



Roj: **STS 1795/2005** - ECLI: **ES:TS:2005:1795**

Id Cendoj: **28079120012005100379**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2005**

Nº de Recurso: **2131/2003**

Nº de Resolución: **358/2005**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil cinco.

En los recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, que ante Nos penden, interpuestos por los procesados Juan Francisco , Ramón , Domingo , Luis Enrique , Ángela , Carolina , Pedro , Eloy , Jesus Miguel , Plácido , Everardo y Juan Pablo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, que les condenó por delito contra la salud pública, los Excmos.Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituído para votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados: Juan Francisco , por el Procurador Sr.Ortega Fuentes; Ramón , por el Procurador Sr.Rosch Nadal; Domingo y Luis Enrique , por la Procuradora Sra. González Díez; Ángela , por la Procuradora Sra. Díaz Solano; Carolina , Pedro , Eloy , Jesus Miguel , Plácido , Everardo y Juan Pablo , por la Procuradora Sra. Rubio Peláez.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Vélez Málaga, instruyó Sumario con el número 5/1993 contra Luis Andrés , Everardo , Luis Enrique , Ramón , Pedro , Jose Carlos , Eloy , Jesus Miguel , Plácido , Domingo , Carolina , Frida , Milagros , Jose Antonio , Juan Francisco , Juan Pablo , Julián y Ángela , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Tercera con fecha treinta de julio de dos mil uno dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Apreciando en conciencia las pruebas practicadas, se considera acreditado y así expresamente se declara que los acusados Luis Andrés , Everardo , Ángela , Ramón , Carolina y su fallecido marido Manuel , Juan Francisco , Julián , Juan Pablo , el fallecido Felix y Armando , en actual situación procesal de rebeldía y al que no afecta el contenido de la presente resolución; todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, al menos desde el año 1991 vinieron a integrar una organización cuya finalidad era la introducción y posterior difusión onerosa en España de grandes cantidades de la sustancia estupefaciente comúnmente denominada hachís, adquirido en el Reino de Marruecos a personas no identificadas, recurriendo para ello a una estructura organizativa en la que aprecian singularizadas las específicas funciones a desempeñar por cada uno de sus integrantes, los que actuaban de forma coordinada y conjunta, y en desarrollo de las instrucciones impartidas en el marco de su estructura piramidal. De este modo y en primer término de tal estructura se encontraba el acusado Luis Andrés , a la sazón en aquellas fechas, Alcalde Pedáneo de la Localidad de Almayate (Málaga), quien ostentaba la máxima dirección de la estructura organizativa estableciendo las condiciones de las operaciones de importación, distribución y venta de la sustancia estupefaciente, impartiendo las correspondientes instrucciones a los demás miembros del grupo, bien personalmente o a través de sus "lugartenientes" y también acusados Everardo y Ramón , los que ostentaban cierta capacidad decisoria en la gestión y dirección de las operaciones ilícitas, manteniendo asimismo funciones de coordinación y comunicación entre el resto de los integrantes de la organización, antes señalados. Para el desarrollo de la



actividad antes reseñada la meritada organización contaba con los necesarios medios materiales, entre los que se encontraban los siguientes vehículos: matrícula WE-....-W , propiedad de Luis Andrés ; Renault 12 matrícula GE-....-G ; matrícula JU-....-UF , propiedad de Manuel , Audi 80 matrícula QE-....-EW propiedad de Ramón ; Seat Ronda matrícula W-....-WT y un vehículo BMW matrícula DG-....-D , propiedad ambos de Everardo . Asimismo la organización contaba con varios radiotransmisores, todos ellos sintonizados en el canal 12, así como teléfonos móviles y buscapersonas, los que facilitaban la rápida y eficaz comunicación entre sus integrantes. Por otra parte la organización se valía de las instalaciones del establecimiento denominado "Bar DIRECCION000 " , sito en Almayate y propiedad del fallecido Felix y Frida , para la celebración de las reuniones necesarias para la planificación de sus actividades delictivas, actividad para cuyo desarrollo también empleaban el denominado "Bar DIRECCION001 " sito en la localidad de Torre del mar, y propiedad del acusado Everardo En ejecución de los designios criminales antes relatados, y con la finalidad de introducir desde Marruecos una importante partida de hachís, a finales del mes de enero del año 1992, los acuados Luis Andrés y Everardo , entraron en contacto con el también acusado Jose Carlos , mayor de edad y sin antecedentes penales, propietario del barco pesquero llamado " DIRECCION002 " , matrícula dO-D-.... , al objeto de contar con dicha embarcación para la operativa, a cambio de la suma de 4 millones de pesetas, aceptando Jose Carlos tal ofrecimiento, y al que se le indicó por aquéllos que el súbdito marroquí y también acusado Juan , en actual situación procesal de rebeldía, acompañaría a la tripulación del barco para dirigir las operaciones de carga y descarga del hachís. Por su parte Jose Carlos propuso a la tripulación del buque compuesta por los también acusados Eloy , Jesus Miguel y Plácido , mayores de edad y sin antecedentes penales, su participación en dicha operación a cambio de la suma de 1 millón de pesetas, los que conocedores de la naturaleza de la misma vinieron a aceptar. Asimismo y teniendo en cuenta la necesidad de constar con una pequeña embarcación que procediera al desembarco del hachís una vez el mismo fuera transportado por aquel pesquero a las inmediaciones de la costa española, el acusado Everardo el día 5 de febrero de 1992 vino a entrar en contacto con el también acusado Domingo , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien aceptó participar en las operaciones de desembarco de la droga con un pequeño bote de su propiedad, a cambio de 300.000 pts. y al que se le indicó que el día de tal desembarco sería acompañado de una persona de la organización al que tendría que recoger en las inmediaciones del campo de fútbol de Almayate. Finalmente y con la finalidad de contar con mayores medios de transporte terrestre de la droga que se pensaba desembarcar del pesquero, sobre las 23 horas del día 6 de febrero de 1992, el fallecido Felix , siguiendo precisas instrucciones de la dirección de la organización ( Luis Andrés y Everardo ) contactó en el "Bar DIRECCION000 " , con el también acusado Pedro , mayor de edad y sin antecedentes penales, el que a cambio de 400.000 pts aceptó intervenir en el transporte de la droga empleando para ello la furgoneta de su propiedad marca Mercedes-Benz, matrícula HE-....-EH , instalando en la misma una emisora de radio marca Dragon sintonizada en el canal 12.

La secuencia temporal de la operación de alijo enjuiciada en la presente causa vino a desplegarse del siguiente modo:

- a) En fecha no exactamente determinada de finales del mes de enero de 1992, Plácido , recibió el encargo de Jose Carlos , para que como patrón del pesquero " DIRECCION002 " se dirigiera con el resto de la tripulación antes mencionada a "faenar" a Marbella, donde ya se les indicaría el día en el que tendrían que desplazarse a Marruecos a cargar la droga.
- b) Sobre las 23 horas del día 3 de febrero de 1992, los acusados Ramón y el fallecido Manuel , en el vehículo propiedad del primero, Audi 80 matrícula QE-....-EW , acudieron al Puerto de Marbella en el que se encontraba atracado dicho pesquero, procediendo a dar instrucciones al acusado Juan .
- c) El día 4 de febrero de 1992, el acusado Everardo concertó con Manuel una cita a desarrollar en el "Bar DIRECCION001 " propiedad del primero, y a la que acudieron en primer lugar Everardo y Jose Carlos , uniéndose a ellos más tarde, sobre las 18 horas, el acuado Luis Andrés , quien llevo en el vehículo matrícula W-....-WT , así como a las 18,30 horas Ramón y Manuel , quienes acudieron en el vehículo marca Audi antes reseñado. Tras el desarrollo de dicha reunión en la que se ultimaron los pormenores de la operación en marcha, los integrantes de la misma se dirigieron en tales vehículos al cruce de la Barriada de Almayate, deteniéndose en el arcén durante varios minutos, cambiando finalmente de sentido y viniendo el acusado Everardo a indicar a los demás el carril de tierra que conduce a la playa, donde existe un campo de fútbol y el chiringito "Malabar", lugar dónde habría de producirse el desembarco de la droga.
- d) Sobre las 13 horas del día 5 de febrero de 1992, el acuado rebelde Juan , vino a hacerse cargo del pesquero " DIRECCION002 " el que con la tripulación señalada al principio vino a dirigirse desde el Puerto de Marbella a las costas marroquíes a las que llevo a las 22 horas, fondeándolo en las inmediaciones del faro existente en la denominada "Punta Omara". Posteriormente se acercaron a dicha embarcación dos "pateras" con 28 fardos conteniendo en su conjunto 962 kilogramos de la sustancia denominada hachis, con un valor en el mercado ilícito ascendente a 240.500.000 pesetas, los que vinieron a ser cargados en el " DIRECCION002 " dirigiéndose



el mismo de regreso a las costas de Almayate a las que llegaron a las 12 horas del día 6 de febrero de 1992, tras lo que procedió por la tripulación a fondear parte de dichos fardos (13).

e) Así las cosas, sobre las 20 horas aproximadamente del día 6 de febrero de 1992, el acusado Domingo , al que acompañaba el también acusado Luis Enrique , mayor de edad y sin antecedentes penales, se dirigieron en el bote del primero y en compañía de la persona de la organización designada, Ramón , hacia el " DIRECCION002 " de dónde procedieron a descargar 15 de los fardos, conteniendo 517 kilogramos de hachís, dirigiéndose seguidamente hacia la plaza en dónde les esperaban los acusados Luis Andrés , Everardo , sí como el fallecido Felix y Pedro , los que habían acudido pasadas las 23 horas al lugar con la furgoneta propiedad de este último matrícula HE-....-EH , con las luces apagadas, y después que los dos primeros. Seguidamente y sobre las 2 horas del día 7 de febrero de 1992, y desde la zona de vestuarios del campo de fútbol existente junto a dicha playa los acusados mencionados procedieron a cargar los fardos de hachís en la furgoneta aludida, y cuando la misma procedía a abandonar el lugar con las luces apagadas vino a ser interceptada por un operativo del Cuerpo Nacional de Policía que venía efectuando un seguimiento a dicha organización, practicándose la detención de los ocupantes de la furgoneta Felix y Pedro , viniendo a intervenir la droga mencionada, la emisora sintonizada en el canal 12, así como la suma de 360.000 pesetas destinadas a financiar la operación y que era portada por el primero.

f) Como quiera que el acusado Everardo procedió a darse a la fuga del lugar, vino a ser detenidos posteriormente sobre las 3 horas de dicha noche cuando el mismo conducía el vehículo de su propiedad marca BMW matrícula DG-....-D las calles de Torre del Mar, interviniéndose la suma de 239.865 pesetas, producto del ilícito tráfico, así como unas zapatillas y prendas de vestir mojadas con agua salada e impregnadas de arena de playa, teniendo instalada dicho vehículo una emisora de radioaficionado marca "Taylor", sintonizada en el canal 12. Asimismo y habiéndose fugado de la zona los acusados Luis Andrés y Ramón , sobre las 9,30 horas del día 7 de febrero de 1992, en compañía de Manuel , volvieron a dirigirse a las inmediaciones del campo de Fútbol de Almayate con la intención de dirigir las operaciones de recuperación de los 13 fardos de hachís fondeados el día anterior por la tripulación del " DIRECCION002 " , siendo detenidos por efectivos del Cuerpo Nacional de Policía en tales menesteres y cuando daban instrucciones a un individuo no identificado el que desde un bote y empleando un garfio intentaba localizar y recuperar la droga fondeada, el que consiguió darse a la fuga, e interviniéndose a Ramón unos prismáticos.

