

Roj: **STS 4967/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:4967**Id Cendoj: **28079120012010100749**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/09/2010**Nº de Recurso: **10035/2010**Nº de Resolución: **801/2010**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 6228/2009,**
STS 4967/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Septiembre de dos mil diez.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 10035/2010-P, interpuesto por las representaciones procesales de D. Herminio , D. José , D. Matías y D. Roberto , contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2009 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala 50/07 correspondiente al Sumario nº 23/2007 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, que condenó a los recurrentes como autores responsables de un delito **contra la salud pública , blanqueo de capitales , tenencia ilícita de armas y falsedad en documento oficial** , habiendo sido parte en el presente procedimiento los citados recurrentes representados, respectivamente, por las Procuradoras D^a María Angustias Garnica Montoro, D^a Belén Aroca Flores, D^a Almudena Gil Segura y D^a María Luisa Martín Burgos; y como parte recurrida el Ministerio Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1º.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5 incoó Sumario con el nº 23/07, en cuya causa la Sección Tercera de la Sala de lo Penal Audiencia Nacional, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 12 de noviembre de 2009 que contenía el siguiente **Fallo**:

"Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a José como autor de un delito consumado contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia subtipo de extrema gravedad por la perpetración del delito mediante el empleo de buque, cantidad de extrema gravedad y perpetración en el seno de una organización criminal, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena de 16 años, 10 meses y 16 días de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, multa de 37 millones de euros (37.000.000 euros) y comiso de la sustancia, dinero, bienes y efectos derivados de tráfico de cocaína, en su día incautados, así como al pago de una sexta parte de las costas procesales causada en el procedimiento.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a José , como autor de un delito consumado de tenencia ilícita de armas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, comiso del arma, silenciador y munición intervenidos, a los que se dará destino legal, así como al pago de otra sexta parte de las costas procesales causada en el procedimiento.



Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a José como autor de un delito continuado, consumado, de falsedad en documentos oficiales perpetrado por particular, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 2 años de prisión y multa de 10 meses con una cuota diaria de 6 euros, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, comiso de los documentos falsos incautados a los que se dará destino legal, así como al pago de otra sexta parte de las costas procesales causada en el procedimiento.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Roberto como autor de un delito consumado contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 11 años y 3 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, multa de 37 millones de euros (37.000.000 euros) y comiso de la sustancia, dinero, bienes y efectos derivados de tráfico de cocaína, en su día incautados, así como al pago de una sexta parte de las costas procesales causada en el procedimiento.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Matías como autor de un delito consumado contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 11 años y 3 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, multa de 37 millones de euros (37.000.000 euros) y comiso de la sustancia, dinero, bienes y efectos derivados de tráfico de cocaína, en su día incautados, así como al pago de una sexta parte de las costas procesales causada en el procedimiento.

Y que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Herminio como autor de un delito consumado de blanqueo de capitales provenientes del narcotráfico perpetrado por profesional por imprudencia grave, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, multa de cinco millones de euros, con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago de tres meses de privación de libertad a cumplir en el centro penitenciario más próximo a su domicilio, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de asesor fiscal, contable y agente inmobiliario durante tres años. Se alzan las medidas cautelares adoptadas respecto de sus bienes, con devolución de los mismos una vez alcance firmeza la presente resolución, sin perjuicio de su afección previa al pago de la multa impuesta.

Y para el cumplimiento de las penas que se imponen en esta resolución, les será de abono a todos ellos el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa, si no lo tuvieran absorbido en otra".

2º.- En la citada sentencia de, se declararon probados los siguientes **Hechos:**

" José , mayor de edad, y domiciliado en España, en la CALLE002 nº NUM017 . NUM018 de Estepona, Málaga, viene dedicándose desde fecha que no consta, pero desde hace más de diez años, al menos, al tráfico internacional de estupefacientes, introduciendo en Europa ingentes cantidades de cocaína procedente de Sudamérica.

En el ámbito de esta actividad, y como estuviese preparando la introducción de una tonelada de cocaína en Europa, y precisase marineros que efectuasen materialmente el transporte transoceánico, en el mes de julio o agosto de 2005 contactó, en Adra (Almería), con Matías y con Roberto , ambos con domicilio en la provincia de Almería, a los que contrató para que efectuasen dicho transporte, prometiéndoles que les pagaría por ello la cantidad de 150.000 euros, y, además, a Roberto le entregaría el BARCO001 , de su propiedad, en el que estaba previsto que el transporte se efectuara, aceptando ambos hombres dicha propuesta, y comenzando a participar en los preparativos de la operación.

En octubre de 2005 José llevó en coche a Matías y a Roberto hasta Ámsterdam, a fin de que, desde allí, viajasen hasta Surinam, donde el BARCO001 , propiedad de José , y en el que debería efectuarse el transporte, se encontraba.

El BARCO001 propiedad de José , era un motovelero de 15 metros de eslora, y casco de acero, con número de registro NUM019 y que portaba pabellón holandés, sin embargo, no existía en los registros holandeses barco alguno con dicho nombre y número.

En fecha que no consta, pero, a finales de 2005, Matías y Roberto , acompañados por un tercero de nombre MIKEL y cuyos demás datos personales no consta, viajaron, en avión desde Ámsterdam hasta Surinam (antigua Guayana Holandesa), encargándose el tal MIKEL de los trámites y compra de billetes para Sudamérica de ambos hombres.

Una vez en Surinam, se hicieron cargo del BARCO001 , en el que se efectuaron, por cuenta de José las reparaciones que precisaba para su puesta a punto antes de la travesía transoceánica, a tal fin, José estuvo en Surinam personalmente.



A principios de 2006, el BARCO001 se desplaza, desde Surinam a Isla Margarita, en Venezuela, donde permanece un periodo de tiempo que no consta. En Isla Margarita José estuvo, también personalmente, acompañando a Matías y a Roberto, y, finalmente, el velero parte de Isla Margarita para dirigirse a las Pequeñas Antillas, hasta Isla Barbados, donde el barco estuvo fondeado durante un tiempo que no consta, hasta que, finalmente, siguiendo las indicaciones y órdenes de José, Matías y Roberto, EL DÍA 1 DE MARZO DE 2006 salen de Isla Barbados, con el BARCO001, llevando en él, y por cuenta de José, en un compartimento estanco oculto en la cubierta de popa, bajo el bote salvavidas, un cargamento compuesto por 23 fardos de tela y 424 paquetes sueltos, con un peso bruto de 1.022 kilos de cocaína, que convenientemente pesado y analizado resultaron ser 1.003.480,00 grms. NETOS de cocaína con una pureza del 81,05%. Matías y Roberto tenían orden de dirigirse al Puerto de Falmouth (Reino Unido) y, desde allí, dirigirse al Puerto de Ámsterdam, donde José les esperaba.

A fin de controlar la operación, José había entregado a Roberto el teléfono satelital número NUM020, desde el que Roberto le mantenía al corriente de la marcha de la operación, a través del cual, el 27 de marzo de 2006 José le confirma que estaba todo preparado para su llegada.

El 12 de marzo de 2006 se formaliza en el registro de Flensburg (Alemania) por persona que no consta, la compra por parte de Roberto del velero DIRECCION003, de acero, de fabricación propia, construido en 1977 en Huizen, Países Bajos, por lo que, a partir de dicha fecha, dicho velero será de pabellón alemán. Este velero "DIRECCION003" era el antes denominado BARCO001 propiedad de José.

Autorizado judicialmente el abordaje de dicho velero, éste tuvo lugar a las 5,35 horas del día 28 de marzo de 2006 desde la patrullera de la Armada española "DIRECCION004" por miembros de los Grupos de Operaciones Especiales, cuando el velero se encontraba en las coordenadas 44° 04' Norte y 20° 46' Oeste llevando como tripulantes a Matías y a Roberto y en su interior, el cargamento de cocaína antes descrito.

José que, como se ha expuesto, venía dedicándose, desde tiempo atrás, al transporte de cocaína desde Sudamérica a Europa, para canalizar los ingentes beneficios de su ilícita actividad, se valía de la activa participación de su entorno familiar, sin que contra los miembros de su familia se dirija la presente resolución, así como de Herminio (asesor fiscal, contable y agente inmobiliario).

Herminio, aún sin ser perfecto conocedor de los detalles de las actividades de José, ni participar en las operaciones de tráfico de drogas, ni conocer sus pormenores, intuía el origen del dinero de aquél, pese a lo cual colaboraba con el mismo desde varios años atrás, consistiendo básicamente su actividad en ayudarle a ocultar la titularidad del patrimonio obtenido mediante el tráfico internacional de estupefacientes, mediante la constitución de un entramado financiero y societario del que en ocasiones aparecían como titulares personas del entorno familiar de José (ninguna de las cuales efectúa actividad comercial o laboral productiva alguna), o, en otras ocasiones, el propio Herminio, con posteriores cesiones de acciones fiscalmente opacas a dichos familiares de aquél, así como en asesoramiento en movimientos e inversiones financieras, dando una apariencia de legalidad a fondos con origen en las actividades descritas y, sin perjuicio, obviamente, de conseguir para sí en el desarrollo de sus actividades un alto beneficio.

José depositaba plenamente su confianza en Herminio, llegándose incluso a intervenir (por las Autoridades Holandesas) una conversación de José el día 3-4-06, donde éste -que ya habría tenido conocimiento de la aprehensión del velero DIRECCION003- indica a su mujer que si le pasar algo (a él) debía ponerse inmediatamente en contacto con "Picon" (Herminio).

De este modo, Herminio ha participado de forma activa en la formación de un entramado societario formado por mercantiles españolas, gibraltareñas y holandesas, contando con apoderamientos amplios para comprar y vender inmuebles en nombre de las mismas.

Bajo el asesoramiento de Herminio, las sociedades utilizadas para llevar a cabo la labor de ocultación de los bienes adquiridos con los beneficios del tráfico de drogas son principalmente las siguientes:

VICTORY SOUTH SL. Sociedad Unipersonal, cuyo socio y Administrador único es una persona del entorno familiar de José, contra la que no se dirige la presente resolución, y que fue constituida por Herminio en virtud del apoderamiento otorgado con fecha 11-05-2001. El domicilio social de esta mercantil está fijado en la C/ Real núm. 129 1º, Edificio Cajasur, Estepona (Málaga), que coincide con el de las mercantiles BROLLY ESTEPONA SL y con el de BROLLY EL PARAÍSO, ambas sociedades de carácter unipersonal cuyo socio y administrador único es Herminio, y utilizadas por éste para controlar las cuentas del resto de sociedades que forman el entramado societario de la organización criminal. En fecha 30-12-2003 la persona que ostentaba la administración única de Victory South SL otorga amplios poderes a Herminio, hasta que éstos fueron revocados en

fecha 31-05-2005. Con este apoderamiento Herminio en nombre de la sociedad VICTORY SOUTH SL adquiere dos inmuebles.



RABELLOS INVERSIONES S.L. Esta sociedad se fundó en fecha 21-12-2000 por la madre de José (contra la que no se dirige la presente resolución) que adquirió 3.000 participaciones sociales y por Herminio que adquirió 10 participaciones sociales. En fecha 30-01-2001, dicha señora, como administradora única de Rabellos Inversiones SL, adquirió para esta sociedad la finca registral núm. 49.203 del Registro de la Propiedad núm. 1 de Estepona (Málaga) por un precio confesado de 72.121,45. Por otra parte Herminio recibió numerosas cantidades (la mayoría en metálico) entre diciembre de 2001 y marzo de 2005 de personas del círculo familiar de José, que ascendían a la cifra de 2.411.093,25. En definitiva, Herminio recibió y gestionó, dándole apariencia de lícitos y proveniente del entorno familiar y societario de José, al menos, la cantidad de 4.011.093,25. En registro efectuado en el domicilio de José, sito en la CALLE002 nº NUM017, NUM018, de Estepona, Málaga, se encontraron, entre otros por los que no se dirige acusación, los siguientes documentos de identificación personal, en todos los cuales se encuentra la fotografía de la misma persona que sería José:

Pasaporte de la República de Venezuela núm. NUM021, a nombre de Jacinto, cuya página biográfica es íntegramente falsa.

Pasaporte de la República de Italia núm.-w, a nombre de Nicanor, cuya página biográfica es íntegramente falsa.

Carta de Identidad del Estado de Río de Janeiro, con núm. NUM022, a nombre de Luis Antonio, pero referida a José, pues de él es la fotografía que porta dicho documento.

Asimismo, en el registro de su domicilio se incautó un arma corta de su propiedad, una pistola marca Walter, cal. 9 mm corto con dos cargadores, un silenciador y veintidós cartuchos. La referida arma carece de número de serie, y siendo de origen ruso (marca "Makarov") fue transformada legalmente en Austria pasando a ser pistola detonadora. Posteriormente fue ilícitamente manipulada en Croacia convirtiéndola en apta para el disparo de proyectiles. Arma que poseía el procesado y que se encuentra en perfecto estado de funcionamiento, y capacitada para el disparo, careciendo José de cualquier tipo de licencia para su posesión y uso.

Se han intervenido, asimismo, los bienes que a continuación se relacionan, todos ellos obtenidos -directa o indirectamente- de las ganancias obtenidas con el tráfico de drogas:

Cantidades dinerarias:

En Caja de Granada c.c. NUM023 cuyo titular es Herminio. Se encuentra bloqueado un saldo de 5.665,39 euros.

En Caja de Granada c.c. NUM024 cuyo titular es Herminio. Se encuentra bloqueado un saldo de 10.812,05 euros

En Caja de Granada c.c. NUM025 cuyo titular es Herminio. Se encuentra bloqueado un saldo de 40.501,29 euros.

En Caja de Granada c.c. NUM026 cuyo titular es Herminio. Se encuentra bloqueado un saldo de 222,06. En Banco Sabadell c.c. 0081-7468-28-0001289429 cuyo titular es Victory South se encuentra bloqueado un saldo de 249.988,08 euros.

En Banco Sabadell c.c 0081-7468-29-0001240729 cuyo titular es Brolly El Paraíso se encuentra bloqueado un saldo de 16.729,25 euros.

40.000,00 euros ingresados por Herminio en la cuenta de consignaciones el 24-07-07.

601,00 dólares americanos y 270,00 euros intervenidos en su detención a Roberto.

Automóviles:

Vehículo turismo, marca BMW, modelo X5, matrículaHHH cuyo titular es Herminio.

Motocicleta marca Suzuki, modelo AN250, matrículaRYH cuyo titular es Herminio.

Turismo Marca Ford, modelo Fiesta, matrículaQQQ. Titularidad de la esposa de José.

Motocicleta marca Harley Davidson, modelo VRSCA V ROAD, matrículaKKK. Titular José.

Turismo marca Mercedes, modelo ML 400 CDI, matrículaNNF (no localizado). Titularidad de la esposa de José.

Turismo marca Mercedes, modelo SLK 200 K, matrículaYYY (no localizado). Titularidad de la esposa de José.

Turismo marca Mercedes, modelo ML 270, matrícula (no localizado). Titularidad de la esposa de José.

*Inmuebles :*

Finca Registral núm. 49.203, registro de la Propiedad de Estepona 1. Vivienda. Titular registral Rabellos Inversiones S.L.

Finca registral 64.878, registro de la propiedad de Mijas 2. Vivienda en la urbanización Royal Green en la Riviera del Sol. Titular registral Victory South S.L.

Finca registral 65.016, registro de la propiedad de Mijas 2. Garaje y trastero. Titular registral Victory South S.L.

Finca registral 58.735, registro de la propiedad de Estepona 1. Vivienda ático, Titular registral Rabellos Inversiones S.L.ç

Finca registral 58.497, registro de la propiedad de Estepona 1. Garaje. Titular registral Rabellos Inversiones S.L.

Finca registral 58.499, registro de la propiedad de Estepona 1. Titular registral Rabellos inversiones S.L.

Finca registral número NUM027 del registro de la propiedad de Estepona 1. Garaje. Titular registral Herminio .

Finca registral 38032 del registro de Estepona 2. Local comercial. Titular registral Francisco Jiménez Macías S.L.

Finca registral 15.343 del registro de la propiedad de Marbella 4. Vivienda, garaje y trastero. Titular registral Nice View Properties S.L. (sociedad unipersonal cuyo socio único es Herminio).

Finca registral núm. 53006 del registro de Estepona 2. Garaje. Titular registral Octopus Developments (sociedad cuyo socio único es Herminio).

Embarcaciones :

Yate "Preciosa" de bandera Gibraltareña de 28 metros de eslora. Propiedad de Almaren Limited (socia única y administradora una persona del entorno familiar directo de José a quien no se le conocen actividades mercantiles ni laborables productivas).

Velero " DIRECCION003 " propiedad de Roberto desde el 12 de marzo de 2006.

Roberto y Matías se encuentran privados de libertad por estos hechos desde el día 28-3-06 habiéndose prorrogado su situación de prisión por dos años por auto de 5-3-08 (con efectos del 27-3-08)

José se encuentra privado de libertad por estos hechos desde el día 15-12-08 cuando fue entregado por Holanda (donde se encontraba cumpliendo condena, en la actualidad ya cumplida)".

3º.- Notificada la sentencias a las partes, las representaciones procesales de los acusados D. Herminio , D. José , D. Matías y D. Roberto , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por Auto de 21-12-09 , emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4º.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 20 21 y 22-1-10 las Procuradoras Sras. Martín Burgos, en nombre de D. Roberto ; Garnica Montoro, en el de D. Herminio ; Gil Segura, en nombre de D. Matías y Sra. Aroca Flores, en nombre de D. José , interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes **motivos:**

(1) D. Roberto :

Primero , por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., en cuanto resulta infracción del art. 11 de la LOPJ, por la realización ilegal del **abordaje** , y nulidad del mismo y de su **entrada y registro** del buque " DIRECCION003 "

Segundo , por vulneración de precepto constitucional, arts. 5.4 LOPJ y 24 CE , derecho **de presunción de inocencia** del art. 24 CE .

