



Roj: **STS 3263/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3263**

Id Cendoj: **28079120012020100534**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2020**

Nº de Recurso: **3581/2018**

Nº de Resolución: **501/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 501/2020

Fecha de sentencia: 09/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3581/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/06/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Segovia

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

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3581/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 501/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 9 de octubre de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación num 3581/2018 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Cornelio representado por el procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro, bajo la dirección letrada de D. Luis Chabaneix; por D. Donato representado por la procuradora D^a Gema Fernández Blanco San Miguel, bajo la dirección letrada de D. Emilio Rodríguez Marqueta; por D. Eloy representado por la procuradora D^a María Dolores Bas Martínez de Pison, bajo la dirección letrada de D^a María Olga Bermejo Hernández y por D. Faustino representado por el procurador D. Luis Gómez López-Linares bajo la dirección letrada de D^a María Teresa Elena Luengo Salazar, contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Segovia (Sec. 1^a, Rollo 15/17). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 1 de Segovia incoó Diligencias Previas num. 650/2012, por delito contra la salud pública y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Segovia, que con fecha 11 de Junio de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "PRIMERO.- A) En el mes de Mayo de 2012, los agentes de la Guardia Civil de Segovia con carnet profesional n° NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 , en ejercicio de sus funciones de prevención y persecución de organizaciones criminales, principalmente las dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes, tuvieron conocimiento de que se había producido un aumento del tráfico de droga al "menudeo" en las localidades de San Rafael y El Espinar (Segovia), sobre todo de cocaína. En concreto se sospechaba que la actividad de "menudeo" se llevaba a cabo en las inmediaciones de las pistas de tenis de la localidad de Estación de El Espinar, del bar "El Tropezón" de San Rafael y en el extrarradio de El Espinar, en las antiguas eras. Una vez instalado un dispositivo de vigilancia en la carretera de la "Garganta" de la localidad de la Estación de El Espinar, junto a las pistas de tenis, el 19/05/12 se observó a un individuo sentado en un banco que manejaba tres teléfonos en actitud de espera y a quien, tras una breve llamada, se le acercó una persona con la que mantuvo una entrevista y se fue. Esta operación que se repitió hasta con siete individuos en el transcurso de tres horas.

Realizado el seguimiento de este individuo resultó ser Maximiliano con domicilio sito en la CALLE000 n° NUM007 de la localidad de la Estación de El Espinar (Segovia). Con motivo del dispositivo de vigilancia establecido sobre la vivienda de este investigado, se tuvo conocimiento de varios individuos que habían adquirido pequeñas cantidades de cocaína de aquel. Continuando con las vigilancias se averiguó que Maximiliano se relacionaba con otro individuo llamado Prudencio , alias " Palillo ", el cual regenta el bar "El Tropezón " sito en la localidad de San Rafael (Segovia), donde el aumento del consumo de estupefacientes había sido más notorio. Tras establecer un nuevo dispositivo de vigilancia sobre este establecimiento, también se descubrió que grupos de jóvenes se acercaban al mismo y permanecían en el local tiempo insuficiente para efectuar consumiciones en el mismo.

A la vista de tales averiguaciones se solicitaron las correspondientes intervenciones telefónicas en las que se observó que los dos investigados anteriores mantenían contacto para proveerse de estupefacientes con Santos , sobre todo a través del número de teléfono NUM008 . Santos usa el número de teléfono NUM009 y el NUM010 y se ha comprobado, a través de las intervenciones telefónicas de dichos números autorizadas judicialmente y de las vigilancias policiales, que el mismo realizaba viajes habituales a Madrid donde se proveía de cocaína que luego distribuía tanto en la localidad de el Espinar como en Madrid.

Santos , tiene su domicilio en la CALLE001 n° NUM011 de la Estación de El Espinar (Segovia), y tras establecerse el correspondiente dispositivo de vigilancia sobre el mismo, fueron interceptados los siguientes individuos que habían adquirido cocaína del acusado: 1/ el 04/06/2012 se observó cómo un viandante paró al lado de su domicilio en la CALLE001 n° NUM011 y tras una breve llamada le arrojaron algo por la ventana que esta persona cogió y se guardó en el bolsillo. Una vez interceptado por los agentes de la Guardia Civil, esta persona resultó ser Sebastián al cual se le ocuparon 0,5 gr de cocaína; 2/ El 06/07/2012, tras una breve entrevista con un individuo que bajó del domicilio de Santos , fue identificado Ángel Daniel conduciendo el vehículo Ford Mondeo con matrícula-MCZ al cual se halló en posesión de 0,5 gr de cocaína. En total se ocupó a los compradores de Santos 1 gr de cocaína, valorada en el mercado ilícito de la droga en 39 €.

B) A raíz de la intervención del número de teléfono NUM009 , del que es titular Santos , autorizada por el Juzgado de Instrucción n° 1 de Segovia, se averigua que éste se provee de cocaína y de MDMA ("cristal") de una red de suministradores de la que forman parte Cornelio e Augusto , y con la que colaboran Bernardo , que es uno de los principales distribuidores, Camilo , alias ' Pulpo ', que también actúa como distribuidor de la droga para dicha red, captando clientes a los que revender la misma, y finalmente Baltasar , quien trabaja como distribuidor secundario de la referida red y al que la misma recurre para sustituir a otro de los integrantes



de la misma durante las vacaciones de Julio de 2013. En el marco de la investigación referida a esta red de suministradores el 07/09/2012 a las 11:28 h., mediante vigilancia policial, se observa el primer encuentro entre Santos y Cornelio en el parking del Centro comercial Carrefour de la localidad de San Fernando de Henares (Madrid).

Cornelio maneja los teléfonos número NUM012, NUM013, NUM014 y NUM015 y tiene su domicilio en la CALLE002 nº NUM016 de Torrejón de Ardoz (Madrid) que comparte con su hermano Augusto. Durante el registro del referido domicilio efectuado el 16/08/2013 en virtud del auto de entrada y registro dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia en esa misma fecha se hallaron en el mismo los siguientes efectos: en el dormitorio del acusado Cornelio bajo la cama hay un cajón de varios bloques de cocaína con un peso neto de 537,59 gr y una pureza de 41,36%, así como una báscula de precisión; en el último cajón del escritorio hay cocaína en polvo y cortada en pedazos pequeños con un peso neto total de 165,57 gr y una pureza media de 21,45%; en el armario de la habitación hay 3 bolsas, dos de las cuales contienen cocaína en bloques y polvo con un peso neto unos 248,66 gr y una pureza media de 40,59%, mientras que la tercera bolsa contiene 252,39 gr de MDMA ("cristal") con una pureza media de 28,18%; en otro de los cajones del escritorio hay una bolsita cerrada que contiene una piedra y pedazos pequeños de MDMA ("cristal") con un peso de 23,56 gr netos y una pureza media de 67,81%; en otro cajón del escritorio: 88 billetes de 20 €, 109 billetes de 50 €, 47 de 10 €, 6 de 5 €, 2 monedas de 2 €, 3 monedas de 1 (7.717 en total); en el interior de un armario hay una caja fuerte que contiene: 20 billetes de 100 E; 143 billetes de 50 E; 39 de 20 E; 5 de 10 E; 4 de 5 € (10.000 en total); en uno de los cajones hay un número indeterminado de bolsas de plástico pequeñas y bolsas para el empaquetado de monedas; y finalmente en el interior de una caja de cartón sobre el escritorio hay 3 básculas, recortes de bolsas de plástico y alambre para cerrar las bolsas. En conclusión, la droga total intervenida en el domicilio del acusado Cornelio y destinada a su venta a terceras personas es de: 951,82 gr netos de cocaína con una pureza media del 37,66 % y 275,95 gr de MDMA ("cristal") con una pureza media de 31,57%, la cual tiene un valor global en el mercado ilícito de la droga de 67.889,74 €.

En el dormitorio de Augusto se encuentra, cubierta por una bolsa, una prensa hidráulica de 10 toneladas; bajo la cama hay una bolsa de deportes que contiene: una prensa más pequeña con moldes para la prensa; un teléfono móvil marca Samsung, un rollo de alambre color verde; un bote con 617,87 gr netos de benzocaína; un bote con 443,23 gr netos de lidocaína; otro bote con 81,97 gr netos de fenafetina; un bote con 430,8 gr netos de procaína; otro bote con 971 gr netos de ácido bórico y un bote de 144,45 gr netos de cafeína; también bajo la cama se encuentra una mochila marca Reebok que contiene: un gato hidráulico; diversos moldes para prensa, y un molinillo de café en cuyo interior hay polvo que da positivo a cocaína. Todos estos utensilios y sustancias se proceden y se utilizan para la venta y manipulación de la droga.

Cornelio, auxiliado por su hermano Augusto, vende cocaína y MDMA tanto a los consumidores finales como a diferentes distribuidores quienes luego a su vez revenden la droga adquirida. Y además, el acusado Cornelio manipula la cocaína mezclándola con sustancias de corte para incrementar la cantidad disponible y obtener mayor margen de ganancia.

A la fecha de estos hechos Augusto era consumidor habitual de cocaína, por lo que sus capacidades intelectivas y volitivas se hallaban afectadas por el consumo reiterado de dicha sustancia.

C) Javier también colabora en las actividades de tráfico de drogas realizadas por Santos, junto con otras personas.

Javier tiene su domicilio en la CALLE003 nº NUM017 de Torrejón de Ardoz (Madrid). En el registro del referido domicilio realizado el 03/08/2013 en virtud del auto de entrada y registro dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia el día 02/8/2013 se hallaron los siguientes efectos y sustancias: en el domicilio del acusado: 17 billetes de 50 € y un billete de 100 €; el pasaporte del acusado; 3 móviles, todos ellos marca Samsung Galaxy, con sus respectivos cargadores; en la segunda habitación: 2 móviles, uno de la marca Alcatel, y otro de la marca Samsung; en la tercera habitación: un móvil HTC con su respectivo cargador; 2 móviles Samsung; un ordenador portátil marca Asus; 2 billetes de 50 €, un billete de 20 € y otro de 10 €; la llave de un vehículo marca Ford; en la cocina: un rollo de plástico que se somete al "cocatest" con resultado negativo; 2 tarjetas de móvil marca Lebara; 2 llaves de coches; en el salón: un puño americano; un cuaderno negro; un rollo de plástico que se somete al "cocatest" con un resultado mínimo; 3 móviles, (uno Blackberry, Samsung y Nokia); un portátil marca Apple; un móvil marca "Bic" y otro marca "Verges". Por último, se procede a registrar el vehículo Seat León matrícula SGS pero no se encuentra nada de interés. Todos los efectos hallados en el registro proceden y/o se utilizan para la venta de droga a terceras personas.

A la fecha de estos hechos Javier era consumidor habitual de cocaína, por lo que sus capacidades intelectivas y volitivas se hallaban afectadas por el consumo reiterado de dicha sustancia.



D) Con motivo de la intervención del número de teléfono NUM009 de Santos, autorizada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia, se averigua que éste también consigue la cocaína de un suministrador que utiliza los números de teléfono NUM018, NUM019, NUM020 y el NUM021 y que resulta ser el acusado Donato, quien forma parte de un grupo de personas dedicado al tráfico de drogas tóxicas compuesto también por Eloy y Faustino. Además, Donato provee de cocaína a Santos y a otras personas que posteriormente distribuyen la droga a terceros consumidores, y colabora en la distribución de cocaína por la zona Norte de España con Teodulfo, alias "Virutas", con domicilio en la CALLE004 de Oviedo (Asturias), quien se ocupa tanto de distribuir personalmente como de buscar distribuidores para vender la droga suministrada por Donato en la zona Norte de España.

