a pesar de que la tramitación del procedimiento se extendió durante un periodo de 11 años. Pues no en vano, la atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria, ("fuera de toda normalidad"); la eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante una dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable (STS 15/2018, de 16 de enero).

Desde estos antecedentes que singularizan el supuesto de autos frente a otras concreciones casuísticas, dado el tiempo de tramitación, la complejidad del procedimiento, en este caso específica para la programación y celebración de la vista, sin otros padecimientos alegados, asociados a la dilación y no comunes a todo proceso como los derivados del mantenimiento de la incertidumbre sobre la eventual condena, unido al concreto tiempo de prisión provisional (no coincidente con el concreto período de dilación denunciado), para Tomás y Oscar (11/12/2015 a 7/06/2016), Nicanor (11/12/2015 a 30/05/2016), Raúl (12/10/2015 a 9/12/2015), Roman (11/10/2015 a 30/06/2016) y Salvador (de 12/10/2015 a 20/11/2015 y de 22/01/2016 a 27/05/2016, además de dos desplazamientos a sendos señalamientos fallidos, no posibilitan la cualificación interesada.

2. Respecto a la atenuante por causa de drogadicción, afirma que la incidencia de esta en la comisión del delito, dada la afectación, probada sobradamente mediante la realización de la prueba de cabello, informe del médico Forense, y lo manifestado por el recurrente y por el resto de acusados que lo conocen; consumo por parte del mismo que se retrotrae a la más temprana juventud.

En la declaración de hechos probados solamente se indica que *En la fecha de los hechos, los acusados Eleuterio , Bruno , Dionisio , Roman , Juan Carlos , Salvador , Oscar , Ambrosio , Raúl , Nicanor y Tomás eran dependientes de sustancias estupefacientes ; sin precisar nada sobre la afectación de sus capacidades intelectivas y volitivas*

En la fundamentación, indica la escasa prueba practicada consistente en el análisis del cabello acreditativo de consumo de cocaína durante los 6 ó 7 meses anteriores a los hechos y un Informe del Área de Bienestar del Ayuntamiento de Pontevedra en el que consta que el acusado "refiere" haber iniciado el consumo de cocaína esnifada a los 21 años junto con alcohol si bien no siguió tratamiento alguno y las analítica fueron en general, negativas; a la vez que concluye que no demuestra una dependencia arraigada.

Acervo probatorio, que admite exclusivamente una dependencia no arraigada y por tanto no posibilita su estimación como eximente incompleta ni como atenuante cualificada. Es doctrina reiterada de esta Sala (STS núm. 431/2020, de 9 de septiembre con cita de múltiples precedentes) que el consumo de sustancias



estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. No se puede, pues, acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas. Tampoco basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Tanto más, cuando hemos indicado que *el móvil de su actuación debe tener una catalogación delictiva suficientemente significativa: la de actuar el culpable a causa de su grave adicción, esto es, el agente actúa infringiendo la ley a causa de tal adicción, viéndose compelido a cometer el delito, pero no, como en este caso, cuando la venta sea el modus vivendi del agente o cuando lo tenga como un negocio lucrativo, en suma, cuando se vea involucrado en operaciones de una magnitud suficientemente importante en donde la funcionalidad delictiva a causa de su adicción a la droga sea algo meramente tangencial* (STS 562/2021, de 24 de junio, con cita de la 70/2017, de 8 de febrero)

El motivo se desestima.

Recurso de Oscar

OCTAVO.- El primer motivo que formula este recurrente es al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 5.4 y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional. Concretamente del precepto 24.2 de la Constitución Española por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la obtención del juicio de inferencia.

1. Afirma que la sentencia impugnada no basa la convicción sobre la participación en los hechos del Sr. Oscar en fundamentos sólidos, pues ni de las declaraciones de los otros imputados, ni testigos, ni documental, ni de las conversaciones telefónicas, se deriva su participación en los hechos en la calificación que le atribuyen.

Señala las escasas referencias que contienen los hechos probados sobre su persona; cuestiona la atribución de su condición de "jefe", sin prueba alguna, cuando los oficios policiales señalaban a otra persona; lo que igualmente resultaría de la conversación donde se acuerda retrasar una reunión por no estar el jefe; y niega haber viajado al menos en dos ocasiones desde Galicia a Asturias, constanding únicamente la ocasión en la que fue detenido; al tiempo que añade que ni siquiera consta que conociera a los demás acusados.

2. El motivo no puede estimarse. En su razonada valoración, la Audiencia expone que la condición de jefe del grupo gallego de Castiñeiras se desprende de la declaración policial sobre las conversaciones mantenidas entre varios acusados en las que Raúl dice a Nicanor y éste a los asturianos que no vayan el martes porque hasta el miércoles no está el jefe, también de la presencia de las huellas de Oscar en los interiores de los envoltorios de la droga transportada e incautada, y del hecho de que cuando llegan a Rioturbio, el conductor que era Oscar, da instrucciones a Raúl. Añaden los agentes que la mujer de Oscar revela ese papel cuando llama a Raúl, como también se desprende de la conversación mantenida el día de la detención cuando Raúl habla con la madre de Oscar y ésta le habla en tono imperativo sobre lo que tenía que hacer.

Así mismo, testimoniaron que el recurrente fue identificado, conduciendo el VW Golf; y efectivamente inicialmente desconocían quien era el jefe, Añaden que el titular del Ford Focus que tras la detención observaron que estaba caleteado, es Oscar y que en uno de los viajes (del día 10 de septiembre) era el conductor del Astra, viajando junto con Ambrosio hasta Rioturbio.

Pese a que indica que no conocía a ninguno de los demás acusados, Ambrosio le desmiente; y el Ford Focus lo relaciona con Roman ya desde agosto

Donde resalta, con especial valor incriminatorio y corroborador de las anteriores conclusiones la prueba lofoscópica que identifica como suya, una de las huellas encontradas en los siete paquetes remitidos para su estudio, precisamente, los paquetes que contenían la cocaína intervenida.

El motivo se desestima.

NOVENO.- El segundo motivo lo fórmula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: artículo 21. 6º del Código Penal.

Coincidente con el anterior recurrente, al instar que la atenuante de dilaciones indebidas, sea estimado como muy cualificada y no meramente como simple, nos remitimos a las consideraciones del fundamento séptimo para su desestimación.



Valga añadir, a las vicisitudes en los cambios de señalamiento para la vista, que pese a las protestas de los recurrentes, también tuvo su incidencia la disponibilidad de las defensas, no cabe entenderlo como de estricta paralización.

Ciertamente, aún cuando se debiera la espera al ritmo de señalamientos de la Audiencia y de alguna dificultad logística del caso de autos, ello no impide que aún sin asimilación a período de inactividad, no compute respecto a la concreción del tiempo global que duró el procedimiento. El hecho de que la demora se deba a motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide que no se pueda apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación, por sí misma, no altera la naturaleza injustificada de dichas dilaciones, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues el ciudadano es ajeno a estas circunstancias; y así el TEDH en su Sentencia caso *Lenaerts* contra Bélgica (§ 18), de 11 de marzo de 2004, razonó que el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable; aunque en cuanto al señalamiento, también debe ponderarse a su vez, que habitualmente se requiere que medie un plazo prudencial hasta la celebración de la vista, en aras de su eficacia, en orden a posibilitar cuando menos, la efectividad de las correspondientes citaciones y compatibilidad con las previsiones y agendas de los profesionales intervinientes; más en autos, con doce acusados.

De ahí la estimación como simple, pues con el tiempo de tramitación acaecido en autos, la casuística muestra que sólo en procedimientos sin especial complejidad, que normalmente superen los cinco años, se hacen acreedores a esa atenuante simple de dilaciones.

DÉCIMO.- El tercer motivo lo formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: artículo 570 ter del Código Penal.

1. Alega que su conducta en nada puede verse incardinada en el precepto reseñado, pues su única vinculación con algunos del resto de acusados es la de ser conocidos de su lugar de residencia y al resto de los acusados no les conoce de nada en absoluto ni tiene relación alguna con ellos; que no cabe apreciar grupo criminal en lo que a lo sumo sería la ejecución de un delito por una pluralidad de personas (codelinuencia) y de existir dicho grupo, no sería aplicable al recurrente por cuanto no reuniría los requisitos para su integración en el mismo.

2. La falta de respeto a los hechos probados en motivo formulado por la vía del error iuris, inexorablemente conlleva su inadmisión (art. 884.3º), que en este momento procesal determina su desestimación.

Además de dar por reproducidas las consideraciones del fundamento sexto, valga reiterar que el *factum* recoge que el recurrente en unión de otros acusados, "*formaban parte de un conjunto de personas que se dedicaba a la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes*"; así como que de entre los acusados radicados en Galicia, el recurrente era la persona de mayor importancia, aludiendo de hecho, en ocasiones a él, el resto de los integrantes del grupo, como "Chato"; y que además de la toma de decisiones, Oscar se involucró personalmente en las entregas realizadas a los acusados asturianos, viajando con las drogas al menos los días 10 de septiembre y 11 de octubre de 2015, para su entrega en Carraspiantes...

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- El quinto motivo, resulta renunciado y el sexto lo formula al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Tribunal sentenciador en lo que se refiere a la comisión del delito de pertenencia a grupo criminal y al supuesto grado de colaboración del recurrente dentro del mismo.

1. Además de dar por reproducido lo expuesto en su primer motivo de casación, puntualiza que la resolución recurrida se justifica para dictar el fallo condenatorio en las declaraciones los agentes e interpretaciones de la documental (conversaciones), pero en cambio, no da explicación alguna a las múltiples declaraciones efectuadas y contradicciones existentes en las actuaciones que nos hacen ver que esa interpretación no es lógica ni coherente.

Manifiesta su discrepancia con la valoración del Tribunal y expone su propia ponderación valoración de:

a) el oficio de 23/09/2015 (F.865), donde se dice que Oscar se encargaba principalmente del transporte de las supuestas drogas desde Galicia a Asturias, lo que contradice la atribución de la cualidad de "jefe";

b) el oficio de 7/08/2015 (F 304) que recoge parte de unas conversaciones telefónicas en las que se alude al asturiano y al jefe; mientras que la prueba practicada en el juicio oral, en las declaraciones de los agentes, ninguno de los cuales le pudo atribuir la recurrente la condición de jefe, "ni de nada".



c) folio 3018 en el que la Policía como consecuencia de los seguimientos alude a la posición del recurrente por encima del resto de acompañantes, confirmando su papel de dirigente dentro de la organización, impartiendo instrucciones y que según el recurrente, se contradice con lo declarado en el plenario por uno de los agentes intervinientes.

2. En el decurso de su argumentación, no individualiza los particulares del documento que muestren el error en la apreciación de la prueba, pero alude reiteradamente a los oficios policiales y a la grabación de la vista donde constan las declaraciones de los agentes.

Presupuestos desde los cuales el motivo debe ser desestimado.