(2) D. Herminio :

Primero , por vulneración de precepto constitucional, arts. 5.4 LOPJ y 24 CE , y art. 18.3 CE , derecho **de presunción de inocencia, al secreto de las comunicaciones telefónicas y a un proceso con todas las garantías** .

Segundo , por vulneración de precepto constitucional, arts. 852 LECr., 5.4 LOPJ y 24 CE , y art. 18.3 CE , derecho **de presunción de inocencia, al secreto de las comunicaciones telefónicas, tutela judicial efectiva, y proceso con las debidas garantías** .

Tercero , por vulneración de **precepto constitucional** , arts. 5.4 LOPJ y 24.2 CE con referencia a la **presunción de inocencia** .



Cuarto , por vulneración de **precepto constitucional** , arts. 5.4 LOPJ y 24.2 CE con referencia a la **presunción de inocencia** .

Quinto , al amparo del art. 849.1 LECr ., por **infracción de ley** , y aplicación indebida de los arts. 27, 28 y 301.3 CP en cuanto al delito de **blanqueo de capitales**.

Sexto , por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr. por **error de hecho en la apreciación de la prueba** .

Séptimo , por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr. por **error de hecho en la apreciación de la prueba** .

(3) D. Matías :

Primero , al amparo del art. 851.2 LECr ., por **quebrantamiento de forma** , por no resolverse en la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la defensa.

Segundo , al amparo del art. 849.1 LECr ., por **infracción de ley** , e inaplicación indebida del art. 16.1 CP , al no calificarse los hechos en grado de **tentativa** .

Tercero , al amparo del art. 849.1 LECr ., por **infracción de ley** y del art. 66.1.6 CP , al no motivarse la aplicación de la **pena** , con agravio comparativo con respecto al copenado Roberto .

Cuarto , al amparo del art. 849.1 LECr ., por **infracción de ley** , y del art. 21.6ª CP , por inaplicación de la atenuante **analógica** , en relación con la atenuante de **confesión** del art. 21.4ª .

Quinto , al amparo del art. 849.1 LECr ., por infracción de ley, y del art. 370.3 CP , por aplicación indebida de la **extrema gravedad** .

(4) D. José :

Primero , al amparo de los arts. 852 LECr., 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho al **secreto de las comunicaciones** del art. 18.3 CE y **los derechos a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa y deber de motivar las resoluciones judiciales** , en relación con los arts. 24.1, 24.2 y 120 CE .

Segundo , al amparo del art. 849.1 LECr ., por infracción de ley, y del art. 369.1.2ª CP , por aplicación indebida de la **organización criminal** .

Tercero , al amparo del art. 849.1 LECr ., por infracción de ley , y del art. 370.3 CP , por aplicación indebida de la **extrema gravedad** .

Cuarto , al amparo del art. 849.1 LECr ., por **infracción de ley** , por vulneración del art. 22.8 CP , por aplicación indebida de la agravante de **reincidencia** .

Quinto , al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional y del art. 24.1 CE , en lo que se refiere a la **tutela judicial efectiva**, en relación con el **principio de legalidad** del art. 25.1 CE en lo referente al principio de **especialidad extradicional** .

Sexto , al amparo del art. 849.1 LECr ., por **infracción de ley** , por vulneración del art. 564.2.1ª CP , por aplicación indebida de tal **agravación** específica de borrado de su **número de serie** en el arma ocupada.

Séptimo , al amparo del art. 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional y del art. 24.1 y 25 CE , en lo que se refiere a la **igualdad** , **tutela judicial efectiva**, y principio de **legalidad** , con referencia a la graduación de la **pena** .

5º.- El Ministerio Fiscal por medio de escrito fechado el 23-4-10, evacuando el trámite que se le confirió, y por la razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos de los recursos formulados que, subsidiariamente, impugnó.

6º.- Por providencia de 16-7-10 se declaró el recurso admitido y concluso señalándose para su deliberación y fallo el día 15-9- 010, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Roberto :

Atribuyéndosele ser uno de los dos miembros de la tripulación del motovelero, de casco de acero y de 15 metros de eslora, " BARCO001 " , en el que, el 1-3-06, por cuenta del coprocesado José , desde la Isla de Barbados, inició la travesía con destino, primero al puerto de Falmouth (Reino Unido), y finalmente al de Amsterdam, llevando 23 fardos de tela y 424 paquetes sueltos de cocaína, con un peso bruto de 1.022 Kgs. de cocaína (1.003.48000 grs. netos), con una pureza del 81 05%, habiendo sido abordado en 28-3-06 por la patrullera de la armada española " DIRECCION004 " , fue condenado como autor de un delito de tráfico de drogas de sustancia



que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y extrema gravedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de 11 años y 3 meses de prisión, y 2 multas de 37.000.000 euros, comiso y pago de costas.

PRIMERO .- El primer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., en cuanto resulta infracción del art. 11 de la LOPJ , por la realización ilegal del abordaje, y nulidad del mismo y de su entrada y registro del DIRECCION003 " .

1. Sostiene el recurrente que procede apreciar la nulidad del abordaje y la nulidad de la diligencia de entrada y registro del velero " DIRECCION003 " , así como la de la nulidad de todas las diligencias posteriores, ya que se incumplió por la Policía el Auto de 24-3-06 (fº 49 a 53) en el que se autorizaba el abordaje del velero descrito con el nombre de " BARCO001 " , con pabellón holandés y encontrándose en aguas jurisdiccionales españolas, debiendo acreditarse tales extremos para la obtención de la autorización diplomática correspondiente, ya que, según el informe del grupo GRECO el velero abordado se denominaba " DIRECCION003 " y su pabellón era el de Alemania -habiendo iniciado las gestiones el recurrente, para el cambio de nombre y bandera el día 8-2-06, habiendo zarpado el día 28 de las Islas Barbados- no poniéndose este hecho en conocimiento del Juzgado, y no pudiéndose justificar lo realizado, como se pretende, por razón del mal estado de la mar con pronóstico de empeoramiento, porque la vigencia de mandamiento se extendía hasta el día 30. Habiéndose actuado con tal precipitación, de modo consciente y deliberado, a los solos efectos de que el velero no saliera de aguas internacionales, entrando en la jurisdicción británica, perdiendo la oportunidad de la detención.

2. Lo primero que hay que reseñar es que el propio Juez instructor en su Auto de 24-3-06 (fº 49 y ss) advierte de que "es preciso prevenir la posibilidad de que en el momento de la actuación ... la embarcación haya cambiado de pabellón o tenga uno de conveniencia . En ambos casos la intervención podrá realizarse cumpliendo los mismos requisitos que si el pabellón fuera español, y nada impide el abordaje, dirigido exclusivamente a garantizar que la sustancia pueda trasladarse junto con la tripulación, detenida a disposición judicial, hasta un puerto español donde se practicaría, previa autorización judicial, por la Comisión judicial la correspondiente inspección ocular y registro e intervención de la sustancia". Y, acto seguido, la resolución añade que " si el pabellón fuera **visible** y correspondiera a otra nacionalidad, se comunicará inmediatamente a este instructor para dar cumplimiento a lo dispuesto en la LECrim. sobre la petición de autorización diplomática a la delegación que corresponda, tomando las medidas necesarias para que no se pierda la sustancia, que permitirán su incautación en el agua, caso de que fuera arrojada **antes** de obtener aquella autorización".

La sentencia de instancia rechaza de plano la alegación del recurrente, en su fundamento de derecho quinto, diciendo, por lo que se refiere **al abordaje** que "la compra del velero por Roberto no se verificó HASTA EL DÍA 12 DE MARZO DE 2006, y así lo certifica la Fiscalía de la Audiencia regional de Flensburg a folio 5151 de autos, en donde consta que el barco se adquiere por Roberto por compra "registrada desde 12 de marzo de 2006 a 5 de abril de 2006". Es cierto que dicha documentación hace constar que el velero se llamaba " DIRECCION003 " desde el principio, desde su construcción en 1977 en Guisen, Países Bajos, por "construcción propia". Pero, que es falso que se llamaba DIRECCION003 , y que es cierto que se llamaba BARCO001 , consta acreditado no sólo por el reconocimiento que de tal dato efectuó José en su declaración en el plenario (antes transcrita) sino, asimismo, por la declaración en el plenario de Matías , que, a preguntas del Ministerio Fiscal manifestó "Zarpamos el 1 de marzo de 2006 de Barbados a bordo de un velero de nombre DIRECCION003 que antes se llamaba BARCO001 ". La declaración prestada por el mismo Matías ante el Juez de Instrucción da noticia de un dato más, folio 295, "que (el barco) era propiedad real de José , aunque figuraba a nombre de Roberto " .

Estas declaraciones de José y de Matías se corresponden con el hecho, contrastado documentalmente, de que la compra del velero se inscribe en Holanda en fecha 12 de marzo (cuando el velero llevaba ya doce días en alta mar, y, a bordo del velero, el que aparece como comprador Roberto , por lo que, indudablemente, la compraventa no se inscribió ni registró por éste, sino por persona no identificada que verificase la inscripción). De todo lo anterior, queda acreditado que el velero, que la policía identifica como BARCO001 , se llamaba, en efecto, BARCO001 , antes de que José lo vendiese (formal o realmente) a Roberto . El hecho de que en el registro de FLENSBURG (Alemania) se dijese al inscribir tal venta que el velero (de acero) es de fabricación propia, construido en 1977 en HUIZEN, Países Bajos, permite la inferencia de que el mismo llevase, tal y como se afirmó por las autoridades policiales, pabellón Holandés. Que este pabellón era falso, pues en Holanda no constaba registrado barco alguno con tal nombre, también aparece como contrastado (folio 4923), pero ello no indica ocultación o engaño policial alguno: el velero se llamaba BARCO001 cuando salió de Barbados, y no se llamó DIRECCION003 hasta que fue adquirido por Roberto , el 12 de Marzo, ya en alta mar. El cambio de pabellón y denominación *no podía ser adivinado* por los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad españolas, que, así, actuaron de buena fe, con los datos que tenían, y por ellos habían sido contrastados, habiéndose iniciado la *solicitud de autorización* de las autoridades holandesas para el abordaje del velero BARCO001 , con pabellón Holandés y número de registro NUM019 , en fecha 2 de marzo de



2006 (al día siguiente de que el mismo zarpase de Barbados) y cursada en fecha 24 de marzo de 2006 y así consta documentado a folios 4919 y 4921 del tomo XVI. En fecha 27 de marzo de 2006 se recibe en la Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Actuación Concertada, del Ministerio del Interior, fax (en inglés) con autorización de Holanda, indicando que el buque no es holandés, pero que si lleva bandera de dicho país, se autoriza la intervención. Dicho fax consta unido al procedimiento al folio 4.923 de autos. Pues bien, al día siguiente, 28 de marzo, esta información es puntualmente trasladada al Juez Instructor y así consta documentado a folios 69 a 75 de autos (concretamente al folio 74, página 6 del informe policial que tuvo entrada en el Juzgado de instrucción el mismo día 28 de marzo). Se constata cómo el Auto por el que reautoriza el abordaje es de fecha 24 de marzo (folio 49 de autos) por lo que, en la fecha en que se solicitó el mismo y éste se autorizó, los anteriores datos no obraban en conocimiento de la policía. En el momento en que se les notifica el dato de la falsedad del pabellón holandés (27 de marzo) tal dato se traslada inmediatamente al instructor, pero, puesto que el abordaje se llevó a efecto a las 5,35 horas del día 28 de marzo (madrugada del 27 al 28), conforme consta documentado en el informe policial de fecha 28 de marzo (a folios 69 a 74 de autos) y en el acta de abordaje obrante al folio 192, tal información era materialmente *imposible* que obrase en *conocimiento* de las fuerzas y cuerpos de seguridad que, desde el Buque " DIRECCION004 " de la Armada Española, materialmente lo efectuaron.

Se acredita así como infundada la acusación de actuar a sabiendas en contra del Auto de abordaje que por la defensa se vierte".

En cuanto al posterior **registro**, el Tribunal *a quo* sigue considerando que éste "fue oportunamente notificado a la Embajada de la *República Alemana* en Madrid, el mismo día 28 de marzo de 2006, interesando la oportuna autorización para su registro una vez éste se encontrase en puerto español (documentado ello a folio 4926 y 4927), obteniéndose la preceptiva *autorización* del Cónsul de la República Federal de Alemania en Madrid mediante fax de fecha 30 de marzo de 2009, que comprende "el control y registro" del buque (folio 4930 de autos), por lo que, acordado dicho registro por Auto del JIC núm. 5 de fecha 31 de marzo de 2006 (folio 131 de autos) y verificado en fecha 1 de abril de 2006 (folio 196 siguientes, original del acta, a folios 446 y siguientes del tomo II), no existe, en tal diligencia de registro la nulidad que se pretende, por lo que el hallazgo e incautación en dicho velero de 424 pastillas y 23 fardos conteniendo cocaína constituye prueba válida de cargo".

3. En la línea ya apuntada por el Tribunal de instancia, ha de abundarse en la consideración sobre el cambio de nombre y pabellón de la embarcación, precisamente, en el momento en que se efectúa, ya iniciada la singladura que habría de culminar con el transporte a Europa de la ilícita mercancía, lo que hace pensar en un propósito consciente y premeditado de *generar una deliberada confusión* acerca del pabellón. Claro es que quien provoca tal situación de confusión, no puede luego lamentarse de que no se haya procedido de determinada irreprochable manera -solicitud de la autorización correspondiente- siendo ello consecuencia de la oscuridad sembrada por él.

Por otra parte, como con acierto apunta el Ministerio Fiscal, además, todo lo establecido legalmente sobre autorización diplomática o sobre la correspondiente autorización nacional para el abordaje de buques con pabellón extranjero *no* es regulación que guarde relación con los *derechos fundamentales*, sino con el derecho internacional, el derecho del mar y las relaciones entre estados soberanos. La necesidad de esa autorización no tiene por finalidad proteger la intimidad como derecho fundamental. No tendría sentido que la "intimidad" o "privacidad" de los que viajan en un buque extranjero tuviera una tutela reduplicada. Se quieren salvaguardar otros bienes y valores muy dignos de protección pero que no tienen nada que ver con derechos fundamentales individuales. Si algo habría padecido de estimarse que se produjo esa irregularidad no sería un derecho fundamental, sino el régimen que disciplina un aspecto de las relaciones entre estados. El art. 18 de la Constitución que consagra los derechos que pueden considerarse relacionados con esa actuación, lo que exige es una autorización judicial. Sin ella habrá violación del derecho. Si lo que fallan son otras circunstancias o normativas no directamente encaminadas a la tutela del derecho fundamental, estaremos hablando de irregularidades, incluso, si se quiere, de ilegalidades (aunque se insiste en que no las hubo); pero no de atentados a un derecho fundamental. Nos movemos en un territorio ajeno a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No habrá nulidad de la prueba ni, muchísimo menos, inutilizabilidad del resto de pruebas vinculadas con aquella. Esos efectos cualificados y de intensidad reforzada solo son predicables de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Desde esta constatación se derrumba todo el edificio argumental construido por el recurrente. A este respecto, resulta de interés recordar las consideraciones vertidas en la sentencia de esa Sala Segunda de 25-10-1995; o, más recientemente, en las sentencias 1020/2005, de 19 de septiembre o, 55/2007, de 23 de enero.

Y, ciertamente, las dos últimas sentencia citadas nos dicen que "tal intervención del Estado que ejerce la soberanía sobre la embarcación en aguas internacionales, remite a las normas que regulan las relaciones entre las respectivas naciones, de acuerdo con lo dispuesto en Convenios tales como el de las Naciones Unidas de



20 de diciembre de 1988, el de Viena de 20 de diciembre de 1988 o el de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982, pero, en *modo alguno*, su finalidad es la protección o tutela de *derechos fundamentales* de carácter personal, de cuya infracción, según nuestro ordenamiento y en concreto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hubiera de derivarse nulidad probatoria alguna. Por tanto, se trataría, en todo caso, de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas".

Por tanto, el hecho de que el Auto autorizante contuviese una serie de previsiones y precauciones a los fines del escrupuloso respeto a la normativa internacional no altera el contenido de la tutela, ni convierte unas disposiciones, tendentes a disciplinar las relaciones entre Estados, en algo relacionado con un derecho fundamental.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se funda en vulneración de precepto constitucional, arts. 5.4 LOPJ y 24 CE, derecho de presunción de inocencia del art. 24 CE.

1. Para el recurrente se ha dictado sentencia sin que exista prueba de cargo que fundamente el fallo, considerando que *las declaraciones* de los hechos por los imputados Matías y José reconociendo los hechos a presencia judicial y en el acto del juicio oral, no pueden tenerse por válidas, en cuanto que éstos habían pactado con el Ministerio Fiscal la pena, a cambio de declararse culpables.

2. El invocado derecho a la presunción de inocencia implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

La alegación de su vulneración en el recurso de casación puede ir orientada a negar la existencia de prueba; a negar la validez de la existente; a negar el poder probatorio o demostrativo de la prueba existente y válida, o a cuestionar la racionalidad del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sobre las pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación:

En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica y del criterio humano y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria (STS de 3/10/2005).