Donato tiene su domicilio en la CALLE005 nº NUM016, de Torrejón de Ardoz (Madrid). Con motivo del registro del referido domicilio realizado el 03/08/2013 en virtud del auto de entrada y registro dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia el día 02/8/2013 se hallaron las siguientes sustancias y efectos: en la habitación de matrimonio: un Ipad, una cámara de vídeo Sony modelo HDR-CX170, un móvil Blackberry con pin NUM022; una caja que contenía 5 relojes, (2 "Tommy Hilfiger", un Rolex, un Diesel, un Breil) y otra caja con 3 relojes, (Briel, Guess; Ferrari); en el cuarto de la niña: portátil marca Packard; un móvil marca Apple; dos cajas de cámaras de vídeo, una Panasonic y otra marca Sony, sin las respectivas cámaras dentro; en la cocina: una bolsa de plástico con 671 gr netos de polvo blanco que no se corresponde con sustancia estupefaciente alguna; una báscula de precisión de la marca TEFAL; una picadora que tras hacer la prueba de "cocatest" da positivo a cocaína; en el salón-comedor: 2 cajas de vídeo cámaras de las marcas Panasonic y Sony pero sin sus respectivas cámaras; un cableado de la marca Vivanco sin abrir; un cuaderno con anotaciones de deudas; una caja de joyería con una bolsa con 1,4 gr de polvo blanco que tampoco corresponde con ninguna sustancia estupefaciente; 3 móviles de la marca Nokia; varias bolsas pequeñas de plástico transparente; otros tres teléfonos Nokia; uno Leg y otro marca Bic; y tres prensas metálicas con mango azul; en el trastero: una bolsa de plástico con polvo blanco por un peso de 4.531 gr netos que no se corresponde con ninguna sustancia estupefaciente; un bote con líquido con 2.097 gr brutos que tampoco se corresponde con ninguna sustancia estupefaciente, así como una mascarilla antigás.

Donato es propietario de un vehículo modelo Citroen C3 con matrícula HNK que utiliza para sus viajes para el transporte de la droga. En dicho vehículo en el espacio destinado al sistema de "airbag" del copiloto, se descubre un hueco oculto ideado para ocultar la droga y al que se accede introduciendo un objeto alargado en un agujero mediante el cual se activa una especie de sistema eléctrico que permite la apertura de dicho habitáculo.

Donato ha intentado establecer contactos en el extranjero con la finalidad de introducir cocaína en España, y en mayo de 2013 colaboró en la gestión del traslado a un país sudamericano de una persona llamada Edemiro con el fin de que éste actúe como "mula", es decir, transporte cocaína desde el país de origen hasta España. Así, día 11 de junio de 2013 realizó una transferencia por importe de 100 € a favor de Edemiro, quien se hallaba en Paraguay, por medio de la compañía Western Union y el 12 de junio de 2013 reservó con Air-Europa un vuelo Madrid-Amsterdam con el fin de ayudar a Edemiro a trasladar la droga una vez en Holanda. Sin embargo, el día anterior (11 de junio de 2013) a las 12:30 hora local Edemiro fue detenido en el aeropuerto internacional "Silvio Pettirossi" de Asunción (Paraguay) y se hallaron en su poder de dos maletas registradas a su nombre que contenían un total de 6,120 kg de cocaína.

Donato ha sido condenado ejecutoriamente por sentencia de la Sección 7a de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2008, recaída en el Procedimiento Abreviado nº 1215/2205 y declarada firme el 12 de febrero de 2009, como autor de un delito de tráfico de drogas cualificado de los arts. 369 y 370 del Código Penal cometido el día 23 de julio de 2005 a las penas de cuatro años y cinco días de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 11.870 €.

Micaela es la pareja sentimental de Donato y convive con éste en el domicilio de la CALLE005 nº NUM016 de Torrejón de Ardoz (Madrid), donde se hallaron diversos útiles que Donato emplea para la venta y distribución de droga con ocasión del registro efectuado el día 03/08/2013. Sin embargo, no está acreditado que Micaela auxilie a Donato o colabore con éste en las actividades de venta de la droga o de cobro del dinero adeudado a Donato por sus clientes.

E) Donato colabora con Eloy, quien es vecino de Donato, ya que tiene su domicilio en la CALLE005 nº NUM023, de Torrejón de Ardoz (Madrid). Con motivo del registro de dicho domicilio efectuado el 03/08/13 en virtud del auto de entrada y registro dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia el día 02/8/2013 se hallaron los siguientes efectos y sustancias estupefacientes: En el salón: en el mueble: 900 € (15 billetes de 50 €; 6 billetes de 20 € y 3 billetes de 10 €); En el pasillo: unas llaves de un coche Seat, un mando a distancia del garaje, otras llaves del trastero y dos juegos de llaves de entrada a la vivienda; y sobre una mesilla una sustancia que resulta ser 1,87 gr netos de cocaína con una pureza del 20,21%, un pen-drive y un teléfono Samsung; en el



dormitorio principal: dentro de una cartera 230 €, distribuidos de la siguiente manera: 200 € en 4 billetes de 50 €; un billete de 20 € y un billete de 10 €; la llave del vehículo Opel matrícula-BTF ; dos teléfonos Blackberry; y en la mesilla de noche una bolsa blanca con la leyenda "tap children friends" y que contiene una bolsa de plástico recortada en círculos para preparar dosis; una báscula de precisión; un alambre para cerrar las bolsas de las dosis; un rollo de film de plástico de cocina; dos botes que contienen, respectivamente, 146,33 gr de fenacetina, cafeína, y tetracaína, así como 7,99 gr netos de cocaína con una pureza del 20%; y finalmente en el trastero: una prensa hidráulica con accesorios; un gato carpintero, así como dos tarjetas de crédito que dan positivo al "cocatest". En total en el domicilio de Eloy se intervinieron 9,86 gr netos de cocaína con una pureza media de 20%, valorados en 294,02 €, la cual está destinada a su venta a terceras personas al igual que el resto de utensilios y sustancias hallados en su vivienda, de los que se desprende que el Sr. Eloy manipula la cocaína mezclándola con sustancias de corte.

F) Tanto Eloy como Donato se proveen de sustancias estupefacientes a través de Faustino , quien tiene su domicilio en la CALLE006 nº NUM024 , de Alcalá de Henares (Madrid).

En el registro del referido domicilio de la CALLE006 nº NUM024 de Alcalá de Henares de Madrid efectuado el día 03/08/13 en virtud del auto de entrada y registro dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia el día 02/8/2013 se hallaron los siguientes efectos y sustancias: detrás de la puerta de la entrada de la vivienda se encuentra una maleta roja que a su vez contiene 4 bolsas: la primera conteniendo 229,88 gr netos de tetracaína; la segunda conteniendo 590 gr netos de fenacetina; la tercera conteniendo 302,47 gr netos de tetracaína; y la cuarta conteniendo 992 gr netos de fenacetina; una prensa hidráulica con un gato y otros útiles para el prensado; una máquina de envasado al vacío marca Alfda; un juego de llaves con un mando del garaje y una llave del vehículo; en la cocina: una báscula de precisión marca "En Home"; en el mueble de la campana extractora se halla una báscula de precisión marca "Lanson" y una bolsita con 6,18 gr netos de cocaína con una pureza del 31,38%; dentro de un cajón de la mesa de la cocina se halla otra báscula marca "Constant"; en la habitación de matrimonio sobre la mesilla: 16 billetes de 50 €; 20 billetes de 20 €; un billete de 10 € y un billete de 5 € que hacen un total de 1.215 €; en la otra mesilla: cuatro teléfonos marca Samsung Galaxy, uno de ellos con su cargador y batería; un teléfono Nokia; dos teléfonos Blackberry y un Iphone; en el armario: dentro de un bolso hay una bolsita de plástico conteniendo 9 gr de cocaína con una pureza de 25,46%; un ordenador portátil marca ACER; dos llaves de desconexión de alarma; un mando a distancia de garaje; una tablet IPAD-2; en la habitación del niño pequeño: detrás de la puerta un bolso negro con 10 billetes de 50 € (500 € en total); un pasaporte a nombre del hijo del Sr. Faustino , Cesareo ; una nota de empadronamiento en el domicilio de CALLE006 de Alcalá de Henares; una notificación de una denuncia de tráfico relativa al vehículo con matrículaNHN ; una fotocopia del DNI de Faustino ; dentro del armario un cilindro para la prensa hidráulica; encima de la cuna del niño: un bolso negro que contiene una tarjeta Movistar; en un mueble una báscula de precisión marca "Tánger"; un juego de llaves; dos pen-drive; un GPS marca "Garmin" con su cargador y soporte; y dos botes blancos con una sustancia que resultan ser 302,47 gr netos de tetracaína; en el armario de otra habitación: un portátil marca Acer y un teléfono Iphone; en el salón en un mueble: un ordenador marca Acer, otro marca HP; otro marca Asus; un teléfono Samsung y una blackberry; un GPS marca "Vexia" y una llave de un Seat Toledo color negro. En el garaje de la vivienda se registraron los vehículos Volkswagen Golf con matrícula TCC y Seat Toledo con matrículaNHN , sin que se halle nada de interés.

En total, en el domicilio de Faustino se hallaron 15,1E gr netos de cocaína con una pureza de 39,64%, valorados en 897,1 €, la cual está destinada a su venta a terceras personas. Además, los utensilios y efectos hallados en el registro del referido domicilio proceden y/o se destinan a la venta de la droga. Faustino también manipula la cocaína mezclándola con sustancias de corte que aumentan la cantidad y el margen de ganancia.

A la fecha de estos hechos Faustino era consumidor de cocaína, pero en el momento de la exploración médico-forense realizada el día 27 de noviembre de 2017 no se objetó ninguna circunstancia que permita considerar afectadas sus capacidades mentales superiores de conciencia, inteligencia, voluntad y afectividad, las cuales se encuentran conservadas.

G) Con ocasión de una vigilancia policial realizada el día 13/7/2013 se observa que Hernan , tras haber concertado un encuentro con Donato , entra con sus propias llaves en el domicilio de Faustino , sito en la CALLE006 nº NUM024 de Alcalá de Henares (Madrid).