Conforme establece una reiterada jurisprudencia la vía prevista en el artículo 849.2 de la LECrim tienen un alcance limitado y no permite una revisión global de la valoración de la prueba sobre la totalidad de los ilícitos enjuiciados o sobre alguno de ellos. La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Así pues, la doctrina de esta Sala exige reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento. Dicho de otro modo, resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

En cuya consecuencia carecen de naturaleza documental a estos efectos casacionales del art. 849.2:

- Las diligencias policiales (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril).
- La diligencia de inspección ocular (STS 16 de noviembre de 2011).
- Las sentencias judiciales, sean o no del orden penal (STS 18 de febrero de 2009).
- Las pruebas personales, como las testificales, por mucho que estén documentadas (STS 11 de abril de 2011).
- Las fotografías; no tienen carácter documental a efectos casacionales, pues su contenido se halla matizado por el lugar desde donde se toman, de la iluminación, el color, lo que obviamente, sólo puede ser valorado por el Tribunal de Instancia (STS 134/2016, de 24 de febrero, con cita de 766/2008, 27 de noviembre y 335/2001, 6 de marzo).
- El soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio (cfr. SSTS 196/2006, 14 de febrero; 78/2016, de 10 de febrero; 196/2006, de 14 de febrero ó 284/2003, de 24 de febrero).
- El acta del juicio, pues aunque acredita la realidad procesal que en ella se refleja y por tanto el de las pruebas practicadas y el modo en que se desarrollaron, ello difiere de la eficacia y alcance demostrativo de esas pruebas respecto de los hechos que constituyen su objeto (STS 15 de febrero de 2010).

Por ende, ni las manifestaciones vertidas en las diligencias policiales, ni los testimonios prestados en la vista, integran prueba documental, sino personal por más documentada que esté; y a su vez tampoco las actuaciones procesales ni la documentación ni la grabación del acta, tienen esta naturaleza.

Ni este motivo es hábil para cuestionar de modo global la valoración de la prueba.

DÉCIMO SEGUNDO.- El cuarto motivo lo formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: por infracción de ley al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal: artículos 50.5, 66 y 72 del Código Penal, en relación con los artículos 369.1. 5º en relación con el 368 del Código Penal.

Afirma que en tanto que resulta del motivo cuarto, que se ha desconocido su presunción de inocencia al no haber pruebas de su participación; así como del motivo sexto (razón por la que hemos pospuesto este cuarto), haber mediado error en la apreciación de la prueba, resultan lógicamente también mal aplicados el art. 369.1.5º CP, en relación con los demás que cita.



Motivo que no puede prosperar, pues el sustento de su formulación, el éxito de los motivos cuarto y sexto, no se ha producido, sino que han sido desestimados. Y además, como venimos reiterando, formulando por la vía del art. 849.1, no resulta posible la radical mutación realizada de los hechos probados.

El motivo se desestima.

Recurso de Raúl

DÉCIMO TERCERO.- El primer motivo lo formula por vulneración del derecho fundamental al secreto a las comunicaciones del artículo 18.3 CE en relación al artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. Interesa la nulidad de: i) el inicial auto de intervención telefónica, porque se le ocultó información al Juez autorizante de la injerencia, en concreto investigaciones previas del acusado Roman , cómo obtuvieron los números de teléfono e IMEIS objeto de la primera intervención y la causa del sorprendente acierto de que los agentes tuvieron en todos los controles efectuados previos a las intervenciones telefónicas; ii) nulidad del auto de 26 de agosto de 2015, que autoriza la intervención del número NUM020 , atribuido al recurrente, carente de toda motivación, y iii) del auto 24 de septiembre de 2015, por el que concede la prórroga de la intervención de ese número, igualmente, afirma, sin justificación suficiente.

2. En relación con el auto inicial, todas las cuestiones suscitadas ya fueron objeto de respuesta con ocasión del recurso del coacusado Nicanor , a cuyo contenido nos remitimos para desestimar la nulidad interesada.

3. En cuanto al auto de intervención respecto del número NUM020 y en el que se acuerda la prórroga, debe ponderarse que en ese momento ya se cuenta con intervenciones previas, donde la investigación avanza y se va configurando un acervo indiciario, con un sustrato común entre el conjunto de personas investigadas, donde la motivación allí vertida resulta igualmente predicable en este caso; y de ahí que en el auto de agosto, no sólo se remite al oficio policial sino que distingue entre prórrogas de intervenciones autorizadas previamente e intervenciones nuevas, es decir de otros números de teléfono. De ahí que en la fundamentación, el Instructor remite a todas las actuaciones practicadas, al resultado de las investigaciones realizadas y de las intervenciones en su día acordadas, para acordar determinadas prórrogas y adiciona la información y los datos que ofrece el nuevo oficio policial para acordar nuevas intervenciones, entre ellas la del móvil, NUM020 , "utilizado por quien parece ser el proveedor de las sustancias que distribuye Nicanor ".

Oficio solicitante, donde se da cumplida cuenta de los datos y circunstancias que muestran la participación en el tráfico de drogas de su usuario, con mención del número en más de sesenta ocasiones y que avocan a la necesidad de dicha intervención, por cuanto se infiere de su aparición en las intervenciones previas:

Una vez realizado el oportuno estudio y análisis de las conversaciones telefónicas y SMS's registrados en el terminal telefónico utilizado por Nicanor se ha podido determinar que, al menos, uno de los cabecillas del grupo u organización al que representaría Nicanor , sería el usuario del terminal telefónico número NUM020 . El usuario de dicho terminal telefónico imparte las instrucciones oportunas a Nicanor para que éste último traslade a aquella/s persona/s que pretenden adquirir las sustancias los requisitos sobre el precio y las diferentes calidades de las que dispondrían. De hecho, el usuario de dicho terminal, interroga, en varias ocasiones, a Nicanor sobre las gestiones que éste último estaría llevando a cabo con Roman en relación con la adquisición de las sustancias. Nicanor le informa que no ha recibido contestación de Roman confirmando la adquisición de las mismas, por cuyo motivo, y mostrando un interés desmesurado en llevar a cabo dicha transacción, llega a rebajar el precio de las sustancias desde 36.500 € hasta 34.500 €, dándole indicaciones a Nicanor para que traslade dicha modificación en el precio a Roman . Es a partir de este momento y como consecuencia de no recibir contestación por parte de Roman cuando Nicanor comienza a contactar con Juan Carlos a) Cerilla para que éste le traslade las propuestas a Roman .

Así, entre otras fechas, el intercambio de mensajes enviados y recibidos el día 14 (folios 572 y 573), revelan más que indicios fundados de la dedicación al tráfico en el organigrama del grupo del titular de ese móvil. Igualmente, los mensajes de fechas anteriores y sucesivas, da cuenta de sus relaciones en la actividad del tráfico y cómo está en relación a este fin con diversos integrantes del grupo.

Desde esas circunstancias, es obvio que un mes después, el íntegro esclarecimiento de la actividad de tráfico investigada, seguía justificando la intervención de dicho móvil. Pero además, en ese ínterin, se revela el mantenimiento del titular de ese móvil, de su dedicación al tráfico, al igual que resulta las dificultades para su identificación, que manifiestamente justifican la prórroga.

Así, entre otros relevantes indicios, sin ánimo de exhaustividad, cabe mencionar los mensajes intercambiados a 24 de agosto, continuación de los enviados desde ese terminal al teléfono que utilizaba el acusado Nicanor para interesarse de cómo quiere los "crispis", ¿redondos o aplastados?; para indicarle y preguntarle : "Amigo



llegaron los crispis, a qué hora pasas por aquí?"; es decir, el usuario del terminal telefónico nº NUM020 , se pone en contacto con Nicanor para informarle que habían "llegado los crispis" (en alusión, a la sustancia objeto de transacción, que otras veces denominan "bocatas", "equipo" "Lexus", "el cubierto",...) y donde se infiere que es el usuario del terminal telefónico nº NUM020 quien imparte las instrucciones oportunas para que el acusado Nicanor acuda a un encuentro.

Y de igual manera los intercambiados los días 28 y 29, y los primeros días de septiembre describen como preparan y contactan el grupo de Galicia con el de Asturias y como el titular del NUM020 , siempre está inmerso; el encuentro se produce el día 8; se complementan las transcripciones con fotografías de los encuentros. El día 9, por sms de otros acusados, se manifiesta que existe acuerdo sobre la propuesta de ese encuentro; y el día 10 media un mensaje entre el acusado Nicanor y el NUM020 , para avisarle que llega con retraso para el viaje; y en los siguientes mensajes, Nicanor informa al grupo de Asturias que están de camino e insta a que preparen el dinero (*prepara la merienda*) respondiendo Juan Carlos , que *"ya está preparada, aquí esperamos"*. Realizado seguimiento, aportan al oficio policial, fotografía de los viajantes y de su llegada a Riotrubio-Mieres. Dos días después, un SMS del NUM020 a Nicanor le indica que falta dinero *"Faltan 485"*, lo que es transmitido a Juan Carlos

Además se transcriben también mensajes intercambiados desde o hasta ese terminal, con " Oscar " (Oscar), donde el interlocutor del usuario del terminal nº NUM020 se interesa por saber si las sustancias de las que dispondría éste último serían igual que las anteriores que le suministró (*"Hola buenas q tal? igual? ...Buenas es igual?"*) a lo que el usuario del terminal nº NUM020 le contesta en sentido afirmativo (*"¡¡¡!"*), quedando el interlocutor en avisarle con lo que sea, es decir, que trasladaría la afirmación del usuario del terminal nº NUM020 a terceras personas con la finalidad de que éstas decidieran si adquirirlas o no. Por dicho motivo, el usuario del terminal nº NUM020 le pregunta si no le gusta, en evidente referencia a las sustancias, a lo que el interlocutor contesta que las sustancias que le habría entregado en una transacción anterior serían de mejor calidad que las presentes (*"Mucho mejor lo anterior si hay algo mejor avisa si no por la semana te aviso yo"*) y le propone al usuario del terminal nº NUM020 que si dispusiera de unas sustancias de mejor calidad que se lo comunicara y que sino durante esa semana le avisaría con la decisión de adquirir o no las sustancias que le estaría ofreciendo en la actualidad. Mostrando su conformidad el usuario del terminal nº NUM020 ; siguiendo el concierto el día 30 de agosto, donde el usuario del terminal nº NUM020 informa a su interlocutor que *"si lo hacen aquí"*, es decir, si el interlocutor va a recoger las sustancias al lugar donde se encuentran las mismas, el precio por *"equipo"* (en referencia a un kilogramo de sustancias) sería de "34", es decir, 34.000 €, mientras que si el desplazamiento y traslado de las sustancias, hasta el lugar donde reside el interlocutor (*"en su campo"*) fuera realizado por la organización a la que pertenece el usuario del terminal nº NUM020 el precio ascendería a "36", es decir a 36.000 €. El interlocutor informa al usuario del terminal telefónico nº NUM020 que no cree que esos precios vayan a satisfacer a una tercera persona, para la que el interlocutor estaría actuando como intermediario en las negociaciones; pero el acuerdo llegaría con los mensajes intercambiados le día 1 de septiembre, que a pesar de indicarle que el kilo queda a 40, aceptan; siguen las llamadas en días sucesivos para subir a buscar la compra, llegando Oscar el día 10 de septiembre al domicilio del proveedor, el titular del NUM020 , si bien tuvo que esperar a media noche porque esa tarde estuvo de viaje.

O también en los intercambios de mensajes del día 13 de septiembre con el acusado Nicanor , encaminadas a una aparente entrega de drogas a un tercero; o los mantenidos con diversas personas el día 15.

