



Roj: **STS 3569/1997** - ECLI: **ES:TS:1997:3569**

Id Cendoj: **28079120011997103724**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/1997**

Nº de Recurso: **749/1996**

Nº de Resolución: **709/1997**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de mil novecientos noventa y siete.

En el recurso de Casación por INFRACCION DE LEY que ante Nos pende, interpuesto por Marco Antonio contra Sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por delito CONTRA LA SALUD PUBLICA, los componentes de la Sala Segunda que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo prevenido por la Ley, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente representado por el Procurador Sr. Utrilla Palombo.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 instruyó sumario con el número 9/94 y una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sec.1ª), que con fecha 20 de enero de 1.996, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

En el mes de abril de mil novecientos noventa y uno, el procesado Marco Antonio , domiciliado en Cambados (Pontevedra), se concertó con una mujer no enjuiciada, residente en Colombia para la remisión desde dicho País o desde el colindante de Panamá de tres kilos de cocaína a España, que se ocuparía de traer un conocido de Marco Antonio , llamado Matías , para lo que se desplazaría a Panamá, para ponerse en contacto con los suministradores del estupefaciente, Matías residía en Meaño (Pontevedra) y frecuentaba mucho la cafetería " DIRECCION000 " que explotaba Marco Antonio , en un anejo de Meaña, llamado Dena.

La mujer de Colombia no enjuiciada se había entrevistado con Marco Antonio en Cambados, y posteriormente, cuando ella regresó a Sudamérica, mantuvo contactos con Marco Antonio llamándole por teléfono, y éste también le llamó a ella.

Para comunicarse Marco Antonio con la mujer de Colombia y con Matías se servía de un teléfono público sito en el bar "La Sardina de Oro", del barrio Xesteira-Castelos de Cambados, con el número 986-543289.

El día 28 de Abril de 1991, domingo, llamó la mujer de Colombia, desde dicho País, a Marco Antonio , al teléfono del bar "La Sardina de Oro" y le dijo: "que él llegaba allí a las trece y treinta, el treinta martes, y Marco Antonio le contestó : "vale, pues entonces estaría bien que le echemos un vistazo ¿no? y la mujer de Colombia le dijo: "si, si, si ¿por qué no se va usted para allá? " y Marco Antonio respondió: "si, si, yo por eso te lo digo", y ella contestó. "Luego si usted quiere se viene en el carro y sinó se viene en el tren". En un momento posterior de la conversación Marco Antonio dijo: "ah, vale, porque es yo te puedo vender ¿no? algo". y ella respondió "no, no, no es eso usted y yo lo arreglamos ya cuando esté ahí todo".

La Policía que operaba en Galicia, y concretamente en la zona de Villagarcía de Arosa, en la que estaban comprendidas Cambados y Meaño, comunicó al Grupo 2º del Servicio Central de Estupefacientes las informaciones obtenidas a través de las escuchas telefónicas en el bar "La Sardina de Oro", y por otras investigaciones complementarias, de las que conjuntamente se deducía la probabilidad de que Matías y Iván



llegasen al aeropuerto del Prat en Barcelona, a las 13,30 horas del 30 de Abril de 1991, en vuelo KLM 351, procedente de Panamá, vía Amsterdam, trayendo cocaína.

El Servicio Central trasladó la información a la Policía de Barcelona, con la recomendación de que, de haber detenciones, no se mencionara el origen de la investigación, para no interferir las pesquisas que se hallaban en marcha en las Rías Bajas.

Efectivamente, Matías , llegó al Aeropuerto del Prat a las 13,30 horas del 30 de abril de 1991, en el vuelo KLM 351 procedente de Panamá, vía Amsterdam, llevando en el equipaje y en el interior de un monitor de un ordenador "Sansung" tres paquetes de cocaína con un peso de 3051 gramos y un valor de treinta millones de pesetas.

También llegó en el mismo vuelo, Iván , que había ocupado un asiento contiguo al de Matías y que también traía en el equipaje cocaína, con un peso de 2.798 gramos.

Matías tenía proyectado seguir vuelo a Vigo y Iván a Las Palmas, no constando que éste último hubiera hecho la compra de la cocaína y su transporte en conexión con Marco Antonio .