Hernan tiene su domicilio en la CALLE007 nº NUM025 , de Alcalá de Henares (Madrid), donde convive con su pareja Montserrat y la hija de esta, Petra . En el registro de este domicilio, realizado el día 03/08/13 en virtud del auto de entrada y registro dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia el día 02/8/2013, se hallaron los siguientes efectos: en la tercera planta, en el dormitorio de la hija de la pareja de Hernan , Petra : un cargador de una pistola automática; un teléfono móvil Nokia; en un cajón de la cómoda en una caja de madera unos mecheros, útiles de liar cigarrillos y una tarjeta de teléfono marca Lebara sin la SIM; una tarjeta de memoria "scandisk", tarjeta "Vodafone" sin tarjeta SIM; dos machetes con su funda y un machete



sin funda, cuyas características no han quedado totalmente determinadas; un portátil marca Sony Vaio con su maletín y cableado; dos ordenadores marca HP; tres tarjetas "Vodafone", dos de ellas sin tarjeta "SIM" ; cuatro tarjetas "Orange" sin tarjeta SIM; una tarjeta de memoria Samsung; una caja con un móvil Blackberry que a su vez contiene una tarjeta "Orange" sin tarjeta "SIM"; una tarjeta "Comviq" sin tarjeta "SIM"; una defensa extensible cuyas dimensiones no han quedado totalmente determinadas; en el armario del cuarto: una llave de un vehículo Citroen; una batería de Blackberry; un disco duro Fujitsu; un juego de llaves y un navegador GPS marca Scheneider; en el baño de la primera planta: en el suelo al lado del retrete hay una bolsa plástico color lila que una vez analizada da positivo al "drogatest", al igual que el lavabo y las manos del acusado; tras desmontar el sifón del lavabo encuentran restos de una sustancia color blanco que no ha sido analizada; en el dormitorio de la primera planta: en la mesa auxiliar se halla dos teléfonos Blackberry, un Iphone, dos cargadores de móvil y un total de 460 € en dinero distribuido en 7 billetes de 50 €, uno de 100 € y uno de 10 €; en otra mesa auxiliar hay una cartera que contiene: tarjetas de crédito; un DNI a nombre de Montserrat ; 14 billetes de 50 € y 5 billetes de 20 € que hacen un total de 800 €; una agenda que en su interior contiene 10 billetes de 50 E, 34 de 20 E, 18 billetes de 10 E y un billete de 5 € que hacen un total de 1.365 €; y continuando la mesilla también un teléfono móvil Blackberry y un móvil Iphone; en la planta baja: en el salón: un teléfono móvil Blackberry con cargador; un móvil Alcatel; un móvil marca "Sota"; un móvil Samsung; un móvil Nokia; una tarjeta Sim Lebara; una tarjeta SIM Vodafone; una báscula pesamaletas; en una bandolera que el acusado dice ser suya se halla una cartera con su documentación; una tarjeta SIM Orange, y dos juegos de llaves; en el mueble esquinero se halla una máquina de contar billetes; en el mueble del televisa-un arma simulada nº IT 38 con su funda, cuyas características no han sido totalmente determinadas; un navegador sin marca; una cámara Samung; un teléfono Nokia; un teléfono Vodafone; una llave Seat y otra llave Volkswagen; sobre la mesa un portátil Toshiba con cargador y un portátil Samsung; en la planta sótano se hallan dos vehículos: un Seat con matrícula SWM , un Volkswagen con matrícula DX y una motocicleta tipo Scooter; también se halla una bolsa negra con varias bolsas de plástico transparente que resultan ser un total de 875 gr netos de levamisol; un teléfono LCD Samsung; una cámara de fotos Minolta con un objetivo; en la cocina de la planta baja: en un cajón de la encimera hay una báscula marca "Tangent"; 3 paquetes de bolsa de plástico; en un cajón, 3 rollos grandes de papel, de film y una báscula marca "Tefal"; un cazo metálico; una báscula de cocina con su envoltorio original; y en el fregadero hay un bote con una sustancia tipo jarabe así como una copa de cava con una cucharilla y una sustancia blanca con un peso neto de 14,05 gr que no se corresponde con ninguna sustancia psicotrópica ni estupefaciente. En consecuencia, en el registro del domicilio de Hernan no se halló ninguna sustancia estupefaciente. No está plenamente probado que los utensilios y efectos hallados en el registro del referido domicilio proceden y/o se destinen a la venta de cocaína u otra sustancia estupefaciente.

El 03/08/13 también se efectuó el registro del establecimiento regentado por el acusado Hernan , denominado "Coco Boutique" y situado en la calle Nicolás Usera nº 57 de Madrid, en virtud del auto de entrada y registro dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia el día 02/8/2013. En dicho registro solo se halló un teléfono móvil Blackberry sin IMEI visible.

Montserrat es la pareja sentimental de Hernan , con quien convive en el domicilio de la CALLE007 nº NUM025 , de Alcalá de Henares (Madrid). Montserrat auxilia al Sr. Hernan en la actividad de venta de ropa que se realiza en el establecimiento denominado "Coco Boutique", situado en la calle Nicolás Usera nº 57 de Madrid.

H) Tanto la cocaína como el MDMA ("cristal") están incluidos en las Listas I y IV de la Convención Única de Estupefacientes de Naciones Unidas de 1961, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a:

a) Cornelio como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia previsto en los arts. 368 párrafo 1º y 369.1.6a, ambos del Código Penal, y de un delito de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 67.889,74 €, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago; y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, respectivamente, así como al pago de 2/18 parte de las costas procesales;

b) Augusto como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el art. 368 párrafo 1º del Código Penal y de un delito de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, con la concurrencia de la atenuante prevista en el art. 21.2a del Código Penal, -a las penas de tres años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y seis



meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, respectivamente, así como al pago de 2/18 partes de las costas procesales;

c) Javier como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el art. 368 párrafo 1º del Código Penal y de un delito de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, con la concurrencia de la atenuante prevista en el art. 21.2a del Código Penal, a las penas tres años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, respectivamente, así como al pago de 2/18 partes de las costas procesales;

d) Donato como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el art. 368 párrafo 1º del Código Penal, con la concurrencia de la agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8a del Código Penal, y de un delito de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y un año de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, respectivamente. así como al pago de 2/18 partes de las costas procesales.

e) Eloy como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el art. 368 párrafo 1º del Código Penal y de un delito de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 588,04 €, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, respectivamente, así como al pago de 2/18 partes de las costas procesales;

f) Faustino , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causar grave daño a la salud previsto en el art. 368 párrafo 1º del Código Penal y de un delito de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 1.794,2 €, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, respectivamente, así como al pago de 2/18 partes de las costas procesales.

Se decreta el decomiso de todas las drogas tóxicas, sustancias de corte, dinero en efectivo, equipos y materiales aprehendidos en los registros domiciliarios practicados en los domicilios de los coacusados Cornelio , Augusto , Javier , Donato , Eloy y Faustino , así como del vehículo automóvil Citroën modelo C3 matrícula HNK , a los que se dará el destino legalmente previsto.

Y que debemos absolver y absolvemos libremente a:

a) Hernan de los delitos contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el art. 368 párrafo 1º del Código Penal, de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, y de tenencia de armas prohibidas del art. 563 del Código Penal, de los que viene acusado por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de 2/18 partes de las costas procesales.

b) Montserrat y Micaela de los delitos contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el art. 368 párrafo 1º del Código Penal y de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, de los que vienen acusadas por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de 4/18 partes de las costas procesales.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad será de abono el tiempo de prisión provisional sufrido por los condenados.

Así por esta sentencia, que será notificada a las partes en legal forma, haciéndoles saber que cabe interponer recurso de casación ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo".

La citada Audiencia con fecha 27 de junio de 2018 dictó auto de aclaración de la referida sentencia, que contiene la siguiente PARTE DISPOSITIVA: "Ha lugar a aclarar la sentencia nº 19/2018 de fecha 11 de junio de 2018, dictada por esta Audiencia Provincial en el presente Procedimiento Abreviado nº 15/2017, sustituyendo el apartado d) del fallo de la citada sentencia por el siguiente: d) Donato como autor criminalmente



responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto en el art. 368 párrafo 1º del Código Penal, con la concurrencia de la agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8a del Código Penal, y de un delito de pertenencia a grupo criminal previsto en el art. 570 ter apartado 1 b) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y un año de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, respectivamente, así como al pago de 2/18 partes de las costas procesales.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución a la que se refiere la aclaración".

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Cornelio, de D. Donato, de D. Eloy y de D. Faustino que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por D. Cornelio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º de la LECRIM.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECRIM. por aplicación indebida del art. 369.1, 5º del Código Penal.

El recurso interpuesto por D. Donato se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECRIM, en concreto por vulneración del artículo 18, párrafo 3º de la CE que recoge el Derecho al secreto de las telecomunicaciones".

2º.- Por vulneración de precepto constitucional, en concreto del artículo 24 de la CE que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la presunción de inocencia, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

3º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, en concreto por vulneración del artículo 24, párrafo 2º de la CE por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la ley

4º.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECRIM por inaplicación indebida del artículo 21.2 del CP.

El recurso interpuesto por D. Eloy se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones que ampara el artículo 18 de la CE, en relación con el artículo 24 del mismo Texto Legal, por cuanto no se han respetado los derechos y garantías procesales respecto de la prueba de intervención de llamadas telefónicas.

2º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho constitucional del principio de igualdad de las partes.

3º.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECRIM., por aplicación indebida del artículo 368.1 del Código Penal y vulneración de lo dispuesto en el artículo 368. 2 CP.

4º.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º de la LECRIM.

El recurso de casación interpuesto por D. Faustino se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por infracción del principio de presunción de inocencia que ampara el artículo 24 de la CE.

2º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por aplicación indebida del artículo 570 del CP.

3º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM. por aplicación indebida del artículo 368 del CP.

4º.- Al amparo del artículo 849.1 LECRIM por inaplicación del artículo 21,1 en relación con el artículo 20. 1 y 2 del CP.

5º.- Al amparo del artículo 849.1 LECRIM por inaplicación de la circunstancia atenuante del artículo 21, 6ª del CP.



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

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de junio de 2020, habiéndose prolongado la deliberación hasta la fecha de esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Cornelio .

PRIMERO: El acusado Cornelio , condenado en trámite de conformidad, formaliza un primer motivo de recurso al amparo del artículo 849.2 LECRIM por error en la valoración de la prueba basado en documento que obren en autos, a cuyo efecto designa como sustento de su queja los folios 4445, 4446, 4447 y 4448 del tomo VIII de las actuaciones y el folio 4998 incorporado al tomo X.

Alega que la sentencia recurrida ha incurrido en error al hacer constar en los hechos probados el peso de las sustancias incautadas, recogiendo como peso neto lo que según los informes incorporados a los folios citados se corresponde con el peso bruto. Y a consecuencia de ello se ha aplicado la modalidad agravada de notoria importancia, cuando la conformidad que la defensa del recurrente alcanzó con el Ministerio Fiscal no incluyó esa agravación.

1. La sentencia atacada especifica que como resultado del registro practicado en el domicilio que el recurrente compartía con su hermano se obtuvieron los siguientes hallazgos: "en el dormitorio del acusado Cornelio bajo la cama hay un cajón de varios bloques de cocaína con un peso neto de 537,59 gr y una pureza de 41,36%, así como una báscula de precisión; en el último cajón del escritorio hay cocaína en polvo y cortada en pedazos pequeños con un peso neto total de 165,57 gr y una pureza media de 21,45%; en el armario de la habitación hay 3 bolsas, dos de las cuales contienen cocaína en bloques y polvo con un peso neto unos 248,66 gr y una pureza media de 40,59%, mientras que la tercera bolsa contiene 252,39 gr de MDMA ("cristal") con una pureza media de 28,18%; en otro de los cajones del escritorio hay una bolsita cerrada que contiene una piedra y pedazos pequeños de MDMA ("cristal") con un peso de 23,56 gr netos y una pureza media de 67,81%;..... En conclusión, la droga total intervenida en el domicilio del acusado Cornelio y destinada a su venta a terceras personas es de: 951,82 gr netos de cocaína con una pureza media del 37,66 % y 275,95 gr de MDMA ("cristal") con una pureza media de 31,57%, la cual tiene un valor global en el mercado ilícito de la droga de 67.889,74 €".