Cunado es detenido, se le intervienen dos teléfonos, uno en el taxi y otro lo portaba él, precisamente el que tenía el IMEI que coincidía con el teléfono cuyas comunicaciones intervenidas, se han relatado.

El motivo carece de sustento.

DÉCIMO CUARTO.- El segundo motivo lo formula por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE en relación al artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852 de la ley de enjuiciamiento criminal.

1. Alega que no hay prueba alguna, ni siquiera indiciaria, que acredite ni el tipo de sustancia, ni la cantidad con la que supuestamente traficó mi defendido, no procediendo la condena impuesta por delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la misma y en su modalidad de notoria importancia, pues no se ha acreditado que el recurrente, haya traficado con cocaína, ni tampoco la supuesta cantidad del tráfico, no participó ni fue detenido junto al resto de los acusados el 11 de octubre de 2015 en la incautación de siete paquetes que contenían cocaína. No participó en ninguna operación de tráfico de drogas, no ha sido detenido junto al resto de acusados, tampoco ha sido aprendido con ninguna sustancia, dinero, ni ningún otro signo que acredite su implicación en los hechos condenados, fue detenido dos días después que el resto de condenados, tras acudir voluntariamente al cuartel de la guardia civil de Oviedo al trasladar en su taxi a las mujeres de dos de los condenados desde Villagarcía (su ciudad natal) a Oviedo; mientras que, está acreditado en la instrucción,



que mi defendido desempeña su trabajo de taxista en la meritada localidad de Villagarcía como autónomo colaborador desde el 1-4-2011, teniendo 25 años y 7 meses cotizados (informe vida laboral).

2. Como bien informa la representante del Ministerio Fiscal, al recurrente, no se le imputa tanto una concreta entrega, o varias, sino una participación continuada en el tiempo, en toda la actividad del grupo, razón por la que trasladar físicamente la droga el día de la detención, no es preciso para tener que rechazar la condena por el delito contra la salud pública en los términos en los que fue condenado.

Además de las transcripciones referidas en el fundamento anterior, ateniendo a un dilatado período de tiempo, cuyo contenido sobre el tráfico de estupefacientes realizado es de una extrema plasticidad, también explicadas en la vista por los agentes, que narran haberlo visto el día 10/09/2015 viajando junto a otros acusados hasta Rioturbio, circunstancia reforzada por la aportación de las fotografías donde aparece en esos parajes, con la finalidad de materializar lo que necesariamente tenía que ser una entrega; por desprenderse así de las negociaciones previas evidenciadas por el clarísimo contenido de los mensajes de texto vía telefónica, cruzados entre ellos; también se recogen en la sentencia algunas transcripciones literales de los mismos, que no dejan resquicio a la duda..

En cuanto al terminal NUM020 , pese a negar que fuera quien lo utilizaba, como hemos indicado, coincide el IMEI con el del teléfono que le fue intervenido al ser detenido cuando acompañaba a las mujeres de otros dos acusados.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- El tercer motivo lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim por indebida aplicación del artículo 368 del Código Penal; y el cuarto por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim por indebida aplicación del artículo 369.5 del Código Penal.

1. Considera incorrecta la aplicación del artículo 368 CP en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, al no haberse acreditado que el recurrente haya traficado con cocaína, ni tampoco haberse determinado la sustancia objeto del delito contra la salud pública por el que se le condena, por ello y en virtud del principio in dubio pro reo, en caso de condena debe operar en beneficio del reo la aplicación del artículo 368 CP en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud.

2. Es patente que la vía elegida resulta absolutamente inhábil para tener éxito alguno, pues desde la estricta observancia del contenido de los hechos probados, a que obliga el motivo, dicho tráfico de cocaína resulta expresa e inequívocamente afirmado:

Los siete primeros acusados referidos (Raúl , el recurrente era el quinto) formaban parte de un conjunto de personas que se dedicaba a la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes.

Mientras que Roman y Juan Carlos integraban dicho colectivo en Asturias, Oscar , Ambrosio , Raúl y Nicanor , desempeñaban sus actividades ilícitas desde Galicia, representando la fuente de aprovisionamiento principal de sustancias estupefacientes, cocaína y hachís que distribuían en Asturias.

(...) Raúl , se encargaba de contactar con "clientes" a los que suministrar sustancias estupefacientes, negociando las entregas de las mismas, además de realizar labores de distribución. También viajó el día 10 de septiembre a Carraspiantes, desempeñando funciones de lanzadera, para asegurar la entrega efectiva de las sustancias.

(...) Junto con las entregas de estupefacientes realizadas los días 16 de julio y 10 de septiembre de 2015, el día 11 de octubre, previas las correspondientes negociaciones, se desplazaron desde Galicia a Asturias Tomás y Oscar a bordo de un Saab 93, matrícula WGQ , llevando ocultos 7 paquetes de cocaína, mientras que Ambrosio y Nicanor lo hicieron en un Renault Megane, DE TP , a modo de lanzadera.

(...) Una vez analizada, la sustancia resultó ser 1.002 gramos de cocaína, con una riqueza en cocaína base del 87,5%, valorada en 40.081,02 euros, 1001 gramos de cocaína, con una riqueza en cocaína base del 50,3%, valorada en 25.656,85 euros y 5.040 gramos de cocaína, con una riqueza en cocaína base del orada en 177.977,54 euros.

3. Ya en sede de presunción de inocencia, hemos de remitirnos a los dos fundamentos anteriores, que muestran su plena integración en un grupo dedicado al tráfico de sustancias, por lo que carece de relevancia que no participara en el transporte del día 11 de octubre de 2015, pues había desempeñado otros cometidos en la diversificación de tareas que de modo complementario realizaban sus integrantes; y así la sentencia indica

De la prueba practicada a que se ha hecho mención y de los detalles que se recogen en los extensos atestados se desprende que siete de los ocho acusados no conformes con la acusación integraban el operativo coordinado; incluso Raúl , que no participó en el hecho del 11 de octubre (T. IV ff 1366 y siguientes), en el que viajaron en el vehículo lanzadera Mégane PO-BS Nicanor (conductor) y Meis (copiloto) y en el Saab C2G en



el que transportaban la droga (conductor Tomás y acompañante Oscar), y que fue detenido al día siguiente, su papel resulta de intervención relevante, como ya se dijo se le intervino determinado terminal de telefonía móvil (T. IV ff 1510-1511) junto con documentación hallada en el Opel Astra NUM021 que incluye anotaciones manuscritas que hacen referencia a Ambrosio y a Nicanor (T. VI ff. 2043-2044), y en dichas diligencias se hace constar lo siguiente: "Por último, en cuanto al folio de papel con anotaciones manuscritas en tinta de colores azul y negro, son de reseñar las anotaciones cuyas leyendas rezan como sigue: " NUM022 FRO Ambrosio NUM023 "

"En esta anotación se puede apreciar cómo la misma se inicia con la matrícula de un vehículo " NUM022 ", que, coincidentemente, es propiedad de Ambrosio, detenido en las mismas diligencias y que viajaba en el vehículo conducido por Nicanor, realizando labores de lanzadera para el vehículo que transportaba las sustancias incautadas el día 11 de octubre de 2015. La mencionada matrícula parece asociada al nombre de Ambrosio y a un número de teléfono (NUM023) que, previsiblemente, pertenecería al propio Ambrosio. De la misma manera, es de reseñar que dicha matrícula corresponde al turismo marca VOLKSWAGEN, modelo GOLF, color negro, el cual habría sido utilizado con fecha 16 de julio de 2015 para transportar una indeterminada cantidad de sustancias desde Vilagarcía de Arousa (Pontevedra) a la localidad de Carraspiques-Mieres, y para el que realizaron labores de lanzadera Roman y Juan Carlos, con el vehículo del primero, Seat Córdoba, color gris, matrícula HZN .

"Asimismo, se hace constar que el día 10 de septiembre de 2015, tanto Raúl como Ambrosio participaron en el transporte de una indeterminada cantidad de sustancias desde Villagarcía de Arousa (Pontevedra) hasta Carraspiques-Mieres, siendo los destinatarios de las mismas Roman y Juan Carlos. En esa ocasión Raúl viajaba en compañía de Nicanor en el turismo marca MAZDA, modelo 3, matrícula NUM024 (propiedad de Camilo (NUM025), mientras que Ambrosio y Oscar viajaban en un turismo marca OPEL, modelo ASTRA, matrícula NUM026 (propiedad de Ana (NUM027), lo que pone de manifiesto que Raúl conocía perfectamente tanto a Ambrosio, como a Nicanor y a Oscar y participaba activamente en la distribución de sustancias estupefacientes desde la provincia de Pontevedra a diferentes puntos de la geografía española. Esta apreciación se encuentra refrendada, igualmente, con las anotaciones que se reproducen más adelante en las que aparece también el nombre de " Nicanor " asociado a diferentes cantidades de lo que parece ser dinero y, concretamente, deudas contraídas con el propio Raúl .

Mientras que la sustancia es cocaína, así como su cantidad, como resulta cuando menos, de la propia intervención y ulterior análisis; pero no sólo de ello, pues a través de conversaciones en que está implicado el recurrente, antes examinadas, al hablar del precio, entre 34 y 40 (sobrentendido el kilo), igualmente resulta lógicamente inferido.

4. Conviene recordar que es constante jurisprudencia que deben ser reputados autores todos cuantos, con acuerdo previo y unidad de propósito, con independencia del distinto pacto de papeles y cometidos tengan en los hechos, concurre a la realización de los hechos constitutivos de la infracción criminal.

Respecto de la agravación de notoria importancia, como dice la STS núm. 596/2012, de 6 de julio, esta Sala se considera exenta de grandes esfuerzos argumentales para justificar su procedencia, teniendo en cuenta que la barrera cuantitativa que debe llevar a la aplicación del tipo agravado, se sitúa con relación a la cocaína en torno a los 750 gramos (Cfr. acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta misma Sala, celebrado el 19 de octubre de 2001 y SSTS 925/2008, 26 de diciembre, 821/2008, 4 de diciembre y 695/2008, 12 de noviembre, entre otras muchas).

Además, para el cómputo de esa cantidad, la STS 804/2014 de 27 de noviembre, con cita de la 770/2012, de 9 de octubre, precisa que se deben sumar para apreciar la agravación las distintas sustancias, aunque cada una en particular no supere el quantum señalado para cada droga (Cfr. STS 12-2-1993; 21-9-2000; 21-5-2003). Y que no puede fraccionarse la cantidad de estupefaciente, dividiéndola por el número de intervinientes, a fin de que cada fracción se considere objeto de un delito independiente, cuando aquellos vienen conceptuados como coautores, acusándose una acción unitaria y una tenencia compartida, Siendo suficiente para su apreciación el dolo eventual (Cfr. STS 15-2-97)

Ambos motivos se desestiman.

DÉCIMO SEXTO.- El quinto motivo lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim por indebida aplicación del artículo 570.ter del Código Penal.

1. Considera incorrecta la condena al entender que no se corresponden los hechos probados de la sentencia, en relación al recurrente, con el tipo penal.

Aunque a continuación, lo sustenta en afirmaciones contrarias al relato de hechos probados, en que no participó en entregas de droga; no existe acreditada asociación para comisión de un delito, pues no se cometió



ninguno y tampoco se da el segundo elemento del tipo al no estar acreditado el elemento aglutinador de mi cliente con el resto del grupo criminal.