La policía que esperaba en el Aeropuerto del Prat el día 30 de abril de 1991 la llegada de Iván y de Matías en el vuelo KLM-351, los detuvo y les aprehendió la cocaína. Por tales hechos, la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó, con fecha 12 de diciembre de 1991 sentencia por la que se condenó a cada uno de los encartados, Matías y Iván , a sendas penas de ocho años y un día de prisión mayor y multa de ciento dos millones de pesetas por un delito de contra la salud pública y de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y multa de ochenta millones de pesetas por un delito de contrabando.

Marco Antonio nació el 30 de Octubre de 1945 y fue condenado el 11 de septiembre de 1986 por sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, firme el 16 de enero de 1989, por un delito de contrabando, a la pena de 6 meses de arresto mayor y 1.000.000 de pesetas de multa. Fue suspendida la condena por dos años el 7 de marzo de 1989 y se acordó la remisión definitiva el 27 de mayo de 1.991.

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Marco Antonio , como autor de un delito de tráfico de drogas, relativo a sustancias estupefacientes de las que causan grave daño a la salud, con las agravantes específicas de cantidad importante y de organización y sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad, a la pena de nueve años de prisión mayor y multa de ciento dos millones de pesetas, y como responsable en concepto de autor de un delito de contrabando en la modalidad de importación de drogas, mediante organización con aplicación del precepto degradatorio del apartado 3 del art. 2º de la ley orgánica 7/82 y concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de seis meses de arresto mayor y multa de dieciséis millones de pesetas.

Y debemos condenar y condenamos a Marco Antonio a las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de las condenas privativas de libertad y al pago de las costas. Abonesele al condenado el tiempo de detención y de prisión provisional sufridas como de cumplimiento. Reclámesese la pieza de responsabilidad civil terminada con arreglo a Derecho. Al notificarse esta sentencia, hágase saber a los notificados, los recursos procedentes contra la misma.

3.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de Casación por INFRACCION DE LEY por el acusado Marco Antonio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de Marco Antonio basó su recurso de Casación en los siguientes motivos:

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal por cuanto dados los hechos que se declaran probados se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo.

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2º de la L.E.Criminal.

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la L.O.P.J. por violación del artículo 24.2 de la Constitución Española, que establece que todos tienen derecho a la presunción de inocencia.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida el día 8 de mayo de 1.997.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito de tráfico de drogas relativo a sustancias estupefacientes de las que causan grave daño a la salud, con las agravantes específicas de notoria importancia y de organización, a la pena de nueve años de prisión mayor y multa de ciento dos millones de pts y como autor de un delito de contrabando en la modalidad de importación de drogas, mediante organización, con aplicación del precepto degradatorio del apartado 3º del art. 2º de la L.O. 7/82, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de seis meses de arresto mayor y multa de 16 millones de pts. Frente a la misma se alza el recurso del condenado fundamentado en tres motivos, el primero por infracción de ley (art. 849.1º L.E.Criminal), el segundo por error de hecho (art. 849.2º L.E.Criminal) y el tercero por infracción constitucional (art. 24.2 C.E. en relación con el art. 5.4 L.O.P.J. presunción de inocencia).

SEGUNDO.- Comenzando el análisis del recurso por este tercer motivo que denuncia una supuesta violación del derecho constitucional a la presunción de inocencia, se hace necesario reiterar que la función del Tribunal casacional cuando se denuncia dicha supuesta infracción no consiste en efectuar una nueva valoración probatoria, sino en constatar que ha existido actividad probatoria de cargo, lícitamente practicada y suficiente para deducir razonablemente la existencia del delito y la participación del recurrente. En el caso actual la Sala sentenciadora dispuso de una abundante prueba de cargo, lícitamente practicada, como se expresa minuciosamente en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, que de una forma ejemplar analiza detalladamente cada una de las pruebas tomadas en consideración para estimar acreditados todos y cada uno de los apartados del relato fáctico, valorándolas razonada y razonablemente. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

TERCERO.- El segundo de los motivos del recurso interpuesto, al amparo del número dos del art. 849 de la L.E.Criminal, alega la concurrencia de un error de hecho acreditado mediante documentos obrantes en autos que demuestran la supuesta equivocación del Tribunal sentenciador. El hecho de que la parte recurrente omita la cita de documento alguno en el que fundamentar su impugnación impone necesariamente la desestimación del motivo.