3. A la luz de los anteriores presupuestos, en el presente caso se advierte que la Audiencia sí que contó con material probatorio de cargo suficiente, susceptible de valoración, que se enuncia y analiza en detalle - proclamando su desconexión de una eventual antijuricidad con cualquier diligencia de investigación previa (intervención telefónica, abordaje del velero, entrada y registro en el mismo)- en el fundamento de derecho primero, empezando por la confesión judicial, libre, y espontánea de los acusados Matías y del ahora recurrente, el mismo Roberto; y siguiendo, en el fundamento jurídico segundo, por las declaraciones del coacusado José. La propia impugnación que en el motivo casacional realiza Roberto como recurrente, parte de la realidad de tales confesiones. Sin embargo su alegato no puede ser acogido.

En efecto, el hecho de que un coimputado haya declarado buscando un trato más benigno por parte de la acusación no descalifica la valorabilidad de sus declaraciones. Exigirá tener eso en cuenta para graduar su fiabilidad. Pero nada más. Y en este caso sopesar ese dato para nada enturbia la credibilidad de esos testimonios inculpatorios de dos co-imputados avalados por múltiples datos reconocidos por el recurrente y entre ellos su propia aceptación de los hechos en una declaración judicial realizada con todas las garantías.

Sobre este tema varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de probanza. El hecho de que se deriven beneficios penológicos de esa declaración, ha de ser tomado en consideración pero no necesariamente puede llevar a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. La búsqueda de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado como demuestra la existencia del art. 376 del Código Penal. Solo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir una falta de credibilidad. El



Tribunal Constitucional viene afirmando que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (autos 1/1989, de 13 de enero, o 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente esa Sala Segunda ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (sentencia de 14 de febrero de 1995. En esa misma dirección abundan las sentencias de 17 de junio de 1986, 29 de octubre de 1990, 28 de mayo de 1991, 11 de septiembre de 1992, 25 de marzo de 1994, 23 de junio de 1998 o, la más reciente, la nº 279/2000, de 3 de marzo). La decisión de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2004 , recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda.

Consecuentemente el motivo ha de ser desestimado.

Recurso de D. Matías :

Atribuyéndosele ser uno de los dos miembros de la tripulación del motovelero de casco de acero y de 15 metros de eslora, " BARCO001 ", en el que, el 1-3-06, por cuenta del coprocesado José , desde la Isla de Barbados, inició la travesía con destino, primero al puerto de Falmouth (Reino Unido), y finalmente al de Amsterdam, llevando 23 fardos de tela y 424 paquetes sueltos de cocaína, con un peso bruto de 1.022 Kgs. de cocaína (1.003.48000 grs. netos), con una pureza del 81 05%, habiendo sido abordado en 28-3-06 por la patrullera de la armada española " DIRECCION004 ", fue condenado como autor de un delito de tráfico de drogas de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y extrema gravedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de 11 años y 3 meses de prisión, y 2 multas de 37.000.000 euros, comiso y pago de costas.

TERCERO.- El primer motivo se configura, al amparo del art. 851.2 LECr ., por quebrantamiento de forma, por no resolverse en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de la defensa.

1. El recurrente mantiene que su defensa expuso por vía de *informe* , no que el velero no estuviera en condiciones de navegar, ya que desarrolló la mayor parte del recorrido, sino que no estaba en condiciones para realizar esa concreta travesía, ya que su finalidad era llegar a costas holandesas, y se encontró a la deriva en aguas internacionales. Así el velero podía haber cruzado el Mediterráneo pero no estaba en las condiciones técnicas necesarias para adentrarse en el Atlántico, donde las inclemencias meteorológicas son mayores, y llegar a costas holandesas. Los funcionarios que realizaron el abordaje explicaron la situación del mar, y el estado y condiciones de la embarcación con las velas destrozadas y los motores estropeados, de modo que llegaron a salvar la vida de la tripulación del velero. Siendo así, resulta un caso de **tentativa** -sobre lo que la Sala de instancia no se ha pronunciado- ya que la embarcación no hubiera llegado a puerto, por causas ajenas a la voluntad de sus tripulantes y a la intervención policial, sino por el estado de la embarcación y las condiciones de la mar.

2. Obviando el grave defecto, confesado por la parte -y sólo tolerado cuando se trata de alegación de derechos fundamentales-, de introducir en su informe en el juicio oral un contenido novedoso y distinto del concretado en sus conclusiones definitivas, tal como ordena el art. 737 de la LECr ., en relación con los arts. 732, 652, 650 y 649 del mismo texto legal, ya que de admitirse se conculcaría el principio de igualdad de partes, puesto que las acusaciones ya no podrían responderle, fuera de la estricta "rectificación de hechos y conceptos", prevista en el art. 738 de la LECr .; y habiéndose de precisar que la incongruencia omisiva, que prevé el art. 851.3 (no 851.2) de la LECr., se predica respecto de pretensiones de las partes y no respecto de meros argumentos; hay que negar que la Sala de instancia haya ignorado la aludida cuestión que resuelve implícitamente al menos.

Así, el Tribunal *a quo* , en el fundamento jurídico octavo, señala que "respecto de la alegación de *que no existe <buque>* pues el BARCO001 (posteriormente llamado DIRECCION003) no estaba en condiciones de llegar a puerto cuando fue abordado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y no estaba capacitado para el transporte de grandes cantidades de drogas, es alegato que no puede ser atendido por la propia evidencia de que el motovelero de acero, de 15 metros de eslora, había efectuado, en el momento que fue abordado, prácticamente la totalidad del trayecto transoceánico previsto por los procesados. Que cuando se produjo el abordaje se encontraba, en efecto con las *velas rasgadas* , se acredita por la testifical en el acto del juicio de los funcionarios policiales que intervinieron en el abordaje, pero, el hecho de que los tripulantes del velero fuesen sorprendidos por una tormenta, y el hecho de que no supiesen efectuar las necesarias maniobras para eludir la rotura del velamen, constituye impericia de los navegantes, que no imposibilidad del buque para verificar la travesía, estando acreditada la aptitud para ello por el hecho incontrovertido de que la travesía se había ya efectuado en su práctica totalidad. La aptitud para la carga de más de una tonelada de cocaína se acredita por el hecho material de que la carga fue hallada en el interior del barco, y que éste había atravesado el océano con ella. Tales alegatos han de ser, así, desestimados".



Además, hay que tener en cuenta que, en ningún momento se habla de travesía del Mediterráneo, sino del Océano Atlántico, y que no se trata de un simple velero deportivo, sino de un *motovelero*, de sólido casco de acero, dotado como elemento propulsor no sólo de velamen, sino también de un motor, con una potencia de 81 Kw, según su registro oficial (fº 5351), cuyo funcionamiento se constata cuando informa la tripulación de presa, que esta a punto de llegar tal embarcación por sus medios, a motor y a escasa velocidad por el estado de la mar, a la Base Naval de Marín (fº 268).

De otra parte, la cuestión que se plantea es *irrelevante*. Aunque se llegase a la conclusión de que la misión proyectada no hubiese podido ser culminada por las condiciones idóneas de la embarcación, no estaríamos ante un delito en grado de tentativa. El delito quedó *consumado mucho antes*. Al menos en cuanto quedó a disposición de los condenados la sustancia estupefaciente. Ya estaríamos entonces ante un delito contra a salud pública de extrema gravedad (art. 370), pues la consumación no exige ni que la sustancia llegue a los consumidores últimos, ni que el transporte planeado se haya culminado. Basta con actos tendentes a facilitar ese consumo ilegal de sustancias estupefacientes o con la posesión con ese propósito, aunque no se haya podido alcanzar. El debate que propone el recurrente es estéril. La excepcional admisión de los delitos del art. 368 en grado de tentativa, exige, en todo caso, que no haya existido disponibilidad de la sustancia en ningún momento y eso no se puede predicar de los hechos aquí enjuiciados.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- Como segundo motivo, al amparo del art. 849.1 LECr., se alega infracción de ley, e inaplicación indebida del art. 16.1 CP, al no calificarse los hechos en grado de tentativa.

1. Se viene a insistir ahora, por esta vía, en que se debía haber calificado los hechos como *tentativa*, puesto que, a tenor de la prueba practicada, no existía riesgo para el bien jurídico protegido, ya que era materialmente imposible que la sustancia estupefaciente alcanzara las costas holandesas o inglesas, encontrándose la embarcación a la deriva en el momento de la intervención policial.

2. El motivo está ya contestado con lo dicho con respecto al anterior. El delito contra la salud pública es de consumación anticipada y no exige que la sustancia llegue al destino último, ni que algún consumidor acceda a ella. Desde que existe la posesión de la sustancia y unas previsiones de comercialización -que se alcanzarán o no- estaremos ante un delito consumado.

En efecto, esta Sala II del Tribunal Supremo tiene dicho hasta la saciedad que no cabe tentativa, a pesar de la imposibilidad de disponer de la droga o alcanzar su destino, cuando el sujeto agente que debe hacerse cargo de la misma se hallaba de algún modo concertado con los remitentes o había *participado* en actividades tendentes a la *obtención y transporte* de la mercancía o bien cuando era el destinatario de la misma, y ello sin perjuicio de que el porteador o transportista sea una persona física o se lleve a cabo a través de un paquete que transporta una empresa pública o privada destinada a tal actividad mediadora (Cfr. SSTs núm. 1415, de 28-10-2005; núm. 1365, de 22-11-2005; núm. 919, de 4-10-2006; núm. 77, de 7-2-2007; núm. 94, de 14-2-2007; núm. 426, de 16-5-2007; núm. 697, de 17-7-2007; núm. 205, de 24-4-2008; núm. 208, de 24-4-2008; núm. 526, de 21-7-2008; de 30-9-2009, nº 954/2009; y de 13-5-2010, nº 441/2010).

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El tercer motivo se formula, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de ley y del art. 66.1.6 CP, al no motivarse la aplicación de la pena, con agravio comparativo con respecto al copenado Roberto.

1. El recurrente critica que la sentencia diga que atendiendo a la implicación de ambos tripulantes procede imponer a cada uno de ellos la pena de 11 años y medio (sic), a pesar de la mayor implicación de Roberto, quien, como demostró la prueba, tuvo todos los contactos verbales y telefónicos con José, compró el velero y lo patroneó. En cambio, Matías sólo realizó labores de apoyo a Roberto durante la travesía.

2. Utilizando el mismo argumento comparativo que blande el recurrente, si se compara su conducta (larga travesía en una embarcación; en un papel secundario pero bien retribuido y colaborando activamente para introducir en el mercado europeo 1.022 kgs. de cocaína) con otras que no pueden merecer una pena inferior a nueve años y un día (transporte de 751 grs. de cocaína al servicio de un principal y percibiendo por esa labor una escasa retribución, y además en un estado de precariedad económica e impulsado por la necesidad de obtener fondos para satisfacer la propia adicción), se podrá pensar que once años y tres meses (menos de lo solicitado por el Ministerio Público) es una pena demasiado baja y que no marca suficiente distancia con los nueve años y un día que corresponderían a esa conducta mucho menos grave (transporte de una cantidad más de mil veces inferior). Y es que los argumentos por comparación no suelen ser muy afortunados en esta materia. Si se tiene en cuenta que al recurrente se le podrían haber impuesto legalmente más de veinte años de prisión (art. 370) se entiende enseguida que buscar la duración de once años y tres meses, *cuando el mínimo legal era de nueve años y un día*, es una decisión proporcionada que responde a parámetros de racionalidad, atendiendo



a la ya reseñada imposibilidad de fijar un único *quantum* procedente. La individualización penológica no es una operación aritmética y hay un margen de discrecionalidad confiado al juzgador de instancia que, salvo que sea irrazonable, ha de respetarse.

La queja en cuanto a la falta de motivación en la *individualización final* de la pena puede tener formalmente más sustento. La sentencia no hace valoración específica destinada a justificar el incremento sobre el mínimo legal. Aunque es tan obvio que los hechos tienen una gravedad suficiente para no ir a los mínimos, que se hacía más necesario *explicar* por qué no se suben dos grados, que indicar por qué después de subir un grado se busca una duración que supera al mínimo legal. En ese sentido formal puede asistir la razón al recurrente tachando de imprecisa e insuficiente esa motivación en cuanto al incremento de dos años y tres meses frente a los nueve años y un día que representarían el mínimo del arco penológico posible del tipo por el que la Sala castiga.

El art. 66 previgente y el actual art. 72 del Código Penal obligan, ciertamente, a una motivación de la individualización judicial de las penas. Pero en ocasiones, esa *motivación* puede estar *implícita*. No existen reglas para fijar con exactitud la extensión elegida. La motivación no ha sido exteriorizada como sería exigible, pero se puede desprender *del conjunto* de la sentencia. La necesidad de reservar unos espacios penológicos para conductas menos graves (estamos ante un caso en que la cantidad transportada es altísima y en la que se ha hecho un manejo de medios por encima de lo habitual), es también *justificación* de esa elevación frente al mínimo posible.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEXO.- Como cuarto motivo, al amparo del art. 849.1 LECr , se plantea la existencia de infracción de ley, y del art. 21.6ª CP , por inaplicación de la atenuante analógica, en relación con la atenuante de confesión del art. 21.4ª .

1. Considera la parte que se le debería haber aplicado la circunstancia atenuante analógica como muy cualificada, ya que, de manera espontánea y voluntaria, confesó los hechos, indicó el lugar donde se encontraba oculta la sustancia estupefaciente, relató a la Policía el nombre de la persona a la que iba destinada la droga y había organizado la operación. Los testigos funcionarios de Policía así lo confirmaron en el juicio y la propia sentencia da por acreditados hechos basándose en las propias declaraciones del recurrente.

2. En relación a la atenuante de confesión del art. 21.4ª CP , la jurisprudencia de esta Sala, manifestada, entre otras, en las sentencias 1057/2006, de 3-11, y 164/2006, de 22-2, con cita de las de 3-10-98, 21-5-2000, 15-3-2000, 19-10-2000, 7-6-2002 y 2-4-2003 , ha puesto de relieve que la razón de la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos.

En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS de 21-3-97), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación.

Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, pues sólo puede verse favorecida con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación; rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (SSTS de 22-1-97 y de 31-1-2001).

3. En un motivo como es el basado en *error iuris* hay que atender a cuanto se señala en los hechos probados de la sentencia recurrida. Sin embargo, nada se precisa en ellos que sirva para fundar la atenuante reclamada. Por el contrario, la sentencia de instancia *rechaza expresamente* , en su fundamento jurídico décimo séptimo, lo que llama "confesión tardía" de los "tripulantes de la embarcación, Roberto y Matías , quienes aceptaron la evidencia de su conducta ante el abordaje de la nave que, cargada de cocaína, pilotaban desde Sudamérica con destino a Europa. La falta de precisión del lugar donde se ocultaba la droga determinó que fuese preciso, una vez el barco en el puerto de Marín, continuar una más minuciosa diligencia de registro, por la tarde, encontrándose, finalmente, SIN INDICACIÓN DE NINGUNO DE LOS DETENIDOS, el habitáculo estanco, en la cubierta de popa, bajo la lancha salvavidas, en el que la cocaína se encontraba. Así consta documentado a folio 524 de autos, donde se encuentra documentada el "ACTA DE REANUDACIÓN DE ENTRADA Y REGISTRO". El reconocimiento en su declaración judicial de los hechos, una vez abortada la operación e incautada la droga, así



como el teléfono satelital mediante el que se mantenían en contacto con José , no aportó información alguna de relevancia para el esclarecimiento de los hechos, por lo que la atenuante alegada no puede ser apreciada".

4. En realidad, parece que más que una atenuante analógica se busca una atenuante incompleta de confesión "tardía", lo que es tanto como negar uno de los requisitos establecidos como esenciales en el art. 21.4 del Código Penal . Admitir sin más eso como atenuante analógica significaría tanto como suprimir ese requisito del art. 21.4 .

El recurrente acepta su responsabilidad cuando ya habían sido descubiertos los hechos y era absolutamente inútil tratar de ocultarlos. Indicar que hay otros responsables es una evidencia que, además, sirve para disminuir su propia responsabilidad: está relatando hechos que le benefician. Falta uno de los elementos básicos de que la autoridad o sus agentes hayan detectado la conducta delictiva y vayan a actuar frente al autor. Que la confesión no tenga que estar alentada por un sentimiento de arrepentimiento, según ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, no significa que haya de prescindirse de su voluntariedad y espontaneidad. Una confesión en cuya génesis sólo se encuentra la resignación ante lo que ya es irremediable, no puede dar vida a una atenuación por no existir fundamento para el menor reproche penal (entre otras, sentencia 1619/2000, de 19 de octubre). Acudir a la atenuación analógica con una fórmula que, aunque en ocasiones ha sido reprobada (sentencia de 18-10-1999), puede ser admitida en supuestos excepcionales cuando la confesión va seguida de una colaboración relevante (sentencia 929/1998, de 13 de julio) o buscar, basándose en esa confesión, el amparo del art. 21.5º (donde, en todo caso, difícilmente encaja esa colaboración), exige que se hayan derivado ciertos beneficios objetivos para la averiguación de la implicación de otras personas, que no se hubiesen alcanzado sin esa revelación.

En materia de delitos contra la salud pública no es fácil construir una atenuante basándose en ese tipo de colaboración y menos cualificada. A través de ese expediente se estarían burlando las exigencias del art. 376 del Código Penal que impone una serie de condicionantes muy estrictos para que la penalidad pueda ser rebajada en uno o dos grados.

La actuación del acusado puede ser valorable pero agota su limitada eficacia en el juego que pueda tener por la vía del art. 66 CP .

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El quinto motivo se articula, al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción de ley, y del art. 370.3 CP , por aplicación indebida de la extrema gravedad.