2. De nuevo, hemos de indicar que el motivo por error iuris, no tolera alteración alguna del hecho probado, donde se expresa que Raúl, con otros acusados formaba parte de un conjunto de personas que se dedicaba a la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes, desempeñando sus actividades ilícitas desde Galicia, representando la fuente de aprovisionamiento principal de sustancias estupefacientes, cocaína y hachís que distribuían en Asturias; y que concretamente se encargaba de contactar con "clientes" a los que suministrar sustancias estupefacientes, negociando las entregas de las mismas, además de realizar labores de distribución.

Presupuesto fáctico, que determina su necesaria subsunción en el art. 570 ter CP. Cuestión desarrollada al analizar el motivo sexto del también acusado Nicanor, cuyo contenido damos por reiterado.

El motivo se desestima

DÉCIMO SÉPTIMO.- El sexto motivo lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim por inaplicación del artículo 21.1 del Código Penal como atenuante muy cualificada.

1. A través de este motivo, interesa que la atenuante de drogadicción sea apreciada como cualificada y no solo como simple.

Alega que de los informes médicos obrantes en la causa, varios y de diversas entidades, se acredita un consumo desde la adolescencia, el informe pericial psiquiátrico del Dr. Íñigo, psiquiatra, concreta e individualiza la situación psicofísica del recurrente, detallando un consumo de drogas desde la adolescencia, con un agravamiento en los últimos cinco años (coincidente con la comisión de los hechos) a raíz del dolor que le ocasionó el que a su hija de temprana edad le diagnosticaran un cáncer de ovario, refiriendo una grave dependencia a la cocaína que consume en cantidades que pueden considerarse patológicas, concluyendo su informe diagnosticando un consumo dependiente, cada vez más frecuente y en mayores dosis, lo que evidentemente influye en sus actividades y conducta.

2. En la declaración de hechos probados solamente se indica que *En la fecha de los hechos, los acusados Eleuterio, Bruno, Dionisio, Roman, Juan Carlos, Salvador, Oscar, Ambrosio, Raúl, Nicanor y Tomás eran dependientes de sustancias estupefacientes*; sin precisar nada sobre la afectación de sus capacidades intelectivas y volitivas

En la fundamentación, la sentencia describe la prueba practicada al efecto: i) el análisis de cabello, que revela un consumo repetido de cocaína en los 3-4 meses anteriores al corte del mechón; ii) informe del SERGAS que afirma dependencia de cocaína y cannabinoides y consumo perjudicial de alcohol; iii) informe del Ayuntamiento de Pontevedra que diagnostica: dependencia de cocaína y cannabinoides y consumo perjudicial de alcohol; iv) pericial de la Dra. D^a Hortensia, en el mismo sentido; v) informe de SIAD, que a partir de entrevista -el consumo empezaría a los 17 años-, acceso al historial médico y analítica de orina, reitera las conclusiones de los anteriores; y vi) pericial del Dr. Íñigo, psiquiatra, informa en el plenario ratificando su informe previo; que empezó a consumir en la adolescencia todo tipo de drogas, su adicción es a cocaína y cannabis, es consumidor crónico, diario, le afecta a su estado emocional e imagina que en un cierto grado al cognitivo; coincide con el informe del SERGAS. No hubo ingresos hospitalarios.

Acervo probatorio, que describe una drogadicción consolidada, acreedora de la atenuante simple estimada, pero que no describe una afectación relevante en sus facultades intelecto volitivas que posibilite su estimación como eximente incompleta ni como atenuante cualificada. Es doctrina reiterada de esta Sala (STS núm. 431/2020, de 9 de septiembre con cita de múltiples precedentes) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. No se puede, pues, acceder a la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas. Tampoco basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

Tanto más, cuando hemos indicado que *el móvil de su actuación debe tener una catalogación delictiva suficientemente significativa: la de actuar el culpable a causa de su grave adicción, esto es, el agente actúa infringiendo la ley a causa de tal adicción, viéndose compelido a cometer el delito, pero no, como en este caso, cuando la venta sea el modus vivendi del agente o cuando lo tenga como un negocio lucrativo, en suma, cuando se vea involucrado en operaciones de una magnitud suficientemente importante en donde la funcionalidad delictiva a causa de su adicción a la droga sea algo meramente tangencial* (STS 562/2021, de 24 de junio, con cita de la 70/2017, de 8 de febrero)



El motivo se desestima.

DÉCIMO OCTAVO.- El séptimo motivo lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim por inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal como atenuante muy cualificada.

Como en el caso anterior, interesa que la atenuante simple estimada, en este caso de dilaciones indebidas, sea transmutada en muy cualificada. Alega que en la propia instrucción ya se evidencia una dilación del proceso especialmente extraordinario, pero donde se da esta dilación con mayor intensidad, es desde el periodo en que recibe la causa la Audiencia Provincial, hasta la fecha de la sentencia, donde han transcurrido más de dos años, periodo de tiempo muy superior al extraordinario (atenuante muy cualificada) para las diligencias que debían practicarse, básicamente reducidas a señalamiento de sesiones de la vista oral.

Planteamiento coincidente con el formulado por anteriores recurrentes, que aconseja, para evitar estériles reiteraciones, remitir a la resolución del motivo séptimo de Nicanor , para su desestimación y el segundo de Oscar .

DÉCIMO NOVENO.- El octavo y último motivo, lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim por aplicación del artículo 22.8 del Código Penal: En la sentencia recurrida se condena al recurrente y aplica la agravante de reincidencia, entendiéndose que no está acreditada su aplicación.

1. Alega que la sentencia recurrida le aplica la agravante de reincidencia por haber sido condenado en sentencia firme de 9-3-2005, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, por un delito contra la salud pública a la pena de 6 años y 1 día de prisión. En los hechos probados de la sentencia se indican esos antecedentes y añade que la pena quedó extinguida el 3 de marzo de 2013; pero sin embargo, afirma, que no le consta en documental alguna que conste en la causa que acredite que la pena indicada haya quedado extinguida en esa fecha; omisión fáctica trascendente pues en estos supuestos cuando no consta en los Autos los datos necesarios para apreciar la reincidencia del acusado, (falta de constancia de la fecha de extinción), deberá determinarse desde la firmeza de la sentencia, y, a falta de los elementos necesarios para realizar el cómputo, las dudas deben solucionarse a favor del acusado.

2. El motivo debe ser desestimado. La narración de hechos probados, indica que la pena de 6 años y 1 día de prisión impuesta por la Audiencia Provincial de Vizcaya, en sentencia firme de 9 de marzo de-2005, quedó extinguida el 3 de marzo de 2013.

Fecha que no resulta de cálculo alguno, sino que así consta en el resultado de la consulta de sus antecedentes penales a 8 de febrero de 2019, en la Base de Datos del Registro Central de Penados, incorporada a las actuaciones (folio 366 y ss.); y respecto de esa condena, la primera de las dos constatadas (la segunda es por conducción bajo la influencia..., del art. 379.2), obra además de los datos expresados, que los hechos se cometieron el 23 de septiembre de 2000, que fue reducida la pena como consecuencia de la LO 5/2010 y que su estado es el de cumplida, habiéndose extinguido en la referida fecha de 3 de marzo de 2013.

De modo que, incluso aunque la pena impuesta se considerara menos grave tras su modificación, es obvio que hasta 2015, no habían transcurrido los cinco años que exige el art. 136.1.c), para la cancelación de las penas menos graves.

Recurso de Roman

VIGÉSIMO.- El primer motivo que formula este recurrente es por infracción de precepto constitucional amparado en los artículos 5.4 y 11.1 de la LECrim, denunciándose como infringido el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, al haberse llevado a cabo la interceptación mediante la utilización de las mismas mediante medios no lícitos, y carecerse en todo caso de habitación legal que justificara la adopción de dicha medida, con vulneración del contenido de los artículos 18.3 de la C.E., en conexión con el artículo 8 del Convenio De Roma, de 4 de noviembre de 1950 y los artículos 558 y 566 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. Alega como anteriores recurrentes que en el informe inicial de la Guardia Civil de fecha 8 de abril del año 2015, se alude a que fruto de un control rutinario llevado a cabo en fecha 4 de febrero del año 2015, fue parado el recurrente, y se le encuentra en su poder 2500 €, 3 teléfonos móviles y varias armas blancas con supuestos restos de sustancias de color blanco y otras de color marrón y 6 mandos de cocheras, aseverando igualmente que reside en Mieres, pero también suele frecuentar las poblaciones de Langreo y Oviedo, y que a raíz de ello procedieron a realizarse diferentes vigilancias sobre los lugares y personas con quienes solía el mismo relacionarse para tratar de confirmar la posible existencia de un delito contra la salud pública, aseverando igualmente que para sus desplazamientos utilizaba varios vehículos a nombre de su padre, como son el Ford Fusión matrícula NUM028 ; el Seat Córdoba matrícula HZN y el OPEL CORSA matrícula NUM029 ,



Tras lo cual se reseñan diversos seguimientos, de los que destaca, el realizado el 29 de marzo, seis más en el mes de abril y otros cuatro en el mes de mayo, de donde infiere que la propia dinámica del resultado de detección del señor Roman en dichos dispositivos de vigilancia establecidos, en cuanto a horarios poco convencionales como son las 6:00 de la mañana y en lugares exactos en los que ni reside el investigado, ni consta que tuviera vinculación u hábito alguno de presencia, pone de relieve de manera incuestionable que los Agentes de la Guardia Civil que adoptaron e intervinieron en los mismos, tenían con total certeza una información previa de que dichos encuentros iban a producirse en los citados lugares y a dichas horas, y dicha información es evidente que sólo pudo haber sido obtenida mediante la intromisión ilegítima en cuanto no autorizada ni validada por Autoridad Judicial competente, en las comunicaciones telefónicas y de correo electrónico del señor Roman ; pues tal reiteración excluye la hipótesis del azar.

Indica que los agentes admiten que usaron técnicas de escaneo, sin manifestar cual era el origen del conocimiento de los números de teléfono y de los IMEIS de los acusados.

Añade también que la instrucción se ha llevado con una absoluta falta de control de las intervenciones por parte del órgano judicial, una vez establecidas las mismas por el Auto inicial de fecha 8 de junio del año 2015; sin que se hayan arbitrado las comprobaciones y contrastes que de las transcripciones y mensajes de texto remitidos por la Guardia Civil, se hubiera llevado a cabo por la letrado de la Administración de Justicia.