Examinados los documentos designados como determinantes del error, estamos en condiciones de afirmar que la sentencia recurrida no equivocó los términos el describir los datos relativos a la cantidad y calidad de las sustancias que fueron incautadas en el domicilio del recurrente. El fragmento que hemos transcrito hace referencia al peso de las mismas una vez despojadas de los correspondientes envoltorios, que es lo que comúnmente entendemos como peso neto. Así lo define la RAE en el Diccionario de la lengua española, según el cual neto es el "peso que resta del bruto, deducida la tara", representando ésta el "peso del continente de una mercancía o género, vehículo, caja, vasija, etc., que se rebaja en la pesada total con el contenido". Otra cosa es la cantidad de cocaína base, que es el resultado de aplicar al peso neto el porcentaje de pureza de la sustancia analizada.

La Sala sentenciadora utilizó la misma nomenclatura que el informe analítico que se invoca en el recurso, transcribiendo las cifras que el mismo incorpora, bien de manera aislada, como ocurre con los "537,59 gr y una pureza de 41,36%", o bien adicionando cantidades y extrayendo la riqueza media en los restantes casos (basta una simple operación aritmética para comprobarlo).

2. Para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2 de la LECRIM, la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas la STS 209/2012, de 23 de marzo; 128/2013, de 28 de febrero; STS 656/2013, de 28 de junio; 475/2014, de 3 de junio; 908/2014, de 30 de diciembre; o 215/2016, de 15 de marzo) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando



unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECRIM; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificar.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

De manera excepcional esta Sala ha atribuido a los informes periciales la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia cuando el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen. En este caso, la Sala sentenciadora no se apartó de las conclusiones contenidas en los informes elaborados sobre las sustancias incautadas.

3. Tampoco se apartó la sentencia de los preceptos penales en los que se basó la conformidad alcanzada, los artículos 368 primero, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, y 369.1.6 ambos del CP. Esos fueron los tipos sobre los que se consolidó el acuerdo entre acusación y defensa exteriorizado en el trámite de cuestiones previas al modificar el Fiscal sus conclusiones. Sí erró, sin embargo, al nominar el supuesto agravado aplicado. En efecto, no se habló de cantidad de notoria importancia, lo explica con detalle la Fiscal al contestar el recurso, sino del empleo de sustancias adulterantes, supuesto comprendido en artículo 369.1 6º CP. Lo hemos podido comprobar al reproducir la secuencia de la grabación de la vista que recrea el momento. El mero error en la nominación de la modalidad agravada, porque ciertamente la descripción fáctica no permite hablar de cantidades que alcancen la notoria importancia, no justifica el éxito del motivo, que de esta manera va a ser desestimado.

SEGUNDO: Cuestión distinta es el acierto de la calificación consensuada, y el efecto cercenador que la conformidad proyecta, lo que nos permite enlazar con el segundo de los motivos de recurso. Este denuncia, por vía del artículo 849.1 LECRIM, la indebida aplicación de la agravante de notoria importancia, que ya hemos dicho no fue aplicada, pero en su desarrollo niega también la concurrencia de los presupuestos que configuran la tipicidad de la modalidad prevista en el artículo 369.1 6º, cuando "las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud." Supuesto agravado que sobre una casi idéntica base fáctica, rechazó la Sala sentenciadora respecto a otros acusados que no se conformaron.

La conformidad ha de ser prestada por todos los acusados (artículo 697 LECRIM), aunque lo cierto que existe una praxis cada vez más extendida, justificada en razones de oportunidad basadas en el alivio de la carga probatoria que supone y la facilitación del enjuiciamiento en procedimientos que involucran a una pluralidad de acusados, que desborda los contornos del régimen legal perfilado por el artículo 697 LECRIM. Precepto mimetizado en sede de procedimiento abreviado, pues el artículo 787.2 LECRIM exige igualmente que la descripción de los hechos sea aceptada por todas las partes, y solo excepcionado cuando es una persona jurídica la que muestra la conformidad (artículo 787.8 LECRIM). Razones de peso avalan el estricto régimen legal de la conformidad, y el desafío al mismo que la cada vez más extendida práctica judicial provoca, entraña importantes riesgos especialmente derivados del alcance de la prueba practicada en esos juicios, lo que ha llevado a esta Sala a validar la misma solo en supuestos en los que ha quedado excluida la indefensión (entre otras STS 91/2019, de 19 de febrero).

Sin embargo en este caso la cuestión que plantea el recurso nada tiene que ver con la práctica de la prueba. Las conclusiones probatorias respecto a aquellos acusados no conformes, a quienes el Tribunal rechazó aplicar la modalidad agravada del artículo 369 1. 6º, fueron coincidentes con la aceptada por el recurrente.

En ambos casos se consideró que la mezcla de la cocaína respondió a la finalidad de aumentar la cantidad disponible y el margen de ganancia. Solo eso. Ninguna referencia a un aumento de su toxicidad y consecuente potencial dañino para la salud del consumidor, presupuesto de tipicidad de la mencionada modalidad gravada. Ni tampoco se incorporó elemento alguno que permita atribuir una especial toxicidad a las sustancias de



corte que en ambos casos se les incautaron. Se rechazó la aplicación del nº 6 del artículo 369.1 CP, como la sentencia recurrida argumentó, con el aval de la jurisprudencia de esta Sala que la misma citó.

En ese escenario tiene razón el recurrente cuando reivindica la falta de sustento del subtipo agravado, lo que implica que la conformidad planteada en los términos que lo fue, no debió ser admitida por el Tribunal sentenciador, a quien incumbe velar por la adecuación de la calificación que se aplica sobre el relato fáctico conformado. Máxime cuando la propia sentencia descartó su aplicación respecto a otros acusados que se encontraban en idéntica situación.

Recordaba la STS 91/2019, de 19 de febrero, con abundante cita de otros precedentes (entre ellos SSTS 483/2013, de 12 de junio; 752/2014, de 11 de noviembre; 188/2015, de 9 de abril; 291/2016, de 7 de abril; o 713/2017, de 30 de octubre) que la jurisprudencia de esta Sala como regla general ha negado el acceso a la casación cuando de sentencias de conformidad se trata, en la consideración de que tal conformidad del acusado con la acusación garantizada y avalada por su Letrado defensor comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han pactado libremente y sin oposición. Irrecorribilidad supeditada a que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad, incluso los procesales; y el fallo haya sido respetuoso con los términos del acuerdo entre las partes.

En este caso, ni se respetaron los requisitos de índole formal al admitir una conformidad que no había sido aceptada por todos los acusados enjuiciados conjuntamente, ni tampoco los materiales relativos a la calificación de los hechos, por lo que, no solo fundadas razones avalaron la admisión a trámite de recurso, sino que, además, éste va a prosperar. La alusión al tipo agravado del artículo 369.1.6º CP debe quedar excluida del fallo, lo que lógicamente ha de tener incidencia en la penalidad. Cierto es, como señaló la Fiscal, que la pena privativa de libertad que el Tribunal sentenciador fijó en 6 años no rebasa la que corresponde al tipo básico, siendo la mínima de la modalidad agravada la de 6 años y un día, por lo que en principio sería pena legal. Sin embargo esa opción por la máxima penalidad, más allá que de mantenerse obligaría a suprimir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa ex artículo 53.3 CP, queda sin sustento que justifique su proporcionalidad. El rechazo de la modalidad agravada que determinó su imposición necesariamente debe tener reflejo en el reproche que la pena supone, desde el prisma de la culpabilidad y también desde la perspectiva del fin de retribución del injusto, lo que nos aboca a una nueva concreción penológica, que prescindida de los incorrectos factores de individualización de los que, inducido por la conformidad, partió el Tribunal sentenciador.

En atención a ello fijaremos una nueva pena que, en ausencia de circunstancias agravantes o atenuantes, pondere, de un lado, la entidad de los hechos en atención a la cantidad de droga ocupada (358 gramos de cocaína base y 87,11 gramos de MDMA -cristal- puro), unida a la posesión de instrumental y de sustancias aptas para incrementar la capacidad de distribución y de ganancia, o la importante cantidad de dinero producto del tráfico ilegal de drogas encontrada en poder del recurrente; y de otro el efecto facilitador que su reconocimiento de los hechos a través de la conformidad supuso; y que se será concretada en la mitad de la prevista para el tipo que aplicamos, en los términos que concretaremos en la segunda sentencia que por efecto de la estimación del recurso se dictará.

La pena de multa no se verá afectada en cuanto que la impuesta, ceñida al valor atribuido en el mercado ilícito a la sustancia que fue incautada, se corresponde con la mínima legal.

El recurso se va a ser estimado.

Recurso de D. Donato .

TERCERO: El primer motivo de recurso denuncia vulneración del artículo 18.3 de CE por infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. Alega que toda la prueba que se ha tomado en consideración para fundamentar la condena del recurrente como autor de un deliro contra la salud pública y otro de pertenencia a grupo criminal procede de unas intervenciones telefónicas que no han sido lícitamente obtenidas.

Sostiene el recurso que la intervención telefónica que el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia de 27 de julio de 2012 autorizó (folio 22 de las actuaciones) respecto a los teléfonos D. Santos , persona a través de la que la investigación conectó con el recurrente, carecía de base indiciaria suficiente para justificar la injerencia en el derecho al secreto de las telecomunicaciones establecido en el artículo 18.3 CE.

Explica que "los indicios que sirven de base objetiva para autorizar la intervención telefónica del número NUM009 asociado a Santos fueron tres: que el 26 de mayo de 2012 Santos se encuentra supuestamente con Maximiliano y hablan dentro del vehículo de éste; que el día 4 de junio se hace una vigilancia sobre el domicilio de Santos y un viandante hace una llamada y desde una de las ventanas alguien (que no se dice que sea Santos) arroja algo que esta persona recoge del suelo, siendo posteriormente esta persona identificada



y denunciada por posesión de cocaína y; que el día 6 de julio se observa a un individuo que llega en un Ford Mondeo al domicilio de Santos, sin que tampoco se afirme que la persona que sale y con la que mantiene una corta entrevista el mencionado individuo, posteriormente es identificada por uniformados y denunciado por posesión de droga." Y se queja de que "en el Oficio del grupo EDOA de fecha 23 de julio, no se informa en ningún momento de la identidad de los agentes que realizan las vigilancias ni de la de los agentes que supuestamente habrían incautado la droga a las dos personas que habrían acudido al domicilio de Santos a proveerse de la misma, por lo que difícilmente pueden verificarse o comprobarse estos datos". También apunta que "la realidad es que Santos solo es observado una vez, cuando se reúne con Maximiliano el 26 de mayo, sin que se sepa el contenido de dicha reunión por lo que, a juicio de esta parte, resulta irrazonable deducir que el mero hecho de conocer y tener una reunión con un individuo que pudiera estar cometiendo un delito, pueda suponer que se tiene algún grado de implicación en el mismo". Y le parece al recurrente "más demoledor aun es que los otros dos hechos que se consideraron indicios contra Santos, ni siquiera están protagonizados por él. Nos referimos a dos vigilancias instaladas sobre el supuesto domicilio de Santos. En la primera, los investigadores describen que desde una de las ventanas de dicho domicilio habrían arrojado algo, y en la segunda, que una persona sale del mismo y mantiene una corta entrevista con otro individuo". Para concluir que "nos situamos en el supuesto en que se produce una falta llamativa de datos objetivos pues en sentido estricto, Santos es observado una sola vez y la falta de concreción del resto de los datos resulta absolutamente desoladora".