1. Rechaza el recurrente la aplicación de esta agravante específica, diciendo que la propia sentencia lo trata como un mero tripulante, no pudiendo detentar un puesto de jefe, capitán o encargado de la operación; y que la agravante de utilización de buque no puede ser atendida ya que su adquisición excedía del ámbito de su dominio; y quedando ceñido el ámbito de su conocimiento de la operación a la aceptación del traslado de la carga, tal como se pone de relieve en la propia sentencia.

2. Lo primero que hay que advertir es que el motivo se formula por infracción de ley y sólo apto, por tanto, para servir de cauce al reproche de posibles defectos de subsunción, a partir de lo que resulte de los hechos probados. Siendo así debe repararse en que el subtipo agravado objeto de discusión, consistente en la extrema gravedad de la conducta, resulta determinado, por la calidad y cantidad de lo transportado y por la funcionalidad del medio usado a tal efecto (Cfr. STS de 19-4-2010, nº 317/2010).

En nuestro caso el *factum* recoge en su narración ambos elementos. Y la sentencia recurrida en su fundamento jurídico octavo destaca la aptitud del *buque* "para la carga de más de una tonelada de cocaína, acreditada por el hecho material de que la carga fue hallada en el interior del barco, y que éste había atravesado el océano con ella".

También hay que decir -como hace más adelante la sentencia-, que "la *cantidad de cocaína* reducida a su estado de pureza alcanza los 813.320 gramos, lo que excede de los 750 gramos que viene considerando la Sala Segunda del Tribunal Supremo como límite a partir del cual procede estimar esta agravación específica del art. 369 CP (y, consecuentemente, de los 750.000 gramos que resulta de multiplicar por 1.000 dicha cuantía, para la obtención de las conductas de extrema gravedad del artículo 370 CP), incluso teniendo en cuenta la variación de más/menos 5%, sobre la que informaron los peritos en el juicio oral como posible error en orden a la determinación del grado de pureza, y que, además, es el margen de error habitualmente establecido por la jurisprudencia".

Así pues, evocando el acuerdo de pleno de este Tribunal, de 25 de noviembre de 2008, hay que afirmar que el medio empleado fue un velero con propulsión también a motor, con la capacidad de carga precisa para desplazar una mercancía de esas características y hacerlo a través del Atlántico con eficacia. Circunstancias



del caso plenamente asumidas por los dos acusados, únicos tripulantes del motovelero, cuya ignorancia al respecto no puede ser alegada.

Si como se desprende del art. 370, 3 CP, bastaría una de estas circunstancias para fundar la aplicación del precepto, la concurrencia de las dos hace que la opción interpretativa que se cuestiona sea ciertamente inobjetable. Y el motivo tiene que desestimarse.

Recurso de D. José :

Se le atribuye dedicarse, desde hace más de diez años, al tráfico internacional de estupefacientes, introduciendo en Europa ingentes cantidades de cocaína desde Sudamérica, contratando la tripulación y utilizando el motovelero de su propiedad, de casco de acero y de 15 metros de eslora, " BARCO001 ", y haber dispuesto que el 1-3-06, desde la Isla de Barbados, se iniciara la travesía con destino, primero al puerto de Falmouth (Reino Unido), y finalmente al de Amsterdam, llevando 23 fardos de tela y 424 paquetes sueltos de cocaína, con un peso bruto de 1.022 Kgs. de cocaína (1.003.48000 grs. netos), con una pureza del 8105%, habiendo sido abordado el buque en 28-3-06 por la patrullera de la armada española " DIRECCION004 ". Se le imputa también poseer diversos documentos de identidad a nombre de otras personas a los que había colocado su fotografía, y poseer en su domicilio una pistola Walter, cal. 9 mm corto, careciendo de licencia para ello. Fue condenado como autor de un delito de tráfico de drogas de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y extrema gravedad, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a las penas de 16 años, 10 meses y 16 días de prisión, y 2 multas de 37.000.000 euros, comiso y pago de costas. Como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, fue condenado a las penas de 2 años y 6 meses de prisión, accesorias, comiso y costas. Y como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial, fue condenado a la pena de 2 años de prisión y multa de 10 meses, con cuota diaria de 6 euros, accesorias, comiso y costas.

OCTAVO.- Como primer motivo, se plantea, al amparo de los arts. 852 LECr., 5.4 LOPJ, vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, y los derechos a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa y deber de motivar las resoluciones judiciales, en relación con los arts. 24.1, 24.2 y 120 CE.

1. El recurrente entiende que la Policía, en su solicitud al Juez para que autorizara la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, omitió datos, como su fuente de conocimiento, exponiendo que el destino de la droga era "nuestras costas", cuando era Holanda, no pudiendo invocarse el principio de universalidad. Y que torticeramente manifestó únicamente sospechas o meras conjeturas en lugar de datos objetivos, lo que induce a pensar que ya había teléfonos escuchados sin orden judicial; y que, consecuentemente, la resolución judicial carece de la necesaria fundamentación. Por ello la medida es nula e igualmente todas las pruebas derivadas, incluida la confesión del acusado.

2. A pesar de lo que dice y de lo que insinúa el recurrente sus objeciones han de ser rechazadas. No sólo el art. 23 de la LOPJ hace inútil intentar arrojar dudas sobre la competencia del instructor, sino que además en esos momentos de la investigación nada hacía pensar fundadamente que el destino de la embarcación no fuese España, y menos aún que fuese Holanda. Por otra parte, aparecían implicadas personas con residencia en España. No podía entenderse actitud judicialmente correcta la de abstenerse de toda intervención, o la de remitir a los solicitantes a las autoridades holandesas cuya vinculación con los hechos era mucho más débil que la que pudiera tener la jurisdicción española. Por fin que el destino de la embarcación no fuesen las costas nacionales no desmiente el dato más seguro de que la intención de los autores era comercializar la sustancia fundamentalmente en España.

Tiene razón el recurrente al afirmar, invocando la sentencia de esta Sala Segunda 737/2009, de 6 de julio que la autorización para efectuar escuchas de las comunicaciones privadas necesita que el Juez verifique previamente la presencia de unos **indicios** constatables por un tercero y no meras afirmaciones apodícticas de sospecha. La inicial solicitud de intervención telefónica se apoya en este caso en unas informaciones procedentes de servicios policiales internacionales. Los detalles que se aportan y su origen otorgan fiabilidad a la información. La credibilidad de esas informaciones se ve reforzada y apuntalada por la comprobación policial de la certeza de los datos expuestos y por la constatación de que uno de los números telefónicos que se habían facilitado había aparecido ya en otra investigación por delitos de tráfico de estupefacientes, lo que es un elemento significativo. Es verdad que nada se apunta sobre el último origen de las fuentes de conocimiento, su identificabilidad, su verosimilitud y el origen de su noticia. Pero también lo es que el cauce por el que se accede a la información -servicios policiales internacionales- merece por sí una cierta fiabilidad y que la información es corroborada en algunos de sus datos y enriquecida con otros. Por otra parte, la ilicitud de una actuación a efectos de declarar la inutilizabilidad de unas pruebas, ha de acreditarse. No basta con lanzar infundadas sospechas o acusaciones de que una actuación policial -obtención de números de teléfonos- ha



podido ser ilícita. Por eso, no es aceptable la insinuación de que los teléfonos estaban ya intervenidos antes de la autorización judicial, lo que supone tanto como imputar un delito a los agentes actuantes que han de gozar del amparo que brinda la presunción de inocencia en la misma medida que el recurrente.

Las informaciones sobre las que se basa la solicitud policial se remiten, en definitiva y en su origen, con gran probabilidad, a las fuentes confidenciales. Eso es por sí un dato objetivo que, en su caso, podría justificar una intervención telefónica. En principio no basta con una desnuda remisión a ese tipo de fuentes para cumplir los cánones mínimos que exigen la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Pero para que unas informaciones, anónimas en su origen, puedan servir de base para una intervención telefónica, es absolutamente necesario que se tenga constancia de la identidad de la fuente. Será suficiente con proporcionar un mínimo de elementos que permitan graduar su fiabilidad y la consiguiente verosimilitud de esa "información". En el presente caso, no estamos ante esa mera información anónima que, por otra parte, aporta una serie de detalles que dotan de mayor credibilidad a la fuente. Hay que tener en cuenta que la información es objeto de contraste, que se comprueba la realidad de muchos de los datos externos aportados (entre ellos parece elemental suponer que se confirmó la salida de la embarcación), y que se descubren nuevos elementos que hacen pensar en la credibilidad de la información. Más en casos como el presente en que esa noticia ha pasado el filtro de unos servicios policiales de otro país. Además, posteriormente la unidad policial que recibe la noticia maneja esa información para corroborar algunos de sus datos.

En la somera investigación que se inicia, amén de comprobarse la realidad de los datos externos aportados, se descubren nuevos elementos que hacen pensar en la fiabilidad de la información (relación de uno de los teléfonos con anteriores operaciones de narcotráfico sin que dada la finalidad de ese dato -corroborar otros a efectos de una investigación y autorización de intervenciones telefónicas- fuese preciso en ese momento una acreditación documental: no hay motivos para dudar de la veracidad de la información policial que, además, era susceptible de ser contrastada con suma facilidad, lo que hace absurdo dudar por sistema de ella).

La sentencia de instancia vino, en esta línea, a rechazar, en su fundamento de derecho tercero, las pretensiones del recurrente; y, en el cuarto, la también pretendida falta de *competencia del instructor* para autorizar las intervenciones y así, después de exponer el iter temporal del proceso de conocimiento de la salida del barco, cargado de cocaína, desde Barbados, tripulado por alemanes domiciliados en España, concluye "Que el velero, cuya noticia era que se dirigía a las costas europeas con un cargamento de cocaína, era presumible se dirigiese a las costas españolas, no es, como afirma la defensa, una afirmación gratuita, pues, los dos tripulantes que lo pilotaban, aunque de nacionalidad alemana, tenían, ambos, sus domicilios en España y, las comunicaciones que se habían podido detectar de tales tripulantes lo era con teléfonos móviles correspondientes a terminales y líneas españolas, por lo que la inferencia policial no se aprecia como irrazonada ni irrazonable, por lo que, a priori, la competencia de las autoridades españolas aparece como plenamente justificada. Ha de afirmarse, así, la inicial competencia del Juzgado Central de Instrucción en servicio de guardia por lo que la alegada nulidad de la instrucción verificada ha de ser rechazada".

Con tal base, pues, puede concluirse que la autorización judicial no se asentaba en el vacío, o en una simple noticia confidencial anónima ayuna de toda corroboración.

3. También solicita el recurrente la nulidad de las demás pruebas, incluida su propia confesión, como derivadas de la que reputa ilícita.

La eventual nulidad de las intervenciones -que como hemos visto no es tal- no arrastraría en su efecto invalidante ni a las declaraciones de los co-acusados (que achacan a este recurrente un papel protagonista en la travesía), ni a las declaraciones suyas realizadas en el acto del juicio oral (folios 220 y siguientes del Rollo de Sala) que por sí solas servirían de fundamento para la condena. Esas declaraciones están vertidas en el plenario, en un momento en que el recurrente cuenta con la plenitud de asistencia para su defensa; con conocimiento de todas las vicisitudes de la instrucción. Ni siquiera desde la exégesis más generosa y amplia de la teoría de los frutos del árbol envenenado, podría irradiar a ella la supuesta ilicitud de las escuchas.

A mayor abundamiento, si se observa con atención la secuencia de las conversaciones telefónicas y los resultados que van arrojando se comprobará enseguida que los elementos básicos que determinaron el abordaje de la embarcación obraban ya antes de las intervenciones telefónicas: la noticia de que había partido con un importante cargamento de cocaína desde las Barbados. Las conversaciones telefónicas intervenidas sólo sirven para confirmar el viaje, no la naturaleza del cargamento. De ahí puede deducirse que con intervenciones o sin intervenciones, el abordaje se hubiese acordado (y había base para realizarlo) y tal abordaje estaba justificado no por los resultados de las intervenciones.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.



NOVENO.- El segundo motivo se formula, al amparo del art. 849.1 LECr , por infracción de ley, y del art. 369.1.2ª CP , por aplicación indebida de la organización criminal.

1. Se sostiene que del relato de hechos sólo resulta un acuerdo de voluntades entre José , dueño de la partida de cocaína que precisaba transportar de América a Europa, de un lado, y los otros dos coimputados de otro, que previo acuerdo de contraprestación económica, 150.000 euros, y material, el traspaso del velero, accedieron a dicho transporte, sin que conste el concurso de más personas, ni siquiera los que suministraran a José la droga, ni si alguien colaboró en la carga de la misma; constando, en cambio la presencia de José en Surinam, controlando la reparación y preparación del buque y, también, en el puerto de destino en Ámsterdam, donde esperaba la llegada del barco, lo que denota la ausencia de infraestructura, resultando así carente de base la afirmación de la fundamentación jurídica de que contaba en Holanda con personas para recibir la mercancía y distribuirla con posterioridad.

2. Ciertamente, el subtipo agravado de pertenencia "a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir las sustancias tóxicas aun de modo ocasional", previsto en el art. 369.1.2ª CP , ha tratado de ser delimitado por la jurisprudencia y -como recordábamos en nuestra STS de 3-7-2009, nº 749/2009 -, así se ha venido precisando que: "los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo, el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una "empresa criminal" (SSTS de 19-1 y 26-6-95; 10-2 y 25-5-97; y, 10-3-2000).

Otras resoluciones (SSTS 899/2004, de 8-7; 1167/2004, de 22-10; y, 222/2006) sintetizan los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido.

Respecto a éste último punto como el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinquencia. Cabe incluso la organización constituida *para una operación específica* , siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una "empresa criminal" (sentencias de 25-5-1997 ó 10-3-2000).

La organización imprime mayor gravedad porque implica la concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones; pero este elemento no se da en la adopción de *papeles subordinados* , definidos y coordinados por la organización . En el caso (como dice la STS de 20-7-2006, y recuerda la STS de 27-1-2009, núm. 16/2009), de los que sólo cooperan en un aspecto puntual y preparatorio, aunque sea importante, estos elementos no concurren. Es preciso considerar la analogía estructural que existe entre la organización delictiva y la empresa, y no forman parte de la empresa los que sólo hacen aportaciones puntuales.

Conocida jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTS de 24 de junio de 1995, de 10 de marzo de 2000 y de 12 de junio de 2001) tiene declarado que existe organización para delinquir cuando se acredite la concurrencia estable de una pluralidad de personas, dotadas de una articulación interna, con reparto, normalmente jerarquizado, de papeles y la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

La concurrencia de un conglomerado de personas estructurado para llevar a cabo de manera eficaz una actividad, sugiere, al menos en principio, una forma de organización, y, desde luego, no improvisada ni ocasional, dada la envergadura de la operación y la importancia de los medios empleados (STS de 18-9-2002, núm. 1481/2002).

Ahora bien (Cfr. STS de 23-1-2003, núm. 57/2003), para evitar una desnaturalización de lo que se ha de ser entendido como organización -dado el carácter de ocasional y transitoria que se requieren para la agravación-,



esta Sala ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso *cártel* que opera internacionalmente, como al grupo que opera en un *barrio* y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad. Por ello, se ha dicho por esta Sala, debe ser interpretada restrictivamente para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica. No puede olvidarse la acepción que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Organización significa "establecer o reformar una cosa, sujetado a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo".

La jurisprudencia en interpretación de esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización.

La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación (SSTS de 30-6-92, 5-5-93, 21-5-97, 4-2-98, 28-11-01). La existencia de personas, aún coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto aliud y plus, frente a la mera codelinquencia (Cfr. STS de 25-2-97, 4-2-98, y de 1-3-00).

3. Sin perjuicio de que en alguno de sus extremos pueda tener razón el recurrente, a la vista de los parámetros jurisprudenciales expuestos, tal como viene a reconocer el propio Ministerio Fiscal, el debate que plantea el primero carece totalmente de practicidad.

El recurrente ha sido condenado por el subtipoagravado previsto en el art. 370.3º del Código Penal que subsume los subtipos del art. 369. Y la aplicación de tal precepto no se basa en que el recurrente sea el Jefe de una organización, sino en la cantidad de droga y el empleo de una embarcación que puede ser catalogada como "buque". Bastaría una de esas circunstancias para atraer la penalidad prevista en el art. 370. Si sobre esa pena -superior en uno o dos grados- proyectamos la argumentación que realiza la Sala para optar por la doble agravación (pág. 63) que se fija en el papel protagonista de José (fue el organizador de la operación, que daba a los otros las correspondientes órdenes y directrices), tendremos que es indiferente que se aprecie o no el subtipo del art. 369.2º. Estemos o no ante una organización en el sentido de tal tipo legal, será aplicable -en eso se incidirá al tratar el siguiente motivo- el art. 370, y por los factores concurrentes en este procesado es opción penológica legítima y justificada, la elección de la pena superior en dos grados. Nótese que la argumentación individualizadora de la Sala habría de ser necesariamente la misma aunque se hubiese prescindido del art. 369.1.2ª. De hecho para los otros dos condenados se ha optado por imponer la pena superior en un solo grado a pesar de apreciarse, también para ellos, la agravante de "organización". Y es que el hecho de ser "organizador" y director principal de la operación, son datos que no son coincidentes necesariamente, con tal subtipo agravado. A ese elemento individualizador cabría añadir otros como los derivados de las actividades de "autoblanqueo" llevadas a cabo por el recurrente y descritas en la sentencia a efectos de incriminar a otro acusado.