2. Cuestiones todas ellas, ya analizadas en fundamentos precedentes, especialmente como consecuencia del primer y cuarto motivo formulado por el coacusado Nicanor (fundamentos primero y cuarto de esta resolución) donde se concluía la injustificada sospecha de actividades ilegales por parte de los agentes policiales, el alcance del derecho de acceso; así como por cuanto hemos reiterado, conforme la normativa vigente al momento de autos, que el procedimiento utilizado por parte de la Policía para el descubrimiento del IMSI y el IMEI (claves alfanuméricas identificativas tanto del terminal telefónico como de la línea utilizada), no implica vulneración de derecho fundamental alguno, al no corresponderse el conocimiento de tales datos con el de los propios contenidos de las conversaciones, que son los que integran esencial y propiamente el derecho al secreto de las comunicaciones merecedor de estricta protección (STS 492/2016, con cita de la dictada el 19 de Julio del 2010 resolviendo el recurso nº 11346/2009, entre otras muchas)

En la STS 274/2012, donde se reprocha que la Guardia Civil ofreciera al Juez de instrucción -el día después a aquel en el que el Fiscal había solicitado la intervención telefónica-, el número de teléfono móvil de un investigado, sin expresar el origen de ese conocimiento, se indica:

Ya hemos dejado constancia supra de la jurisprudencia de esta Sala que niega que este dato, por sí solo, sin ninguna otra información que sugiera una obtención ilegal del número o de las series alfanuméricas que lo identifican, implique una anticipada vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El recurrente asocia la utilización de mecanismos de escaneo capaces de activar una señal que identifique el número IMSI, con el menoscabo del contenido del derecho constitucional reconocido por el art. 18,3 de la CE . Sin embargo, desde la STS 249/2008, 20 de mayo , la jurisprudencia de esta Sala es coincidente en proclamar que el uso de los llamados lmsi-catcher por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no conlleva, por sí solo, una infracción de alcance constitucional (cfr. SSTS 1078/2011, 24 de octubre ; 940/2011, 27 de septiembre ; 406/2010, 11 de mayo ; 443/2010, 19 de mayo y 628/2010, 1 de julio , entre otras).

VIGÉSIMO PRIMERO.- El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, amparado en los artículos 5.4, 238 y 240 de la LOPJ y 852 de la LECrim, al haberse vulnerado el derecho de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.2 de la C.E., en relación con los artículos 18.1 y 2 de la carta magna, en conexión la directiva 2012/13 de la Unión Europea de fecha 22 de marzo del año 2012.

1. Alega, que por parte de las fuerzas de la Guardia Civil, que instruyeron e intervinieron en la confección del atestado que dio lugar una vez remitido el mismo, a Fiscalía a la interposición de la denuncia que a su vez originó la incoación de las diligencias se omitió la totalidad de la documentación y resultado de las labores de investigación llevada a cabo por la misma, habiendo remitido en su lugar una documentación incompleta e inexacta de la que se excluyó parte sustancial de la misma, la cual tampoco resultó incorporada en ulterior momento durante la fase de instrucción; lo que privó injusta e injustificadamente de medios necesarios para la defensa y desvirtuación de los cargos imputados al recurrente.

2. Cuestión coincidente igualmente con la analizada en el fundamento cuarto, a cuyo contenido nos remitimos para concluir idéntica desestimación.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El tercer motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la L.O.P.J., por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en la manifestación de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derechos consagrados en los artículos 10.2 y 24 de la C.E., en conexión con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950; y a su vez el octavo motivo lo formula



por infracción de ley y de doctrina jurisprudencial, al amparo del número primero del artículo 849 de la LECrim, siendo el precepto infringido, el artículo 21.6º del Código Penal, en la redacción conferida por la L.O. 5/2010, al no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

1. Alega a modo de resumen que: i) Según manifiesta la Guardia Civil las investigaciones preliminares concernientes a la presente causa se iniciaron en el mes de Febrero del año 2015, habiendo transcurrido pues hasta la notificación de la sentencia cinco años, y hasta el momento presente más de cinco años y medio; ii) que desde que se dictara el Auto acordando la incoación de las diligencias previas que han dado lugar al presente procedimiento hasta el momento presente, han transcurrido cinco años y siete meses; iii) desde que se dictara el Auto de pase a P.A, hasta la celebración de las sesiones de Juicio, más de tres años y siete meses; iv) desde que se dictara el Auto de pase a P.A. hasta el Auto de apertura de Juicio Oral transcurrieron siete meses; y v) desde que se dictara el Auto de Admisión de pruebas por esta Sala hasta el momento de celebración del acto de Juicio Oral, transcurrieron prácticamente veinticinco meses

2. Explica el Tribunal Constitucional (SSTC 142/2012, de 2 de julio, FJ 7; 11/2022, de 7 de febrero, FJ 2, entre otras) que carece de viabilidad la denuncia del derecho a no sufrir **dilaciones** indebidas una vez que el procedimiento ha finalizado (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 5), si se toma en consideración el presupuesto fáctico y jurídico en que el recurrente sustenta la invocación de este derecho, su encaje constitucional más correcto es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La apreciación de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal es una cuestión de estricta legalidad cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes por lo que sólo podrá considerarse vulnerado el art. 24.1 CE cuando la respuesta de los órganos judiciales a tal pretensión hubiera sido arbitraria, manifiestamente irrazonable, incurra en error patente o carente de toda motivación (por todas, STC 5/2010, de 7 de abril, FJ 5).

La lectura de la sentencia trasluce una motivación alejada de toda arbitrariedad; incluso, de tal modo que como hemos expuesto en los fundamentos séptimo y noveno de esta resolución, al analizar idéntico motivo formulado por otros coacusados, a cuyo contenido nos remitimos, la desestimación de la atenuante resulta plenamente ajustada a derecho.

VIGÉSIMO TERCERO.- El cuarto motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, amparado en el artículo 5.4 de la L.O.P.J, por lesión al derecho de presunción de inocencia, contemplado en el artículo 24.2 CE y subsidiariamente al amparo del número segundo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. Afirma que no se ha practicado prueba de cargo de suficiente entidad en el acto del juicio que avale la autoría del recurrente como autor de los delitos por los que resulta condenado en sentencia; que la sentencia recurrida pretende valerse para la conformación de su fallo, de material probatorio obtenido viciadamente.

2. Desestimada la ilicitud de la intervención de las comunicaciones autorizada, el motivo carece de sustento alguno.

Pues la prueba de cargo es abundante, siempre de inequívoco signo incriminatorio contra el recurrente, que conduce inexorablemente a concluir su participación en el tráfico de cocaína en grandes cantidades; así el contenido de mensajes de texto intercambiados; sirva de ejemplo entre los múltiples existentes con diversos interlocutores, los recibidos y enviados el 7 y 8 de agosto: "*Buenos días. Esta es la oferta. Si son 3 o mas d 3 t quedan a 36.5 puestos en tu casa. Y d paso t llevo el coche. Tú dirás?*"; donde ninguna duda cabe que Nicanor le ofrece cocaína a 36.500 euros el kilo si la compra alcanza los tres kilos; el vehículo era el Ford Focus, que cuando culmina la operación, se comprueba que está caleteado; al final acude Roman a Villagarcía, le indica a Nicanor "*bajo a por el coche así recojo mas*"; a lo que sigue una petición de precio para diez (kilos); encuentro que se comprueba por el seguimiento realizado, del que se deja constancia fotográfica y por los mensajes intercambiados el día 12; o los del día 14 sobre concreción de precio de donde resulta tras la comprobación o gestiones que realizaran con terceros un acuerdo a 34.500 euros el kilo, conforme mensajes intercambiados el día 14).

De idéntica manera, que en otras ocasiones, cuando el día 8 envía un mensaje de texto al NUM030 : *Escribeles ke tiren paka ya si pueden ke necesito urgente ya ke traigan 6 si me los dejan a 33,5 aki*; y cuando no había pasado un cuarto de hora, reitera: *Diles ke acaba de venir todo dios ke necesito 6 a 33.5 aki ke si vienen hoy mejor ke maña ke me urge mucho*. Poco después le preguntan cómo quiere la distribución y calidad de los seis kilogramos ("*Dime letras*"), a lo que responde: *3lexus 3w o ke? tara bien o 4w y 2lexus* (denominación relacionada con el signo que obraba en el envoltorio); tras lo cual se concierta la entrega para el día 11, jornada en el que siguen los mensajes del recurrente, que la zona estaba despejada, pero sin embargo, se había montado el consiguiente dispositivo en el que se intervienen los seis kilos destinados al recurrente más el kilogramo destinado Salvador



Es decir, que obra la intervención efectiva de esos seis kilos encargadas por el recurrente y que analizados resultan ser cocaína.

Pero no sólo ello, el día 11 de octubre de 2015, cuando se iba a proceder a su detención y la de Juan Carlos , ambos salieron de la vivienda de Carraspietes portando una bolsa que enterraron a unos 400 metros de la vivienda, en la que llevaban 245.900 euros (la cantidad pactada por los seis kilos excedía los 200.000 euros), así como una pistola semiautomática sin marca, ni número de identificación, calibre 6.35, en perfecto estado de funcionamiento, 6 teléfonos móviles, un hacha y anotaciones relativas al tráfico de drogas. Realizada prueba lofoscópica en los paquetes del interior de la bolsa, las huellas existentes pertenecen al recurrente.

Y además, tras la detención, se le interviene una envasadora al vacío, un báscula de precisión, dos terminales telefónicos y el vehículo Audi A3 CMH , que disponía de un doble fondo o "caleta", 750 euros y diversos cartuchos de caza y metálicos con proyectil, además de diversas anotaciones contables, relativas al tráfico de drogas al que se dedicaba.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO CUARTO.- El quinto motivo lo formula por infracción de ley y de doctrina jurisprudencial, al amparo del número primero del artículo 849 de la LECrim, al entender infringido precepto penal de carácter sustantivo, por resultar indebidamente condenado como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud del artículo 368 del Código Penal, en relación con el artículo 16 del citado texto punitivo.

Se limita a exponer que ni en la relación de hechos declarados probados, ni como resultas de la prueba practicada, queda acreditado que el recurrente, hubiera desplegado conducta alguna susceptible de su condena como autor de delito de sustancias estupefacientes que no causan grave daño para la Salud Pública.

El relato de hechos probados, señala que formaba parte de un conjunto de personas que se dedicaba a la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes; siendo el recurrente la persona de mayor importancia dentro de los acusados asturianos, como tal tomaba las decisiones principales sobre la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes, labores que realizaba en Oviedo, aunque también en zonas próximas, de hecho disponía de una vivienda en Carraspietes, Mieres, donde tuvieron lugar los principales encuentros con los proveedores y la entrega de estupefacientes, gracias a su difícil acceso y vigilancia."

Entre esas operaciones se describe la intervención de una partida de siete kilos de cocaína, de los cuales, seis, era destinatario

No suscita duda alguna, la adecuada calificación de su conducta, sin que en motivo por error iuris, quepa alteración alguna de ese presupuesto fáctico.

En todo caso, como resulta del fundamento anterior, ninguna duda cabe sobre la pena acreditación de tales hechos.

VIGÉSIMO QUINTO.- El sexto motivo lo formula por infracción de ley y de doctrina jurisprudencial, al amparo del número primero del artículo ochocientos cuarenta y nueve de la LECrim, siendo designado como infringido el artículo 570 ter del Código Penal en relación con el artículo 16 del citado texto sustantivo.

1. Argumenta que el grupo criminal radicado en Asturias, estaría integrado conforme el escrito de calificación provisional, por cinco integrantes, pero sólo se condena por ello a dos, el recurrente y el coacusado Juan Carlos ; de modo que aún cuando se diera por sentado que la relación que ambos mantenían pudiera ser de las tributarias de integración en Grupo Criminal; el propio tenor normativo de artículo 570 Ter, veda la aplicación de dicha figura, al exigir la misma se halle integrada por más de dos personas.