También se solicita por parte del recurrente la nulidad de los autos de 6 de septiembre -folio 118- y de 25 de septiembre de 2012 -folio 196-. Del primero porque la decisión se apoyó en los datos que el oficio del grupo EDOA de la misma fecha facilitó, en el que se hablaba de unos mensajes de contenido críptico que sugerían contactos en relación a la droga. Sin embargo, a criterio del recurrente las conversaciones que se plasmaron en el oficio "poco tienen que ver con un delito de tráfico de drogas, sino que más bien se tratan de conversaciones cotidianas que tienen lugar en un contexto de relación sentimental".

Respecto al auto de 25 de septiembre -folio 196- el recurrente no plasma queja alguna, a pesar de anunciarla.

1. De manera reiterada han declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como la constitucional, que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no tiene carácter absoluto. Puede quedar sujeto a limitaciones y restricciones que deben estar previstas por la ley en función de intereses que deban ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas es preciso que, a partir de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Ello implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida. La decisión al respecto corresponde exclusivamente del poder judicial, concretamente al Juez de Instrucción, a quien compete la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá expresarse en una resolución judicial motivada.

La restricción de un derecho fundamental, como es el secreto de las comunicaciones, exige una justificación previa explícita y fundada para que no exista duda acerca de la licitud de la misma. Justificación que ha de estar documentada en la causa, pues su inexistencia hace imposible el control jurisdiccional y su fiscalización por los afectados, exigencia que no decae cuando la autorización judicial se ha producido en otro proceso.

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez instructor como Juez de garantías controlador de la medida, en origen y durante su desarrollo.

El Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención. Esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002; 167/2002; 184/2003; 165/2005; 136/2006; 197/2009 y 26/2010).

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



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

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

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

Por su parte, este Tribunal de casación, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTC 77/2007, de 7 de febrero; 610/2007, de 28 de mayo; 712/2008, de 4 de noviembre; 778/2008, de 18 de noviembre; 5/2009, de 8 de enero; 737/2009, de 6 de julio; 737/2010, de 19 de julio; 85/2011, de 7 de febrero; 334/2012, de 25 de abril; 85/2013, de 4 de febrero; 725/2014, de 3 de noviembre; 881/2014, de 15 de diciembre; 251/2015, de 13 de abril; o 133/2016, de 24 de febrero) que de la judicialidad de la medida de intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi - 5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998-.

2. El examen del oficio que sustenta el auto ahora cuestionado (folio 2 y ss de las actuaciones) permite comprobar que la actuación policial estaba centrada inicialmente en la obtención de información sobre personas y organizaciones dedicadas a la distribución de droga al por menor en las localidades de San Rafael y el Espinar (Segovia), ya que se había detectado durante los últimos dos o tres meses un aumento considerable en la venta al menudeo de cocaína en tales lugares.

Conocido ese dato, la Policía Judicial inició una exhaustiva investigación encaminada a identificar a quienes pudieran estar relacionadas con el tráfico de drogas en tales localidades. Las gestiones se centraron en tres personas que se perfilaron como habituales de tal actividad, a través de la vigilancia de sus respectivos domicilios y aprehensiones perfectamente reseñadas en el oficio policial. El hecho de que no consten los números de los innumerables agentes que participaron en tal investigación no invalida la misma. Como bien apuntó la Fiscal al impugnar el motivo, el recurrente tuvo todo un procedimiento judicial para poder solicitar tales identificaciones, si así le hubiera convenido.



Una vez constatada la dificultad de seguir con la investigación a la vista de las condiciones del lugar, e identificadas las tres personas que venían dedicándose a la actividad investigada, se solicitó la intervención de las comunicaciones de aquellas. En concreto y por lo que se refiere a Santos, la policía judicial reseñó las vigilancias sobre su domicilio, ubicado en un lugar apartado y de difícil observación, en el curso de las cuales se detectó la presencia de distintas personas que acudían al mismo a adquirir sustancias estupefacientes.

Todos estos factores son tomados en consideración por el auto de 27 de julio de 2012, que, tal y como resolvió la Audiencia Provincial en el auto de fecha 26 de diciembre de 2017 que dio respuesta a la misma cuestión que ahora se suscita, entonces planteada como cuestión previa, incluyó motivación específica justificativa de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Justificación basada, no solo en la gravedad en términos abstractos del delito objeto de investigación, sino también por la idoneidad de la intervención telefónica como medida de investigación, y la inexistencia de otra medida alternativa menos. Incluyó un expreso juicio de ponderación sobre la cualificación de los indicios expuestos por los agentes de la Policía Judicial para avalar las sospechas sobre las que se fundaba su línea de investigación, y su conexión con las personas afectadas por la intervención telefónica con dicho hecho objeto de investigación.

Nada podemos añadir respecto a línea telefónica NUM019 que no aparece incluida entre las que el auto de 27 de julio en el que el recurso lo ubica.

Por su parte, el auto de 6 de septiembre trae causa del oficio policial de la misma fecha (folio 87 de las actuaciones). En tal oficio se hace constar como el investigado, Santos, mantiene múltiples mensajes con quien aparentemente sería una compañera sentimental, pero que la policía interpreta que se trata de un suministrador. Es una interpretación verosímil a la vista de la cantidad de textos intercambiados, de la periodicidad de los mismos y de la experiencia general que avala como habitual el recurso a mensajes críticos a través de los que arrojar oscuridad a los contactos vinculados con el tráfico de drogas. Desde luego no es esperable que quien realiza una actividad de ese tipo, ante el riesgo de una eventual interceptación de la comunicación, utilice expresiones claras y explícitas en relación a la misma.

De esta manera estamos en condiciones de concluir que las intervenciones telefónicas ahora cuestionadas gozaron de una sólida base indiciaria, judicialmente ponderada en el marco del procedimiento incoado al efecto. Se ajustaron a los estándares de constitucionalidad que la injerencia que suponen requiere, por lo que queda descartada la infracción del artículo 18.3 CE. El motivo se desestima.

CUARTO: El Segundo motivo de recurso denuncia infracción del artículo 24 CE en la vertiente de la tutela judicial efectiva en relación con la presunción de inocencia. Considera que las pruebas que derivan de las intervenciones que tacha de nulas, son inidóneas por conexión de antijuridicidad para desvirtuar la presunción de inocencia; y que las restantes carecen de suficiencia a los mismos fines.

Alega que todas las diligencias de entrada y registro practicadas en los distintos domicilios de los investigados, así como la inspección del vehículo Citroen C3 del recurrente derivan de las intervenciones telefónicas acordadas, en clara vinculación causal. Por lo que, al haberse ejecutado aquellas con vulneración del artículo 18.3, se produce un efecto contaminante sobre el resto de las pruebas.

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

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

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

En todo caso, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera



directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Con arreglo a lo expuesto, que condensa la doctrina reiterada de este Tribunal de casación al respecto, a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié para, desde ella, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio; y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

2. En el presente caso, la desestimación del primero de los motivos de recurso, que precisamente reivindicaba la nulidad de las intervenciones telefónicas en lo que, a criterio del recurrente, le afectaban, arrastra consigo el primero de los planteamientos que se desarrollan en este segundo motivo.

Respecto de la segunda cuestión, el recurrente desmenuza la prueba practicada para restarle potencia incriminatoria suficiente.

La sentencia recurrida dedica el apartado D del hecho probado primero, a relatar los sucesos que atribuye al recurrente. Explica que con motivo de la intervención del teléfono NUM009 perteneciente a Santos, autorizada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia, se averiguó que la cocaína que éste vendía se la suministraba Donato quien formaba parte de un grupo dedicado al tráfico de drogas compuesto por Eloy y Faustino. Que el recurrente suministraba droga a otros individuos y colaboraba en la distribución de cocaína por la zona norte de España con Teodulfo. Da cuenta de los hallazgos obtenidos en el registro practicado en su domicilio, o del especial hueco localizado en el vehículo que el mismo utilizaba para sus transportes de droga. Por último, cuenta la relación del Sr. Donato con Edemiro, con quien intentó establecer contactos en el extranjero con la finalidad de introducir cocaína en España, para finalmente, recoger que en Sentencia de 14 de febrero de 2008 fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid por un delito contra la salud pública.

Por su parte, en la fundamentación jurídica, en concreto en el fundamento tercero, explica los elementos en los que se ha sustentado para construir la inferencia respecto a la intervención que atribuye el recurrente. En primer lugar, el resultado de la diligencia de entrada y registro practicado en su domicilio y trastero anejo a la vivienda. Se encontraron una báscula de precisión, una picadora que tras ser sometida a la prueba de cocatest dio positivo a cocaína, varias bolsas pequeñas de plástico transparente, tres prensas metálicas; también se localizaron un cuaderno con anotaciones de deudas, diez teléfonos móviles y una bolsa de plástico con 671 gramos de un polvo blanco, otra con 4.531 gramos también de polvo blanco y un bote conteniendo 2.097 gramos de líquido.

Ciertamente no se encontró ni cocaína ni otro estupefaciente, pero los hallazgos que acabamos de compendiar, tanto las distintas sustancias como los instrumentos especificados, sustentan cabalmente la inferencia alcanzada por la Sala sentenciadora. Es decir, que su destino era el corte y distribución de cocaína. La alegación contenida en el recurso de que se trata de elementos que se encontraban en la cocina destinados a uso culinario, se desvanece a la vista de que la picadora presentaba restos de cocaína. A ello se une que en el vehículo Citroën C3 que conducía habitualmente, se localizó un habitáculo oculto a una profundidad de 70 cm y una anchura aproximada de 25 cm, situado junto al hueco del airbag en el salpicadero, el cual se abría por medio de un sistema eléctrico, idóneo para ocultar droga. Tal hallazgo quedó plenamente acreditado con la testifical del agente NUM005 que realizó la inspección ocular. La alegación que contiene el recurso, negando conocer la existencia tal oquedad y suponiendo que pudo hacerla cualquiera, no desvirtúa la solvencia del indicio.

El Tribunal también valoró como indicio de la participación del recurrente en el tráfico de drogas, su activa implicación en una operación de adquisición y transporte de cocaína desde Paraguay llevada a cabo entre mayo y junio de 2013 por un individuo llamado Edemiro, que cumple condena por ello. Consta acreditada tal operación por la comisión rogatoria cumplimentada por las autoridades judiciales paraguayas. Por otro lado, obra a los folios 3.589 a 3592 el pago que el recurrente realizó al Sr. Edemiro de 100 euros a través de Western Union el 11 de junio de 2013, así como la reserva de un vuelo Madrid-Amsterdam, lugar de llegada de Edemiro con la droga. Tal participación en esa operación viene avalada, también, por las conversaciones telefónicas y mensajes de texto entre ambos individuos entre los días 3 y 12 de junio de 2013 y que obran a los folios 3.550 a 3.579 de las actuaciones.