En consecuencia, es de aplicación al caso la teoría de la pena justificada, dado que el error de calificación no guarda relación de causalidad con el fallo y, por lo tanto, no puede entenderse que se ha infringido una ley penal (Cfr. STS de 31-7-2009, nº 881/2009).

El motivo ha de ser desestimado.

DÉCIMO.- Como tercer motivo, al amparo del art. 849.1 LECr., por infracción de ley, y del art. 370.3 CP, por aplicación indebida de la extrema gravedad.

1. Sostiene el recurrente que, aplicados los márgenes de error en el pesaje de la **cantidad** aprehendida, resulta una cantidad de 724.989.213 gramos puros, menor de los 750.000 grs. exigidos jurisprudencialmente para la agravación. Por otra parte, que aún obviando los márgenes de error, resultando una cantidad neta de 813.32054 grs., existen precedentes jurisprudenciales que aún en cantidades superiores, no aplican la hiperagravación. Y que, en todo caso, siendo el acuerdo plenario de la Sala Segunda de 25-11-08 fijando el referido criterio, el mismo no se puede aplicar retroactivamente, en contra del reo, a hechos de 2006.

Y en cuanto la utilización de **embarcación**, en el caso no consta más que su eslora de 15 metros, es decir, su longitud de proa a popa, pero ningún otro dato o característica, como si tiene cubierta, casco rígido, su estado, camarotes, plantas, peso, potencia, capacidad de carga, dotación de cocina, su estado y capacidad para navegar.

2. Ya dijimos, con relación al motivo quinto del correcurrente Matías, que lo primero que hay que advertir es que el motivo se formula por infracción de ley y sólo apto, por tanto, para servir de cauce al reproche de posibles defectos de subsunción, a partir de lo que resulte de los hechos probados. Siendo así debe repararse en que el subtipo agravado objeto de discusión, consistente en la extrema gravedad de la conducta, resulta



determinado, por la calidad y cantidad de lo transportado y por la funcionalidad del medio usado a tal efecto (Cfr. STS de 19-4-2010, nº 317/2010).

En nuestro caso el *factum* recoge en su narración ambos elementos. Y la sentencia recurrida en su fundamento jurídico octavo destaca la aptitud del **buque** "para la carga de más de una tonelada de cocaína, acreditada por el hecho material de que la carga fue hallada en el interior del barco, y que éste había atravesado el océano con ella".

Sentencias de esta Sala, como las núm. 577/2008, de 1 de diciembre, y de 4-6-2010, nº 501/2010, reflejando los requisitos que aquélla establece, acordes con lo convenido en el Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, agrupan como notas propia del "buque" a los efectos jurídico-penales que examinamos, que:

- a) Es una embarcación que tiene cubierta (definida ésta por la Real Academia española como "cada uno de los pisos de un navío situados a diferente altura y especialmente el superior"); cuenta con medios de propulsión propios y es adecuada para navegaciones o empresas marítimas de importancia.
- b) Es una embarcación que tiene una capacidad de carga relativamente grande.
- c) Es una embarcación que se usa como medio específico de "transporte" de la sustancia estupefaciente.
- d) Es una embarcación apta para culminar con mayor facilidad el transporte de la mercancía ilícita, mediante la realización de una travesía de cierta entidad.

En nuestro caso, elementales conocimientos teóricos y prácticos náuticos, a los que no se puede ser ajeno, revelan que un velero de la eslora descrita en el *factum*, salvo que se trate de un barco especialmente destinado a regatas costeras de élite, con singladuras que sólo duran horas, donde se sacrifica toda comodidad en aras de la velocidad (Americas Cup, por ejemplo), dispone de camarotes, cocina y WC; y, siempre, de pañoles, tambuchos o de espacios para alojar velas, cabullería, y demás piezas de la jarcia fija o de labor, de recambio o respeto, así como de depósitos de agua y de combustible y alojamientos de las anclas y del motor o motores principales o auxiliares, y del reglamentario equipamiento de salvamento.

Y recordemos que, en relación con el primer motivo de Matías, ya dijimos que la embarcación que nos ocupa no es un simple velero deportivo, sino de un **motovelero**, de sólido casco de acero, dotado, como elemento propulsor, no sólo de velamen, sino también de un motor, con una potencia de 81 Kw, según su registro oficial (fº 5351), cuyo funcionamiento se constata cuando informa la tripulación de presa, que esta a punto de llegar tal embarcación por sus medios, a motor, y a escasa velocidad por el estado de la mar, a la Base Naval de Marín.

Así pues, evocando el acuerdo de pleno de este tribunal, de 25 de noviembre de 2008, hay que afirmar que el medio empleado fue un velero con propulsión también a motor, con la capacidad de carga precisa para desplazar una mercancía de las características dichas y hacerlo a través del Atlántico con eficacia.

También hay que decir -como hace más adelante la sentencia- que la "**cantidad** de cocaína reducida a su estado de pureza alcanza los 813.320 gramos, lo que excede de los 750 gramos que viene considerando la Sala Segunda del Tribunal Supremo como límite a partir del cual procede estimar esta agravación específica del art. 369 CP (y, consecuentemente, de los 750.000 gramos que resulta de multiplicar por 1.000 dicha cuantía, para la obtención de las conductas de extrema gravedad del artículo 370 CP), incluso teniendo en cuenta la variación de más/menos 5%, sobre la que informaron los peritos en el juicio oral como posible error en orden a la determinación del grado de pureza, y que, además, es el margen de error habitualmente establecido por la jurisprudencia".

Si como se desprende del art. 370, 3 CP, bastaría una de estas circunstancias para fundar la aplicación del precepto, la concurrencia de las dos hace que la opción interpretativa que se cuestiona sea ciertamente inobjetable.

Por otro lado, que el acuerdo interpretativo de esta Sala Segunda sea posterior a lo hecho no significa nada. No puede hablarse de retroactividad pues esa nueva configuración del subtipo agravado está ya en la ley que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y el Tribunal Supremo se limita a interpretarla. Si se aplicase esa supuesta irretroactividad jamás se podría adoptar ese tipo de acuerdos que necesariamente versan sobre asuntos concretos sometidos a la consideración de la Sala que por definición contemplan hechos anteriores que son los que con motivo de su enjuiciamiento determinan el acuerdo no jurisdiccional que luego tendrá su proyección en la decisión jurisdiccional que enjuicia hechos acaecidos antes del Acuerdo, pero no antes de la reforma legal.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El cuarto motivo se configura, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de ley, por vulneración del art. 22.8 CP, por aplicación indebida de la agravante de reincidencia.



1. Se aduce que la Sala *a quo*, realiza una interpretación sesgada al analizar el contenido del fº 5113 (T. XVII), fiel copia del fº 6.123 que obra al T. XX, ya que el mismo, impugnado por la parte, no está traducido al castellano por traductor jurado, efectuando la sala una interpretación del mismo contra reo, olvidando el contenido del fº 5.114, cuyo original, obra al fº 6.124. Y para tal parte, el contenido de dicho documento dice que el 25 de noviembre de 2004 se dispuso "la reducción de la pena por libertad anticipada, bien a 90 días o **en** 90 días. Y no constando la fecha de inicio del cumplimiento de la pena, en virtud del principio *in dubio pro reo*, conforme interpreta la Sala, se retrotrae al 20-4-1998. Y en atención a ello, caben dos posibilidades:

a) Si la pena ha sido reducida **en** 90 días, quedaría la pena de cuatro años y nueve meses, y si su cumplimiento se inició el 20-4-1998, finalizó, siempre que no existieran redenciones de pena en el derecho italiano, el 20 de enero de 2003, con lo que en virtud del art. 136 del CP al ser un antecedente que puede cancelarse en **tres años**, tal como reconoce la Sala *a quo*, podría haberse ya instado a *partir del 20-1-06*, y, considerando, como fecha de iniciación de la actividad delictiva el 1-3-06, estaríamos ante un *antecedente penal caducado*.

b) Lo mismo cabe decir si la pena se ha reducido **a** 90 días, en cuyo caso el plazo de cancelación se reduciría a **dos años**, con lo que, la pena se habría cumplido el 20-7-98, y la rehabilitación se hubiera obtenido dos años después.

Pero todo ello, como lo efectuado por la Sala *a quo* no son sino meras especulaciones carentes de validez, por lo que procede dejar sin efecto la agravante de reincidencia estimada.

2. La deficiencia formal que supone la falta de traducción oficial del documento del Ministerio de Justicia italiano, dada la asequibilidad y fácil comprensión de su texto para quienes comparten idiomas latinos, no puede ser magnificada. De la atenta lectura del texto de referencia se colige lo que ha captado la sentencia de instancia, quedando descartada, en todo caso la interpretación "b)" propuesta por el recurrente, porque no cabe ninguna duda que la pena quedó reducida *solam in te* en 90 días, y no *a* 90 días. Por otra parte, la impugnación por el recurrente del documento tampoco puede tenerse por efectuada, si se tiene en cuenta la inaceptable generalidad con que en la conclusiones provisionales de tal parte (fº 74 del Rollo) se efectúa la pretendida impugnación que se refiere a "la totalidad de los autos, según se explicará en el juicio oral". Tanto más cuanto en el acta de la Vista (fº 250 y ss) se limita a proponer "la aportación de una instancia de un cliente, de fecha 2-3-09" la cual fue admitida finalmente por la Sala, al amparo del art. 729 LECr.

Además, el motivo que se formula se ampara exclusivamente en un pretendido *error iuris* de la sentencia de instancia, lo que significa, como ha proclamado repetidamente esta Sala, que hay que partir de lo establecido como probado. Realmente en el apartado de "Hechos" tan sólo se dice (fº 18) que " José se encuentra privado de libertad por estos hechos desde el día 15-12-08, cuando fue entregado por Holanda (donde se encontraba cumpliendo condena, en la actualidad ya cumplida)". Pero - aunque sea con discutible acierto técnico- en los "Antecedentes" (fº 3) se precisa que " José carece de antecedentes penales en España y ha sido ejecutoriamente condenado con anterioridad en Italia y en Holanda... en Italia, condenado, entre otras condenas, en sentencia de fecha 10/10/2002 del Tribunal de Cagliari, que devino firme (*irrevocabile*) en fecha 11 de marzo de 2003, por delito de importación ilícita de sustancias estupefacientes, cometido (*commesso*) el 20 de abril de 1998 en Arbus, por el que le fue impuesta una pena de 5 años de reclusión y multa de 80.000 euros, inhabilitación perpetua para el ejercicio de oficio público, e inhabilitación legal durante el tiempo de duración de la pena, así como confiscación y secuestro de los bienes".

Además, la sentencia recurrida en su fundamento de derecho noveno, razona convincentemente que: "Al folio 5113 de autos (Tomo XVII), consta la copia de la Hoja histórico Penal del procesado José, remitida por el Ministerio de Justicia italiano, en el que consta que José, ha sido condenado en Italia, entre otros delitos, en Sentencia de fecha 10/10/2002 del Tribunal de Cagliari, que devino firme (irrevocable) en fecha 11 de marzo de 2003, por delito de importación ilícita de sustancias estupefacientes cometido (*commesso*) el 20 de abril de 1998 en Arbus, por el que le fue impuesta una pena de 5 años de reclusión y multa de 80.000 euros, inhabilitación perpetua para el ejercicio de oficio público, e inhabilitación legal durante el tiempo de duración de la pena así como confiscación y secuestro de los bienes. Al folio 6123 de autos (Tomo XX) consta el original de dicha certificación, bastando la mera lectura de dicho certificado para que se desestime el alegato de que en éste no consta la fecha de la Sentencia (10/10/2002, firme el 11/03/2003), siendo dicha certificación hábil para ser considerada como prueba, y, en su consecuencia, tener por acreditada la previa condena por Tribunal competente por otro delito contra la salud pública, tratándose de Sentencia firme, y por hechos anteriores a los objeto de este procedimiento, lo que asimismo consta en la mencionada certificación.

Podría alegarse la inaplicabilidad de tales antecedentes penales, pero, por el contrario, esta Sala estima que, aún cuando no consta la fecha de la extinción de dichos antecedentes, y, en el supuesto más favorable al reo, la cancelación de tales antecedentes no puede estimarse verificada antes de la fecha de la sentencia, por lo



que, habrá de estarse a tal fecha esto es, dichos antecedentes penales no han podido ser extinguidos antes del día 11 de marzo de 2003.

Conforme al artículo 136 del Código Penal, para el reconocimiento del derecho a la cancelación de los antecedentes penales deberán haber transcurrido, SIN DELINQUIR el culpable, un plazo de TRES AÑOS, atendido que en el caso que nos ocupa se impuso una pena de 5 años de reclusión.

La perpetración del presente delito contra la salud pública, y tal y como se relata en los hechos probados se inicia, en Julio- Agosto del año 2005, fecha en que José contrató a Matías y Roberto para que, mediante el pago de 150.000 euros, trajesen, desde Sudamérica a Europa un cargamento de cocaína. En todo caso, y como última fecha de inicio de la presente operación ha de tomarse la de 1 de marzo de 2006, en que el motovelero, cargado con cocaína, salió del puerto de isla Barbados, según reconocimiento de tal dato por los propios coacusados Roberto y Matías, y según corroboran las testificales policiales vertidas en el plenario. Así pues, en Julio-Agosto de 2005, y, en el mejor de los casos, el 1 de marzo de 2006, no habían transcurrido los tres años que para la cancelación de los antecedentes penales exige el artículo 136 del Cº Penal, respecto a la condena que por tráfico de estupefacientes se dictó, contra José, y que alcanzó firmeza el día 11 de marzo de 2003. No habiendo transcurrido el lapso de tiempo legalmente previsto para tener por cancelados los antecedentes penales de José, la agravante de reincidencia ha de ser apreciada".

Por lo tanto se pueden extraer la siguientes consecuencias:

a) Existe una condena por delito relacionado con el tráfico de estupefacientes dictada en otro país (art. 375 del Código Penal). Eso no es negado por el recurrente.

b) Tal antecedente no es cancelable según el régimen del Código Penal Español por muchísimas razones, ni siquiera en la interpretación que hace el recurrente y según la cual la pena estaría ya cumplida antes de la firmeza de la sentencia, lo que no es posible (art. 38.1 del Código Penal). La fecha más beneficiosa para el recurrente de cumplimiento sería el 11 de marzo de 2003, fecha en la que debe iniciarse el cómputo de los plazos previstos en el art. 136 del Código Penal Español. En este caso tres años (también con una interpretación bien generosa pues se prescinde de la pena de inhabilitación perpetua para acceder a cargo público: art. 33 del Código Penal). Pues bien es obvio que no era cancelable el antecedente por cuanto:

a. Entre el 11 de marzo de 2003 y agosto de 2005 (fecha en que el plazo queda interrumpido por iniciarse otra actividad delictiva susceptible de ser ya castigada penalmente: art. 373 de Código Penal no han transcurrido esos tres años.

b. Tampoco han transcurrido tres años entre el 11 de marzo de 2003 y el 1 de marzo de 2006 fecha en que se inicia el transporte.

c. Los plazos, además, deberían considerarse interrumpidos por la comisión de nuevos delitos en todo ese periodo, de forma que hasta que no cesase la actividad delictiva no se iniciaría de nuevo el cómputo (el art. 136.2º exige que durante el plazo de cancelación el delincuente no vuelva a delinquir, lo que incluye cualquier género de delitos y no sólo los de la misma naturaleza). Los delitos de falsedad y de tenencia ilícita de armas no sirven para fundar la reincidencia pues son de distinta naturaleza, pero sí para interrumpir los plazos de cancelación.

d. Del mismo modo la actividad blanqueadora en la que participa el recurrente también interrumpiría el plazo de cancelación. Ni siquiera aunque se redujese ese plazo de cancelación. Ni siquiera aunque se redujese ese plazo a dos años (como interpreta el recurrente: los plazos se fijan en atención a las penas impuestas no al tiempo efectivo de cumplimiento -por virtud de beneficios penitenciarios-, cuando, además, no es sostenible desde ningún punto de vista, ni el lingüístico, ni el jurídico, que la pena de cinco años se haya reducido a una pena de noventa días por "libertad anticipada"), sería cancelable el antecedente pues se habría producido la interrupción del plazo al desplegarse una actividad delictiva (**blanqueo**) por el recurrente más allá de que la misma luego no haya sido objeto de castigo autónomo por entender la acusación pública que existe concurso de normas con el delito contra la Salud Pública.

e. Por fin, la existencia de una condena en Holanda que estaba pendiente de cumplir y que no se extinguió hasta después del 2008 permitiría, también, introducir nuevos argumentos para retrasar el inicio del plazo de cancelación.

Por tanto, sea cual sea la forma en que se interprete la situación, es imposible que el antecedente estuviese cancelado. E incluso en el caso de que se suprimiese formalmente la apreciación de la reincidencia -lo que sería incorrecto- la presencia de esa condena reciente y la continuación en su actividad del recurrente, así como la constancia de otra condena en Holanda, aconsejarían por la vía del art. 66 una individualización de la



pena que podría no diferir en nada -hay motivos para ello- de la efectuada por la Sala de instancia, teniendo en cuenta la agravante de reincidencia correctamente apreciada.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

DÉCIMO SEGUNDO.- Como quinto motivo, al amparo del art. 5.4 LOPJ , se alega infracción de precepto constitucional y del art. 24.1 CE , en lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio de legalidad del art. 25.1 CE en lo referente al principio de especialidad extradicional.

1. Se mantiene que la documentación -esta vez traducida- consistente en resolución de la Fiscalía holandesa, obrante al fº 5.676, en ningún momento autoriza que el recurrente pueda ser juzgado por el delito de **tenencia ilícita de armas** , puesto que indica que el acusado José será sometido a enjuiciamiento por todos los hechos objeto de la demanda extradicional española " a excepción de tener presente munición , a causa de insuficiente conminación penal conforme a la ley holandesa".