Añade que no puede acogerse la tesis asumida de su agrupación con el Grupo Gallego, pues aún en el supuesto de que se tuviera por acreditado, que las personas supuestamente integrantes del denominado Grupo Gallego hubieran realizado un suministro de sustancias estupefacientes en fecha 11 de octubre del año 2015, a los señores Roman y Juan Carlos , ello no daría lugar a la apreciación respecto de los mismos de la figura de Grupo Criminal.

2. El motivo debe ser estimado, aunque el grupo de Galicia fuere el que vende y suministra droga al grupo de Asturias, los integrantes de uno y otro grupo no conforman a su vez un grupo, en el sentido típico.

Es cierto que los hechos probados describen *que formaba parte de un parte de un conjunto de personas (se enumeran seis más) que se dedicaba a la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes. Pero añaden, mientras que Roman y Juan Carlos integraban dicho colectivo en Asturias, Oscar, Ambrosio, Raúl y Nicanor, desempeñaban sus actividades ilícitas desde Galicia, representando la fuente de aprovisionamiento principal de sustancias estupefacientes, cocaína y hachís que distribuían en Asturias.*



Y desde esa escisión, se describe la actividad del recurrente: *Roman era la persona de mayor importancia dentro de los acusados asturianos, como tal, tomaba las decisiones principales sobre la adquisición y distribución de sustancias estupefacientes, labores que realizaba en Oviedo, aunque también en zonas próximas, de hecho, disponía de una vivienda en Carraspietes, Mieres, donde tuvieron lugar los principales encuentros con los proveedores y la entrega de estupefacientes, gracias a su difícil acceso y vigilancia.*

Es decir, se presenta a los proveedores (el grupo de Galicia), como terceros respecto del grupo asturiano. Conclusión que no deriva de un mero voluntarismo semántico, sino que constituye circunstancia fáctica plenamente ratificada a través de la integración con apartados fácticos descritos entre los fundamentos de derecho, donde resulta que la coordinación entre los miembros de la organización en ningún caso se produce entre los integrantes de uno y otro grupo.

El grupo de Galicia actúa respecto del asentado en Asturias, con autonomía propia, no actúa en virtud de un interés común, sino exclusivo; no existe jerarquía común, tampoco los fines propuestos son comunes, pues discuten y negocian el precio pues las ventajas económicas de uno y otro grupo en las operaciones de compraventa que conciertan, resultan antagónicas, como en todo sinalagma, donde el incremento o rebaja del precio, beneficia a una parte y correlativamente perjudica a la otra.

Y efectivamente, mientras para el conjunto de cinco personas de Galicia, se cumplimentan las exigencias típicas para integrar grupo criminal, para el conjunto de personas de Asturias, falta un elemento típico, pues no se acredita que lo compongan más de dos personas, el recurrente, Roman y Juan Carlos .

El motivo se estima.

VIGÉSIMO SEXTO.- El séptimo motivo se formula por infracción de ley de doctrina jurisprudencial, al amparo del número primero del artículo 859 de la LECrim, resultando infringido el artículo 21.1º del Código Penal, o en todo caso el artículo 2º.2º del citado texto punitivo, al no haberse apreciado como muy cualificada en la persona del Señor Roman la atenuante de drogadicción.

1. La finalidad es que la atenuante de drogadicción que le ha sido estimada, sea apreciada como cualificada y no solo como simple.

Alega que ha quedado acreditado que el recurrente aqueja desde su más tierna adolescencia, una severa toxicomanía, que ha merecido un diagnóstico de dependencia a opiáceos (heroína); dependencia a cocaína, así como consumo abusivo de alcohol y cannabinoides, a la par que un trastorno antisocial de personalidad y un trastorno de control de impulsos calificados ambos como graves que inciden y afectan a todas las áreas de su vida, y le impiden el poder controlar sus acciones; dolencias que asevera concurrían en el momento de tener lugar los hechos objeto de la presente causa, hasta el punto de que al ingresar en prisión con ocasión de su detención fue asignado al Modulo Terapéutico del mismo, quedando bajo seguimiento del Servicio de Psiquiatría del Centro, donde le fue diagnosticado Trastorno de personalidad, recibiendo tratamiento con neuroleptidos (sic), antidepresivos y ansiolíticos. Toxicomanía, reitera que ha permanecido inalterable y desgraciadamente sin remisión desde que el señor Roman tenía 14 años de edad y en tal sentido existen ha sido puesta de manifiesto en múltiples informes que así lo corroboran y a los que la propia sentencia recurrida, alude.

2. Los hechos probados meramente indican que el recurrente y otros acusados eran " *eran dependientes de sustancias estupefacientes*"; pero nada indican sobre la afectación de sus capacidades intelectivas y volitivas al tiempo de los hechos.

3. Y además, la valoración probatoria, tampoco posibilita otra conclusión. La sentencia recoge así la valoración de la prueba practicada al respecto:

Análisis de cabello que revela consumo repetido de cocaína y metadona en los 3-4 meses anteriores al corte del mechón (Tomo VIII f. 2889-2890)

Informe de dependencia del SIAD (R.S.ff. 261-269), indica que cumple criterios diagnósticos de dependencia a opioides y cocaína. La perito Sra. Hortensia lo ratifica en juicio. Su historial data de 1996 cuando fue tratado en la unidad de toxicomanías de Mieres. Puede afectar a sus capacidades, pero no puede determinar el grado.

El Centro Fundación Adsis de Gijón (R.S. ff 4630 y ff. 278-279 y 607-610) refleja una actitud positiva hacia el tratamiento. La Sra. Laura es la directora del centro de día, es licenciada en Empresariales, el informe se basa en la atención médica prestada en el centro que dirige. La evolución es muy buena.

El Centro Penitenciario (R.S. F. 611) indica antecedentes de politoxicomanía y probable trastorno de personalidad.



El perito psiquiatra Dr. Desiderio (TXI ff. 4618/4619) recoge: "Ha realizado múltiples tratamientos psiquiátricos en el C.S.M., en la UTE en la prisión de Villabona, en Centros Terapéuticos (Spiral el 31/03/2009, Proyecto Hombre el 24/09/2009, Adsis-Gijón el 30/09/2016), con Psiquiatras Particulares (Psiquiatra Hernan en la Clínica La Salve de Sama de Langreo desde el 30/09/1997 al 22/07/99 en consultas quincenales), y en esta consulta". Lo ratifica en el juicio oral. Vio al acusado. Comenzó a consumir a los 14 años. Le hizo tres entrevistas de unas dos horas cada una, tuvo presentes informes médicos, en los que se basa. Cumplía los requisitos para diagnosticar dependencia. Además, tenía trastornos antisocial y de control de impulsos, con mucha agresividad. Le afecta a su capacidad volitiva y para adaptarse al entorno social. El trastorno se origina en la adolescencia.

La psiquiatra Dra. Hernan trabaja sobre adicciones en el Centro Penitenciario de Villabona. No recuerda mucho de Roman, fue a desintoxicar a su clínica privada de 1998 a 2003, después en la UTE del Centro (2005-2006). Recuerda que tenía dependencia severa a heroína y cocaína, no sabía si había diagnóstico de trastorno de personalidad, pero la toxicomanía afecta a la conducta. Le comentaron que el ingresar en prisión había recaído en el consumo. Le dijo que había seguido tratamiento en un montón de centros. Cumple los requisitos para concluir que presenta problema de dependencia a opiáceos y cocaína, afecta a nivel personal, familiar y laboral.

4. De forma, que la subsunción de ese sustrato fáctico, por parte de la Audiencia en la estimación de una atenuante simple resulta correcta: *En el supuesto enjuiciado, hemos de tomar en consideración que para atenuar la responsabilidad es preciso que se acredite suficientemente la incidencia del consumo en las facultades de cada acusado, lo que sucede en varios casos, aunque ninguno para concluir que la atenuante haya de considerarse como muy cualificada, ni la analógica. Es dependiente de las drogas, conforme se acaba de explicar, el acusado Roman, pero los trastornos diagnosticados, sean o no consecuencia del consumo, no constituyen una reducción autónoma de facultades, y de ningún modo se puede concluir que la necesidad de financiación o de acopio sean los móviles que le pueden guiar para traficar con cantidades tan importantes, ni que desarrollara tan complejas actividades sufriendo una merma radical de sus capacidades psíquicas, por lo que debe aplicarse la atenuante como simple.*

Efectivamente, la adicción y la afectación de las capacidades volitivas e intelectivas ha de ponerse en relación con el concreto delito cometido; donde en cantidades de la magnitud que existe en autos, el impulso delictivo, no cabe entenderlo desencadenado por la drogadicción del sujeto activo sino por el ánimo de enriquecimiento (SSTS números 936/2013, de 9 de diciembre; o 676/2020, de 11 de diciembre). Al igual que la 264/2018, de 31 de mayo, que precisa que no puede alegarse afectación derivada del consumo de estupefacientes en los casos de grandes transacciones de droga previamente concertadas. No puede sostenerse, conforme a las reglas de la praxis y la lógica, ni que ese comportamiento criminal estuviese movido o influenciado por el previo consumo de estupefacientes, ni condicionado por una situación de esporádica crisis carencial, dada su necesaria planificación; ni es pensable que el objetivo fuese exclusivamente obtener medios para satisfacer la propia adicción: hay un ánimo de lucro prevalente evidente.

La programación y preparación dilatada de cada operación de compra, la infraestructura ordenada a esa actividad de tráfico, con diversidad de inmuebles, vehículos, su calateado, pluralidad de móviles, precauciones en sus desplazamientos, ratifican la inferencia sobre la inexistencia de una minoración en sus facultades volitivas, con una mínima relevancia en orden a la estimación de una eximente incompleta, o una atenuante cualificada.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- El noveno y último motivo lo formula por infracción de ley y de doctrina jurisprudencial, al amparo del número primero del artículo 849 de la LECrim. Designándose como infringidos los artículos 72 y 66 del Código Penal, por ausencia de verdadera motivación en la individualización de la pena, y contravención del principio de dosimetría punitiva y de proporcionalidad en la punición de los hechos.

1. Reprocha que la sentencia no razone debidamente los motivos que justificaran la imposición de la pena en la extensión que en la misma se lleva a cabo, ni la motivación de los criterios tenidos en cuenta para la fijación de la responsabilidad personal en caso de impago de la pena de multa impuesta.

2. Reiteradamente ha señalado esta Sala Segunda, que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico- constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.



Aunque es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, que la sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta. Y, en otras ocasiones, se ha que aun habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

Pero cuando, esto no acaece, las soluciones no sólo son las interesadas por el recurrente, nulidad de la sentencia o alternativamente, imposición de la apena mínima; sino también, subsanar el defecto en el supuesto de que la sentencia de instancia contenga los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, al margen de que este ejercicio por el Tribunal que examina el recurso, coincida o no con la fijada por el de instancia, con la consiguiente corrección en su caso.

3. En autos, ciertamente la motivación es concisa: a Roman , codirector del conjunto, no reincidente, apreciándose dilaciones y toxicomanía, por el delito contra la salud pública (única pena que cuestiona el recurrente), 5 años y 6 meses de prisión y multa de 200.000 euros.