La referencia al principio "in dubio pro reo", impropia de este cauce casacional, también carece de eficacia suasoria pues dicho principio únicamente puede estimarse infringido, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo, opta por la solución más perjudicial para el acusado pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna. El principio "in dubio pro reo" nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación.

CUARTO.- El primero de los motivos de recurso, se formula por infracción de ley al amparo del número 1º del art. 849 de la L.E.Criminal. El eje central del motivo consiste en la negativa de la concurrencia de la agravación específica de pertenencia a organización, tanto en el delito de tráfico de drogas como en el de contrabando. El motivo debe ser estimado. En efecto la Organización que opera como agravante del delito del art. 344 del C.Penal 73 - apartado sexto del art. 344 bis a)- así como también en el delito de contrabando - art. 2.2 L.O. 7/1982, de 13 de Julio-, requiere, como señala la sentencia de 19 de Enero de 1995, que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos por otros mediante una red de reemplazos que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización, dificultando la persecución de los delitos cometidos e incrementando el posible daño causado. La organización no debe apreciarse como agravación específica por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución del hecho, no debiendo confundirse con la coautoría o coparticipación (Sentencia de 8 de febrero de 1993).

En el caso actual únicamente consta acreditado que el recurrente "se concertó con una mujer no enjuiciada, residente en Colombia" para que le enviase una determinada cantidad de drogas, utilizando para el transporte de la droga a un "conocido" del recurrente. Tales hechos sólo integran un supuesto de coautoría, pero no van más allá de un simple y ocasional concierto para la realización de una acción delictiva, sin determinar la "pertenencia" del recurrente a una organización a los efectos agravatorios prevenidos en el art. 344 bis a.6º) del Código Penal y 2.2º de la Ley Orgánica 7/82, por lo que el recurso, como se ha expresado, debe ser estimado.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de Casación por INFRACCION DE LEY interpuesto por Marco Antonio , contra Sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia



Nacional, por delito contra la salud pública, CASANDO Y ANULANDO en consecuencia dicha sentencia y declarando de oficio las costas de este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución y la que seguramente se dicte al recurrente, Ministerio Fiscal y Audiencia Nacional, a los fines legales oportunos, con devolución a esta última de los autos que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de mil novecientos noventa y siete.

Por el Juzgado Central nº 1, se instruyó Sumario con el número 9/94 contra Marco Antonio , de nacionalidad española, con DNI nº NUM000 , nacido en Cambados (Pontevedra), el día 30 de Octubre de 1945, hijo de Pedro Enrique y de Olga , casado, marinero, con domicilio en Cambados, con antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa, en virtud de la cual ha estado en prisión provisional, desde el 6 de agosto de 1992 al 29 de noviembre de 1993, en cuya fecha quedó en libertad, tras la prestación de fianza, se ha dictado sentencia por la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal Sec. 1ª), con fecha 20 de enero de 1.996, 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. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr.D.Cándido Conde-Pumpido Tourón, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se dan por reproducidos los de la sentencia impugnada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, en todo lo que no esté en contradicción con nuestra sentencia casacional.

SEGUNDO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional, no concurren las agravaciones prevenidas en los arts. 344 bis a, 6º del C.Penal 73) y art. 2.2º de la L.O. 7/82, de 13 de Julio.

III. FALLO

Debemos declarar y declaramos que dejando subsistente el resto de la sentencia de instancia, se suprimen de la condena impuesta la concurrencia de la agravación específica de organización en los delitos de Tráfico de Drogas y Contrabando, quedando fijada la pena impuesta por el primer delito en ocho años y un día de prisión mayor y multa de CIENTO UNO MILLONES DE PESETAS (101.000.000) y por el segundo delito en CUATRO meses y un día de arresto mayor y multa de QUINCE MILLONES DE PTS. (15.000.000).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.