En sendas diligencias de entrada y registro practicadas el día 8 de febrero de 1992, se intervino en el domicilio de Luis Andrés , sito en el nº NUM000 de la carretera Málaga-Almería de Almayate, un Walkie-Talkie marca "Finestone", sintonizada en el canal 12; y en local propiedad de Everardo , denominado "Bar Restaurante DIRECCION003 " , sito en la carretera de Cómpea a Torrox, un equipo de radio aficionado sintonizado, igualmente, en el canal 12, así como el vehículo Audi, matrícula ZM-....-F .

Por otra parte, a las 16,30 horas del día 7 de febrero de 1992, se practicó diligencia de entrada y registro, judicialmente acordada, en el domicilio de Ramón , sito en la CALLE000 nº NUM001 - NUM002 - NUM003 - NUM004 de Málaga, dónde se intervino una pistola marca "Llama" de 9 mm. de calibre, modelo "super-police" con nº NUM005 , en regular estado de conservación, pero en correcto estado de funcionamiento y uso, careciendo dicho acusado de la preceptiva licencia y guía de pertenencia, así como un cargador con cartuchos completos marca "Geco". El día 26 de febrero de 1992 y en el domicilio de la compañera sentimental de Ramón , Consuelo , sito en la calle DIRECCION004 nº NUM006 NUM007 de Málaga, la policía nacional intervino la suma de 500.000 pesetas, producto de tan nociva actividad, que dicho acusado había entregado a la misma para que se la guardase, desconociendo ésta el origen ilícito de tal suma.

g) El día 7 de febrero de 1992 fue realizada, simismo, diligencia de entrada y registro judicialmente acordada, en el domicilio de Felix compartía con su esposa Frida , sito en el nº NUM008 - NUM009 de la Ermita Alta de Almayate, interviniéndose encima de un ropero 9 barras de hachís con un peso conjunto de 1.800 gramos y un valor en el mercado ilícito de 450.000 pesetas, así como 210.000 pesetas, en billetes procedentes del ilícito tráfico, no habiendo quedado acreditado que Frida tuviera conocimiento de la existencia de tales efectos, o que participare de algún modo en las actividades de la organización.

h) Tras las detenciones de los acusados antes reseñadas y como fruto de las pesquisas policiales practicadas, la policía tuvo conocimiento de la posesión por parte de la acusada Ángela , a la sazón compañera sentimental desde hacía cuatro años del acusados Everardo , de determinada cantidad de hachís que le fue entregada por dicho acusado el día 3 de febrero de 1992, en el desarrollo de las actividades delictivas que la organización venía desplegando y respecto de las cuales dicha acusada venía participando, practicándose a las 22,45 horas del día 8 de febrero de 1992, diligencia de entrada y registro e el domicilio de los padres de aquélla, sito en el EDIFICIO000 , piso NUM002 , puerta NUM010 de Vélez Málaga, dónde se le intervinieron 3.100 gramos de hachís con un valor en el mercado ilícito de 775.000 pesetas. Poco tiempo antes de tal registro se personó en el domicilio la también acusada Milagros , mayor de edad y sin antecedentes penales, esposa de Everardo



y a quién el mismo había entregado una nota en el arresto para que recogiera determinada documentación y otros efectos no determinados en dicho domicilio, no habiéndose acreditado que tuviera conocimiento previo de la existencia de la droga y que su actividad fuera tendente a recobrar la posesión de la misma para dicho acuasdo y a su ocultación.

1) Sobre las 17 horas del día 10 de febrero de 1992 vino a atracar el pesquero " DIRECCION002 ", en el Puerto de la Caleta de Vélez, procediéndose por el Cuerpo Nacional de Policía a practicar la detención de Jose Carlos , propietario de la embarcación, así como de su tripulación compuesta por los también acusados Eloy , Plácido y Jesus Miguel , los que con un claro afán de colaborar con las diligencias en marcha, procedieron a desplazarse junto con la fuerza policial al lugar dónde habían procedido a fondear el día 6 de febrero de 1992, los 13 fardos de hachís restantes, viniendo a indicar certeramente a los buceadores policiales el lugar de tal fondeo, de dónde fueron recuperados dichos fardos conteniendo 445 kilogramos de hachís en su conjunto. A Jose Carlos , también le fue intervenido un transmisor con el que venía comunicándose con el resto de participantes en la operación de alijo.

Asimismo el acusado Julián , que ya había prestado sus servicios a la organización en anteriores ocasiones, percibió la suma de 500.000 pts. de manos de Felix y por encargo de su hermano el acusado Juan Pablo , para que días antes de la operación de tráfico aquí enjuiciada se trasladase a Marruecos a controlar la marcha de la misma. Por otra parte en la organización delictiva tomaba parte el acusado Juan Francisco , a la sazón Juez de Paz de la Localidad de Arenas, quién contribuía cediendo un almacén de su propiedad en dicha población dónde venia a ocultarse el hachís objeto de anteriores alijos y a dónde acudía Julián tras contactar con compradores de tal sustancia, retirando la misma, cobrando su precio, el que después era entregado a su hermano Juan Pablo .

Paralelamente a la secuencia de la operación de alijo antes descrita y aprovechando el conocimiento de los detalles de la misma que les proporcionaba su integración en la organización, los acusados Juan Francisco y Armando (rebelde) deciden ponerse en contacto con el también acusado Jose Antonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, Guardia Civil en activo, aprovechando la amistad que les unía, proponiéndole un plan consistente en proceder a la simulación de una intervención por la Guardia Civil en el momento y lugar del desembarco del alijo, con la finalidad de apropiarse de la droga desembarcada y repartisela entre los tres para proceder a su posterior venta. Dicho plan fue inmediatamente aceptado por Jose Antonio , si bien y dada la necesidad de contar con la necesaria "cobertura legal" para proceder a la operación policial a simular, vino a proponer a su compañero de patrulla, Cornelio , el día 20 de enero de 1992, su participación en tales hechos, a cambio de la suma de 10 millones de pesetas, ofrecimiento éste que Cornelio puso inmediatamente en conocimiento de sus superiores los que le manifestaron que simulara aceptar la proposición a fin de poder llegar a la frustración del alijo. Tras numerosos contactos entre ambos guardias viles en ejecución de tal plan, y de los que Cornelio informó puntualmente a sus superiores, sobre las 21,30 horas del día 6 de febrero de 1992, Jose Antonio y Cornelio , abandonaron el Cuartel de la Guardia Civil en el vehículo oficial camuflado, manifestándole Jose Antonio a Cornelio que la operación se iba a realizar por el merendero "Malabal" de Almayate, si bien en vez de llevar al droga al almacén propiedad de Juan Francisco , como inicialmente se planeó, la sustancia sería trasladada a otro lugar no identificado. Seguidamente y sobre las 21,50 horas ambos estacionaron el vehículo en las inmediaciones del cementerio de Torre del mar, abandonado el mismo Jose Antonio , quién tras manifestar que iba a recibir las últimas instrucciones y en las inmediaciones, vino a entrevistarse con los acusados Juan Francisco y Armando .

Posteriormente sobre las 22 horas ambos guardias civiles se dirigieron al carril que da acceso al merendero "Malibar" en la playa de Almayate, lugar del desembarco de la droga, estacionando el vehículo en un solar cercano, apreciando posteriormente a los 5 minutos Armando , momento en el cual los tres pudieron avistar cómo un vehículo se acercaba a la zona de la playa transportando a los acusados Luis Andrés y Felix , quienes acudían al lugar a comprobar si el desembarco se había operado ya, y como quiera que ello no era así volvieron sobre sus pasos, lo que provocó que Jose Antonio en la creencia de que ambos transportaban la droga, procediera a detener su avance y a practicar un registro del vehículo, que el resultar negativo determinó que dejara marchar a aquéllos. Finalmente y a pesar de que los dos guardias civiles reseñados y Armando permanecieron en el lugar hasta pasadas la 1 hora del día 7 de febrero de 1992, no consiguieron finalizar sus propósitos (los que simulaba Cornelio ), desarrollándose el desembarco en la forma y modo expuestos en el presente relato de hechos probados".

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Inicialmente y en virtud del principio acusatorio DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE a todos los acusdos del delito de contrabando por el que venían siendo inicialmente acusados por el Ministerio Fiscal.





Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS LIBREMENTE a las acusadas Frida Y Milagros del delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud y en cuantía de notoria importancia por el que vienen siendo acusadas, procediéndose a dejar sin efecto las medidas cautelares personales o reales adoptadas respecto de la misma en la tramitación del procedimiento.

Asimismo debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Luis Andrés , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud, en cuantía de notoria importancia, verificado en asociación y ostentado el mismo el rango de jefe de la misma, de los artículos 368, 369/3º y 6º y 370 del Código Penal , precedentemente definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas genéricas, a las penas de 5 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y **multa** de 250 millones de pesetas.

También debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Jose Carlos , Eloy , Jesus Miguel y Plácido , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud y en cuantía de notoria importancia, de los artículos 368 y 369/3º del Código Penal , precedentemente definido, concurriendo las circunstancias modificativas atenuantes del artículo 21/5º y 6º C.P . a las penas para cada uno de ellos de 2 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad y **multa** de 150 millones de pesetas, con 30 días de **responsabilidad** personal **subsidiaria** en caso de **impago**.

Asimismo debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Everardo , Ángela , Carolina , Juan Pablo , Juan Francisco y Ramón , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud, en cuantía de notoria importancia, y verificado en asociación, de los artículos 368 y 369/3º y 6º del Código Penal , precedentemente definido, concurriendo la circunstancia modificativa atenuante del artículo 21/6º C.P . a las penas para cada uno de ellos de 3 años y 6 meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad y **multa** de 250 millones de pesetas, con 30 días de **responsabilidad** personal **subsidiaria** en caso de **impago**, excepto respecto del acusado Ramón . Asimismo debemos condenar y condenamos al acusado Ramón como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas del artículo 564-1-1º del C.P . ya definido, concurriendo igual atenuante, a las penas de 1 año de prisión e igual accesoria.

También debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Jose Antonio , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud, en cuantía de notoria importancia y verificado con abuso de su condición de agente de la autoridad, en grado de tentativa, de los artículos 368, 369/3º y 8º, 372, 16 y 62 del Código Penal , precedentemente definido, concurriendo la circunstancia modificativa atenuante del artículo 21/6º del C.P . a las penas de 2 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el plazo de 6 años, y **multa** de 150 millones de pesetas con 30 días de **responsabilidad** personal **subsidiaria** en caso de **impago**.

Asimismo debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Julián , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud, en cuantía de notoria importancia, verificado en asociación, de los artículos 368, 369/3º y 6º y 376 del Código Penal , precedentemente definido, concurriendo la atenuante del artículo 21/6º del C.P . a las penas de 1 año y 2 meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad y **multa** de 500.000 pesetas, con 30 días de **responsabilidad** personal **subsidiaria** en caso de **impago**.

Finalmente debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Domingo , Luis Enrique y Pedro , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud y en cuantía de notoria importancia, de los artículos 368 y 369-3º del Código Penal , precedentemente definido, concurriendo la circunstancia modificativa atenuante del artículo 21/6º C.P . a las penas para cada uno de ellos de 3 años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y **multa** de 250 millones de pesetas, con 30 días de **responsabilidad** personal **subsidiaria** en caso de **impago**.

En materia de costas, las mismas son de imponer a todos los acusados en 1/60ª parte para cada uno de ellos, excepto respecto de Jose Antonio que deberá satisfacer 1/3ª parte, y el acusado Ramón que deberá satisfacer otra 1/3ª parte y el acusado Ramón que deberá satisfacer otra 1/3ª parte; declarándose de oficio las 2/60ª partes correspondientes a las acusadas absueltas Frida y Milagros .

ABONESE a los condenados para el cumplimiento de las penas impuestas, el tiempo que por esta causa estuvieron privados de libertad de no haberlo sido ya en otra u otras.



SE APRUEBAN por sus propios fundamentos los autos de insolvencia y solvencia parcial de los condenados dictados por el Instructor y consultados en la pieza separada de **responsabilidad** civil.

SE DECRETA el comiso de la droga intervenida, la que deberá ser destruída, debiendo oficiarse en tal sentido a la Unidad de Sanidad y Consumo de Málaga, Servicio de Restricción de Estupefacientes ( artículos 127 y 374 del Código Penal ).

SE DECRETA el comiso de los bienes, efectos e instrumentos delictivos intervenidos a los condenados, expresados en los hechos probados de esta sentencia, los que deberán ser adjudicados al Estado ( artículos 127 y 374 C.P . y ss. T.S. de 6-4-95, 18-7- y 17-12-96, 30-5-97 y 13-4-98 ), es decir pasarán a integrarse en el Fondo regulado por la Ley 36/95 de 11 de diciembre , quedando afectados al cumplimiento de los fines prevenidos en su artículo 2º, para lo cual y tratándose del metálico, será ingresado en el Tesoro Público en la forma establecida por el R.D. 34/88 , especificando en la orden de transferencia que el ingreso deriva del comiso de bienes por el enjuiciamiento de hechos constitutivos de los delitos a los que se refiere el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 36/95, de 11 de diciembre . Asimismo, remítase testimonio de la sentencia recaída, en el plazo de los tres días siguientes a la firmeza de la misma, para ante el Presidente de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones (Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas), a los efectos prevenidos en el artículo 5 del R.D. 864/97 de 6 de junio , es decir, para que por el representante de dicha Mesa y el Sr.Secretario Judicial, se proceda a la recepción de los bienes decomisados, mediante la suscripción de la correspondiente acdta por duplicado (los radio transmisores y emisoras de radio intervenidas; el buque pesquero " DIRECCION002 ", matrícula dO-D-.... ; y los vehículos intervenidos descritos en los facta probata de la presente resolución).

ASIMISMO se decreta el comiso del arma incautada a Ramón , la que deberá pasar a disposición de la Intervención de Armas de la Guardia Civil, a los efectos prevenidos en el Reglamento de Armas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe preparar en esta Sala en el plazo de 5 días, recurso de casación, y para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, por los procesados Juan Francisco , Ramón , Domingo Y Luis Enrique , Ángela , Carolina , Pedro , Eloy , Jesus Miguel , Plácido , Everardo y Juan Pablo , 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 dichos recursos.

También se anunció recurso por los procesados Julián , Jose Antonio Y Luis Andrés , que por Auto dictado por esta Sala Segunda en fecha diecinueve de noviembre de dos mil tres SE DECLARÓ DESIERTO, continuándose el trámite respecto de todos los demás recurrentes.

4.- El recurso interpuesto por la representación del procesado Juan Francisco , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del artículo 5.4 de la L.O.P.J . por infracción del artículo 24.2 de la Constitución en lo referente al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Segundo.- al amparo del artículo 849-1 de la L.E.Cr . por infracción de ley al haberse producido la aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal (1995) . Tercero.- al amparo del artículo 849.1º L.E.Cr . por infracción de ley al haberse producido la aplicación indebida del artículo 369.3º del Código Penal (1995) . Cuarto.- al amparo del artículo 849.1º L.E.Cr .por infracción de ley al haberse producido la aplicación indebida del artículo 369.6º del Código Penal (1995) .

El recurso interpuesto por la representación del procesado Ramón , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- por infracción de ley al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enj.Criminal , por aplicación indebida de los artículos 368, 369-3º y 6º del Código Penal . Segundo.- por infracción de ley al amparo del número primero del artículo 849 de la L.E.Cr . por aplicación indebida del artículo 564-1-1º del Código Penal . Tercero.- por infracción de ley al amparo de lo establecido en el apartado 2 del art. 849 de la Ley procesal , por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos. Cuarto.- por infracción de preceptos constitucionales al amparo de lo establecido en el número 4 del art. 5 de la L.O.P.J . en relación con el apartado segundo del art. 849 de la Ley procesal y más concretamente por infracción del art. 14 que consagra la igualdad ante la Ley; del art. 24-1 en relación con el 11-3º de la LOPJ , que consagra el derecho a obtener una tutela judicial efectiva en íntima relación con la motivación de sentencias exigida en el art. 120.3; así como por infracción de la presunción de inocencia.

El recurso interpuesto por la representación de los procesados Domingo y Luis Enrique , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: En cuanto a Domingo : Primero.- por infracción de precepto constitucional al amparo del párrafo cuarto del art. 5 de la L.O.P.J . por vulneración del derecho de presunción de inocencia del art. 24-2 de la Constitución española . Segundo.- por infracción de ley, a través del nº 4 del art. 5 de la L.O.P.J .



en relación con el art. 24-2 del Texto Constitucional . Y en cuanto a Luis Enrique : Primero.- por infracción de precepto constitucional al amparo del párrafo cuarto del art. 5 de la L.O.P.J . por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución española . Segundo.- por infracción de ley, a través del nº 4 del art. 5 de la L.O.P.J . en relación con el art. 24-2 del Texto Constitucional. El recurso interpuesto por la representación de la procesada Ángela , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: I. Recurso de casación por quebrantamiento de forma al amparo de los arts. 850 y 851 L.E.Cr .: Primero.- al amparo del número 3 del art. 851 L.E.Cr . al no resolverse en sentencia puntos que han sido objeto de defensa. Segundo.- al amparo del número 1 del art. 851 L.E.Cr ., al no consignarse en la sentencia de forma clara cuáles son los hechos que se consideran probados. II. Recurso de casación por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la L.E.Criminal : Primero.- al amparo del art. 849 nº 1 de la LECr . pues dados los hechos que se declaran probados en la sentencia, se han infringido, por su indebida aplicación, los arts. 368 y 369 3º y 6º todos del Código Penal de 1995 . Segundo.- al amparo del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr . pues dados los hechos que se declaran probados en la fundamentación de la sentencia, se ha infringido por su no aplicación la circunstancia atenuante analógica del nº 6 del art. 21 del C.Penal como muy cualificada y el art. 66 del mismo texto legal. III. Recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales al amparo del nº 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Primero.- al amparo del nº 4 del art. 5 de la L.O.P.J. de 1 de julio de 1985 , al quebrantar la sentencia que se recurre el derecho de su mandante a la tutela judicial efectiva, que como derecho fundamental viene reconocido en el art. 24-1º de la C.E . con infracción de lo dispuesto en el art. 120.3 de la C.E . causándole indefensión. Segundo.- al amparo del nº 4 del art. 5 de la L.O.P.J . al no haberse respetado en la sentencia el derecho de su mandante a un proceso con todas las garantías, que como derecho fundamental reconoce el art. 24.2 de la C.E . Tercero.- al amparo del nº 4 del art. 5 de la L.O.P.J ., al quebrantar la sentencia que se recurre el derecho de su mandante a la presunción de inocencia, que como derecho fundamental reconoce el art. 24.2 de la C.E .

Y el recurso interpuesto por la representación de los procesados Carolina , Pedro , Eloy , Jesus Miguel , Plácido , Everardo y Juan Pablo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Son recurrentes Carolina , Plácido y Jesus Miguel , Juan Pablo y Everardo , lo invoca al amparo del número 4 del art. 5 de la L.O.P.J . por infracción del número 2 del art. 24 de la Constitución española y a través de los números 1º y 2º del art. 849 de la L.E.Cr . ya que han podido vulnerarse garantías constitucionales que amparan la presunción de inocencia de los recurrentes: A).- en cuanto al recurso de Carolina la sentencia establece la base para su condena en el Fundamento de Derecho Cuarto B),7º y en hechos probados establece que de las pruebas practicadas cabe considerar acreditado que la acusada formaba parte de una organización dedicada a la introducción y difusión de sustancia estupefaciente en España. Señalan que Carolina era casada con el hoy fallecido Manuel de quien se consideraba formaba parte de la organización que se dedicaba a la introducción y difusión de la droga en España. Pero concluyen que no hay actividad probatoria, ni prueba testifical ni una investigación policial previa que acredite que la recurrente acudiera a reuniones ni participara en actividad de la organización. B).- En cuanto al recurso por el cauce de vulneración de presunción de inocencia y a través de los arts. 849-1º y 2º de la L.E.Cr ., 5.4 LOPJ y 24.2 CE .presentan los hermanos Jesus Miguel y Plácido , la sentencia que recurren viene a establecer una serie de consideraciones y presunciones contra reo que infringen claramente la presunción de inocencia tal y como es de ver del Fundamento de Derecho Cuarto B), 3º y párrafo segundo de los Hechos probados. C).- respecto a Juan Pablo se formula igual recurso de casación con la misma base que los anteriores, esto es, vulneración de la presunción de inocencia y por el cauce establecido a través del art. 5.4 de la LOPJ . y 1 y 2 del 849 de la LECr . y 24.2 CE . D).- por la representación de Everardo , y por el mismo cauce, arts. 5.4 LOPJ . 24.2 CE y 849- 1º y 2º, se alega vulneración de la presunción de inocencia. El Letrado hace constar que respecto a este motivo y a este recurrente no cabe su formalización y renuncia a ello. Segundo.- del recurrente Everardo .- lo invoca al amparo del nº 4 del art. 5 de la L.O.P.J . por vulneración de los derechos contenidos en los números 2 y 3 del art. 18 de la Constitución española , inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones y por vulneración del derecho a obtener una sentencia debidamente motivada, art. 120.3 CE . y a través del nº 1 del art. 840 L.E.Cr . Tercero.- por quebrantamiento de forma y por parte de Carolina , arts. 850 y 851 de la L.E.Cr . Cuarto.- de los recurrentes Jesus Miguel y Plácido , se invoca al amparo de los números 1 y 3 del art. 851 de la L.E.Cr . quebrantamiento de forma al establecerse como hecho probado que los recurrentes conocían la sustancia que transportaba el barco, lo que implica la predeterminación del fallo. Quinto.- de los recurrentes Pedro , Eloy , Jesus Miguel y Plácido y Everardo , lo invoca al amparo del número 1 del art. 849 de la L.E.Criminal , por aplicación indebida respecto de los recurrentes de los artículos 368 y número 3 del 369. Sexto.- de los recurrentes Eloy , Jesus Miguel y Plácido , lo invoca por infracción de ley al amparo del art. 849-1º L.E.Cr . por inaplicación de los artículos 14 y 16 del Código Penal . Séptimo.- del recurrente Everardo , lo invoca por infracción de ley al amparo del número 1 del art. 849 de la L.E.Cr . por aplicación indebida del número 6 del art. 369 del Código Penal .



5.- Instruído el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos impugnó todos los motivos alegados en todos ellos; la Sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 10 de Marzo del año 2005.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Juan Francisco .

PRIMERO.- El fundamental motivo alegado por el recurrente sobre el que se asientan los tres restantes es el primero de ellos, en el que denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24-2 C.E .), a través del art. 5-4 L.O.P.J .

1. Como derecho reaccional que es el que se dice vulnerado, corresponde a la acusación acreditar que se ha ejecutado el hecho delictivo que se imputa y que ha sido cometido por la persona del acusado.

En la revisión casacional sobre la violación de tal derecho debe comprobarse si existió en la causa prueba suficiente de cargo, obtenida o practicada con la observancia de todos los requisitos legales o procesales (principios de publicidad, oralidad, contradicción, inmediación e igualdad de armas) y que la misma ha sido racionalmente valorada por el Tribunal con pleno ajuste a las normas de la lógica y de la experiencia.

Comprobados estos extremos no es posible llevar a cabo valoraciones probatorias, atribuyendo mayor o menor capacidad de convicción a unas u otras probanzas, tanto por este Tribunal, como por la parte recurrente, en cuanto es competencia exclusiva del órgano que juzgó en la instancia ( art. 117-3 C.E .) que gozó de la inmediación exigida.

2. El recurrente no se atiene a los límites impugnativos que permite el motivo y que imposibilita a este Tribunal de casación adentrarse en valoraciones probatorias o ponderaciones sobre la capacidad de convicción de las probanzas habidas. La credibilidad o incredibilidad, la fiabilidad o desconfianza sobre la veracidad y alcance suasorio del material probatorio, legítimamente valorable, sólo compete -como tenemos dicho- al Tribunal de instancia ( art. 117-3 C.E . y 741 L.E.Cr.).

El recurrente valora las pruebas de cargo. Entre éstas figura el testimonio del coimputado Julián , que descalifica, porque sostiene que se hallaba enfermo al evacuarlo en las primeras declaraciones y además mantenía una fuerte enemistad con muchos otros acusados.

Realmente esta Sala viene afirmando la capacidad probatoria del testimonio del coacusado, si bien tomando las pertinentes cautelas y prevenciones, ya que a fin de cuentas no ha prestado juramento de decir verdad (testimonio impropio).

Resulta determinante la concurrencia de otras pruebas o elementos corroboradores de cargo, que eliminen cualquier incertidumbre sobre la veracidad de tales declaraciones.

3. En la causa existían tales corroboraciones, destacando como más importante la del testigo, guardia civil, Cornelio . El recurrente califica a dicho testimonio de referencia. Lo sería si tratara de probar directamente la realidad de su incardinación en la organización delictiva o los términos de la conversación existente entre el acusado y Armando . Pero no es ése el caso. El testimonio es directo acerca de lo que el recurrente comunicó al testigo. Será el Tribunal el que obtenga las pertinentes consecuencias de la conversación.

A esas dos pruebas, declaración de coimputado y testigo, se une el hecho objetivo no combatido de la presencia del recurrente ese día, a esa hora y en ese lugar, precisamente coincidiendo con el momento del desembarco de la droga.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el siguiente denuncia, amparado en el art. 849-1 L.O.P.J ., la aplicación indebida del art. 368 C.P .

El motivo no tiene posibilidades de prosperar, ya que su naturaleza obliga a respetar los hechos probados en todo su contenido, orden y significación, como impone el art. 884-3 L.E.Cr . En ellos se describe la integración del recurrente en una organización destinada a importar hachís de Marruecos y su participación en la concreta operación que debía culminarse el 6 de febrero de 1992, cuya contribución a la misma, como había sucedido en otras ocasiones, consistía en ceder el almacén de su propiedad para ocultar el hachís.





Tales hechos son perfectamente subsumibles en el art. 368 C.P., cuya órbita de aplicación se caracteriza por su gran amplitud, amparando cualquier tipo de conducta, en cuanto se halle enderezada a promover, favorecer o facilitar el ilícito tráfico de sustancias psicotrópicas, drogas tóxicas o estupefacientes.

El motivo ha de rechazarse.

TERCERO.- Por el mismo cauce procesal estima infringido el art. 369.3 C.P. La respuesta ha de ser la misma, puesto que de los términos del factum la operación en la que intervenía hacía referencia a un alijo de hachís de 962 kg., muy superior al límite establecido por esta Sala en Pleno no jurisdiccional de 19-octubre-2001 (2,5 kg.) a partir del cual debía estimarse el objeto del delito de notoria importancia.

El motivo debe decaer.

CUARTO.- Por igual cauce sostiene la aplicación indebida del art. 369-6º C.P. También el relato histórico sentencial suministra datos suficientes que contribuyen a delimitar la cualificación. En efecto, eran varias personas que, con vocación de estabilidad y permanencia, realizaban coordinadamente los distintos cometidos o funciones que a cada uno le había correspondido desempeñar, actuando de forma jerárquizada o piramidal y disponiendo de medios e instrumentos adecuados para ejecutar el proyecto criminal común.

El fundamento 4º ap. A) de la sentencia (pag. 16 y 17), explica con minuciosidad la caracterización de la organización cualificante, reflejando fielmente la doctrina de esta Sala.

El motivo debe igualmente desestimarse.

Recurso de Ángela .

QUINTO.- En el primero de los motivos, por quebrantamiento de forma ( art. 851-3 L.E.Cr. ), alega incongruencia omisiva por no resolverse en sentencia puntos que han sido objeto de peticiones de la defensa.

1. Más exactamente la razón de la queja radica en el no pronunciamiento sobre la concurrencia de la atenuante nº 5 del art. 21 C.P. que el Tribunal con poca precisión llama reparación del daño (confundiéndole con el nº 4) pero que en el fondo lo que quiere invocar es la 4ª, de confesión de la infracción a las autoridades. El mismo vicio formal atribuye en el pronunciamiento sobre el carácter cualificado de la atenuación de dilaciones indebidas ( art. 21-6 C.P. ).

A su vez, al no estimar conjuntamente ambos, achaca al Tribunal no haber resuelto sobre la aplicación del art. 66 C.P., rebajando en uno o dos grados la pena.

2. El recurrente al formular esta queja casacional es consciente, y así lo manifiesta, de que en el relato de hechos probados no resulta reflejada la concurrencia de la referida circunstancia ni se articula motivo alguno que, por el cauce del art. 849-2 L.E.Cr., pudiera proponer la oportuna rectificación fáctica que sirviera de soporte a aquélla.

La incongruencia omisiva, como tal vicio procesal que es, consiste en omitir una respuesta judicial a las pretensiones jurídicas de las partes, que a su vez implican violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, para cuya apreciación ha de comprobarse si la cuestión fue suscitada en el momento procesal oportuno y si la ausencia de respuesta del órgano judicial ha generado indefensión.

El impugnante demuestra conocer la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, admitiendo los siguientes condicionamientos:

a) Hay que distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas.

b) En las primeras no sería necesario una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar con una respuesta global y genérica. Más rigurosa es la congruencia respecto a las pretensiones, que han de ser resueltas de forma expresa, siendo necesario para poder apreciar la respuesta tácita o genérica, que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión esgrimida, sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita.

3. Aplicando tales consideraciones a nuestro caso, es evidente que el censurante propuso la estimación de las dos atenuantes (confesión de la infracción y dilaciones indebidas), en momento procesal hábil, pero no es menos cierto que recibió respuesta del Tribunal, aunque no fuera amplia y exhaustiva, pero sí suficiente.

El carácter no cualificado de la atenuación de dilaciones indebidas, después de justificar su concurrencia como simple, lo explicita en el fundamento jurídico sexto, donde destaca las dificultades para la instrucción, resultado de la complejidad de la causa (organización, más de una veintena de implicados, intervención de parte de



ellos en la sustracción de la droga alijada, etc.), justificando que en buena medida las dilaciones indebidas obedecían a la naturaleza y características del proceso.

También mereció respuesta, aunque la Audiencia no se explayara excesivamente en ello, la circunstancia 4ª del art. 21 C.P., por no haber quedado acreditada la concreta colaboración de la misma, como se desprende de los testimonios de los agentes policiales intervinientes en la entrada y registro al domicilio de sus padres, concluyendo que el hecho de entregar a las fuerzas policiales la droga (hipótesis sostenida por la recurrente), cuando el registro comenzaba a practicarse, carece de suficiente entidad para justificar la aplicación de meritada atenuación.

Como puede observarse el Tribunal dió la condigna respuesta a esas dos pretensiones.

El motivo ha de rechazarse.

SEXO.- El siguiente motivo también lo es por quebrantamiento de forma ( art. 851-1º L.E.Cr.), al no consignarse en la sentencia de modo claro cuáles son los hechos probados.

1. Sobre este vicio sentencial el Tribunal Supremo ha establecido las situaciones que considera provocadoras de esa falta de claridad, así como los demás requisitos exigidos para la prosperabilidad de esta censura.

Estos son:

a) que en el contexto del resultado fáctico se produzca la existencia de cierta incompreensión de lo que realmente se pretendió manifestar, bien por la utilización de frases ininteligibles, bien por omisiones sustanciales o bien por el empleo de juicios dubitativos, por absoluta carencia de supuestos fácticos o por la mera descripción de la resultancia probatoria huérfana de toda afirmación por parte del juzgador.

b) que la inconcreción del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica.

c) que la falta de entendimiento o incompreensión del mismo provoque una laguna o vacío insubsanable en la descripción histórica de los hechos.

Las deficiencias, en opinión del recurrente, que incidirían en la hipótesis que nos concierne consisten en la generalidad e indefinición con que se describe la integración en la organización delictiva, sin precisar qué concretos hechos o actividades permitirían considerarla inserta en la misma. En definitiva, no se dice en qué participaba la recurrente y faltando la base fáctica resulta incompreensible el silogismo judicial que lleva a la aplicación del subtipo agravado de organización.

Del mismo modo -sigue arguyendo- se incide en una segunda inconcreción u omisión, cual es, no hacer constar la riqueza en tetrahidrocannabinoides del hachís intervenido, que alcanzaba a 3,100 Kgms., cantidad que queda por encima del límite a partir del cual opera la cualificación de notoria importancia, según la jurisprudencia de esta Sala.

2. A la vista de la doctrina jurisprudencial enunciada y la pretensión impugnativa que da vida a este motivo, es patente que no nos hallamos ante un problema de claridad, sino a lo sumo de subsunción, si no existen datos fácticos bastantes incorporados al "probatum" que justifiquen la aplicación de los subtipos agravados, sin descartar, que las dos cualificaciones estimadas poseen el sustento probatorio suficiente para poder ser elevadas a la resultancia probatoria.

Pero los hechos en sí no adolecen de ninguna oscuridad o insuficiencia y de existir, será en los motivos siguientes en los que deberá analizarse la cuestión. La simple lectura del factum disipa cualquier duda, amén que el vicio procesal denunciado sólo se alcanza cuando del relato fáctico no puede extraerse la calificación jurídica apropiada, y éste no es el caso.

El motivo debe decaer.

SÉPTIMO.- Por corriente infracción de ley ( art. 849-1º L.E.Cr.), en el tercero de los motivos que plantea, estima infringidos, por indebida aplicación, los arts. 368, 369-3 y 369-6, todos del C.Penal de 1995.

1. Dentro del error iuris denunciado, relativo al tipo básico del art. 368, aduce dos reparos:

a) el respeto a las exigencias mínimas del principio de culpabilidad obligan a individualizar el comportamiento de cada uno de los implicados en el delito, a fin de evitar que por una imputación globalizada de varias personas en el mismo hecho pueda responder uno de lo realizado por otro.

b) a su vez el delito de tenencia de drogas para posterior difusión, precisa en su perfección de la concurrencia de dos fundamentales requisitos:

- uno de naturaleza objetiva, integrado por la material posesión de la droga.



- otro de índole subjetiva, tendencial o teleológica, según el cual, la posesión ha de obedecer a una posterior transmisión de las drogas a terceros total o parcial, a título oneroso o gratuito.

Planteada así la protesta la recurrente dice que no se dan tales características, lo que no es cierto. A ésta se le incardina en la organización delictiva, con disponibilidad a la realización de las tareas que le sean encomendadas y en este caso particular se hallaba custodiando más de tres Kilos de hachís (posesión material), que dada la cantidad y demás circunstancias concurrentes en el caso, estaba claramente destinada al consumo de terceros (elemento teleológico). Con ello se estima plenamente individualizada la conducta que se le atribuye, a la que resulta de plena aplicación el art. 368 C.Penal. El submotivo debe declinar.

2. La incorrecta subsunción del comportamiento delictivo que analizamos en el art. 369-3º C.P. viene apoyada tanto por la toma en consideración de la droga intervenida personalmente, como por su inserción en la organización, la cual llevó a cabo la importación de 962 Kgs. de hachís, cantidad cuya notoria importancia queda fuera de toda duda.

Concertada con todos los demás implicados en la organización, los actos de unos deben repercutir en los otros, siempre que todos ellos hayan prestado una colaboración o desempeñado un cometido en la consecución de los ilícitos objetivos. La droga intervenida a la acusada, es patente que tiene origen en otra operación del grupo organizado. Pero también debe tomarse en cuenta la intervenida en la operación de importación de 962 Kgs. de hachís a que se refiere la causa.

3. Otro tanto ocurre con la denuncia sobre la aplicación indebida del artículo 369.6º, pertenencia a una organización. La elocuencia del factum, recogiendo expresamente su participación en la organización y en sus actividades delictivas, almacenando droga y distribuyéndola (fundamento de derecho cuarto con valor fáctico) no permite discutir la correcta aplicación de la agravación, máxime cuando el relato histórico recoge todos los puntos exigidos jurisprudencialmente para apreciar la existencia de una organización: a) estructura más o menos formalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) atribución diferenciada de tareas y e) estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado ilícito apetecido.

Por todo ello el motivo no debe prosperar.

OCTAVO.- También por infracción de ley ( art. 849-1º L.E.Cr .), en el siguiente motivo, alega vulneración del art. 21-6 C.P. , como muy cualificada.

El cauce procesal utilizado obliga a la plena sujeción a los hechos probados, en los que no se destaca circunstancia especial que dé base para la estimación cualificada de la atenuante, pues para ello sólo se cuenta con la duración global de la causa, que en ocasiones, como la presente, puede tener plena justificación. La dilación ha de provenir del Tribunal o Mº Fiscal, como órganos oficiales del Estado, cualesquiera que sean las causas, siempre injustificadas, aunque obedezcan a la propia naturaleza estructural u orgánica de la Administración de Justicia.

Por ello, en un proceso complejo o complicado, con multitud de problemas jurídicos concurrentes y bastantes acusados, se ha de emplear un tiempo notable en su adecuada tramitación, que en ningún caso puede privar a las partes de las posibilidades de actuación procesal que la ley les brinda.

La Audiencia Provincial razona adecuadamente estos extremos, realizando en debida forma el juicio de subsunción, al calificar de simple la atenuante estimada.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO.- En el motivo número 5º, según el orden expositivo de la recurrente y primero por infracción de precepto constitucional de los tres que plantea de esta naturaleza, estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24-1º C.E. en relación al 120-3º C.E. 1. La censura tiene por base una pretendida falta de motivación de la sentencia, en sus manifestaciones fáctica, jurídica y decisional, como medio de alcanzar tres metas fundamentales:

- a) eliminar cualquier atisbo de arbitrariedad judicial.
- b) incrementar la credibilidad de la Justicia en la medida que se trata de convencer a las partes de la decisión adoptada.
- c) controlar la actividad judicial de los órganos de instancia por parte de los superiores jerárquicos a través del sistema de recursos.

El recurrente interesa la nulidad de la sentencia en la medida que no individualiza las pruebas que ha utilizado para desvirtuar la presunción de inocencia.



2. La queja argüida es injustificada. El Tribunal analiza una por una las pruebas incriminatorias que ha utilizado con respecto a los acusados, para fundamentar la condena, realizando la adecuada ponderación valorativa. En el fundamento jurídico 4º, apartado 7º, se hace referencia a la prueba de cargo, destacando las cintas grabadas y cotejadas por el Secretario judicial, que fueron oídas directamente en el plenario, consecuencia de las conversaciones telefónicas legítimamente intervenidas, así como la droga aprehendida en casa de sus padres, lo que de por sí, es más que suficiente para justificar el tenor de la sentencia.

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO.- En el siguiente, por violación de derechos fundamentales, la recurrente denuncia no haberse respetado en la sentencia el derecho a un proceso con todas las garantías, que reconoce el art. 24-2 C.E.

Protesta por haber celebrado el juicio en varios meses (marzo, abril y mayo de 2001) para luego notificar la sentencia cuatro meses después.

Realmente el derecho que se estima quebrantado son las garantías procesales de inmediación y concentración.

Al recurrente no le asiste razón, ya que el juicio se ha celebrado, todo él, en contacto directo con el Tribunal; el haberse extendido sus sesiones durante tres meses, con posible repercusión en el principio de concentración, lo imponía o podía imponerle la prolijidad de la causa y la necesidad de atender otros asuntos igualmente urgentes. Por otra parte, no excediendo de 30 días los lapsos temporales entre una sesión y otra, quedaban amparados por la ley procesal, a tenor de lo preceptuado en el art. 788.1. parf. 1º L.E.Cr. (reformado por Ley 38/2002 de 24 de octubre, con entrada en vigor el 28-4-2003; antes 793-4º).

El motivo no puede prosperar.

UNDÉCIMO.- En el séptimo y último motivo, al amparo del art. 5-4 L.O.P.J., se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24-2 C.E.

1. El Tribunal de instancia, en su función de comprobación de la concurrencia en la causa de prueba válida, regularmente practicada, de naturaleza incriminatoria, que justifique la condena impuesta, consecuencia de haberse acreditado la comisión del hecho delictivo imputado y su participación en él, ha desarrollado las argumentaciones precisas en el fundamento jurídico 4º, apartado B. 7º, con respecto a la recurrente.

En esencia la prueba de cargo se cifraba en la ocupación, en el domicilio de sus padres, de 3.100 grs. de hachís y el contenido de las conversaciones telefónicas transcritas con cotejo judicial y oídas directamente por el Tribunal sentenciador en el plenario. A ello puede añadirse los testimonios, rotundos y coherentes, de los agentes que participaron en la investigación policial de los hechos delictivos.

2. A pesar de existir suficiente prueba de cargo enervatoria del derecho presuntivo alegado, la recurrente ataca puntos concretos de la sentencia, relativos a la validez de determinados elementos probatorios.

Respecto a las escuchas telefónicas, sobre cuyo tema ya se pronunció el Tribunal de instancia en el fundamento jurídico segundo, se dan en el caso los condicionamientos que esta Sala viene exigiendo para poder acordar legítimamente tal medida investigadora, que incide sobre el derecho a la intimidad de las personas.

Recordemos estas exigencias:

- a) exclusividad jurisdiccional en la autorización de la medida y estricta sujeción de los funcionarios que la practiquen a los términos personales, temporales y fácticos de la habilitación judicial que otorga cobertura a su actuación.
- b) adopción de la misma en el marco de la investigación en curso y, por ende, existencia de indicios suficientes de criminalidad.
- c) respeto al principio de proporcionalidad en sentido amplio, lo que exige valorar la necesidad de la misma, así como realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de acreditar.
- d) excepcionalidad de la misma y, por tanto, obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible.
- e) extensión de la observación telefónica restringida a los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas.
- f) expresión de las razones que la motivan en el auto habilitante y en los que eventualmente acuerden su prórroga, sin perjuicio de las legítimas remisiones a los escritos petitorios de la policía judicial.
- g) control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención acordada.





3. Cumplidos tales requisitos el instructor de la causa realizó el juicio sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida ingerencial, acordándola en un auto fundado.

Ni que decir tiene que, como esta Sala ha puesto de manifiesto reiteradamente, el auto judicial puede completarse, como es el caso, con el oficio policial solicitando la intervención. Repetir los hechos y datos que allí se contienen constituiría una reiteración innecesaria, salvada por el juicio que el instructor hace sobre la suficiencia y corrección del escrito policial petitorio. En él se contienen no simples sospechas o conjeturas, sino indicios objetivos verificables, que apuntan a la comisión por la denunciada de los hechos delictivos que se le imputan.

No hace falta tampoco, en caso de prórroga de la medida, que el Juzgado autorizante haya recibido las transcripciones y cintas originales que ordenó entregar (lo que en cualquier momento se puede realizar y de inmediato si el juez lo exige), cuando con el oficio policial se dan datos, razones y argumentos, con remisión al resultado hasta entonces obtenido con la medida limitativa y ello resulta suficiente para el Juez instructor.

Por último y respecto al auto de concesión de prórroga, es cierto que se dictó pasados los 30 días de la primera intervención telefónica, pero no es menos cierto que esta segunda intervención, judicialmente autorizada, se produjo en las fechas que cubría el auto de prórroga con lo que ninguna irregularidad de rango constitucional, como la denunciada por la recurrente, se ha producido. Así, el Auto inicial se dicta por un mes el 25-10-91 (folio 182) y la prórroga el 3-12-91 (folio 190) en cuyo plazo se produjeron las escuchas.

4. El resto de la argumentación motivacional la dedica la recurrente a analizar la posible concurrencia de los elementos exigidos por la prueba indiciaria, cuando en la causa se ha contado con importante prueba directa de signo incriminatorio.

Prueba de los subtipos agravados existió igualmente, como tuvo ocasión de argumentar el Tribunal de origen, y así se dice que la audición de las cintas en sede plenaria "acredita sobradamente la participación de la acusada en las labores de almacenamiento y distribución onerosa de la droga manejada por la organización". Acreditada su intervención en la misma, debe afectarle la operación de importación de 962 Kgs. de hachís, lo que a su vez, determina la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia, que por otro lado ya vendría impuesto por la aprehensión a la propia recurrente de una cantidad de hachís superior al límite de 2,5 Kgs. fijado por esta Sala en Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, como arranque para integrar la cualificación.

Por lo demás, tanto la prueba directa como la indiciaria han sido valoradas por el Tribunal de instancia conforme a criterios de lógica y normas de experiencia.

El motivo ha de decaer.

Recurso de Eloy y otros.

DUODÉCIMO.- En el primero de los motivos y en base al art. 5-4 L.O.P.J . se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, regulada en el art. 24.2 C.E .

1. Los recurrentes hacen referencia también, como cauce procesal a través del que pretenden viabilizar el motivo, al art. 849-1º y 2º L.E.Cr . El número primero todavía daría pié a residenciar la protesta, pero el nº 2, realmente es una alusión inadecuada, en cuanto previsto para el error facti en la apreciación de la prueba resultante de algún documento, y es lo cierto que los recurrentes no citan ninguno de ellos, ni denotan propósito alguno de alterar el factum. La errónea valoración parece desprenderla del alcance o valor probatorio que el Tribunal atribuyó a las pruebas practicadas, situación que queda excluida de las posibilidades impugnativas del derecho fundamental que se dice violado.

2. Respecto a Carolina , la sentencia señala las pruebas de cargo que le implicaban en los hechos. Entre ellas cita las conversaciones telefónicas y sus transcripciones cotejadas por el Secretario judicial, sobre las que se recibió declaración testifical a los agentes policiales que intervinieron en las escuchas y transcripciones. A ello debía unirse el testimonio de la propia acusada, sobre el que se pudieron obtener las pertinentes consecuencias.

En el motivo, se aduce que no se concreta la aportación material al hecho delictivo, pero las transcripciones fueron tan claras y evidentes que patentizaron la intervención directa y activa de la acusada en la organización delictiva y en particular en la operación que se estaba realizando.

La recurrente lo que pretende es valorar la prueba habida, derivando de tal prueba otras consecuencias interpretativas distintas, lo que no es posible hacer, por constituir función exclusiva del Tribunal. Lo determinante es que existió prueba de cargo suficiente, legalmente obtenida y valorada con racionalidad.

El submotivo no puede prosperar.



3. La misma queja casacional se plantea en relación a los hermanos Juan Pablo y Plácido . El Tribunal de instancia, en el fundamento jurídico 4.B.3., explicita la abundante prueba de cargo concurrente. De ésta se puede citar:

- a) la declaración de Jose Carlos , que confesó la contratación de Pedro para realizar el transporte desde Marruecos, por mucho que los acusados nieguen que conocieran el producto que transportaban.
- b) el concierto alcanzado en el "Bar DIRECCION001 " corroborado por la testifical de los agentes que realizaban el seguimiento.
- c) la real participación en el transporte, reconocido por el propio testimonio de los acusados.
- d) la poca eficacia suasoria del argumento exculpatario que adujeron, creyendo que lo transportado era tabaco o alcohol, que por cierto no son mercancías que suelen aprovisionarse de Marruecos.

El Tribunal sentenciador realiza un juicio inductivo impecable, pues amén de la experiencia como marineros, la gran cantidad de dinero ofrecida, el aspecto, forma, características y peso de los fardos, que además tuvieron a la vista durante mucho tiempo, excluían cualquier ignorancia sobre la naturaleza de lo transportado.

El submotivo tampoco puede prosperar.

4. Por último, se reitera el mismo alegato impugnativo respecto a Juan Pablo . La fundamental prueba de cargo partía del testimonio de su hermano. Es cierto que también era imputado y no estaba sujeto a juramento de decir verdad (testimonio impropio), pero dicho testimonio, por datos objetivos corroboradores resultó plenamente veraz, lo que sirvió para otorgarle la atenuación especial reconocida por el Código al delincuente arrepentido y colaborador ( art. 376 C.P .).

Refuerzan el testimonio las absurdas alegaciones de que al declarar no estuvo presente el letrado, y que no estaba en pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas, sin olvidar la supuesta existencia de cierta animadversión entre ambos hermanos.

Pues bien, el médico forense dictaminó el perfecto estado mental del declarante; la inasistencia de letrado no constituyó ningún defecto formal, ya que no se hallaba detenido al evacuar el testimonio y jamás pudo probarse que mantuviera malas relaciones con el hermano.

En definitiva, la fiabilidad y garantía del testimonio se impone por haber delatado a otros muchos implicados, cuya participación venía acreditada por hechos objetivos y datos que el propio arrepentido aportó.

El submotivo debe igualmente rechazarse.

DÉCIMO TERCERO.- Al amparo del art. 5-4 L.O.P.J . se denuncia vulneración del art. 18 ap. 2 y 3 C.E . por no concurrir los elementos que autorizaron la intervención, respecto al acusado Everardo .

Las deficiencias formales alegadas, amén de secundarias, carecerían de la menor relevancia, ya que ningún sentido tendría declarar nula la práctica de los registros y de la intervención telefónica si la situación probatoria se mantenía incólume. Ninguna prueba de cargo se obtuvo en la práctica de tales diligencias, asentándose la condena en el testimonio inculpatario de otros coacusados ( Pedro , Jose Carlos ) y por haber sido detenido llevando en su vehículo prendas de vestir y zapatillas mojadas con agua de mar y con arena (no se olvide que los fardos de hachís se descargan en la playa), así como por portar una emisora sintonizada en el canal 12 utilizado por los miembros de la organización al realizar la operación de importación de hachís. A ello se unían las declaraciones de los agentes que intervinieron en el operativo.

El motivo, por lo expuesto, debe rechazarse.

DÉCIMO CUARTO.- Por renuncia del tercero, en el cuarto motivo se aduce quebrantamiento de forma con apoyo en el art. 851-1º y 3º L.E.Cr . por predeterminación del fallo, alegado por los recurrentes Jesus Miguel y Plácido .

1. Aunque se hace referencia al nº 3º del art. 851, es claro que nada tiene que ver, dados los argumentos que se vierten. La protesta se centra exclusivamente en una supuesta predeterminación del fallo lo que nos está indicando que es al inciso tercero del nº 1 del art. 851, y no al nº 3º, al que se hace referencia. La frase predeterminante la integraría la afirmación del factum en la que se dice que los recurrentes "conocían la sustancia que transportaba el barco".

En realidad para poder justificar una sentencia de condena, en el relato histórico sentencial deben incluirse todos los elementos configurativos del tipo penal que se aplica, como soporte del juicio de subsunción que debe realizar el Tribunal, aplicando el derecho a los hechos declarados probados.



En ocasiones es posible que los elementos subjetivos del tipo o relativos a contenidos de conciencia, no se hagan figurar en el factum, en cuyo caso deben completarse con las inferencias o argumentos del Tribunal contenidos en la fundamentación jurídica, que sobre la base de unas pruebas (ordinariamente indiciarias) conducen a determinadas conclusiones. Es también usual, y desde luego correcto procesalmente, que las inferencias alcanzadas en la fundamentación jurídica se trasladen al factum, para completar, en sus aspectos objetivos y subjetivos, la figura delictiva que procede aplicar.

2. En el supuesto que nos atañe, tal manifestación, esto es, el conocimiento por parte de los acusados que lo que transportaban era droga, se imponía como de necesaria o imprescindible concurrencia y debía explicitarse en hechos probados o en la fundamentación jurídica, si alguno de los argumentos exculpativos de los acusados era el error de hecho sobre uno de los elementos esenciales de la infracción (objeto material del delito), cuyo conocimiento por parte del agente se erigía en requisito culpabilístico del delito imputado.

En la sentencia combatida eso es lo que se hizo, con plena corrección procesal, trasladado a la narración histórica de la sentencia la inferencia, por otro lado fruto de la más elemental lógica.

El motivo debe rechazarse.

DÉCIMO QUINTO.- Se discute en el motivo siguiente (5º de los formalizados), utilizando la vía que ofrece el art. 849-1º L.E.Cr. (infracción de ley) la aplicación indebida del art. 368 y 369-3 C.P. con relación a los acusados Pedro, Eloy y los hermanos Jesus Miguel y Plácido.

1. Respecto al primero de los mencionados, se aducen ciertos errores en la relación de hechos probados. Afirma que la furgoneta realmente no era suya y que el producto que iba a transportar y transporta creía que era tabaco. El recurrente, al argumentar de ese modo, hace abstracción de los hechos declarados probados, a los que le debe plena sumisión y respeto, dada la vía procesal que ampara el motivo, estrellándose con lo dispuesto en el art. 884-3 L.E.Cr., que hace que lo que en principio fuera causa de inadmisión se convierta ahora en motivo de desestimación.

Si los hechos probados relatan que Pedro a cambio de 400.000 pts. aceptó intervenir en el transporte de la droga empleando para ello su furgoneta HE-....-EH y después se explica en el factum cómo en la indicada furgoneta se cargaron 15 fardos de hachís, con peso de 517 Kg. que habían sido descargados del pesquero " DIRECCION002 ", es incuestionable la subsunción de los hechos en el art. 368 y 369-3º C.P. La cualificación de notoria importancia de la droga, en el hachís operó, como tenenos dicho, a partir de los 2,5 Kgs., según Pleno no jurisdiccional de 19-October-2001.

2. Por su parte, los otros tres recurrentes eran los encargados de transportar el hachís desde Marruecos a Málaga, esto es, eran dueño y tripulantes del pesquero " DIRECCION002 ".

También éstos se apartan del tenor de los hechos probados, poniendo en duda la adecuación del precepto procesal que ampara el motivo, optando por el nº 2 del art. 849 L.E.Cr. (error facti), cuando no menciona documento alguno, ni sus particulares, ni pretende alterar los términos del factum.

Asimismo intentan analizar y valorar la prueba, saliéndose de los límites impugnativos que autoriza el motivo.

Pretenden, por último, negar el conocimiento de la mercancía que transportaban y que durante tanto tiempo tuvieron a su disposición, aduciendo en apoyo de tal aserto que cuando se enteran de la naturaleza de la mercancía arrojan parte de ella por la borda y luego cooperan con la policía a su recuperación.

La interpretación del Tribunal es más acorde a las leyes de la lógica y en cualquier caso ha de ser respetada, en cuanto tuvo traducción en hechos probados. Los acusados, cuando se vieron sorprendidos por la policía trataron de salvar parte de la mercancía, o desprenderse del objeto del delito que les delataba. La colaboración posterior, perfectamente pudo estar movida por la obtención de beneficios procesales, como así ha sido.

En síntesis, podemos concluir que, partiendo del tenor de los hechos probados, el juicio de subsunción efectuado por la Audiencia Provincial fue plenamente ajustado a ley al aplicar los arts. 368 y 369-3º C.P. El motivo debe decaer.

DÉCIMO SEXTO.- En el sexto de los motivos y al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. (corriente infracción de ley) estima inaplicados los arts. 14 y 16 del C.Penal. El motivo lo refiere a los recurrentes Eloy, Jesus Miguel y Plácido.

1. Si nos atenemos al relato histórico de la sentencia, como es obligado, dada la vía casacional que sustenta el motivo, no aparece ningún error vencible o invencible sufrido por estos tres recurrentes.

Por el contrario, para tratar de construirlo acuden a interpretaciones personales, con pretensiones de integrar o completar el factum. Nos dicen, en tal sentido, que constituye un signo indicativo del desconocimiento por



parte de los marineros que transportaban la droga, esto es, la mercancía que llevaban, el haberla tirado tan pronto se dieron cuenta de la naturaleza de la misma y luego colaborar con la policía para su recuperación.

Sin embargo, los hechos son tozudos y elocuentes y no dejan resquicio alguno al error, como ya argumentamos precedentemente. El factum explica que los tres recurrentes, de profesión marineros, aceptaron por un millón de pesetas, trasladarse con el pesquero " DIRECCION002 " a la costa marroquí, donde cargaron 28 fardos con un peso de 962 Kgs. de los que luego descargaron 15 y fonderaron los restantes.

Con esa base probatoria la Audiencia razonó -como tenemos dicho- que los tripulantes no podían desconocer la mercancía que transportaban. Los movimientos conductuales o actividades de los recurrentes, tienen otra explicación más certera. La droga la descargan en dos ocasiones, pues de ser detectada parte de ella por la policía, el resto podía salvarse. Para el caso de intentar descargarla en su totalidad, pero en dos lotes, al irrumpir la policía una vez descargado el primero, se desprenden del segundo, fondeándolo, en un intento de conservar o no perder la restante droga o para evitar ser sorprendidos en posesión de la misma. Por último, descubierta la operación, resultaba beneficioso actuar de modo que obtuvieran en el futuro beneficios procesales, como así fue, al haberles apreciado la atenuante de colaboración con las autoridades policiales.

El submotivo no puede prosperar.

2. Tampoco es posible aceptar el argumento de que, descubierta la droga, los recurrentes desisten de seguir adelante con la ejecución del delito, informando a la policía de la droga fondeada.

Aunque no se precisa el párrafo del art. 16 C.P. que se considera infringido, debemos entender que esta haciendo referencia al número segundo, inciso 2º, ya que no nos hallamos ante una tentativa de delito, por cuanto la consumación se produjo con los actos ya realizados por los acusados, aunque la droga no llegara al destino final.

En principio, no es factible en un delito de esta naturaleza aplicar la figura del arrepentimiento activo, ya que el bien jurídico protegido es la salud de las personas en abstracto, y tal peligro general ya se había producido desde el momento que los acusados recogen en Marruecos y transportan hacia España una cantidad de droga tan importante.

También este submotivo deberá rechazarse.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En el último de los planteados y amparado en el nº 1 del art. 849 L.E.Cr. estima indebidamente aplicada la cualificación agravatoria de organización al recurrente Everardo .

1. También en este motivo, por corriente infracción de ley, hemos de ceñirnos al relato histórico en toda su integridad y de él se desprende la existencia de una organización en la que se integra el recurrente, no como mero miembro de la misma, sino como "lugarteniente" del máximo responsable Luis Andrés , lo que le llevó a contactar con Jose Carlos , propietario del pesquero " DIRECCION002 " que transportaba la droga, con Domingo , propietario de una pequeña embarcación con la que se alijaría desde el pesquero y con Pedro , propietario de la furgoneta HE-....-EH empleada para el traslado del hachís en tierra. Además, los hechos probados describen su actuación en el desembarco del hachís y su carga en la furgoneta de Pedro .

2. Todos estos datos, unidos al resto del factum, revelan la existencia de una organización, con estructura jerárquica, en la que el recurrente no ocupa un escalafón inferior precisamente, disponiendo dicha organización de amplios medios de transporte, de comunicaciones, locales para las reuniones, etc., como explicó en el fundamento 4º, apartado A), pags. 16 y 17, la sentencia combatida.

Recurso de Ramón .

DÉCIMO OCTAVO.- Comienza atacando la sentencia por el cauce procesal que autoriza el art. 849-1º L.E.Cr. , estimando indebidamente aplicados los arts. 368, 369-3º y 6º C.P. .

1. El recurrente no se ajusta en su desarrollo argumental a las posibilidades procesales del motivo, al llevar a cabo un análisis de la prueba habida, reinterpretándola, desde su particular e interesada perspectiva, chocando frontalmente con el art. 884-3 L.E.Cr. . En un motivo por corriente infracción de ley es obligado partir del tenor de los hechos probados a los que se debe plena sumisión. La Audiencia Provincial, en el juicio sobre la prueba, justificó la concurrencia de la suficiente para declarar probados los hechos que refleja el factum.

En él se recoge la integración del recurrente en una organización establecida para traer hachís de Marruecos a España, en la que ocupaba el cargo de "lugarteniente", con cierta capacidad decisoria en la gestión y dirección de las operaciones ilícitas, así como de coordinación y comunicación con el resto de los integrantes de la organización. Se concreta incluso que el recurrente participó personalmente en la descarga de 15 fardos de hachís, parte de los 28, con un peso total de 962 kilogramos, traídos en el pesquero " DIRECCION002 "





desde Marruecos y en el intento de recuperación de los 13 fardos restantes fondeados por la tripulación del " DIRECCION002 " .

2. Sobre esa base fáctica queda fuera de toda duda la subsunción de los hechos en el art. 368 C.P . en cuanto el recurrente, amén de realizar funciones de coordinación de la operación del transporte del hachís, participó activamente en la descarga de 15 bultos e intentó la recuperación de los 13 restantes -según acabamos de referenciar- lo que constituye una conducta tendente a promover, favorecer o facilitar el ilícito tráfico de tal sustancia.

La cantidad transportada, de 962 Kgs., excede, con mucho, de los 2,5 Kgs. fijados por esta Sala (Pleno no jurisdiccional de 19-octubre-2001) a partir de los cuales debe aplicarse la agravatoria de notoria importancia ( art. 369-3 C.P .); luego, la cualificación se ha aplicado correctamente. Como también lo ha sido la de "organización" en la que estaba integrado y a que se refiere el art. 369-6 C.P ., como ya hemos tenido ocasión de explicar y el Tribunal Provincial razonó en el fundamento jurídico 4º, apartado A).

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO NOVENO.- Por la misma vía casacional que el precedente ( art. 849-1º L.E.Cr .), en el presente, estima infringido por indebida aplicación el art. 564.1.1º C.P .

1. El recurrente insiste en valorar la prueba practicada sobre este delito en la causa, lo que no le es permitido, por constituir una prerrogativa del Tribunal de instancia ( art. 117-3 C.E . y 741 L.E.Cr.). Ahora hace hincapié en la ilicitud de la diligencia de entrada y registro que el Tribunal provincial declaró nula, no alcanzando a comprender cómo se tiene por probado tal hecho, originado en una diligencia ineficaz.

La explicación es clara, ya que el mandamiento de entrada y registro se ajustaba en todo a la normativa constitucional, por lo que no existió violación del derecho a la intimidad, que determinaría la nulidad radical de la diligencia con todas sus consecuencias probatorias ( art. 11 L.O.P.J .). Sin embargo, a pesar de la corrección constitucional y ausencia de vulneración de derechos fundamentales, la diligencia incidió en un vicio de legalidad ordinaria al no hallarse presente el interesado, a la sazón detenido. Ello restaba garantías a la eficacia probatoria de la diligencia. No obstante, tal ausencia no impide el acreditamiento de la circunstancia por otras vías legítimas como, por ejemplo, el reconocimiento de los hechos realizado en el plenario por el propio recurrente, a pesar de hallarse informado y ser conocedor del déficit procesal del registro. También fue confirmado por los agentes de la policía judicial que participaron en la diligencia de entrada y registro.

2. De todas formas, el censurante, por esta vía procesal no puede discutir la validez de las pruebas practicadas.

Lo cierto es que el factum recoge que en el registro del domicilio de Ramón se le ocupó una pistola marca Llama de 9 mm. en regular estado de conservación pero en correcto estado de funcionamiento y uso, careciendo dicho acusado de la preceptiva licencia y guía, así como un cargador con cartuchos marca geco.

La tenencia de un arma de fuego reglamentada, sin las necesarias licencias o permisos, con conocimiento de estas circunstancias y con voluntad de poseerla, constituye la esencia del tipo penal aplicado al hecho enjuiciado, que lo ha sido con toda corrección.

El motivo debe decaer.

VIGÉSIMO.- En el tercero de los aducidos, por error facti, residenciado en el art. 849-2 L.E.Cr ., estima que el Tribunal incurrió en errores al valorar las pruebas.

1. El recurrente protesta contra la sentencia porque contiene hechos probados carentes, en unos casos de lógica y en otros de prueba suficiente y creíble que desvirtúa el principio de presunción de inocencia que acompaña a todo ciudadano.

En el desarrollo argumental del motivo analiza la prueba, realizando apodícticas afirmaciones como que "no pertenecía a ninguna banda, nunca estuvo en Marbella y mucho menos en la playa y tampoco se montó en ninguna barca".

2. El planteamiento de la protesta no respeta los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la prosperabilidad de un motivo por error facti, que por conocidos huelga reproducir. El primero de ellos, imprescindible, es la cita de documentos con capacidad demostrativa directa, para evidenciar un error del juzgador, que no se cumple en nuestro caso. Los documentos citados no lo son a efectos casacionales.

Como tiene dicho esta Sala, ni lo es el acta del juicio, ni las declaraciones de testigos y acusados, en cuanto su naturaleza es la de declaraciones personales documentadas, que no documentos. Tampoco poseen ese carácter las diligencias procesales propias de la causa, incluidas las del sumario (atestado policial, diligencia



de entrada y registro, transcripciones telefónicas, etc.), todos ellas de génesis intraprocesal, salvo que se constate en ellas algún aspecto objetivo, con valor de prueba preconstituída, que no es el caso.

El censurante no señala los particulares necesarios para acreditar el error y tampoco concreta el aspecto o parte del factum que debe ser completado, sustituido o alterado de cualquier forma.

Por todo ello el motivo ha de fenecer.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En el último de los motivos, encauzado por el art. 5-4 L.O.P.J ., estima infringidos los arts. 14, 24-1º y 120-3º de la C.E ., así como el 11-3º L.O.P.J.

1. De todo ese cúmulo de presuntas vulneraciones constitucionales el recurrente reduce a dos las quejas que merecieron tal soporte legal sustantivo:

a) la ausencia de justificación para aplicar el art. 123 C.P . en relación al 240.1 L.E.Cr. al imponer mayor porcentaje de costas que a otros acusados.

b) el no señalamiento de arresto sustitutorio, caso de **impago** de la **multa**, estableciendo una excepción con respecto a los demás condenados, según los términos del fallo.

2. Mas, ningún trato discriminatorio se ha dispensado al recurrente, ni se ha infringido derecho fundamental alguno. La dispar proporción de la cuantía de las costas impuestas obedece al hecho de que ha sido condenado por dos delitos, a diferencia de los otros coacusados que lo fueron por uno sólo. Las costas procesales deben distribuirse entre los acusados de forma proporcional, según el número de ellos y los delitos por los que se acusa y por los que han resultado condenados y ése fue el criterio seguido por el Tribunal.

3. Menos sentido posee la otra alegación sobre el arresto sustitutorio, aunque, como abiertamente confiesa el recurrente, la razón de la formalización del motivo obedece a una deficiente comprensión del pronunciamiento sentencial, pero en realidad no precisa de argumento alguno, por ser consecuencia inevitable de lo dispuesto en la Ley.

A los seis acusados se les condena conjuntamente en la parte dispositiva de la sentencia, además de a una pena privativa de libertad, a una **multa** con arresto sustitutorio caso de **impago**, de 30 días. Al acusado como a los demás se le impone esa sanción pecuniaria, susceptible de ejecutarse por vía de apremio, pero así como los otros en caso de insolvencia deben cumplir con la **responsabilidad** personal **subsidiaria** fijada, al recurrente se le excluye de esta última imposición, porque la suma de las penas privativas de libertad impuestas excede de 4 años ( art. 53.3 C.P ., ahora 5 años).

Sobre este punto la jurisprudencia de esta Sala ha seguido distintos derroteros interpretativos, que han resultado unificados en el Pleno no jurisdiccional de 1 de marzo de 2005, en el que se acuerda, que la consideración del límite de cuatro años (ahora 5), establecido en el nº 3 del art. 53 C.P ., sólo tendrá lugar para la pena privativa de libertad y pecuniaria, conjuntamente previstas por la comisión de un delito, pero no debe operar la suma de las penas privativas de libertad impuestas por distintos delitos en una misma sentencia para alcanzar este tope.

Eso sí, en cada delito la pena privativa de libertad y el arresto sustitutorio caso de **impago** de la **multa**, nunca deben exceder, adicionados, de 5 años.

En el caso que nos concierne la decisión de la Audiencia, en contra de esta última orientación jurisprudencial, favorece al condenado, pues el arresto sustitutorio de 30 días debiera computarse y cumplirse, conjuntamente, con la pena de 3 años al no exceder el cómputo total de 5 años sin importar la condena impuesta por otros delitos, aunque ello no debe impedir el mantenimiento de la decisión sentencial para no infringir el principio de "non reformatio in peius", habida cuenta que el Mº Fiscal, única parte acusadora, no ha entablado recurso alguno.

El motivo debe decaer.

Recurso de Domingo y Luis Enrique .

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Ambos recurrentes aducen un motivo único, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24-2 C.E .) sobre el que esgrimen idénticos argumentos, apoyándolo procesalmente en el art. 5-4 L.O.P.J .

El Tribunal ha dispuesto de prueba suficiente para acreditar la comisión del hecho delictivo y la participación en él de ambos acusados, en concepto de autores. La prueba esencial es su propia confesión evacuada con todos las garantías. Afirman que fueron contratados para descargar un alijo de hachís del pesquero " DIRECCION002 " al bote propiedad de Domingo , con el fin de trasladarlo a la costa.



Se dice que en última instancia desistieron de seguir adelante en la ejecución del plan, cuando a la hora prevista y calculada para desembarcar el alijo, el guardia civil Cornelio identificó a Luis Enrique (precisamente en el momento del desembarco), el cual acababa de apearse de la patera propiedad de Domingo . Ambos habían percibido o se les había prometido por este servicio una cantidad de dinero.

Con estos elementos probatorios, no puede seriamente hablarse de vacío probatorio, sino de prueba de cargo suficiente, legítimamente obtenida y razonablemente valorada por el Tribunal sentenciador.

El motivo debe decaer.

VIGÉSIMO TERCERO.- Las costas de los distintos recursos deberán imponerse a los recurrentes, por la desestimación de todos sus motivos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 901 de la ley de Enjuiciamiento Criminal .

### III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las representaciones de los procesados Juan Francisco , Ramón , Domingo , Luis Enrique , Ángela , Carolina , Pedro , Eloy , Jesus Miguel , Plácido , Everardo y Juan Pablo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, en causa seguida a todos ellos por delito contra la salud pública y con expresa imposición a todos los recurrentes de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.