Pero ello debe integrarse con el preámbulo común, que encabeza el auto: *para individualizar las sanciones que se aplicarán a quienes no prestaron conformidad, fijando su concreta extensión, es forzoso atender a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (arts. 50.5 , 66 y 72 CP), y sobre estos extremos ya nos hemos pronunciado al examinar la cantidad de sustancias, modo en que participó cada acusado y causas de agravación o que atenúen la responsabilidad, de forma que cabe concluir esquematizando así las consecuencias que derivan de los ordinales séptimo y sucesivos.*

Es cierto que obra una elipsis en la motivación, pero que en nada afecta a la cohesión argumentativa, al restar sobrentendido, que rebaja en un grado la pena, dado que la pena que corresponde al 369.5º en relación con el 368, es de seis años y un día a nueve años de prisión y multa del tanto al cuádruplo, las impuestas, corresponden a la degradación de las anteriores que conlleva un marco de prisión de tres a seis años y multa de la mitad al tanto.

La rebaja en grado corresponde a la concurrencia de dos atenuantes y ninguna agravante, conforme a las previsiones de la regla 2ª del art. 66.1 CP, que establece en ese caso, aplicar *la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.*

En autos, el *número* de atenuantes es el mínimo que posibilita la degradación y la *entidad* de las mismas, igualmente mínima en el caso de la dilación pues no se estima en atención a la duración total del procedimiento, sino por la tardanza en la celebración de la vista, donde "tres de las suspensiones han obedecido a la iniciativa de las partes"; y en el caso de la atenuante por causa de drogadicción, aunque la dependencia de largo recorrido es obvia, la incidencia en la comisión de una actividad de tráfico de tan ingentes cantidades, resulta de muy escasa relevancia.

De ahí, que la degradación, aunque fuere preceptiva, su dimensión cuantitativa dentro de la degradación, resulte lógicamente minimizada.

Tanto más, si atendemos a la gravedad del hecho, donde solo en una de las operaciones de acopio, declaradas probadas, la cantidad intervenida, excede en más de seis veces la cantidad a partir de la cual, debe considerarse como de notoria importancia. A lo que se une, la estructura desplegada para su actividad delictiva, con la utilización de varios inmuebles, diversos vehículos, algunos calateados, varios móviles y la disposición de un coautor que seguía todas sus indicaciones y órdenes.

Mientras que ninguna circunstancia personal, al margen de su drogadicción ya ponderada en la atenuación que permitió la drogadicción, resulta acreditada.

Consideraciones que conllevan a concluir que la concisa motivación de la Audiencia y la concreción punitiva que subsigue, resulta adecuada.

El motivo se desestima.

Recurso de Salvador

VIGÉSIMO OCTAVO.- El primer motivo que formula este recurrente, con sede en el art. 5.4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del art. 18-3 de la Constitución Española en cuanto a la violación de su derecho



al secreto de las comunicaciones, por cuanto se procede a la autorización de la intervención del teléfono en el que se escucha al recurrente, no existiendo la suficiente habilitación legal en la norma que lo debía permitir.

1. Sostiene el recurrente la nulidad de la injerencia en las comunicaciones telefónicas por cuanto:

a) La inicial intervención telefónica inicial se acordó en base a meras conjeturas y suposiciones ya que la finalidad de la autoridad policial con su oficio de fecha 8 de abril de 2015 folios (8 a 76), era una "obtener autorización para una investigación prospectiva, esto es para obtener indicios (hasta entonces inexistentes) con los que comenzar la investigación.

b) Se desconoce el origen de la obtención de los números de teléfonos móviles inicialmente intervenidos cuyos números son, móviles NUM012 y NUM013 y NUM014 y NUM015, y el IMEI NUM016 propiedad del usuario investigado (Roman), y el IMEI NUM017 , utilizado por el investigado Eleuterio .

c) Ni el auto que acordó la incoación de las Diligencias Previas 2280/20 de fecha de 8 de junio de 2015 (folio 77 y 78), ni el auto que autorizó las intervenciones telefónicas, de fecha 8 de junio de 2015 (folio 79 y ss) dictados por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo, por el que así mismo se decreta el secreto del sumario, ni los sucesivos autos acordando la prórroga de las referidas escuchas, fueron recurridos por el Ministerio Fiscal, que es quien debe de velar por el principio de legalidad.

2. Cuestiones, planteamiento y argumentario en todo coincidentes con el primer motivo formulado por el coacusado Nicanor , por lo que remitimos al contenido de las consideraciones y respuestas otorgadas, para concluir idéntica desestimación; en esencia porque pese a las protestas del recurrente: i) existían sospechas indiciarias de entidad, buenas razones para acordar la intervención, ii) a la fecha de autos, al igual que en la actualidad los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones; la jurisprudencia pacíficamente los admitía; y sólo desde la vigencia de la LO 13/2015, existe obligación de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios (art. 588 ter I); y iii) la omisión de formular recurso por parte del Ministerio Fiscal, en atención a los presupuestos anteriores, resultaba justificada; y en cualquier caso, su aceptación o su rechazo a la injerencia acordada, en nada afecta a la validez ni a la nulidad de la misma.

VIGÉSIMO NOVENO.- El segundo motivo lo formula por infracción de precepto Constitucional al amparo del art. 5.4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del art. 18-3 de la Constitución Española en cuanto a la violación de su derecho al secreto de las comunicaciones, por cuanto se procede a la autorización de la intervención de los teléfonos que se intervinieron en el comienzo, y que posteriormente supuestamente se escucha al recurrente, no existiendo el preceptivo control judicial sobre dicha intervención, siendo el resultado de esta la que ha propiciado la obtención de supuestas pruebas contra el recurrente, tanto del supuesto delito como de las agravaciones específicas.

De nuevo, el planteamiento y argumentario es idéntico al segundo de los motivos formulados por el coacusado Nicanor . Ya resuelto ut supra, dando ahora por reiteradas las consideraciones vertidas para su desestimación.

TRIGÉSIMO.- El tercer motivo lo formula por infracción del precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse vulnerado el art. 24 de la Constitución Española, derecho a la presunción de inocencia, al no considerarse suficientemente acreditado, a través de prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en Sentencia en relación a la intervención del recurrente en los mismos.

1. Además de reiterar su criterio sobre la nulidad de las intervenciones telefónicas, alega que no puede entenderse acreditado que la sustancia que fue intervenida y por la que luego fue condenado el recurrente, Sr. Salvador haya quedado probado, ni que dicha sustancia se le haya intervenido al recurrente, ni mucho menos que se mantenga como un hecho probado que uno de los kilos intervenidos en Carraspietes tendría como destino final, Salvador .

Precisa que se le detiene un día después en Gijón, y que tan solo se le interviene su teléfono móvil, sin encontrarse en posesión del del Sr. Salvador , ningún tipo de sustancia estupefaciente, tampoco ningún utensilio de los habitualmente utilizado para la actividad del tráfico de drogas, (ni pesos de precisión, ni corte, ni recortes de bolsas, ni anotaciones...), tampoco dinero, ni su forma de vida era desproporcionada a sus ingresos. Añade que el recurrente, como se acreditó en el juicio oral mediante su vida laboral lleva toda su vida trabajando, y no solo en España, sino, que su empresa lo manda a otros países a llevar a cabo trabajos de la empresa, precisamente el año de su detención, como así quedó acreditado, lo pasó trabajando para su empresa en Alemania desde principio de año hasta finales del mes de agosto.



Recuerda que no se hizo prueba de voz y que no se ha acreditado que el teléfono que se le atribuye, fuera él quien lo utilizaba.

2. La sentencia recurrida, recoge en su valoración probatoria, el testimonio de los agentes que indican que Salvador había sido objeto de investigación en la operación Sésamo de 2014, como también Nicanor, que mantenía contactos telefónicos con Salvador. Que era destinatario de 1 Kg de la cocaína incautada, como resulta de los viajes y los sms intercambiados. Era para entregarlo después a terceros; Salvador era intermediario y también garantía del éxito de la operación. En un sms a " Juan Carlos " o a Roman, se les puntualiza que va un kilogramo más en la partida que abarata los gastos en 2000 €/kg,

Señala así mismo que el teléfono que usaba el recurrente estaba a nombre de su mujer; y también destaca el informe pericial de análisis de voz practicado por la Técnica 185 y el Policía NUM031, de la Sección de Acústica Forense, concluyendo taxativamente "que la voz dubitada, atribuida a Salvador y su voz indubitada han sido realizadas por la misma persona, situándose el resultado obtenido en el nivel de identificación".

Complementado con el resto de los múltiples mensajes tanto los que recibió y mandó, como los intercambiados por otros acusados que complementan el conocimiento de lo acaecido, así como la intervención de la cocaína el día 11 y la detención de quien participaban en el transporte y los que se disponían a la entrega concertada, la Audiencia, concluye:

En cuanto al rol desempeñado por Salvador, al que identifica la pericial de voz (R.S. T. II ff 408 y siguientes), estaba interesado en adquirir aproximadamente 1 Kg de cocaína, y se interceptaron llamadas y múltiples sms entre Nicanor y él mismo (NUM032, del que era titular su compañera Clara) en términos crípticos pero inequívocos (TIV ff. 1375 y siguientes) que denotan incluso cómo Salvador se trasladó a Pontevedra para obtener una muestra.

Es significativo que Salvador explica a Nicanor como pretende la entrega del Kilogramo, llegando a decirle Nicanor el 8 de octubre "pues el lunes ten todo listo y si puedes tener todo el carsh (sic) contigo mejor", refiriéndose al lunes, y argumenta con toda lógica la Fuerza interviniente (f. 1385): "Como se puede observar Nicanor y Salvador habrían acordado la entrega del kilogramo de cocaína para el lunes, justo al día siguiente de la entrega en Mieres a Roman y Juan Carlos.

Si a esto sumamos que el conductor del coche que porta los siete kilos de cocaína portaba una mochila con ropa limpia y un neceser con productos de aseo y que este grupo se desplaza desde una distancia de al menos 3 horas y si además añadimos que Roman habría encargado 6 kilogramos y que en el vehículo vendrían Nicanor y que en ocasiones anteriores Nicanor habría informado a Roman que en su envío iría un kilogramo a mayores y que así podría compartir gastos con ese otro destinatario de la droga y abaratar así su envío (), parece adecuado decir que el kilogramo demás que transportaba el grupo de gallegos a Asturias, tendría como destino la entrega que se debía producir al día siguiente en Gijón y que tendría como destinatario a Salvador. (Sobre las 16:35:41 horas, mensaje sms que envía Nicanor (NUM033) a Juan Carlos (NUM030): *A parte ya sabes que va uno a más. Eso ayuda en los gastos hombre. Haz favor y dime algo a la noche para tener todo claro y en orden.*

Sin embargo, Salvador va a su propio negocio como adquirente y no se integra en el conjunto ni lo necesita.