Finalmente, el Tribunal reforzó su convicción con las distintas conversaciones telefónicas mantenidas por el recurrente con algunos coacusados y otros individuos no identificados, que no tenían otra finalidad que concertar diversas operaciones de adquisición, transporte y/o distribución y reventa de cocaína. Tales



conversaciones están documentadas a los folios 368 a 378. Analizó la Sala sentenciadora las mismas para concluir que, pese a que utilizaban una terminología que trataba de enmascarar su verdadero alcance, ese y no otro era su significado, inferencia que cuenta con amplio sustento lógico, pues se hablaba de préstamos bancarios a intereses variados, calzoncillos de los que se llega a decir que son "súper buenos para la nariz", camisas planchadas, pantalones, invitaciones a bodas y vestidos.

También se analizan las conversaciones telefónicas mantenidas el 19 de septiembre de 2012 por Santos con personas de su entorno familiar, en las que les dice que Donato había ido al domicilio de sus padres para reclamarles el pago de una deuda de 7.500 euros (folios 136 a 138). Tales conversaciones a pesar de no ser recordadas por Santos, fueron avaladas por el agente NUM002 que intervino personalmente en la escucha y grabación de las mismas.

En definitiva, indicios plurales, todos ellos acreditados por prueba directa, que lógicamente interpretados arrojan como única conclusión razonable la que la Sala sentenciadora alcanzó al considerar que Donato venía dedicándose a la distribución de cocaína. El motivo se desestima.

QUINTO: El siguiente motivo denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la ley.

Se alega que, aunque se pudiera sostener la validez de los autos que acordaron y prorrogaron las intervenciones de los diferentes teléfonos, el contenido obtenido a través de las mismas tampoco podría ser utilizado como medio de prueba en cuanto que no ha sido introducido en el proceso. Ni se escucharon en el juicio las conversaciones, ni constaban cotejadas por la Letrada de la Administración de Justicia; los distintos agentes intervinientes como testigos no pudieron determinar en cuales de ellas participaron, que transcripciones realizaron o el contenido de las conversaciones que oyeron.

Pese a tal argumentario, no apreciamos motivo que enturbie la validez y eficacia como medio de prueba de las conversaciones obtenidas en el curso de las intervenciones realizadas con cumplimiento de los estándares constitucionales que descartan la vulneración de derechos fundamentales en su obtención. A partir de la legalidad de la fuente, el valor como prueba de los diálogos captados está vinculado con su introducción en el debate contradictorio que el juicio supone.

Las cintas con las grabaciones fueron entregadas por la Policía Judicial y obran unidas a las actuaciones. No fueron escuchadas en juicio al haber renunciado la acusación que las propuso a su audición, lo que, como apuntó la Fiscal al impugnar el motivo, no implica que no puedan ser tomadas en consideración. Su contenido fue traído a debate a través del testimonio de los distintos policías que las oyeron y transcribieron en el curso de las investigaciones, y que, en el acto del juicio, con mayor o menor precisión ratificaron el mismo, asumiendo su veracidad. El que las transcripciones no estuvieran adveradas por quien ostenta la fe pública judicial carece de la trascendencia que se le otorga. Como hemos dicho en otras ocasiones, la prueba no está constituida por las transcripciones, sino por las conversaciones grabadas. Y éstas se debatieron en juicio, estuvieron a disposición de todas las partes, cualquiera de las cuales pudo solicitar su audición, y del Tribunal que, según especificó la sentencia, las escuchó.

El motivo se desestima.

SEXTO: El cuarto motivo, planteado por infracción de ley, denuncia la inaplicación del artículo 21.2 CP.

Sostiene el recurso que concurren el Sr. Donato los presupuestos sobre los que se asienta la indicada atenuante, según se desprende del informe que acompañó a su escrito de defensa suscrito por la psicóloga del CAID de Alcalá de Henares, en el que se emite respecto a aquél diagnóstico de dependencia a cocaína y abuso de alcohol, sustentado sobre un historial de consumo de tóxicos desde que contaba con 16 años. Al hilo de ello argumenta que la droga que fue incautada en su domicilio estaba destinada a su auto consumo.

Tal cuestión, como señaló el Fiscal al impugnar el motivo, es la primera vez que se plantea, ya que ni en las conclusiones provisionales ni en las definitivas la defensa del recurrente solicitó su estimación, lo que explica que la sentencia recurrida guarde silencio al respecto. Además de otras consecuencias que pudieran derivarse de esta estrategia procesal, lo cierto es que el *factum* que nos vincula no contiene dato alguno que pudiera servir de soporte a la atenuante que se reclama. Atenuante cuyos perfiles encajan mal con los de la actividad desarrollada por el recurrente.

La circunstancia del artículo 21.2 CP es una atenuante funcional, es decir, aplicable solo cuando el acusado ha actuado "a causa" de su grave adicción, condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente. El consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. El simple hábito de consumo de drogas no modifica la responsabilidad criminal, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de



circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal.

La sentencia recurrida describe la actividad del acusado no como algo esporádico o temporal, sino como una actividad estable, que constituía su fuente habitual de ingresos. En definitiva, el acusado hizo del tráfico de drogas su profesión, y en esas condiciones no puede deducirse que el elemento determinante de sus acciones estuviera vinculado a la necesidad imperiosa de obtener medios para conseguir la droga. Por el contrario, la habitualidad de la actividad que desarrollaba permite inferir que el mismo había hecho del tráfico de droga un modo de vida.

El motivo se desestima y con él la totalidad del recurso.

Recurso de D. Eloy .

SÉPTIMO: El primer motivo de recurso invoca el artículo 5.4 LOPJ para denunciar vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, en relación con la presunción de inocencia del artículo 24 CE.

Aduce que su condena se ha basado en el resultado obtenido a través de la instalación de un micrófono ambiental en determinados vehículos, medida de investigación que el auto de la Audiencia Provincial de Segovia de fecha 26 de diciembre de 2017 declaró nula. En concreto a través de la captación de dos llamadas detectadas en el curso de las misma. Entiende que la nulidad acordada respecto a la obtención de esas grabaciones, debe afectar también a la diligencia de entrada y registro en el domicilio del Sr. Eloy , al existir entre ambas medias conexión de antijuridicidad, ya que, hasta que se le identificó a raíz de tales llamadas, era desconocido para los investigadores.

Añade que las conversaciones telefónicas en las que la Sala sentenciadora basó su convicción, cuya transcripción había sido impugnada por su defensa, no fueron escuchadas en el plenario. Tampoco fueron introducidas a través del interrogatorio de los guardias civiles que realizaron personalmente la escucha y transcripción, al no haber comparecido a juicio. Las transcripciones no fueron cotejadas por la Letrada de la Administración de Justicia. Los agentes a los que la sentencia aludió NUM006 , NUM026 , NUM000 y NUM002 , no portaron datos concretos respecto a la intervención del recurrente. Concluye así que la única prueba incriminatoria surge de la diligencia de entrada y registro, que deberá ser declarada nula al derivar de prueba ilícita, por lo que la condena del recurrente carece de sustento para entender desvirtuada la presunción de inocencia que al mismo amparaba.

Tal planteamiento no puede prosperar. Ciertamente el mismo Tribunal sentenciador declaró la nulidad "de las medidas de investigación consistentes en la observación, grabación y escucha de las conversaciones mantenidas por los acusados en el interior de los vehículos turismo marca Seat modelo León matrícula- BVZ y marca Citroën modelo C3 matrícula HNK utilizados por el acusado Donato , mediante la colocación de medios técnicos necesarios para la observación, grabación y escucha de las conversaciones, las cuales fueron autorizados por autos del Juzgado de Instrucción nº 1 de Segovia de 18 de octubre de 2012 y 15 de noviembre de 2012", y avaló sin restricciones las intervenciones telefónicas.

El examen de las actuaciones nos ha permitido comprobar que la identificación del ahora recurrente, que daría lugar al ulterior registro de su domicilio, no partió de las intervenciones anuladas. Lo explica la Fiscal al impugnar el motivo. Al folio 1956 de las actuaciones consta la petición formulada por la policía judicial para la intervención del teléfono NUM027 así como el pin de una Blackberry NUM028 ambos pertenecientes a un nuevo socio de Donato . El conocimiento de tal socio vino por la intervención del teléfono de Donato , el NUM029 y no por las intervenciones de las conversaciones mantenidas en el vehículo. Y su identificación como Eloy , se obtuvo del análisis de la interceptación de las comunicaciones de Donato , concretamente de su blackberry con número de pin NUM030 . Así lo hizo constar la policía judicial al folio 1959, cuando explicó "... esta instrucción ha llegado al pleno convencimiento de que se trataría del conocido en esta investigación como Eloy . En dicha conversación, la cual posteriormente se reseñará, es el propio Eloy desde el Nick de " Gallina " el que se identifica como tal...".

Todo ello pone de relieve la desconexión de esta identificación y ulterior registro respecto de las diligencias declaradas nulas, por lo que los efectos de tal nulidad no les son extensibles.

Por otro lado, respecto al valor como prueba de las conversaciones y mensajes obtenidos en el curso de unas intervenciones cuya regularidad constitucional quedó avalada, tal y como la sentencia de instancia analizó ampliamente en el primero de sus fundamentos, nos remitimos a lo señalado el resolver el recurso anterior.



Los datos incriminatorios que derivan de tales conversaciones y mensajes, sobre cuya validez como prueba no planea duda, unidos a los hallazgos obtenidos en el registro practicado, sustentan las inferencias que el Tribunal sentenciador alcanzó, respecto a la intervención que en los hechos probados se atribuye al recurrente y la declaración de culpabilidad que de ellos deriva. De manera que estamos en condiciones de afirmar que su condena se ha basado en prueba válidamente obtenida e introducida en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio, y racionalmente valorada, por lo que la alegada vulneración de la presunción de inocencia queda descartada.

El motivo se desestima.

OCTAVO: Por la misma vía que el anterior, el segundo motivo de recurso denuncia infracción del derecho constitucional a la igualdad del artículo 14 CE. En relación con la aplicación que se realiza del artículo 368.1 CP.

Sostiene el recurrente que la cantidad de droga hallada en su domicilio es inferior a la que se ocupó en el de otros acusados que por efecto de su conformidad obtuvieron en la sentencia que se dictó para ellos el 28 de noviembre de 2017, un trato más beneficioso.

De manera reiterada ha señalado este Tribunal, en la misma línea que el Tribunal Constitucional (entre otras SSTS 636/2006, de 8 de junio; 483/2007, de 4 de junio; 239/2010, de 24 de marzo; 323/2017, de 4 de mayo; 49/2018, de 30 de enero; o 228/2018, de 17 de mayo; y SSTC 23/81; 19/82; 200/90; 106/94 entre otras) que sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico, puede determinar una violación del artículo 14 CE. El principio de igualdad protege frente a divergencias injustificadas de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos. No excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable. No implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos el tratamiento legal debe ser el mismo para todos.