Si la acusación o la Sala sentenciadora entendió que la expresión "tener presente munición" se refería a la munición intervenida, sobre la que la parte solicitante nada refería, y no a la tenencia ilícita de armas, debería haber pedido aclaración a las autoridades holandesas, lo que no se llevó a cabo. Por ello se ha de reputar incompetente a la Sala *a quo* para enjuiciar al recurrente por el delito de tenencia ilícita de armas.

2. Ello no obstante, Tribunal de instancia, en su fundamento de derecho séptimo, descartó la objeción, señalando con todo acierto, que: "En el presente caso la entrega por las Autoridades Holandesas a España de José fue para ser enjuiciado por un total de tres infracciones: delito contra la salud pública (incluido en el listado de categorías delictivas del artículo 9.2 Ley 3/2003 como delito de "trafico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas"), delito continuado de falsificación en documento público y oficial (incluido en el listado del formulario OEDE en el delito de "falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos") y delito de tenencia ilícita de armas (incluido dentro de las categorías delictivas del listado OEDE en el delito de "tenencia ilícita de armas, municiones y explosivos"). Véase a tal efecto el texto de la Orden Europea de Detención y Entrega remitido a las autoridades Holandesas a los folios 5065 in fine, donde consta la tipificación legal de las infracciones y disposiciones legales aplicables, y, en el folio 5066 , la correlativa anotación en la categoría delictiva correspondiente.

Por lo que respecta al delito de tenencia ilícita de armas, la OEDE librada por el Juzgado Central de Instrucción número 5 de fecha 4 de abril de 2006 incluía como hechos de la imputación que "En el domicilio de José sita en la C/ DIRECCION005 nº NUM017 - NUM018 de Estepona (Málaga) se han encontrado.... Un arma corta, una pistola marca Walter, 9 mm corto, con dos cargadores, un silenciador y 22 cartuchos, arma que carece de número de serie". Conforme certificación de la Fiscalía del Distrito Judicial de Ámsterdam, obrante a folio 5676 de autos "el 23 de julio de 2008, el juzgado de Ámsterdam autorizó la entrega a España Don José por todos los hechos de la Orden Europea de detención, con excepción del hecho de tener presente munición, a causa de insuficiente conminación penal conforme a la Ley holandesa" . La tenencia de 22 cartuchos de munición, HECHO descrito en el relato de hechos de la OEDE española, no es objeto de enjuiciamiento , pues, al igual que ocurre con la legislación holandesa, la legislación española tampoco sanciona como delito la tenencia de munición, salvo que la misma constituya depósito, lo que no es el caso, por lo que la inclusión de tal dato entre los hechos por los que se perseguía e España al reclamado era meramente anecdótica. El hecho de tener en su posesión un arma corta, de 9 mm carente de número de serie, descrito en el relato fáctico NO ESTÁ EXCLUIDO de la entrega, efectuándose la entrega, también, por dicho delito, sin que la especificación de que no podrá extenderse el enjuiciamiento a la irregularidad administrativa de la tenencia de munición constituya obstáculo, ni vulneración alguna del principio de especialidad como se alega".

Además, el recurrente, parece olvidar un importante informe, que no le pasó desapercibido a la Sala sentenciadora. Así recoge ésta que, "consta unido al Rollo (fº 318) Fax de 29 de septiembre de 2009 remitido desde la Delegación española de Eurojust , que acompaña el original de la resolución dictada en fecha 23 de junio de 2008 por la Fiscalía de Ámsterdam, conforme a la cual "la entrega se acordó para el enjuiciamiento por los tres delitos por los que fue reclamado, siendo que tan solo queda fuera del ámbito de la entrega la persecución por la tenencia de munición (no de armas o explosivos)" .

Y en efecto así se expresa el documento de la Delegación Española en Eurojust, explicando que ello sucede dado que queda fuera del alcance de la ley nacional sobre detención y entrega, dado que la pena máxima prevista en el tipo es inferiores inferior a doce meses de prisión.

Lo cual es acorde con el contenido del Código Penal holandés, completado por la Ley sobre Armas y Municiones de 5-7-1997 ("Wet Wapens Munitie"), que contempla las armas de fuego, divididas en cuatro categorías, previendo por cada una de ellas una pena máxima, si se trata de posesión ("hebben voorhanden"), o de llevanza en público ("dragen").



En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

DÉCIMO TERCERO.- En sexto lugar, al amparo del art. 849.1 LECr , se aduce infracción de ley, por vulneración del art. 564.2.1ª CP , por aplicación indebida de tal agravación específica de borrado de su número de serie en el arma ocupada.

1. Entiende el recurrente que el número que aparece en el arma sometida a peritaje, al no existir prueba en contrario, se corresponde con el número de serie. Y ello porque los peritos en la vista del juicio oral aclararon a preguntas de la defensa que tampoco podía descartarse que se tratara del número de serie el que figuraba en el arma. Y ninguno de ellos afirmó que se hubieran producidos alteraciones en el número, ni que constaran vestigios de borrado o de sustitución de dicho número de serie.

También se alega que la interpretación de la Sala es contraria al principio "pro reo", por lo que el subtipo agravado no debe ser aplicado en el presente caso.

2. Una vez más se efectúa una alegación (más propia de un motivo por presunción de inocencia, o por *error facti*) que no puede encontrar su cauce casacional en la infracción de ley invocada, que ha de respetar los hechos declarados probados, en cuanto que señalan rotundamente que "...la referida arma carece de número de serie..."

De cualquier forma, el informe pericial elaborado por la Comisaría General de Policía Científica (fº 3269 y ss) proclama que la pistola examinada "carece de número de serie visible". Y el acta de la vista en la que comparecieron los funcionarios nº NUM028 y NUM029 , autores del informe, lo que refleja es que el arma "tenía un nº, el 59, pero no creen que sea el nº de serie"; opinión -de ningún modo contradicha- acogida por el Tribunal *a quo* , en su fundamento de derecho séptimo.

3. Por lo que se refiere al principio *pro reo* , igualmente invocado, ha repetido esta Sala (Cfr. STS de 23-2-2005, núm. 231/2005; de 23-4-2008, nº 201/2008 , etc.), que se trata simplemente de un principio jurisprudencial directamente relacionado con la valoración de las pruebas, que únicamente puede ser introducido en el trámite casacional cuando el Tribunal sentenciador haya expresado sus dudas sobre lo realmente acaecido, dentro del ámbito del hecho enjuiciado y sobre extremos jurídicamente relevantes del mismo, y, ello no obstante, haya pronunciado una sentencia de condena; supuesto no contemplado en el presente caso, en el que el Tribunal de instancia no ha expresado duda alguna sobre ninguno de los extremos fácticos que configuran el hecho de autos.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DÉCIMO CUARTO.- En séptimo y último lugar, al amparo del art. 5.4 LOPJ , se alega infracción de precepto constitucional y del art. 24.1 y 25 CE , en lo que se refiere a la igualdad, tutela judicial efectiva, y principio de legalidad, con referencia a la graduación de la pena.

1. Mantiene el recurrente que ha sido sometido a un trato discriminatorio y gravoso en relación con los procesados, respecto de los que no mantenía una relación jerárquica, sino un claro reparto de papeles, habiéndosele impuesto por el mismo delito contra la *salud pública* , con la única diferencia de la concurrencia de la agravante de reincidencia, cinco años, siete meses y dieciséis días más que a los demás, habiéndosele subido la pena en dos grados e imponiéndola en el límite superior. Produciéndose, también, esa desproporción con relación al delito de *tenencia ilícita de armas* ya que, tratándose de una sola arma que se encontraba en una caja fuerte bajo llave, y sin munición en el cargador, y no un arsenal, habiéndola dejado cuando se fue al extranjero, lo que expresa su intención de no utilizarla, se le impone una pena en la máxima expresión en el límite inferior. Y se ha impuesto sin motivación alguna, argumentando que el número de serie ha sido borrado.

2. No obstante lo expuesto, como viene a reconocer el recurrente, la Sala de instancia justifica, en el fundamento jurídico décimo séptimo, esa disparidad de tratamiento basándose en el papel de principal que desplegó el recurrente. Se discrepa pero con argumentos que se apartan de lo que se desprende de la sentencia. La constancia de una dedicación activa y continuada al tráfico de drogas, tal y como se describe al inicio de los hechos probados, su papel organizador que aparece en la sentencia y al frente de la operación, son datos que de manera sobrada justifican ese asimétrico trato penológico plenamente ajustado a la legalidad. Es más, en algunos momentos de su razonamiento el recurrente parece más que reclamar una rebaja de la pena para sí, sugerir la necesidad de castigar más duramente a los copartícipes, petición para la que no está legitimado.

Es cierto que la motivación en el concreto fundamento de referencia podría ser más expresiva, pero a pesar de todo - completada con el contexto de la sentencia- pone de manifiesto que la opción por el *quantum* no es caprichosa, sino que responde a una previa reflexión y evaluación de las distintas conductas de los partícipes,



y evidenciándose la necesidad de reservar unos espacios penológicos para conductas menos graves, queda justificado el incremento aplicado con respecto al recurrente.

Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado.

Recurso de D. Herminio

Atribuyéndosele ser la persona de la que, como asesor fiscal, contable y agente inmobiliario, se valía José para canalizar los ingentes beneficios de su actividad de transporte de cocaína desde Sudamérica a Europa, fue condenado como autor de un delito consumado de blanqueo de capitales, provenientes del narcotráfico, perpetrado por profesional, por imprudencia grave, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 1 año y 6 meses de prisión, multa de 5.000.000 de euros, e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante tres años.

DÉCIMO QUINTO.- El primer motivo se formula, por vulneración de precepto constitucional, arts. 5.4 LOPJ y 24 CE , y art. 18.3 CE , derecho de presunción de inocencia, al secreto de las comunicaciones telefónicas y a un proceso con todas las garantías.

1. El recurrente insta la nulidad de la intervención telefónica, desarrollada en las DP 96/2006 del JCI nº Cinco de la Audiencia Nacional, y de todas las diligencias instructoras de ella derivadas, directa o indirectamente, tales como las diligencias de abordaje de 28 de marzo de 2006, los registros domiciliarios de 31 de marzo, 2 de abril y 30 de junio de dicho año, las pruebas periciales y testificales ejecutadas en las actuaciones, por insuficiencia de la regulación nacional sobre la materia , lo que infringe los derechos fundamentales de referencia. Y, consecuentemente, solicita su absolución de la infracción penal por la que fue condenado.

2. Siendo apasionante el debate que propone el recurrente, como señala el Ministerio Fiscal, está desubicado. Esta Sala no puede declarar la nulidad de una ley postconstitucional, ni puede elevar una cuestión al Tribunal Constitucional sobre una materia sobre la que se ha pronunciado repetidamente.

Y ello porque, si bien es generalmente sentida, percibida y aceptada la insuficiencia de la regulación nacional, sobre la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, son muchas las resoluciones de esta Sala, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, reconociendo el contenido del derecho de referencia, y estableciendo y desarrollando los requisitos que han de observar las autorizaciones de las injerencias en este derecho de rango constitucional. Así hemos dicho (Cfr. STS de 8-4-2008, nº 145/2008) "cómo el secreto de las comunicaciones, entre las que lógicamente se incluyen las telefónicas, es derecho constitucionalmente reconocido, con carácter de fundamental, en el artículo 18.3 de nuestra Norma Suprema, cuando afirma que "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial". Precepto que, a su vez, es en gran medida trasunto de otros textos supranacionales anteriores en el tiempo, suscritos por nuestro país y de obligada vigencia interpretativa en lo relativo a los derechos fundamentales y libertades (art. 10.2 CE), cuales son el artículo 12 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (DUDH), adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, el artículo 8 del "Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales" (CEDH), del 4 de noviembre de 1950 en Roma, y del artículo 17 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (PIDCP), del 16 de diciembre de 1966 en Nueva York, que vienen, todos ellos, a proclamar el derecho de la persona a la protección contra cualquier injerencia o ataque arbitrario en el secreto de su correspondencia, alcance que doctrinalmente se ha venido extendiendo con posterioridad al resto de las comunicaciones, en concreto también a las telefónicas.

Nos hallamos, por tanto, ante un aspecto que, por corresponder al ámbito más propio del ser humano y de su autonomía e intimidad personal, merece un amplio reconocimiento y protección, al más alto nivel normativo que se le pueda dispensar, tanto desde el propio ordenamiento jurídico como por parte de las instituciones implicadas en su ejecución y supervisión.

Pero ello no obsta tampoco a que, como acontece con el resto de derechos fundamentales, incluidos por ejemplo otros asimismo tan trascendentales como el derecho a la libertad ambulatoria o a la inviolabilidad del domicilio, también el secreto de las comunicaciones sea susceptible de ciertas restricciones, excepciones o injerencias legítimas, en aras a la consecución de unas finalidades de la importancia justificativa suficiente y con estricto cumplimiento de determinados requisitos en orden a garantizar el fundamento de su motivo y la ortodoxia en su ejecución.

En tal sentido, el propio artículo 12 de la ya meritada DUDH, matiza la proscripción de las injerencias en este derecho, restringiéndolas tan sólo a las que ostenten la naturaleza de "arbitrarias", o de "arbitrarias o ilegales" que dice también el artículo 17 del PIDCP. Del mismo modo que el apartado 2 del artículo 8 del CEDH proclama, por su parte, la posibilidad de injerencia, por parte de la Autoridad pública, en el ejercicio de este derecho, siempre que "...esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad



democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás." Lo que, a su vez, ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exigir que las interceptaciones de las comunicaciones, en tanto que constituyen un grave ataque a la vida privada y al derecho genérico al secreto de la "correspondencia", deban siempre de fundarse en una Ley de singular precisión, clara y detallada, hayan de someterse a la jurisdicción y perseguir un objeto legítimo y suficiente y sean realmente necesarias para alcanzar éste, dentro de los métodos propios de una sociedad democrática, debiendo, además, posibilitarse al propio interesado el control de su licitud y regularidad, siquiera fuere "ex post" a la práctica de la interceptación (SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, "caso Klass", de 25 de marzo de 1983, "caso Silver", de 2 de agosto de 1984, "caso Malone", de 25 de febrero de 1988, "caso Schenk", de 24 de marzo de 1988, "caso Olson", de 20 de junio de 1988, "caso Schönenberger-Dumaz", de 21 de junio de 1988, "caso Bernahab", dos de 24 de abril de 1990, "caso Huvig", y "caso Kruslin", de 25 de marzo de 1998, "caso Haldford", y "caso Klopp", de 30 de julio de 1998, "caso Valenzuela", etc.).

Y es que la evidencia de la práctica cotidiana, así como el propio sentido común, llevan al convencimiento de que, tanto las posibilidades de investigación como de acreditación en Juicio de importantes afrentas a bienes jurídicos esenciales para la convivencia en una comunidad civilizada, inspirada en los más acrisolados valores democráticos, precisan, en ocasiones y especialmente respecto de algunas de entre las más graves clases de delitos, de manera insustituible, para la persecución y sanción de esas infracciones, de la ejecución de intervenciones y escuchas en las comunicaciones personales de aquellos sobre los que recaen fundadas sospechas, incluso más adelante verdaderos **indicios**, de su responsabilidad en la comisión de las mismas.

Pero, obviamente, al encontrarnos en un terreno tan sensible cual el que supone, ni más ni menos, que la constricción de un derecho fundamental del individuo, como es de todo punto lógico y conveniente, la Ley en cierta medida y la propia doctrina de los tribunales, en interpretación de ésta, se muestra con un alto grado de exigencia en la descripción y vigilancia del cumplimiento de los requisitos que confieren licitud a una tal intromisión, tanto desde el punto de vista del debido respeto al derecho fundamental en sí mismo, cuya infracción podría constituir incluso un verdadero delito, como del de la eficacia y valor procesal que a los resultados obtenidos con su práctica pudiera, en cada caso, otorgárseles.

Y de este modo, en *nuestro Derecho*, la norma rituarial habilitante de la intervención telefónica viene contenida en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que lleva al texto procesal lo que, en desarrollo de la Constitución de 1978, tan sólo se contemplaba, al amparo de la excepcionalidad prevista en el artículo 55 del propio Texto constitucional, para el restringido ámbito de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio y sus especiales características, en el artículo 18 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

El dilatado retraso en el tiempo de tal regulación normativa, con entrada en vigor casi diez años después de la promulgación de la Carta Magna, lo que había obligado ya a una cierta *elaboración jurisprudencial de los mínimos* criterios rectores en esta materia dentro del respeto a la previsión constitucional, no se vio compensado, en absoluto, por esa claridad, precisión y detalle, a que se refería el TEDH como exigencia de la norma rectora en materia de tanta trascendencia, sino que, antes al contrario, escaso y gravemente deficiente, el referido precepto ha venido precisando de un *amplio desarrollo interpretativo* por parte de la Jurisprudencia *constitucional* y, más extensa y detalladamente incluso, por la de *esta misma Sala*, en numerosísimas resoluciones cuya mención exhaustiva resultaría excesivamente copiosa, especialmente a partir del fundamental Auto de 18 de junio de 1992 ("caso Naseiro"), enumerando con la precisión exigible todos y cada uno de los requisitos, constitucionales y de legalidad ordinaria, necesarios para la correcta práctica de estas restricciones al secreto de las comunicaciones.

A tal respecto, ha de recordarse, con carácter general, que los *requisitos esenciales* para la validez probatoria de la información obtenida como resultado de las intervenciones telefónicas, de acuerdo con reiterada *doctrina jurisprudencial* al respecto, no son otros que:

a) El de la *jurisdiccionalidad* de las mismas, es decir, que sean autorizadas y, ulteriormente, controladas por la Autoridad judicial, en tanto que es el Juez la única Autoridad a la que constitucionalmente está conferida la facultad y la responsabilidad para determinar la oportunidad de la medida, sin olvidar la tutela de los derechos de quien la sufre.

b) La *especialidad*, en el sentido de que tales diligencias han de ser acordadas con motivo de unas concretas actuaciones llevadas a cabo para la investigación de unos concretos y suficientemente identificados hechos de apariencia delictiva, con exclusión por tanto de actuaciones de carácter prospectivo e indeterminado.



c) La *proporcionalidad* de tan grave injerencia en un derecho fundamental de la máxima sensibilidad y que, por añadidura, se realiza, por exigencias de su propia naturaleza, manteniendo en la ignorancia al sometido a ella, en relación la importancia de la propia infracción investigada.

d) La *necesidad* de acudir a semejante medio de investigación, dadas las características de los hechos investigados y la grave dificultad para su descubrimiento por otros mecanismos menos aflictivos para el ciudadano sometido a ellos; y, por último.

e) La suficiente *motivación* de las decisiones adoptadas por el Juez, que, en definitiva, debe reflejar la existencia de los anteriores requisitos, bien expresamente o al menos por remisión a las razones ofrecidas por el solicitante de la intervención, basada en datos objetivos que revelen lo fundado de las sospechas que sirven de fundamento para acordar la medida.

Así mismo, y junto con lo anterior, el autorizante deberá, además, establecer claramente el *alcance*, personal, objetivo y temporal, de la diligencia, velando porque, en su práctica, no se vulneren tales condicionamientos.

Por otro lado, *los demás aspectos*, relativos ya, no a la ejecución misma de la diligencia y al respeto debido al derecho fundamental afectado, sino a su directa introducción con fines probatorios en el enjuiciamiento, sin duda importantes, carecen sin embargo de esa trascendencia constitucional que, entre otras cosas, puede conducir a la irradiación de efectos anulatorios hacia los elementos de prueba derivados de la información obtenida con las "escuchas", a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la ley Orgánica del Poder Judicial, restringiendo su alcance al de una mera infracción procesal que, excluyendo el valor acreditativo de su resultado, no impide, sin embargo, la sustitución de éste mediante la aportación de otros medios coincidentes en su objeto probatorio".

Y así, desde pronunciamientos del TEDH, como en el caso Valenzuela contra España (30-7-1998), relativo a la interceptación de la línea de teléfono del demandante condenando a este país, por violación del art. 8 al considerar que la legislación española aplicada en aquel tiempo no indicaba con suficiente precisión y certeza el grado de discreción de las autoridades, se ha producido una gran evolución, habiendo tenido oportunidad el propio TEDH de ratificar la suficiencia de la legislación española, completada con la consolidada doctrina jurisprudencial emanada de esta Sala y del Tribunal Constitucional, para que se consideren salvaguardados los estándares exigibles según el Convenio, aunque insista en la deseabilidad -no necesidad- de una regulación legal más detallada.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado

DÉCIMO SEXTO.- Como segundo motivo se plantea vulneración de precepto constitucional, arts. 852 LECr., 5.4 LOPJ y 24 CE, y art. 18.3 CE, derecho de presunción de inocencia, al secreto de las comunicaciones telefónicas, tutela judicial efectiva, y proceso con las debidas garantías.

1. Denuncia el recurrente la falta de *motivación* de los autos que autorizaron la intervención de las comunicaciones telefónicas, y la infracción del principio de *especialidad*, en cuanto que en ningún momento se autorizó por el órgano instructor la injerencia en el derecho del art. 18.3 CE, para la investigación de delito alguno de los arts. 301 y ss CP; igualmente la ausencia de *notificación* de todos los oficios solicitantes de la medida y de todos los autos autorizantes de aquélla al Ministerio Fiscal. Y, como consecuencia de ello, solicita la nulidad de la interceptación telefónica y de todas las pruebas de ellas derivadas, conforme al art. 11.1º LOPJ, tales como los registros domiciliarios, testificales, periciales y declaraciones autoinculpatorios de los coimputados.

2. Remitiéndonos a cuanto dijimos en relación a motivos similares, como el primero de José, ahora añadiremos que:

A) Primeramente debe destacarse que el recurrente confesó los hechos en el acto del juicio oral (folios 230 y siguientes del Rollo de Sala). Esa confesión, así como los extremos de las declaraciones de los otros coprocesados que afectan a este recurrente, serían suficientes para fundar la condena, sin que pueda establecer una conexión de antijuricidad entre las mismas y las iniciales intervenciones telefónicas.

B) Como ya se ha razonado, puede entenderse que había base suficiente para las intervenciones efectuadas, sin que quepa admitirse -como insinúa el recurrente- que los teléfonos fueron averiguados de forma ilícita. Por lo demás se ha argumentado también sobre la irrelevancia de que se haga constar documentalmente la relación de uno de los teléfonos con una anterior intervención policial por tráfico de drogas. Si no se trata de probar sino de aportar elementos para la investigación y datos corroboradores para la intervención, es suficiente con ese reflejo del conocimiento.

C) Que es admisible la motivación por remisión a la solicitud policial.



D) Resulta poco atinado aducir que había otros medios aptos para llevar a cabo la investigación de manera exitosa. Empezar una investigación patrimonial cuando la embarcación había iniciado su travesía no parece que sea un medio acorde y apto para abortar esa operación.

E) Una investigación por delito contra la salud pública, por su misma naturaleza, ha de abarcar, también, las infracciones tan íntimamente ligadas a aquélla, que no son separables, como sucede con el **blanqueo** de los fondos procedentes del narcotráfico. Aducir el principio de "especialidad" en ese punto, no tiene lógica. Lo mismo que si se está investigando un delito de homicidio cometido con arma de fuego y se autoriza el registro por tal delito, nada impedirá luego perseguir, también, el delito de tenencia ilícita de armas por la pistola encontrada; o por el hallazgo de los objetos procedentes de robo, proceder por el delito de receptación o de encubrimiento. La autorización para una intervención telefónica o una entrada y registro por delito contra la salud pública, lleva implícita la obtención de pruebas relacionadas con esos delitos pero suficientes para construir un delito autónomo de **blanqueo de capitales**.

F) Sobre la notificación al Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional en su STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7, recuerda que, desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, dictada por el Pleno de este Tribunal, se viene señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la Ley de enjuiciamiento criminal configura como titular de la investigación oficial), sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. En ese contexto - y *siempre en referencia* a supuestos en los que los Autos de intervención y prórroga se dictan en el seno de unas " *diligencias indeterminadas* ", que no constituyen en rigor un proceso legalmente existente- posteriores resoluciones han declarado contraria a las exigencias de control de la intervención la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, en la medida en que tal ausencia impidió el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

Por tanto, el TC sigue diciendo que "lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que *no se adopta en el seno de un auténtico proceso* que permite el control de su desarrollo y cese" (STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7). Lo que llevaba a concluir en aquel caso -en el que las intervenciones telefónicas se habían acordado en el seno de unas diligencias previas, de cuya existencia tuvo conocimiento el Ministerio Fiscal desde el primer momento-, que la falta de constancia en las actuaciones de un acto formal de notificación al Fiscal de los Autos que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas, no constituía un defecto constitucionalmente relevante en el control de la intervención, en la medida en que no impidió el control inicial de su desarrollo y cese y no consagraba, por tanto, un "secreto constitucionalmente inaceptable".

Como consecuencia de lo expuesto, podemos concluir que cualquier deficiencia formal en el proceso sólo es invalidante si provoca indefensión y que en el presente caso el Fiscal ha tenido oportunidad de intervenir en todo momento en el proceso desde la incoación de la causa penal, que pudo recurrir las resoluciones judiciales en cualquier momento desde su notificación y que, "en cualquier caso, la garantía de las decisiones injerenciales reside en el Juez que las dicta no en la notificación al Fiscal".

En nuestro caso, la exigencia de notificación al Ministerio Fiscal de cada una de las prórrogas sería aducible si no constase su intervención y presencia en el procedimiento. Pero blandir eso cuando consta en la causa informe del Fiscal (vid. por todos, fº 4) previo a la intervención y solicitando la misma, no es aceptable. No hay por qué dudar de que el Fiscal tuviese, también, conocimiento de los posteriores Autos de intervención en los que se ordenaba su notificación al Fiscal (folios 36 a 39 y 76 y ss.).

G) Por lo demás, como antes se razonó, no es la intervención telefónica la que determina el abordaje. Son dos líneas paralelas que no permiten decir que sin la intervención no se hubiese producido el abordaje.

H) Por fin, se puede comprobar en las actuaciones (fº 2043 y ss), que el Auto de 29-6-2006, autorizando la entrada y registro en el domicilio de Herminio, en la Urbanización Seghers, de la localidad de Estepona, *previó* la aprehensión de cualquier efecto relacionado, *no sólo* con el delito de tráfico de drogas, sino *también* con "un delito de **blanqueo de capitales** con origen el tráfico de drogas previsto y penado en los arts. 301 y ss. CP".

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.



DÉCIMO SÉPTIMO.- Como tercer motivo se alega vulneración de precepto constitucional, arts. 5.4 LOPJ y 24.2 CE , con referencia a la presunción de inocencia.

1. Plantea el recurrente la ilegalidad en términos constitucionales del *registro* efectuado en 31 de marzo de 2006 en el domicilio del co-reo José , en Estepona, que dio lugar a la incautación de documentación económica y mercantil, relacionada con el recurrente, entendiéndose que sólo se autorizó para esclarecer un presunto delito de tráfico de drogas, no habiéndose procedido a exponer el hallazgo casual de la documentación referida a otro delito, para que el Juez ampliara el mandamiento. En consecuencia, han de reputarse nulos también los registros domiciliarios derivados realizados respecto del recurrente y las periciales igualmente derivadas.

2. Parte el recurrente de la inutilizabilidad de la documentación ocupada en el registro practicado en el domicilio de José , por no especificarse la extensión de la investigación a un delito de **blanqueo de capitales**. Ya se ha explicado que eso es intrascendente y que está implícito ineludiblemente en una autorización para recabar elementos relevantes en una investigación por delitos de narcotráfico. En el Auto se habla de ocupar efectos relacionados con el delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas. Esa fórmula, más allá de aludir a unos u otros preceptos del Código Penal, abarca el delito de **blanqueo de capitales** procedentes de delitos contra la salud pública (folios 138 a 141). El formalismo del razonamiento del recurrente no puede asumirse. Encontrar documentación que puede acreditar el acopio de cantidades procedentes de la actividad de tráfico de drogas no es un hallazgo casual. Es encontrar parte de lo buscado que determinaba la necesidad del registro.

Por lo demás seguirán subsistiendo las declaraciones de los acusados en el acto del juicio oral.

El motivo, consecuentemente, ha de ser desestimado.

DÉCIMO OCTAVO.- En cuarto lugar, se aduce vulneración de precepto constitucional, arts. 5.4 LOPJ y 24.2 CE, con referencia a la presunción de inocencia. El quinto motivo, se formula, al amparo del art. 849.1 LECr ., por infracción de ley, y aplicación indebida de los arts. 27, 28 y 301.3 CP , en cuanto al delito de blanqueo de capitales .

1. Se defiende, en primer lugar, que en las actuaciones no existe *prueba indiciaria* de cargo de la que poder derivar de forma suficiente que el recurrente cometiera delito alguno de **blanqueo de capitales** del art. 301 CP , siquiera en su modalidad imprudente o culposa del art. 301.3 CP .

Y, en segundo lugar, sostiene el recurrente la atipicidad de los hechos declarados probados, entendiéndose que la condena se sustenta exclusivamente en la *sospecha o intuición* que el mismo poseía sobre que los fondos, a él entregados para su gestión, tuvieran un origen en un hecho ilícito y más concretamente en un presunto delito de tráfico de drogas, cuando dicha sospecha no se apoya en ningún dato objetivo.

2. Por tener la misma base, discutiendo el acusado que tuviera conocimiento de la procedencia de los bienes, trataremos ambos motivos conjuntamente.

Y, así, por lo que se refiere a las peculiaridades de la suficiencia probatoria que conduce a su condena respecto del delito de "**blanqueo**" de las ganancias obtenidas a partir de la actividad de tráfico de drogas, hay que recordar que cuando nos hallamos, como en el presente caso, ante una alegación relativa a la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, hemos de tener muy presente que ello no significa, de acuerdo con nuestra estricta función casacional, que se abra ante nosotros la vía para llevar a cabo una nueva valoración del material probatorio disponible (STS de 8-4-2008, nº 145/2008).

Antes al contrario, la tarea en ese caso se ciñe, exclusivamente, a la comprobación de que el Tribunal "a quo" cumplió debidamente con su obligación de juzgador en el ámbito de acreditación de los hechos, constatando, de una parte, la existencia efectiva de pruebas de cargo lícitas en su producción y procesalmente válidas en su eficacia, que, de otro lado, se muestren suficientes de cara al enervamiento de esa inocencia que, inicialmente, ha de presumirse a todo ciudadano, así como bastantes también para fundamentar la convicción condenatoria, a la vista de la lógica y razonabilidad de los argumentos que, a este respecto, se contengan en la resolución objeto de Recurso de Casación.

Por ello, a partir de semejantes afirmaciones, cuando la referida convicción inculpativa la haya obtenido la Audiencia, total o parcialmente, sobre la base, no de una prueba directa de lo realmente acontecido, sino mediante la necesidad de establecer un juicio de inferencia, que vincule ciertos datos constatados, que denominamos **indicios**, con una conclusión que se tiene por cierta, el referido examen, es decir, la censura casacional, ha de extenderse, tanto a la comprobación de los requisitos probatorios ya vistos, en relación con la acreditación de los hechos integrantes del soporte indiciario, como a la lógica de la operación mental que, a partir de ellos, conduce a la conclusión enervatoria de la presunción de inocencia.



En este último sentido, para que el oportuno juicio de inferencia resulte en verdad convincente se precisa que la base indiciaria, plenamente acreditada siempre mediante prueba directa, se integre por una pluralidad de **indicios** -aunque con carácter excepcional pueda admitirse incluso la concurrencia de uno sólo, si su determinante significación pudiera justificarlo-, que no pierdan su fuerza acreditativa por la presencia de otros posibles contraindicios que neutralicen el sentido de su eficacia probatoria y que, en definitiva, la argumentación sobre la que se asiente la conclusión probatoria última resulte plenamente razonable, desde criterios de la lógica del humano discurrir.

Dicho lo anterior, tan sólo nos queda recordar cómo, precisamente para el enjuiciamiento de delitos de "**blanqueo**" de bienes de procedencia ilegal, como el presente, esta clase de prueba indiciaria, a partir de la afirmación inicial de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el **capital** objeto de **blanqueo** (SSTS de 27 de enero de 2006 y de 4 de junio de 2007 , entre otras), aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión (así las SSTS de 4 de julio de 2006 y de 1 de febrero de 2007 , por ejemplo), designándose como **indicios** más habituales en esta clase de infracciones:

- a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.
- b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.
- c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.
- d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.
- e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.
- f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos **capitales**.
- g) La existencia de sociedades "pantalla" o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas.

3. Y así, *en el caso* que nos ocupa, se comprueba, por un lado, que no puede hablarse, en modo alguno, de infracción del derecho a la presunción de inocencia de Herminio , respecto del hecho, acreditado mediante elementos probatorios directos, cual es su propia declaración en la Vista del juicio oral. En ella (fº 230) reconoció cuantos hechos figuraban en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, la sentencia, además de los abrumadores datos que proporciona en los hechos probados, efectúa una exhaustiva argumentación en los fundamentos jurídicos decimotercero, decimocuarto y decimoquinto.

Y que la actividad desplegada por el recurrente contribuía objetivamente a la "colocación y lavado" de esos fondos, es aseveración que no admite discusión. Que el acusado tenía que sospechar que la procedencia de esos bienes cuyo origen no se le revelaba, que además se le entregaban muchas veces en metálico, no era claro, es también otra evidencia. Y lo es tanto que hasta el propio recurrente admite que sospechaba que esas cantidades procedían del tráfico de drogas aunque "no tenía pruebas" (fº 231 vº del Rollo de Sala). Si a eso se une la condición profesional del recurrente, negar que su actuación ayudando a realizar esas inversiones que a cualquiera despertarían vehementes sospechas (y a él se las despertaron, según confesión propia) constituya una *imprudencia* , no puede ser más que un ejercicio de defensa condenado al fracaso.

La normativa en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre , sobre determinadas medidas de prevención del **blanqueo** de **capitales**, modificada por la Ley 19/2003, de 4 de julio , sobre régimen jurídico de los movimientos de **capitales** y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de **blanqueo** de **capitales**, sirve de punto de referencia, pero ni siquiera sería necesaria para concluir en la comisión de ese delito de **blanqueo** de **capitales** *por imprudencia* que según la más moderna jurisprudencia no es un delito especial. en un caso como el presente en que, además, el autor es un sujeto obligado, resulta más palmaria la procedencia de ese reproche penal.

Estas normas legales están desarrolladas por el Reglamento de la Ley 19/1993 , aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio (puede prescindirse de la modificación llevada a cabo por el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero , que no aporta nada relevante a la responsabilidad del recurrente). Mediante la Ley 19/1993 , modificada en este punto la Ley 19/2003 , se establece un listado de obligaciones dirigidas a un elenco cerrado de personas físicas y jurídicas que se conocen como "sujetos obligados". La Ley 19/2003 incluyó, entre dichos sujetos obligados, a los *asesores fiscales* . El recurrente venía incumpliendo varias de las obligaciones impuestas a tenor del art. 3 de la Ley 19/1993 , según la redacción conferida por la Ley 19/2003 (comunicar al SEPBLAC...). De cualquier forma, el delito no consiste propiamente en la omisión de esas obligaciones.



Esa obligación de informar de las operaciones sospechosas, no convierte al obligado en autor de un delito de **blanqueo de capitales** por omisión por virtud del art. 11 , entre otras razones porque esa omisión no equivale a la acción, según el sentido de la ley. Ahora bien, cuando, como en este caso, se constata una contribución activa a cualquiera de las operaciones descritas en el art. 301 , con conocimiento de la finalidad perseguida por el cliente; o con una desidia grave (un mínimo de cautela -y la ley le obliga a esas precauciones- le hubiese alertado), el asesor fiscal, agente mobiliario, o cualquier otro profesional, podrá ser cooperador del delito del cliente o responder por la modalidad imprudente de **blanqueo de capitales**. No cabe duda del encaje de la conducta del recurrente en el tipo del art. 301.3 en esos casos. Es más, podría afirmarse que ni siquiera el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley y el Reglamento, serían criterio concluyente para excluir su eventual responsabilidad penal, pues se estaría ante un cumplimiento puramente formal realizado en la confianza de que no se iban a activar los mecanismos de persecución de la actividad supuestamente delictiva. La responsabilidad penal del profesional por participación en operaciones de **blanqueo de capitales** puede discurrir por senderos diferentes a esas obligaciones administrativas y, en concreto, por contribuir a la actividad blanqueadora, como sucede aquí, pese a existir **indicios** poderosísimos de que se trataba de bienes y metálico procedentes de actividades ilícitas. Otra cosa es que el incumplimiento de esas obligaciones administrativas sea un dato que permite apuntalar la convicción de esa responsabilidad, o sobre el que construir la negligencia. Es verdad que alguna sentencia ha considerado que el delito de **blanqueo de capitales** en su modalidad *imprudente* , es un delito especial que sólo puede ser cometido por aquellos sujetos obligados por la normativa de carácter administrativo (a diferencia de lo que afirmaba la STS 924/2005, de 17 de junio), y que de esa jurisprudencia se hace eco la sentencia de instancia. Pero en este punto se está imponiendo la posición contraria que es mantenida, entre otras, en la STS 1034/2005, de 14 de septiembre .

Se está refiriendo esta sentencia a un supuesto de condena por **blanqueo de capitales**, en la modalidad imprudente, a los titulares de unas cuentas corrientes con movimientos habitualmente irrelevantes, pero a través de las cuales, mediante ingresos en efectivo por valor de 26.300.000 ptas., se realizaron transferencias al extranjero (Florida, Panamá, Miami, Amsterdam). Les había proporcionado los números de dichas cuentas una mujer no residente, ciudadana italiana, procesada en Italia por tráfico de drogas y **blanqueo de capitales**. Se niega por esta Sala Segunda el dolo directo: no hay datos suficientes para entender acreditado el conocimiento cierto por parte de los recurrentes de la procedencia delictiva del dinero. Este Alto Tribunal se decanta por una exigencia de responsabilidad *por imprudencia* : "*nadie se presta a tales negocios bancarios sin percibir una contraprestación y sin asumir, al menos eventualmente, la altísima probabilidad de que se trate de blanquear por otros las ganancias obtenidas con actuaciones delictivas*".

Aquí, además, se une la condición de *profesional obligado* , según la normativa específica. No cabe duda de la corrección de la condena pues esas obligaciones específicas, además, suponen un grado de normativización de cuáles son unas de las medidas elementales de diligencia en esas actividades profesionales. Si el letrado o asesor colabora activamente en las labores del **blanqueo**, entonces, se ha de considerar como autor del delito. La STS 1504/2003, de 25 de febrero , confirma esa estimación. En el caso que examina la resolución, la labor del letrado fue mucho más allá de la simple tarea del asesoramiento jurídico. Participó en la constitución de sociedades que servían de pantalla para el **blanqueo** del dinero.

Por todo ello los dos motivos han de ser desestimados.

DÉCIMO NOVENO.- El sexto motivo se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr. por error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. Cita el recurrente, como documentos básicos para demostrar el pretendido error de la sentencia, apreciando por parte de Herminio la comisión de un delito de **blanqueo de capitales** en su modalidad de ocultación de patrimonio ajeno y de creación de un complejo entramado societario a dichos fines, así como de canalización de fondos mediante sociedades radicadas en "paraísos fiscales" y existencia de una contabilidad oficial y de otra oficiosa, la documental contable de 20-2-09, elaborada por los peritos Sres. Luis Miguel y Casiano .

2. Hay que advertir, ante todo, que el motivo que autoriza el nº 2 del art. 849 de la LECr . supone la existencia de un *errorfacti* , cometido a través de la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia de esta Sala (entre muchas, SSTS núms. 1571/99, 642/03, ó 335/2004, de 18-3-2004 el error sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error *no* resulte *contradicho* por otros medios probatorios "de al menos análoga consistencia, credibilidad y fiabilidad, pues que no existen en el proceso penal pruebas reinas o excluyentes, todas son aptas para propiciar la íntima convicción del artículo 741 procesal". Dichos documentos deben traslucir, sin ningún género de dudas, el error porque acreditan de manera fehaciente



un determinado hecho para la posteridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, tienen aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan.

De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de Casación, lo que está vedado. Como también expone la STS 191/99, la vía del artículo 849.2 LECr. no permite tanto el cuestionamiento del conjunto de la prueba practicada en la instancia, como la impugnación puntual de hechos que se dicen probados en la sentencia recurrida y están claramente desmentidos por documentos obrantes en autos.

3. La sentencia de instancia *tuvo en cuenta el dictamen* de los peritos de la defensa, valorando su dictamen en el fundamento jurídico decimoquinto, indicando que: "No puede ser atendido el criterio de los peritos de la defensa que comparecieron al plenario, Srs. Agustín y Amadeo, quienes infieren que no existe delito de **blanqueo de capitales** por el hecho de que las operaciones de compra venta, constitución de sociedades e inversiones se efectuaron mediante escrituras públicas debidamente registradas y por tanto, "transparentes" pues, en ello, precisamente, consiste el delito que nos ocupa, en vestir como legítimas las ganancias derivadas de la comisión de delitos graves e introducir dicho dinero en el sistema financiero. La pericial de la defensa al respecto es únicamente justificativa de la inexistencia de delito fiscal, al encontrarse abonados los impuestos personales y sociales que afectan a las distintas operaciones económicas".

Y, además el *Tribunal a quo*, *contrapuso al mencionado informe*, otras pruebas que considera por su contundencia, capaces de demostrar la participación en los hechos del acusado de una manera consciente y voluntaria.

Y así destaca que: "Al plenario acudió el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con carnet profesional número NUM030, quien ratificó los sucesivos informes patrimoniales que con fecha 12 de abril, 29 de mayo, 23 de junio, 30 de junio y 14 de julio de 2006 remitió al Juzgado. Tales informes se encuentran documentados:

- *A los folios 915 a 952 del tomo IV* (informe de 12 de abril) en este, analizados los "justificantes de entregas de fondos" incautados en la diligencia de entrada y registro en el domicilio de José, en la CALLE002 nº NUM017 - NUM018, (se trata de justificantes de entregas de fondos en metálico emitidos por "Brolly Estepona" y firmados, todos ellos, por Herminio, por importe de 2.411.093 euros) se evidencia, que, entre el 11 de diciembre de 2001 y el 3 de marzo de 2005, Herminio recibió DOS MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL NOVENTA Y TRES EUROS en metálico, para la compra de diferentes inmuebles, constitución de sociedades, o pago de gastos de otras sociedades. Este dinero se recibía, formalmente, de la mercantil VICTORY SOUHT, constituida por el propio Herminio a favor de la esposa de José, administradora única de la empresa, pero de la que el propio Herminio fue apoderado general hasta el mes de diciembre de 2003.

Bastaría este único concepto, de movimiento de **capitales** por más de dos millones de euros, provenientes del entorno familiar de José, enmascarados bajo la identidad de las personas jurídicas que el propio Herminio había creado ad hoc, en un lapso de tiempo de poco más de cuatro años, su inversión en adquisición e inmuebles a favor de personas o mercantiles, creadas por el propio Herminio, sin notificación alguna a las autoridades como venía obligado, siendo José persona con antecedentes penales por narcotráfico en Italia, y siendo conocedor Herminio de las relaciones de José con personas de dudosa extracción, reconociendo ambos en el plenario ser conocedores de que tales "amigos" eran unos narcotraficantes a los que José debía, al parecer, dinero (el contenido de las conversaciones permite inferir, que, por el contrario, José se sentía "robado" por ellos), como acreditan las conversaciones telefónicas escuchadas en el plenario, para inferir la existencia del pleno conocimiento del imputado Herminio respecto a la naturaleza ilícita de las actividades financieras a que las presentes actuaciones se contraen.

Si a ello se añaden la constitución, por Herminio, en unión de un familiar directo de José, de un complejo entramado financiero, mediante la creación de sociedades diversas (VICTORY SOUHT S.L., SOUTH PORT INVESTMENTS S.L., y RABELLOS INVERSIONES, todas ellas, con la misma sede social que las empresas de las que es titular Herminio) a través de las cuales se verificaron enormes inversiones inmobiliarias, descritas y detalladas en el informe de fecha 29 de mayo, obrante a folios 1969 a 1994, la conducta de obstrucción fiscal, y favorecimiento, por parte de Herminio, de la canalización de las ganancias derivadas del tráfico de estupefacientes a que José se dedicaba, dándoles apariencia de legalidad, se evidencia como indiscutible.

- *A los folios 1079 a 1080*, donde constan reseñadas las titularidades de cuantas bancarias y saldos, en distintas entidades financieras, titularidad de José, su esposa, hoy rebelde, y Herminio, así como las certificaciones procedentes de CAJA GRANADA (folio 1083 A 1120), BANCO SABADELL (folios 1123 a 1125), CAJAMAR (folios 1121 a 1122) y BANCO POPULAR ESPAÑOL (folios 1126 a 1129).

- *A los folios 1969 a 1994*, donde se identifican y relacionan las inversiones llevadas a cabo por José y su entorno familiar a través de las mercantiles, ad hoc creadas por Herminio, para el lavado de



dinero, que acreditan la utilización sistemática de cuentas aperturadas a nombre de las distintas sociedades unipersonales administradas por Herminio para efectuar los pagos de distintos bienes inmuebles adquiridos para las mercantiles controladas por José a través de su entorno familiar.

Ha de reseñarse que ninguno de los familiares directos de José que aparecen como titulares de las acciones del entramado societario, ni el propio José realizan actividad económica o comercial alguna, diferente a la formal representación de este entramado financiero, meramente formal, *sin que el origen del capital invertido* en las adquisiciones inmobiliarias a que tales mercantiles se dedican *aparezca justificado* por facturación alguna ni *actividad económica acreditada*, tratándose de una señora jubilada afincada en España, a quien no se conocen medios de vida ni fortuna. De forma paralela, la otra persona que aparece como administradora de las mercantiles, hoy rebelde, tampoco consta realice actividad lucrativa generadora de ganancias que justifiquen el movimiento económico reflejado en las inversiones acreditadas en este procedimiento, sin que al procesado José se le conozca actividad mercantil, habiendo cumplido condena en Italia, habiendo sido condenado en Holanda a pena de prisión (la que se encontraba cumpliendo en fechas inmediatamente anteriores a su entrega a España) y sin que en nuestro país haya sido visto realizando actividad mercantil o profesional alguna.

Las operaciones de compra venta de inmuebles a favor de las sociedades previamente constituidas, la cesión y transformación de sociedades, traspaso de acciones y demás operaciones financieras relatadas en el relato fáctico se derivan de la documental incautada en las distintas diligencias de entradas y registro, sin que la existencia de las mismas sea, por otra parte, discutida en el plenario, partiendo de su existencia los propios peritos de la defensa. Así, a los folios 621 a 726 se encuentra unida la documentación intervenida en el domicilio de José, en la CALLE002 nº NUM017 de Estepona (entre ésta, los justificantes de entregas de fondos a los que antes se hizo mención), y, a los folios 727 a 913, las certificaciones del Registro Mercantil Central y Registros de la Propiedad relativas al entramado de sociedades mercantiles creadas por Herminio para la canalización del dinero obtenido por las ganancias derivadas del tráfico de drogas a que se dedicaba José, así como de los inmuebles adquiridos bien por los procesados a título individual y su entorno familiar, bien por las diferentes personas jurídicas interpuestas.

- A folios 2036 a 2039, 2080 a 2106, 2110, 2130 a 2131 y 2240 a 2280, consta documentado el informe relativo a la participación económica de Herminio en las ganancias generadas por las ilícitas actividades de José, que han supuesto la adquisición por su parte (y su esposa, funcionaria interina en la administración de justicia en distintos juzgados malagueños en periodos intermitentes entre los años 1988 a 1997), de un patrimonio superior a los quince millones de euros, siendo que, el matrimonio efectúa declaraciones a hacienda, entre los años 2001 a 2005 negativas (véanse los folios 3671 a 2749) habiendo declarado en tales años unos ingresos de 108.461 euros habiendo efectuado compras suntuarias (vehículos: BMWX5 matrículaHHH; Motocicleta Suzuki AN250 matrículaRYH, BMW 525i matrículaGGG; joyas (folio 3512: reloj Montblanc, joyas, monedas de colección) por importe superior a los 300.000 euros, sin que la esposa, en su declaración a folio 3459 pudiese justificar la adquisición de las dos viviendas en la Avenida de España, en Estepona, ni la compra del chalet de la Urbanización Seghers, parcela 349, asimismo en Estepona.

- A los folios 2.694 a 2873, finalmente, se encuentra unida la documentación acreditativa de lo anterior, en concreto, las copias de los estatutos sociales de las sociedades unipersonales, de las que es administrador único el procesado Herminio, estando aportadas la oportunas certificaciones del Registro Mercantil de Málaga, y, a folios 2874 a 2956 las copias de las inscripciones registrales de las titularidades ostentadas por las mercantiles unipersonales BLUE LAKE INVESTMENTS S.L., BROLLY EL PARAISO S.L., BROLLY MANEGEMENT SERVICES S.L., BROLLY PROPOERTIES AND INVESTMENTS S.L., BROLLY REAL ESTATE S.L., EL ACANTILADO VERDE S.L., EL LORO VERDE INVERSIONES S.L., FRANCISCO JIMENEZ MACÍAS S.L., MEDI MAC REAL ESTATE S.L., NICE VIEW PROPOERTIES S.L. (en la actualidad propiedad de un tercero conforme consta documentado a folio 3122 a 3254), OCTOPUS DEVELOPEMENTS S.L., PETERWHITE PROPOERTIES S.L., ROSE QUARTZ INVESTMENTS S.L., SOL RENTAL AND MANagements S.L., y BROLLY ESTEPONA S.L., constando documentados, a los folios 2958 a 3108 las diferentes certificaciones bancarias, relativas a los saldos de las diferentes cuentas personales y mercantiles, así como de los préstamos tramitados por Herminio, y su esposa".

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMO.- El séptimo motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECr., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. Considera el recurrente errónea la afirmación fáctica de que el mismo, en fecha 22 de marzo de 2006, pusiera en contacto, mediante una llamada al teléfono móvil del coimputado José, a éste con unos narcotraficantes colombianos, de nombre Fausto y Juan Luis. Y entiende que tal error aparece desmentido por la identificación de dichas personas como dos ciudadanos holandeses, padre e hijo, de nombre respectivo,



Guerrit y Juan Luis , mediante la aportación a la causa de copia de sus tarjetas de residencia en España. Tales ciudadanos holandeses eran clientes del recurrente y conocían a la familia José , como consecuencia de que dichas personas adquirieron a aquélla en el año 1999 una vivienda y una plaza de garaje, en la Urbanización "Dominion Beach" de Estepona (Málaga), las que pasaron a formar parte del patrimonio de la mercantil RON-GER Investments S.L. en el año 2003, mediante la intervención profesional del Sr. Herminio en la constitución de la sociedad. El motivo de la llamada fue, al parecer, una deuda económica existente desde la adquisición descrita.

2. Dando por reproducido cuanto dijimos con relación al motivo anterior, y sus exigencias legales y jurisprudenciales para que pueda prosperar el que utilice el presente cauce casacional, señalaremos que el recurrente ataca un episodio, no recogido en los hechos probados, sino en los fundamentos de derecho, que además, es perfectamente prescindible. Como indica el Ministerio Fiscal, aunque la llamada de 22 de marzo de 2006, se hubiera producido en los términos que propone el recurrente, de ningún modo se tambalea ni la subsunción jurídica, ni el soporte probatorio de los hechos que se recogen como probados y que no son negados por el recurrente, que, como vimos, admite que sospechaba que esos bienes y dinero provenían del narcotráfico.

Por tanto, también este motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Conforme a lo expuesto, ha lugar a la **desestimación** de los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, por las representaciones de D. Herminio , D. José , D. Matías y D. Roberto , contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2009 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , haciéndoles imposición de las **costas** de sus respectivos recursos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar a la **DESESTIMACIÓN** de los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Herminio , D. José , D. Matías y D. Roberto , contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2009 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala 50/2007 , haciéndoles imposición de las **costas** de sus respectivos recursos.

Póngase esta resolución en conocimiento de dicha Sección, a la que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Alberto Jorge Barreiro D. Diego Ramos Gancedo

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