Efectivamente de los mensajes interceptados y de los complementarios seguimientos, corroboran las conclusiones de la Audiencia:

El 24 de agosto a mediodía ya median mensajes desde el teléfono de Nicanor al móvil NUM032 que utilizaba Salvador, del que era titular Clara, compañera del recurrente, sobre gestiones y encuentros; y a las 18:03, mantienen ambos una conversación a través de los mismos móviles, donde de manera críptica y numerosos circunloquios, pero fácilmente inteligible, hablan de que Laura quiere adquirir, también para terceros y Nicanor le dice que 37.000 euros (termina en siete). Aunque pactan la entrega el 25, como siguen revelando los mensajes intercambiados, no se lleva a cabo, al tener que ser atendido Nicanor hospitalariamente. Siguen los mensajes confirmando la cantidad. El día 29 NUM004 se interesa si hay avances. Siguen mensajes para contactar el 6, 7, 9 y 10 de septiembre, fecha en que le indica Nicanor a Salvador que esa noche se pasa. Quedan en verse en el camino de la playa. Los días 11, 14, 15 y 16, Nicanor sigue preguntándole si consultó y si haya avances. Igual 21 y 22, donde Nicanor le dice que ya tiene todo listo y Salvador le indica que si podía traerle más o menos 5 para que la vean estos; es decir le pide una muestra que los terceros comprueben la calidad. De los mensajes del día 23, resulta que Salvador se traslada a Pontevedra a buscarla. Los días 26, 27, 28 y 29 sigue preguntando Nicanor si avanza la operación e indica diversos teléfonos donde llamar. El día 30, Salvador le llama desde una cabina telefónica de Gijón e interesa la entrega para el día siguiente y la posibilidad de ampliar la compra, pero Nicanor lo ve apurado.



El día 2, Nicanor le interesa que confirme si desea un kilogramo o dos (*confírmame si el tfno termina en 1 o en 2*); el día 4 le confirma que un kilo e insta un apronta entrega (*"El número acaba en 1 puedes llamar ya mañana ya si quieres lo antes posible por favor"*). Con fecha 5 de octubre, Nicanor le confirma la entrega para el miércoles siguiente.

El día 6, Salvador llama a Nicanor , y le explica cómo quiere que se lleve la entrega; interesa que Nicanor le entregue un kilogramo de cocaína para a su vez éste entregárselo a un tercero, el cual tendría un margen de 2 horas entre 5 y 7 de la tarde para llevar la cocaína al comprador y volver con el dinero de la venta; y para que se fiara de este tercero, Salvador se ofrece para quedarse con los gallegos hasta que el tercero regrese con el dinero; y tras diversas reticencias, al final como resulta de ulteriores mensajes, aceptaría.

Con fecha 08 de octubre de 2015 y sobre las 21:08:23 horas, SM desde Nicanor NUM019 a Salvador NUM032 con el siguiente texto: *"Pues lunes ten todo listo y si puedes tener todo el carsh contigo mejor"*. Sobre las 21:08:52 horas, SMS: Salvador NUM032 manda sms a Nicanor NUM019 con el siguiente texto: *"Ok"*. Sobre las 21:52:04 horas, Nicanor NUM033 envía sms a Salvador NUM032 con el siguiente texto: *Si quiere algo x suelto tu amigo jos.. Avisame con tiempo. Aprovechar q sale bien d precio. Y tener el cash. Abrir puertas. Para trabajar. Todos contentos*

Es decir, quedan para hacer la entrega el día 12, lunes, justo al día siguiente de la entrega en Mieres a Roman y Juan Carlos ; que debían recibir seis kilos de cocaína, pero el grupo gallego transportaba 7 y además, el conductor de ese vehículo, portaba una mochila con ropa limpia y un neceser con productos de aseo, pese a que en todas las ocasiones detectadas con anterioridad iban y volvían, unos u otros en el día.

Corroborado por aquel mensaje de Nicanor (NUM033) a Juan Carlos (NUM030): *A parte ya sabes q va uno a mas. Eso ayuda en los gastos hombre. Haz favor y dime algo a la noche para tener todo claro y en orden.*

A ello se adiciona, la prueba de voz, donde los peritos concluyen que la voz dubitada, atribuida a Salvador , y su voz indubitada han sido realizadas por la misma persona, situándose el resultado obtenido en el *nivel de identificación*. Ello tras haber obtenido:

- 1.- En el sistema de percepción auditiva un alto nivel de similitud entre la voz dubitada e indubitada. Se observa coherencia tímbrica entre todas las grabaciones aportadas.
- 2.- Por el sistema de estudio fono-articulatorio y lingüístico un alto nivel de similitud entre la voz dubitada e indubitada.
- 3.- Por el sistema de estudio acústico espectrográfico un nivel alto de similitud entre la voz dubitada e indubitada (a lo que adiciona la aportación de múltiples ejemplos).

Por último, en cuanto al cuestionamiento sobre que el teléfono NUM019 fuere utilizado por Nicanor , la sentencia lo identifica como el primero de los tres que utilizó Nicanor , pues en todos se identifica como "soy el del restaurante"; y uno de los móviles se le ocupa en el Megane el día de la detención; y además se comprobó dicha identidad en los seguimientos, porque le llama Roman , le contestan "estoy en 15 minutos" y en ese tiempo aparece Nicanor , habiendo además una continuidad en las conversaciones de esos tres teléfonos.

La inferencia inductiva de la participación del recurrente en el tráfico de drogas por el que se le condena, resulta racional, lógico; y permite concluir más allá de toda duda razonable dicha participación.

El motivo se desestima

TRIGÉSIMO PRIMERO.- El cuarto motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J, en relación con los arts.- 238 y 240 de la L.O.P.J, al haberse vulnerado el art.- 24 de la Constitución Española, en relación con el art.- 18.1 y 2 de la Constitución Española, así como la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, y el resto de la legislación de la Unión Europea, proscripción de la indefensión por denegación acceso al expediente y denegación a la base de datos en relación con el habeas datas. Así mismo en el juicio oral se reconoce la existencia de una investigación relacionada con la presente causa que no fueron incorporados a la misma.

También en este caso, planteamiento y argumentario es absolutamente coincidente con el cuarto motivo formulado por el coacusado Nicanor ; e igualmente desestimamos por idénticas razones cuya reiteración evitamos.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- El quinto motivo lo formula por infracción de Ley, del art. 849 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, del art.-368 del Código Penal por cuanto que la sala ha dictado Sentencia condenatoria en aplicación de dicho artículo sin que sea este de aplicación.



1. Alega que en ningún momento se le incauta sustancia alguna y aun así, le condenan por sustancias que generan un grave daño a la salud pública (cocaína), y además como autor, que entiende no resulta viable, pues de ser cierta la conjetura de la Guardia Civil, que niega que lo sea y por lo tanto, remacha, tampoco se ha probado, se debería de haber condenado como tentativa, ya que en ningún momento tuvo ningún control ni disponibilidad sobre la sustancia intervenida.

2. Reiteramos que el motivo por infracción de ley no tolera alteración ni modificación alguna del relato declarado probado, donde se recoge que el recurrente, " Salvador , afincado en Gijón, era uno de los destinatarios de las sustancias estupefacientes procedentes de Galicia, para su posterior distribución", así como, ya en relación con entregas concretas, se declara probado que " *La cocaína estaba destinada a... y un kilogramo a Salvador* ". También indica el factum en relación con el coimputado Nicanor , éste "realizaba labores de intermediación a través de ...y también de Salvador "

De modo que no solo participa en las negociaciones previas, sino que su intervención no se reduce al kilo de cocaína intervenido; pero incluso con esta última partida, aisladamente considerada, tampoco cabe la tentativa interesada.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, la expresada por ejemplo en la STS 313/2017, de 3 de mayo ó en la 746/2022, de 21 de julio:

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer", el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si este no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona, pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte, (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que, si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El delito existe desde que uno de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

Luego si estaba destinada, es consecuencia necesaria de los acuerdos previos, llegados con el intermediario, Bouzada. En cuya consecuencia, no cabe la tentativa alguna, aunque no llegara a recibir la sustancia encargada.

TRIGÉSIMO TERCERO.- El sexto y último motivo lo formula por infracción de Ley, del art. 849 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al no haberse aplicado los arts. 21.6 del C.P, como muy cualificada.

Cuestión formulada también por el resto de recurrentes y especialmente analizada al resolver el séptimo motivo de los formulados por el coacusado Nicanor , debe llevar conforme a las argumentaciones vertidas ut supra, la misma suerte desestimatoria.

TRIGÉSIMO CUARTO. - De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de desestimación, se impondrán la recurrente; y en caso de estimación, se declararán de oficio.

**FALLO**

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

1º) **No haber lugar al recurso** de casación formulado por la representación procesal de **D. Nicanor** interpuesto contra la sentencia núm. 48/2020 de fecha 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Segunda, en el Rollo de Sala núm. 52/2017; ello con expresa imposición a la parte recurrente de las costas originadas por su recurso.

2º) **No haber lugar al recurso** de casación formulado por la representación procesal de **D. Oscar** interpuesto contra la sentencia núm. 48/2020 de fecha 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Segunda, en el Rollo de Sala núm. 52/2017; ello con expresa imposición a la parte recurrente de las costas originadas por su recurso.

3º) **No haber lugar al recurso** de casación formulado por la representación procesal de **D. Raúl** interpuesto contra la sentencia núm. 48/2020 de fecha 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Segunda, en el Rollo de Sala núm. 52/2017; ello con expresa imposición a la parte recurrente de las costas originadas por su recurso.

4º) **Haber lugar parcialmente, al recurso** de casación formulado por la representación procesal de **D. Roman** interpuesto contra la sentencia núm. 48/2020 de fecha 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Segunda, en el Rollo de Sala núm. 52/2017; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

5º) **No haber lugar al recurso** de casación formulado por la representación procesal de **D. Salvador** interpuesto contra la sentencia núm. 48/2020 de fecha 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Segunda, en el Rollo de Sala núm. 52/2017; ello con expresa imposición a la parte recurrente de las costas originadas por su recurso.

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.

RECURSO CASACION núm.: 3586/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, **número 3586/2020**, interpuesto contra la sentencia núm. 48/2020 de fecha 29 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Segunda, en el Rollo de Sala num. 52/2017, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Han sido parte recurrente:

D. Tomás representado por la Procuradora Dª Patricia Gota Brey bajo la dirección letrada de Dª Judith Gómez Álvarez,



D. Nicanor representado por el Procurador D. Ignacio López González bajo la dirección letrada de D. Benito González Fuente,

D. Oscar representado por el Procurador D. José Antonio Iglesias Castañón bajo la dirección letrada de D. Ramón Gamallo Toribio,

D. Raúl representado por la Procuradora D^a Marta María Barthe García bajo la dirección letrada de D. Daniel Alonso Prieto,

D. Roman representado por el Procurador D. José Ignacio de Noiega Arquer bajo la dirección letrada de D. Ricardo González Fernández y,

D. Salvador representado por el Procurador D. Ignacio López González bajo la dirección letrada de D. Benito González Fuente,

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos la declaración de hechos probados y los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el fundamento vigésimo quinto de nuestra sentencia casacional, debe ser dejado sin efecto la condena al acusado D. Roman , por el delito de pertenencia a grupo criminal.

Así mismo como consecuencia del art. 903 LECrim, igualmente debe ser absuelto del mismo delito, D. Juan Carlos ; pues se trata del segundo miembro del grupo, sin que se haya descrito un tercer integrante.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
1º) Absolver libremente a Roman , del delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter CP, del que venía acusado; ello con declaración de oficio de las costas originadas en la instancia, en el prorrateo que corresponda.

2º) Absolver libremente a Juan Carlos , del delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter CP, del que venía acusado; ello con declaración de oficio de las costas originadas en la instancia, en el prorrateo que corresponda.

3º) Mantener la integridad del resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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

Así se acuerda y firma.