El Tribunal Constitucional, en su STC 161/2008, de 2 de diciembre, recopilando su jurisprudencia sobre la materia, recuerda que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002 ; 91/2004 ; 132/2005); de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997; 64/2000; 162/2001; 229/2001; 46/2003); de identidad del órgano judicial, entendiendo por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989; 102/2000; 66/2003); de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997; 152/2002; 117/2004; 76/2005; 31/2008); y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam" (STC 117/2004; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999; 122/2001; 150/2004; 76/2005; 58/2006; 67/2008).

En este caso, el 28 de noviembre se dictó en la misma causa la sentencia 21/2017 que condenó en trámite de conformidad a diez de los acusados, únicos afectados por la misma, suspendiéndose la vista para los restantes en tanto se resolvían las cuestiones previas que se habían planteado. En ninguno de esos casos los hechos son idénticos a los que afectan al ahora recurrente. Señala el recurso que a este último se le ocupó menos droga que a aquellos, lo que no es un dato relevante. De un lado, la sentencia que ahora se revisa no solo basó su pronunciamiento de condena en el hallazgo de droga, sino en otra serie de elementos de los que el Tribunal dedujo que el Sr. Eloy , a su vez integrado en un grupo con otros dos de los acusados, se dedicaba de manera habitual a la venta y suministro de droga a terceras personas. El tráfico de llamadas y mensajes interceptados, el dinero intervenido, la incautación de sustancias químicas empleadas para el corte de la cocaína con carácter previo a su distribución entre terceros consumidores, o los objetos y utensilios utilizados normalmente en el proceso de elaboración de las dosis de cocaína, así lo sugerían. Es decir, no puede hablarse de igualdad fáctica, ni tampoco de circunstancias personales que pueden intervenir en la individualización de la pena. Y desde luego la conformidad no resulta irrelevante de cara a favorecer con una disminución de la pena (en este sentido SSTS 559/2015, de 1 de octubre ó 154/2017, de 10 de marzo).



No se aprecia, pues, vulneración del principio de igualdad. El motivo se desestima.

NOVENO: El tercer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación del artículo 368.1 CP y la inaplicación del artículo 368.2 CP.

Entiende el recurrente que, ante la ausencia de atenuantes y agravantes, no concurren razones que justifiquen una pena superior al mínimo legal. A lo que añade que, dada la escasa cantidad de droga que fue incautada en su domicilio, sería procedente la aplicación al caso de la modalidad atenuada que contempla el artículo 368.2 CP.

1. La doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 33/2011, de 26 de enero; 482/2011, de 31 de mayo; 542/2011, de 14 de junio; 646/2011, de 16 de junio; 1359/2011, de 15 de diciembre; 193/2012, de 22 de marzo; 397/2012, de 25 de mayo; 506/2012, de 11 de junio; 869/2012, de 31 de octubre; 904/2012, de 27 de noviembre; 97/2013, de 14 de febrero; 270/2013, de 5 de abril; 46/2015, de 10 de febrero; 916/2016, de 2 de diciembre; ó 336/2017, de 11 de mayo) ha considerado que el párrafo 2 del artículo 368 CP incorpora un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado, en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva y otro de carácter subjetivo ("... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable") cuya concurrencia puede y debe ser valorada racionalmente. Una vez constatados estos presupuestos citados, la rebaja penológica es obligada.

En definitiva, el referido precepto incorporado por la LO 5/2010, en palabras de este mismo Tribunal, responde "...a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado" (STS 33/2011, de 26 de enero).

La STS 873/2012, de 5 de noviembre, resumió la doctrina jurisprudencial sobre este tipo atenuado en los siguientes términos:

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

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

3º) La regulación del artículo 368.2 no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

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

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

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

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

2. En el presente caso, a partir del *factum* de la sentencia impugnada, cuyo respeto impone el cauce casacional empleado, ni desde el plano puramente objetivo reflejado en el ámbito de la antijuridicidad en atención a los hechos (la venta reiterada de cocaína que proporciona importantes beneficios, en atención a las sumas de dinero intervenidas), ni desde la óptica de la culpabilidad asociada a "las circunstancias personales del culpable", pudo justificarse la aplicación de la modalidad delictiva que se reclama.



De otro lado, la sentencia recurrida explicó motivadamente las razones que determinaron la individualización de la pena en relación a cada uno de los condenados. Por lo que se refiere en concreto al ahora recurrente, tuvo precisamente en consideración para fijar la pena dentro de la mitad inferior, y en la extensión en que lo hizo, la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y que no se hubiera aprehendido en su poder una cantidad importante de cocaína.

Recordábamos en la reciente STS 444/2020, de 14 de septiembre, con cita de otros precedentes (SSTS 603/2014, de 23 de septiembre; y 52/2017, de 3 de febrero), que no existe un derecho del condenado a que su pena sea impuesta en el tramo mínimo de la prevista en el tipo penal, aunque el tribunal debe expresar motivadamente el ejercicio de la individualización de la pena, explicando el porqué de su imposición al hecho declarado probado y a la subsunción realizada. Aspectos estos que la sentencia recurrida aborda con suficiente detalle.

El motivo se desestima.

DÉCIMO: El cuarto y último motivo de recurso denuncia, con apoyo en el artículo 849.2 LECRIM, error en la apreciación de la prueba basado en documentos.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECRIM, ya lo hemos dicho, es modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia. Error que, para que pueda prosperar el motivo, debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que, además, en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Es necesario que el documento que se dice erróneamente interpretado goce de autonomía probatoria, es decir, que evidencie el error cometido por el órgano encargado del enjuiciamiento al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones. Además, que, como ya hemos dicho, sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables.

El planteamiento del motivo no alude a ningún documento que pueda gozar de tales características. Su argumentación se desliza por senderos propios de un motivo de presunción de inocencia, que incide especialmente en el vicio de nulidad que afecta a las actuaciones que al Tribunal tomó en consideración, por lo que a lo dicho al resolver el primer motivo de recurso nos remitimos.

El motivo se desestima y con él la totalidad del recurso.

Recurso de D. Faustino .

UNDÉCIMO: El primer motivo de recurso invoca el artículo 852 LECRIM para denunciar infracción de la presunción de inocencia del artículo 24 CE.

Niega que se haya practicado prueba idónea a tales fines. Alega que desde el inicio de las actuaciones el acusado negó conocer el contenido de la maleta que fue hallada en su domicilio, que dice pertenecía al anterior inquilino, en la que se encontró sustancia de corte y una prensa hidráulica. Que en el acto del juicio el Fiscal renunció a la audición de las cintas que contenían las conversaciones grabadas con motivo de las intervenciones telefónicas llevadas a cabo, por lo que sostiene no pueden ser tomadas en consideración como medio de prueba. Y añade que la única conversación que propuso el Ministerio Fiscal respecto a Faustino en su escrito de acusación no dice nada concreto manifestando la Guardia Civil "donde se encuentra escondida probablemente la droga y dinero de las ventas de las sustancias estupefacientes". Que el recurrente no fue visto en ningún pase de droga y que su relación con los otros acusados se limitaba a la que mantenía con Hernan y su familia. Que la cantidad de droga localizada en su domicilio fue mínima, solo 4,23 gramos de cocaína, que estaba destinada a su propio consumo, constando acreditado en las actuaciones por informe de 16 de marzo de 2018, que el mismo padece un síndrome de dependencia a la cocaína.

Como hemos apuntado con anterioridad, el alcance de nuestra revisión en casación cuando se denuncia vulneración de la garantía de presunción de inocencia, se centra en constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; constitucionalmente obtenida; legalmente practicada; y racionalmente valorada.

El recurrente fue condenado como autor de un delito contra la salud pública del artículo 368.1 del CP y otro de pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter. apartado 1 b CP. La base fáctica sobre la que descansa esa condena la conformó el Tribunal sentenciador a partir de los efectos obtenidos en el registro practicado en su domicilio, sobre cuya legalidad no planea duda. Hallazgos que quedaron documentados en la correspondiente



acta, y respecto a los que fueron interrogados los agentes que los practicaron. En concreto una bolsita con 6,18 gr netos de cocaína con una pureza del 31,38% y otra bolsita de plástico conteniendo 9 gr. de cocaína con una pureza de 25,46% (esto es, 15,18 gr. netos de cocaína con una pureza de 39,64%). Se trata de una cantidad que excede del acopio destinado al autoconsumo, que sugiere iba a ser destinada a su distribución. Lo avalan así la abundante y variada cantidad sustancias de las que habitualmente se emplean para el corte de la cocaína, de manera que su potencial para la distribución se incrementa exponencialmente; de instrumental idóneo para elaboración de las dosis aptas para su venta a terceros (en concreto, una prensa hidráulica con un gato y otros útiles para el prensado, una máquina de envasado al vacío, tres básculas de precisión, y un cilindro para la prensa hidráulica); y una considerable cantidad de dinero en efectivo 1715 euros distribuidos en billetes 50, 20, 10 y 5 €), producto de la comercialización con terceros. Elementos todos ellos acreditados por prueba directa, que sustentan el juicio de inferencia respecto a la actividad de venta y distribución de cocaína por la que el recurrente viene condenado, y que se refuerza con el resultado de las conversaciones telefónicas obtenidas en el curso de intervenciones realizadas con respecto de la legalidad ordinaria y constitucional, y regularmente incorporadas a la causa, sin que el hecho de que no hubieran sido escuchadas en juicio en juicio desvanezca su fuerza probatoria. Nos remitimos al respecto a lo señalado al resolver los recursos anteriores.

Por último, los contactos que a través de distintos seguimientos que le vinculan con el acusado Donato , y las conversaciones e intercambio de mensajes de éste a su vez Eloy y otros investigados, revelan la colaboración estable entre los tres citados en el suministro regular de drogas a terceros.

En definitiva, estamos en condiciones de concluir que el relato de hechos probados y la intervención que en los mismos se atribuyó al ahora recurrente se ha conformado a través de prueba válidamente obtenida e introducida en el procedimiento, de suficiente contenido incriminatorio, ampliamente valorada sin atisbo de arbitrariedad, por lo que la alegada vulneración de la presunción de inocencia queda descartada.

El motivo se desestima.

DUODÉCIMO: El segundo motivo de recurso denuncia, a través del artículo 849.1 LECRIM, infracción del artículo 570 ter 1 b CP. Sostiene que lo que la sentencia estima como grupo no supera la simple codelinuencia, y apoya su pretensión en la cita de un informe emitido por el Fiscal Especial Antidroga en la sustanciación de la cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de Instrucción de Segovia y el Central, es decir, muy anterior a la celebración del juicio oral.

La sentencia ahora recurrida condenó a Donato , a Eloy y a Faustino como autores de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud y por otro de pertenencia a grupo criminal recogido en el artículo 570 ter, 1 b) del Código Penal.

Los hechos probados, que al canalizar la discrepancia a través del artículo 849.1 LECRIM, nos vinculan, recogen respecto a este delito que Santos consiguió la cocaína de "un suministrador que utiliza los números ... y que resulta ser el acusado Donato , quien forma parte de un grupo de personas dedicado al tráfico de drogas tóxicas compuesto también por Eloy y Faustino . Además, Donato provee de cocaína a Santos y a otras personas que posteriormente distribuyen la droga a terceros consumidores y colabora en la distribución de cocaína en la zona norte de España...". Nos dicen, igualmente, que " Donato colabora con Eloy quien es vecino de Donato , ya que tiene su domicilio en la CALLE005 , nº NUM023 ...". Finalmente, terminan afirmando que "tanto Eloy como Donato se proveen de sustancias estupefacientes a través de Faustino , quien tiene su domicilio en ...".

El artículo 570 ter *in fine* describe el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

Lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos autónomos, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica.

El grupo se perfila como figura residual respecto a la organización. Ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos. La organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad. El grupo criminal, sin embargo, puede apreciarse aunque no concurren ninguno de estos dos requisitos, o cuando lo haga solo uno de ellos. Debilita el presupuesto de la estabilidad por la exigencia de una relativa permanencia -formación no fortuita- y una estructura mucho más elemental para hacer realidad la actuación concertada de sus integrantes, sin necesidad de una asignación formal de funciones.



El grupo criminal requiere exclusivamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. Si bien la jurisprudencia ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra configurada por varias personas coordinadas que integran un *aliud* y un plus frente a la mera codelincuencia, por hallarse integrada por más de dos personas y no haberse formado fortuitamente para la comisión inmediata de un solo delito (SSTS 706/2011, de 27 de junio; 940/2011, de 27 de septiembre; 1115/2011, de 17 de noviembre; 223/2012, de 20 de marzo; 748/2015, de 17 de noviembre; 797/2017, de 11 de diciembre; 399/2018, de 12 de septiembre).

En este caso, como razonó la sentencia recurrida, y se advierte en el relato de hechos probados que, ya hemos dicho, nos vincula, existía un marco de colaboración estable entre el recurrente y los otros dos acusados para surtir de droga a terceros, entre los que la sentencia identifica a Santos y Teodulfo, alias "Virutas". Un concierto permanente que les permitió tejer su particular red de distribución para atender al suministro regular de sustancia, que incluso llegó a generar considerables deudas. Un acuerdo que dista mucho del meramente puntual orientado a una concreta operación, que desborda los límites de coautoría hacia una colaboración estable que encaja de plano en los perfiles de la figura contemplada en el artículo 570 ter 1 b CP.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO: El tercer motivo de recurso invoca de nuevo el artículo 849.1 LECRIM, en este caso para denunciar la indebida inaplicación del artículo 368 CP, reivindicando la modalidad atenuada que contempla el citado precepto en su apartado 2.

Ya hemos expuesto al resolver el recurso interpuesto por el Sr. Eloy los presupuestos del mencionado precepto. Y como ocurriera en ese caso, tampoco ahora contamos con un soporte fáctico que permita su aplicación. Ni desde el plano puramente objetivo reflejado en el ámbito de la antijuridicidad, ni a partir de circunstancias del acusado. Lo relevante, aun siendo significativa, no es tanto la concreta cantidad de cocaína hallada en su poder, sino que el acusado se dedicaba a su distribución, no como mero correo, pues los elementos incautados en su domicilio permiten deducir que incluso se ocupaba del corte y manipulación de la misma conformando dosis para el consumo, con el potencial incremento que ello implica de cara a su distribución y comercialización. Actividad que desarrolló de manera estable y reiterada, sin que se aprecien en relación a la misma especiales circunstancias personales que revelen una menor culpabilidad.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO: El cuarto motivo de recurso se plantea también por el cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM para denunciar la inaplicación del artículo 21.1 en relación con el 20.1 y 2 del CP. Aunque no concreta exactamente en qué precepto basa su petición, en el desarrollo del motivo parece que reivindica la aplicación de la atenuante prevista en el artículo 21.2 CP, que fue la que la sentencia recurrida denegó. En cualquier caso, apoya su pretensión en el informe emitido por el equipo psicosocial adscrito a los partidos judiciales de Alcalá de Henares y Arganda del Rey, de fecha 16 de marzo de 2018, en el que se recoge como diagnóstico "Síndrome de dependencia a cocaína", lo que a su juicio acredita, no solo un consumo habitual de cocaína, sino también la consiguiente afectación de sus facultades.

El cauce por el que plantea su discrepancia el recurso impone la vinculación con el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, que no contiene aserto alguno sobre el que poder ensamblar la atenuante que se reclama. Silencio que es resultado de la valoración que la Sala sentenciadora realizó de la pericial médico forense, a resultas de la cual no consideró constatada una afectación relevante de las facultades del acusado, sin que sea posible efectuar ahora una reevaluación de la prueba. En cualquier caso, el informe en el que se apoya el recurso no conduce a la conclusión que el mismo pretende. En él se alude a un diagnóstico efectuado en el año 2005, que motivó el sometimiento del acusado a tratamiento, y su alta en el 2010. Prosigue el mismo relatando que se produjo un reingreso en el 2013, en ese caso derivado por Instituciones Penitenciarias para someterse a tratamiento; solo acudió en una ocasión, y refirió entonces abstinencia a todo tipo de sustancias.

1. La aplicación con base en una toxicomanía de la eximente completa del artículo 20.1 CP solo será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impidan comprender la ilicitud de su conducta o actuar conforme a esa comprensión, lo que reconduce a supuestos excepcionales, en los que quede constatado un consumo muy prolongado y muy intenso de sustancias que hayan producido graves efectos en el psiquismo del agente. Por su parte, en el artículo 20.2 CP se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse el sujeto bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.



Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia debidos al consumo de drogas, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1 CP. Esta Sala ha admitido que la adicción, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. Así, por ejemplo, se ha apreciado en ocasiones la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a aquella (hepatitis, SIDA), que producen una considerable modificación de la personalidad en cuanto orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, que sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud (STS 403/1997 de 26 de marzo). O cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad, aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas (STS 685/2008, de 4 de noviembre).

Por su parte la circunstancia del artículo 21.2 CP, ya lo dijimos al resolver los recursos anteriores, es una atenuante funcional, es decir aplicable solo cuando el acusado ha actuado "a causa" de su grave adicción, condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente. El consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. El simple hábito de consumo de drogas no modifica la responsabilidad criminal, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal.

2. En este caso, el Tribunal sentenciador valoró la prueba aportada a las actuaciones en relación al consumo de tóxicos por parte del acusado, y descartó una incidencia en sus facultades relevante para aminorar su responsabilidad, lo que adquiere toda lógica dada la naturaleza de los hechos por los que viene condenado. La sentencia recurrida describe la actividad del acusado no como algo esporádico o temporal, sino como una actividad estable desvinculada de su condición de consumidor de drogas, que constituía su fuente habitual de ingresos. En definitiva, el acusado hizo del tráfico de drogas su profesión, lo que resulta incompatible con la atenuación que se reclama. En cualquier caso, uno de los factores que tomó en consideración la Sala sentenciadora como factor de individualización de la pena dentro de la mitad inferior su condición de consumidor habitual de cocaína.

El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO: El quinto y último motivo de recurso invoca de nuevo el artículo 849.1 LECRIM por indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. Enfatiza que las actuaciones se iniciaron en el año 2012, por lo que hasta su enjuiciamiento habían transcurrido 6 años.

Así argumenta el recurso que "en estos casi seis años transcurridos desde la incoación del procedimiento hasta su enjuiciamiento, tras la detención de los acusados un año después de la apertura de diligencias, en agosto de 2013, que es el momento en que explota la operación, salvo los informes analíticos de las sustancias intervenidas, de fecha 5 de septiembre de 2013, las diligencias practicadas por el Juzgado han sido inocuas: devolución de efectos intervenidos, de vehículos, pasaportes. Ninguna diligencia de importancia y relieve para la instrucción fue practicada". A lo que añade que se suscitó una cuestión de competencia con los Juzgados Centrales de Instrucción, no aceptada por estos; que en mayo de 2016 fue dictado auto de transformación de las diligencias en Procedimiento Abreviado, calificando los hechos el Fiscal en noviembre de ese año, presentando escrito de defensa el recurrente en abril de 2017, y celebrándose el acto del juicio oral en abril de 2018.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 CE. Si bien no es identificable con un derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver y ejecutar lo resuelto en un tiempo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca puede ser preciso comprobar si ha existido un retraso en la tramitación de la causa, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones. Que ese retraso sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. Cualquier ponderación debe efectuarse a partir de tres parámetros: 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 contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas contra España, y las que en ellas se citan).

Según jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". A las segundas el artículo 24 de la CE que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010 de 15 de febrero; 269/2010, de 30 de marzo; 338/2010, de 16 de abril; 877/2011, de 21 de julio; 207/2012, de 12 de marzo; 401/2014, de 8 de mayo; 248/2016, de 30 de marzo; ó 524/2017, de 7 de julio, entre otras, entre otras).

La causa de atenuación que nos ocupa aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP, que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan tal consideración, y además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

2. En el presente caso la Sala sentenciadora dio cumplida respuesta a la cuestión planteada. Ciertamente el enjuiciamiento de la causa se ha demorado en el tiempo, sin embargo no se ha identificado ninguna paralización sobre la que asentar la circunstancia que se reclama. Tampoco desde la perspectiva de duración total del proceso puede tener entrada una eventual vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, pues tal lapso temporal debe conectarse con las peculiaridades de la causa, la entidad de la misma y su volumen, la pluralidad de acusados y las dificultades de investigación. Factores todos ellos que el Tribunal sentenciador tomó en consideración. Se trata de una causa de evidente complejidad que dimana de una investigación vinculada a varias tramas dedicadas al tráfico de cocaína y MDMA que operaban desde diversos puntos de la geografía española, con pluralidad de investigados y posteriormente 19 acusados, en el curso de la cual se acordaron diversas medidas de investigación consistentes en escuchas de conversaciones telefónicas y comunicaciones efectuadas por medio de sistemas de mensajería de telefonía móvil judicialmente autorizadas. Una causa que solo en su tramitación en el Juzgado de Instrucción acumuló cerca de 6000 folios. Con esos perfiles el concepto de plazo razonable necesariamente extiende sus contornos, hasta el punto de entender que la demora estuvo justificada, y pese a la misma, no se produjo paralización relevante, por lo que la atenuante reclamada carece de sustento.

El motivo se desestima.

Costas.

DÉCIMO SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM procede declarar de oficio las costas correspondientes al recurso interpuesto por D. Cornelio , debiendo soportar los otros recurrentes las costas de esta instancia.

FALLO

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

ESTIMAR el recurso interpuesto por D. Cornelio , contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Segovia (Sec. 1ª, Rollo 15/17), dictándose a continuación otra más ajustada a derecho. Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

DESESTIMAR los recursos interpuestos por D. Donato , D. Eloy y D. Faustino contra la expresada sentencia, imponiendo a dichos recurrentes las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Ana María Ferrer García



Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 3581/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D.^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 9 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el Procedimiento Abreviado num 650/12 incoado por el Juzgado de primera Instancia e Instrucción num. 1 de Segovia y seguido ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Segovia (Rollo 15/17) y en cuyo procedimiento en fecha 11 de junio de 2018 se dictó sentencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. y Excm. Sra. expresados al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia que no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De acuerdo con lo expuesto en la sentencia que antecede, procede condenar a Cornelio como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del artículo 368 párrafo primero del CP, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 67.889,74 €, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, confirmando en los restantes extremos la sentencia recurrida.

FALLO

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

CONDENAMOS a Cornelio , como autor de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del artículo 368 párrafo primero del CP, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 67.889,74 €, con un mes de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, confirmando en todo lo que no se oponga a la presente la sentencia 19/2918, de 11 de junio de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Segovia.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina