



Roj: **STS 1703/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:1703**

Id Cendoj: **28079120012007100181**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2007**

Nº de Recurso: **183/2004**

Nº de Resolución: **154/2007**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5897/2003,**
STS 1703/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil siete.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de los acusados Gonzalo , Luis Enrique , Imanol , Juan Luis , José , Adolfo , Rafael , Benedicto , Jose Luis , Enrique , Luis María e Inocencio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, que les condenó por delitos contra la salud pública y tenencia ilícita de arma, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores: Sra. Gómez Hernández respecto del acusado Gonzalo ; Sr. Sánchez-Jauregui Alcaide respecto del acusado Luis Enrique ; Sra. Martín de Vidales respecto del acusado Imanol ; Sra. López Cerezo respecto del acusado Juan Luis ; Sra. De Francisco Ferreras respecto del acusado José ; Sr. Collado Molinero respecto del acusado Adolfo ; Sr. Barragués Fernández respecto del acusado Rafael ; Sra. Marcos Moreno respecto de los acusados Benedicto y Jose Luis ; Sra. Saez Angulo respecto del acusado Enrique ; Sr. Redondo Ortiz respecto de los acusados Luis María e Inocencio .

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Vilanova i la Geltrú incoó diligencias previas con el nº 913 de 1.997 contra Gonzalo , Luis Enrique , Imanol , Juan Luis , José , Adolfo , Benedicto , Rafael , Jose Luis , Enrique , Luis María y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, que con fecha 19 de mayo de 2.003 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: 1º) Se declara expresamente probado que: el día 26 de agosto de 1.997, el acusado Luis Enrique , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, previamente concertado y actuando en ejecución de un plan común con Gonzalo , mayor de edad y con antecedentes penales computables, pues consta ejecutoriamente condenado a la pena de 4 años 2 meses y 1 día de prisión por delito de tráfico de drogas en sentencia de 25.10.95 , dio la orden de partida al patrón (Luis) que estaba al mando de la embarcación " BUQUE000 " de su propiedad, amarrada en el puerto deportivo de "El Candado" -Málaga-. En cumplimiento de dicha orden, la embarcación dotada de sistema de localización GPS y tripulada por los acusados Imanol , Juan Luis , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, así como por José , mayor de edad y con antecedentes penales vigentes al constar ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública en sentencia dictada el 11.4.91 que le impuso una condena de 4 años 2 meses y 1 día de prisión, se dirigió hacia el puerto de Benalmádena. Tras amarrar dos días en dicho puerto a la espera de instrucciones, todos ellos zarparon en el citado yate la mañana del 29 de agosto hacia las cercanías del faro de la localidad marroquí de Yebha, cerca de Ceuta, punto en el que personas cuya identidad se desconoce cargaron en el citado BUQUE000 un total de 113 fardos de haschís,



con un peso medio de 30 Kgrs. por bulto, es decir, un total de 3.390 Kgrs. Dicha sustancia estupefaciente tenía un precio de distribución y venta en el mercado libre ilícito de 850 millones de ptas. aproximadamente. El propietario y suministrador de la misma era el coacusado Adolfo , de nacionalidad marroquí, mayor de edad y sin antecedentes penales. 2º) El BUQUE000 puso rumbo hacia las costas españolas dirigiéndose hasta el puerto de Sitges (Aiguadolç), adonde llegó el siguiente día 2 de septiembre de 1.997. La carga transportada por dicha embarcación fue trasladada en hora no conocida dentro de las 8 h. siguientes, hasta un "zulo" subterráneo habilitado en la chatarrería existente en el Km. 12 de la carretera BV 2111, término municipal de Sant Pere de Ribes, finca propiedad del hoy fallecido Jose Augusto . De su custodia, siguiendo órdenes dictadas por el acusado Gonzalo , se encargaron Rafael y Benedicto , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales. En apoyo de sus tareas de vigilancia, ambos acusados disponían de una escopeta de repetición marca Maveric, calibre 12" y nº de serie NUM000 , y un rifle semiautomático del calibre 22", con nº de serie NUM001 , dotado de silenciador y mira telescópica. Ambas armas de fuego, que carecían de la preceptiva licencia y guía de uso, estaban en perfecto estado de funcionamiento y dotadas de su correspondiente munición. Habiendo tenido cumplido conocimiento de toda la operación el Destacamento de Policía Nacional de la citada demarcación, por haber sido previamente informado desde el Grupo de Estupefacientes de Almería, se organizó el correspondiente dispositivo de vigilancia, apostándose de forma ininterrumpida diversas patrullas de paisano cerca del perímetro de la indicada chatarrería. 3º) A fin de vigilar el desarrollo de la operación y concretar los detalles de comercialización, venta y cobro de la droga proporcionada, el acusado Adolfo acompañado de Carlos María (en situación de rebeldía y a quien no se juzga por ahora), se desplazó simultáneamente desde Ceuta a Tarragona a bordo de un turismo Mercedes alquilado, matrícula D-....-UL . Tras tomar contacto con los hermanos Enrique Jose Luis en el área de Servicio de "El Medol" ubicada en la Autopista A-7, la tarde del día 5 de septiembre de 1.997 se alojó en el chalet propiedad de Gonzalo , ubicado en c/ DIRECCION000 NUM002 de Creixell (Tarragona). 4º) En desarrollo del plan previsto, el mismo día 5 de septiembre de 1.997, los hermanos Jose Luis y Enrique , también mayores de edad y sin antecedentes penales, alquilan un vehículo Citroën Xantia matrícula N-....-NB y otro Seat Córdoba matrícula W-....-UW , y se desplazaron por separado hasta la citada chatarrería a fin de verificar que el alijo había llegado y su custodia se desarrollaba sin incidencias. Aquella misma noche, siendo el propósito de los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo distribuir y ocultar el importante alijo de haschís en varios lugares distintos antes de proceder a su comercialización "al por menor", contactaron con el acusado Luis María , mayor de edad y sin antecedentes penales. Tras explicarle el objeto del viaje y contenido de la mercancía, le encargaron que les ayudara a transportar en la furgoneta de su propiedad Citroën C25 matrícula X-....-XV , un total de 33 fardos hasta un destino que no se ha podido averiguar. En ejecución de ello, sobre las 0'30 horas de la madrugada del 6 de septiembre, Gonzalo y su hermano Jose Luis se desplazaron hasta la chatarrería y con la ayuda de los vigilantes Benedicto y Rafael , cargaron en dicha furgoneta los 33 bultos de 30 kgrs. cada uno. Acto seguido, se dirigieron por la carretera BV 2111 hacia Sitges, conduciendo Luis María la Citroën C25 y Jose Luis el Citroën Xantia alquilado, en el que viajaba de copiloto su hermano Gonzalo . El dispositivo policial de seguimiento interceptó a ambos vehículos en el cruce de las calles Cards y Sitges, logrando detener la marcha de la furgoneta pero sin poder impedir la fuga al Xantia ocupado por los hermanos Jose Luis Gonzalo Enrique que la escoltaba. Tras una breve persecución, se logró darles alcance a la altura de la vecina localidad de Canyelles. En el registro efectuado en la furgoneta C25 fueron incautados la totalidad de los 33 fardos de haschís. En el subsiguiente verificado en la chatarrería, se localizaron los 80 fardos restantes así como las armas de fuego y munición antes descritas. 5º) El acusado Rafael era en aquella época adicto al consumo abusivo de heroína y haschís. Su capacidad cognitiva se hallaba plenamente conservada, con moderada afectación de la volitiva en aquellos actos tendentes a obtener dinero con el que sufragarse dicha adicción.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Gonzalo , Luis Enrique , Imanol , Juan Luis , José , Adolfo , Benedicto , Rafael , Jose Luis , Enrique y Luis María como responsables en concepto de autores de un delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes que no causan grave daño, con la agravante específica del tipo relativo a cantidad de notoria importancia, concurriendo en Gonzalo y en José la agravante de reincidencia, así como exclusivamente en Rafael la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica simple de drogadicción. Por ello, les imponemos las siguientes penas: a Gonzalo y a José 4 años y 6 meses de prisión y multa de 6 millones de euros a cada uno con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo. Debemos condenar y condenamos a Luis Enrique , Imanol , Juan Luis , Adolfo , Benedicto , Jose Luis , Enrique y Luis María , la pena de 4 años de prisión y multa de 6 millones de euros a cada uno, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y condenamos al acusado Rafael a la pena de 3 años y seis meses de prisión con multa de 6 millones de euros, así como su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Asimismo debemos condenar y condenamos a los coacusados Rafael y Benedicto a título de autores de



un delito de tenencia ilícita de arma de fuego, concurriendo la atenuante de drogodependencia en el primero y sin circunstancias modificativas en el segundo, y les imponemos a cada uno la pena de 1 año de prisión con idéntica accesoria legal. Abónese a cada penado el tiempo de prisión preventiva sufrida en esta causa que consta debidamente acreditada en la correspondiente Pieza de Situación Personal. Se impone a todos y cada uno de los acusados solidariamente, el pago de las costas procesales. Decretamos el decomiso definitivo de la sustancia estupefaciente y armas de fuego intervenidas, así como del dinero y demás efectos procedentes del delito incautados, a los cuales se dará el destino legal. Se decomisa asimismo el BUQUE000 amarrado en el Port d'Aiguadolç de Sitges, requiriéndose al depositario administrador en los términos reseñados en el FD VIII de esta resolución. Notifíquese la presente sentencia a todas las partes comparecidas, con expresión de que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley y/o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días, a anunciar ante esta Sala y para su sustanciación ante el Tribunal Supremo.

Con fecha 29 de octubre de 2003 la citada Audiencia Provincial de Barcelona, por el mismo Juzgado de Instrucción y en las mismas diligencias previas contra Inocencio y otro, dictó sentencia conteniendo los siguientes Hechos Probados: 1º) Se declara expresamente probado que: el día 26 de agosto de 1.997, el acusado Luis , mayor de edad y sin antecedentes penales, recibió el encargo de patronear el BUQUE000 " propiedad de Luis Enrique (quien ya ha sido juzgado y sentenciado), buque amarrado en el puerto deportivo de "El Candado" (provincia de Málaga). En cumplimiento de dicha orden, el acusado pilotó la embarcación dotada de sistema de localización GPS y tripulada por los coacusados Imanol , Juan Luis , y José (también ya juzgados y sentenciados) hasta el cercano puerto de Benalmádena. Tras permanecer amarrado durante dos días en dicho puerto a la espera de instrucciones, la embarcación zarpó la mañana del 29 de agosto hacia las aguas próximas a la localidad marroquí de Yebha, cerca de Ceuta, punto en el que -personas cuya identidad se desconoce- cargaron en el citado buque un total de 113 fardos de haschís, con un peso medio de 30 kgrs. por bulto, es decir, un total de 3.390 Kgrs. Dicha sustancia estupefaciente tenía un precio de distribución y venta en el mercado libre ilícito de 850 millones de ptas., aproximadamente. No consta fehacientemente acreditado si Luis continuó viajando en dicha embarcación desde que el BUQUE000 salió de Benalmádena hasta que atracó en el Puerto "Aiguadolç" de Sitges, ni tampoco que conociera la intención de sus tripulantes de transportar el citado alijo de haschís desde aguas marroquíes hasta aguas españolas. 2º) El BUQUE000 llegó a este último puerto el siguiente día 2 de septiembre de 1.997. La carga que transportaba fue trasladada hasta un "zulo" subterráneo habilitado en la chatarrería existente en el Km. 12 de la carretera BV 2111, término municipal de Sant Pere de Ribes finca propiedad del hoy fallecido Jose Augusto . De su custodia, siguiendo órdenes dictadas por el acusado Gonzalo , se encargaron Rafael y Benedicto (todos ellos ya juzgados y sentenciados). En apoyo de sus tareas de vigilancia, ambos acusados disponían de una escopeta de repetición marca Maveric, calibre 12" y nº de serie NUM000 , y un rifle semiautomático del calibre 22", con nº de serie NUM001 , dotado de silenciador y mira telescópica. Tales armas de fuego, que carecían de la preceptiva licencia y guía de uso, estaban en perfecto estado de funcionamiento y dotadas de su correspondiente munición. 3º) Habiendo tenido cumplido conocimiento de la operación de transporte descrita el Destacamento de Policía Nacional de Sitges, por haber sido previamente informado desde el Grupo de Estupefacientes de Almería, se organizó a partir del día 4 de septiembre el correspondiente dispositivo de vigilancia, apostándose de forma sucesiva e ininterrumpida diversas patrullas de paisano cerca del perímetro de la indicada chatarrería, con el fin de identificar a cuantas personas intervinieran en la operación y proceder, en su caso, a su seguimiento y ulterior detención. 4º) En desarrollo del plan previsto, e ignorando que ya estaban sometidos a dicha estrecha vigilancia, el día 5 de septiembre de 1.997 los hermanos Jose Luis y Enrique , alquilaron un vehículo Citroën Xantia matrícula N-....-NB y otro Seat Córdoba matrícula W-....-UW , y acto seguido se desplazaron por separado hasta la citada chatarrería a fin de verificar que el alijo había llegado y su custodia se desarrollaba sin incidencias. Aquella misma noche, siendo el propósito de los hermanos Jose Luis Gonzalo Enrique distribuir y ocultar el importante alijo de haschís en varios lugares distintos antes de proceder a su comercialización "al por menor", contactaron con los acusados Inocencio , mayor de edad y sin antecedentes penales y Luis María (ya juzgado). Tras explicarles el objeto del viaje y contenido de la mercancía, así como previo acuerdo sobre la contraprestación económica a percibir, les encargaron que les ayudaran a transportar en la furgoneta Citroën C25 matrícula X-....-XV , propiedad de este último, un total de 33 fardos hasta un destino que no se ha podido averiguar. En ejecución de ello, sobre las 0'30 horas de la madrugada del 6 de septiembre, Gonzalo y su hermano Jose Luis se desplazaron hasta la chatarrería en compañía de los acusados Inocencio y Luis María , a bordo de ambos vehículos marca Citroën. Una vez allí, y con la ayuda de los vigilantes Benedicto y Rafael , cargaron en la furgoneta los 33 bultos de 30 Kgrs. cada uno. Acto seguido, se dirigieron por la carretera BV 2111 hacia Sitges, conduciendo Luis María la furgoneta Citroën C25 con la mercancía y Jose Luis el Citroën Xantia alquilado, turismo en el que viajaba de copiloto su hermano Gonzalo y de pasajero Inocencio . El dispositivo policial de seguimiento interceptó a ambos vehículos en el cruce de las calles Cards y Sitges de la población de Sant Pere de Ribes, logrando detener la marcha de la furgoneta y a su conductor, pero sin poder impedir la veloz fuga del Citroën que la



escoltaba. Tras una breve persecución, y sin que en ningún momento se les llegara a perder de vista, se logró darles alcance a la altura de la vecina localidad de Canyelles, procediéndose a la inmediata detención de los tres ocupantes. En el registro efectuado en la furgoneta fueron incautados la totalidad de los 33 fardos ocultos bajo una lona. Debidamente analizados en el laboratorio de toxicología, se confirmó que se trataba de haschís. En el subsiguiente registro realizado minutos después en la chatarrería, se localizaron los 80 fardos restantes así como las armas de fuego y munición antes descritas.

Por la mencionada Audiencia se dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Inocencio como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes que no causan grave daño, con la agravante específica del tipo relativa a cantidad de notoria importancia, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por ello, le imponemos la pena de 4 años de prisión y multa de 6 millones de euros, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la parte alícuota de las costas del procedimiento. Declaramos su libre absolución de toda responsabilidad criminal respecto del delito de tenencia ilícita de armas del que también venía acusado, con declaración de oficio de la mitad de las costas. Abónese al penado el tiempo de prisión preventiva sufrida en esta causa que consta debidamente acreditada en la correspondiente Pieza de Situación Personal. Que debemos absolver y absolvemos al coacusado Luis, de toda responsabilidad criminal derivada de los hechos imputados en esta causa, ante la insuficiencia de pruebas de cargo sobre su efectiva coparticipación, con declaración de oficio de sus costas procesales. Ratificamos el decomiso definitivo de la sustancia estupefaciente, armas de fuego intervenidas y el BUQUE000, así como del dinero y demás efectos procedentes del delito incautados, a los cuales se dará el destino legal. Notifíquese la presente sentencia a todas las partes comparecidas, con expresión de que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley y/o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días, a anunciar ante esta Sala y para su sustanciación ante el Tribunal Supremo.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Gonzalo, Luis Enrique, Imanol, Juan Luis, José, Adolfo, Rafael, Benedicto, Jose Luis, Enrique, Luis María e Inocencio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Gonzalo, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr. por haberse considerado la existencia de un tipo penal sin existir las pruebas precisas para sustentar dicha afirmación; Segundo.- Se ha infringido el art. 849.1º L.E.Cr., al condenar a una persona por un delito, cuando éste no ha quedado suficientemente probado; Tercero.- Se interpone este motivo al amparo de lo dispuesto en el nº 2 del artículo 849 L.E.Cr.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Luis Enrique, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.2 L.E.Cr., al haber existido error de hecho en la apreciación de la prueba, al proclamar la sentencia que los hechos son constitutivos de delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño del art. 368 C. Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante específica del tipo del inciso 3 del art. 369, consistente en que la cantidad de droga intervenida sea de notoria importancia, lo que motiva que se aplique la pena privativa de libertad superior en grado, sin que de la prueba practicada se pueda extraer la conclusión de que la sustancia intervenida superara los límites para ser calificada como de notoria importancia, a la vista de la inexistencia del grado de riqueza sea base de la misma y de los particulares que se consignan; Segundo.- Por infracción de ley acogido al art. 849.1º L.E.Cr., al haber aplicado indebidamente la sentencia la concurrencia de la circunstancia agravante específica 3ª del art. 369 del Código Penal, de la notoria importancia, sin que los documentos obrantes en las actuaciones y en concreto de los foliados bajo núms. 1308, 1309, 2065 y 2066, pueda desprenderse la existencia del expresado subtipo agravado; Tercero.- Por infracción de ley acogido al art. 5.4 L.O.P.J., al haber vulnerado la resolución de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E., dados los Hechos Probados y la fundamentación jurídica en que soporta su fallo condenatorio para con mi principal.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Imanol, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de ley del artículo 5 de la L.O.P.J. al haberse infringido la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24 de la C.E.; Segundo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 851 L.E.Cr.

IV.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Juan Luis, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones



- indebidas, consagrado en el artículo 24 de la C.E.; Segundo .- Por infracción del artículo 24.2 de la C.E . que consagra el derecho a la presunción de inocencia.
- V.- El recurso interpuesto por la representación del acusado José , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo del nº 2 del artículo 849 L.E.Cr ., existiendo error de hecho en la apreciación de la prueba; Segundo.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., por aplicación indebida del art. 368 del Código Penal .
- VI.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Adolfo , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Con sede en el artículo 5.4 L.O.P.J ., por vulneración de precepto constitucional del art. 18.3 y 24.2 de la C.E ., al haberse infringido las normas reguladoras de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, en relación con el artículo 11.1 y 238.3 de la L.O.P.J ., esta última en relación con el art. 849.1 I.E.Cr.; Segundo .- Infracción del precepto constitucional de presunción de inocencia -art. 24.2 de la C.E .-, al amparo de lo dispuesto en el apartado 4º del art. 5º L.O.P.J .
- VII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Rafael , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., por aplicación indebida de los art. 28 y 368 del C. Penal vigente; Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por inaplicación indebida del art. 564 del C. Penal , con relación a la tenencia ilícita de armas; Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., por inaplicación del art. 66.2 C. Penal relativo a la circunstancia atenuante admitida en primera instancia, si se le considerara autor de los hechos, en relación al delito de tenencia ilícita de armas; Cuarto.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J ., por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E. en relación con los dos delitos a los que ha sido condenado mi patrocinado.
- VIII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Benedicto , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E ., al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . y del art. 852 L.E.Cr.; Segundo .- Por error en la apreciación de las pruebas. Se interpone al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr ., por aplicación indebida de los artículos 368, 369.3 del C. Penal ; Tercero.- Por error en la apreciación de las pruebas. Se interpone al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr ., por aplicación indebida del art. 564.1 y 2 del C. Penal .
- IX.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Jose Luis , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Se interpone al amparo de lo dispuesto en el nº 1 del art. 849 L.E.Cr ., por aplicación indebida de los arts. 368 y 369 inciso 3 ambos del C. Penal ; Segundo.- Se interpone al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr ., por el cauce del art. 5.4 L.O.P.J . por violación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E .
- X.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Enrique lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de ley con base en el art. 849.1 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J. al haber sido infringido el art. 24.2 C.E ., por vulneración de la presunción de inocencia, habiendo condenado a D. Enrique , sin prueba suficiente y razonablemente de cargo; Segundo.- Por infracción de ley con base en el art. 849.1 L.E.Cr ., por infracción del art. 29 C. Penal por su no aplicación; Tercero.- Vulneración del art. 24.2 de la C.E . "derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas", en relación con el art. 21.6 del C. Penal ; Cuarto.- Falta de motivación de la pena impuesta. Vulneración del art. 66.1 , ya que careciendo de antecedentes penales, al recurrente se le impone la pena de cuatro años de prisión, sin razonarlo en la sentencia.
- XI.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Luis María , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de ley del art. 849.2 L.E.Cr . por considerar que en el presente procedimiento se lleva a cabo el registro del vehículo furgoneta perteneciente a Luis María sin que el mismo lo presencie y sin que al mismo se le ofreciera estar presente en el mencionado registro; Segundo.- Por infracción de ley y de acuerdo con el punto 2º del art. 849 L.E.Cr ., considerando que en la resolución recurrida se realiza una errónea aplicación del art. 368 C. Penal , condenando a mi representado como autor de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que no causa grave daño, vulnerando además el art. 24 párrafo 2 de la C.E. de 1.978 .
- XII.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Inocencio , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . por entender que se han vulnerado los derechos fundamentales del art. 24 , en el registro efectuado en la furgoneta que conducía Luis María , por no estar presente en el mismo ni ningún otro de los detenidos e imputados; Segundo.- Introduce la sentencia recurrida como hechos probados, conclusiones a las que llega el Tribunal de instancia deduciéndolas en ausencia de una previa acreditación del indicio sustentado por pruebas directas de las que se parte para inferir el hecho-consecuencia objeto de demostración, contraviniendo el obligado respeto a la máxima jurídica que impide elaborar presunciones sobre la base de otras presunciones.



5.- Instruido el Ministerio Fiscal de todos los recursos, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 22 de febrero de 2.007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Luis María

PRIMERO O PRELIMINAR.- Para una mayor comprensión de los motivos casacionales formulados por éste y los demás recurrentes contra la sentencia de instancia que les condenó como autores de un delito de tráfico de drogas, así como de las respuestas que tales censuras hayan de merecer por esta Sala, estimamos conveniente reproducir la declaración de Hechos Probados de la resolución recurrida que, literalmente dice:

1º) Se declara expresamente probado que: el día 26 de agosto de 1.997, el acusado Luis Enrique , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, previamente concertado y actuando en ejecución de un plan común con Gonzalo , mayor de edad y con antecedentes penales computables, pues consta ejecutoriamente condenado a la pena de 4 años 2 meses y 1 día de prisión por delito de tráfico de drogas en sentencia de 25.10.95 , dio la orden de partida al patrón (Luis) que estaba al mando de la embarcación " BUQUE000 " de su propiedad, amarrada en el puerto deportivo de "El Candado" -Málaga-. En cumplimiento de dicha orden, la embarcación dotada de sistema de localización GPS y tripulada por los acusados Imanol , Juan Luis , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, así como por José , mayor de edad y con antecedentes penales vigentes al constar ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública en sentencia dictada el 11.4.91 que le impuso una condena de 4 años 2 meses y 1 día de prisión, se dirigió hacia el puerto de Benalmádena. Tras amarrar dos días en dicho puerto a la espera de instrucciones, todos ellos zarparon en el citado yate la mañana del 29 de agosto hacia las cercanías del faro de la localidad marroquí de Yebha, cerca de Ceuta, punto en el que personas cuya identidad se desconoce cargaron en el citado BUQUE000 un total de 113 fardos de haschís, con un peso medio de 30 Kgrs. por bulto, es decir, un total de 3.390 Kgrs. Dicha sustancia estupefaciente tenía un precio de distribución y venta en el mercado libre ilícito de 850 millones de ptas. aproximadamente. El propietario y suministrador de la misma era el coacusado Adolfo , de nacionalidad marroquí, mayor de edad y sin antecedentes penales. 2º) El BUQUE000 puso rumbo hacia las costas españolas dirigiéndose hasta el puerto de Sitges (Aiguadolç), adonde llegó el siguiente día 2 de septiembre de 1.997. La carga transportada por dicha embarcación fue trasladada en hora no conocida dentro de las 8 h. siguientes, hasta un "zulo" subterráneo habilitado en la chatarrería existente en el Km. 12 de la carretera BV 2111, término municipal de Sant Pere de Ribes, finca propiedad del hoy fallecido Jose Augusto . De su custodia, siguiendo órdenes dictadas por el acusado Gonzalo , se encargaron Rafael y Benedicto , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales. En apoyo de sus tareas de vigilancia, ambos acusados disponían de una escopeta de repetición marca Maveric, calibre 12" y nº de serie NUM000 , y un rifle semiautomático del calibre 22", con nº de serie NUM001 , dotado de silenciador y mira telescópica. Ambas armas de fuego, que carecían de la preceptiva licencia y guía de uso, estaban en perfecto estado de funcionamiento y dotadas de su correspondiente munición. Habiendo tenido cumplido conocimiento de toda la operación el Destacamento de Policía Nacional de la citada demarcación, por haber sido previamente informado desde el Grupo de Estupefacientes de Almería, se organizó el correspondiente dispositivo de vigilancia, apostándose de forma ininterrumpida diversas patrullas de paisano cerca del perímetro de la indicada chatarrería. 3º) A fin de vigilar el desarrollo de la operación y concretar los detalles de comercialización, venta y cobro de la droga proporcionada, el acusado Adolfo acompañado de Carlos María (en situación de rebeldía y a quien no se juzga por ahora), se desplazó simultáneamente desde Ceuta a Tarragona a bordo de un turismo Mercedes alquilado, matrícula D-....-UL . Tras tomar contacto con los hermanos Enrique Gonzalo Jose Luis en el área de Servicio de "El Medol" ubicada en la Autopista A-7, la tarde del día 5 de septiembre de 1.997 se alojó en el chalet propiedad de Gonzalo , ubicado en c/ DIRECCION000 NUM002 de Creixell (Tarragona). 4º) En desarrollo del plan previsto, el mismo día 5 de septiembre de 1.997, los hermanos Jose Luis y Enrique , también mayores de edad y sin antecedentes penales, alquilaron un vehículo Citroën Xantia matrícula N-....-NB y otro Seat Córdoba matrícula W-....-UW , y se desplazaron por separado hasta la citada chatarrería a fin de verificar que el alijo había llegado y su custodia se desarrollaba sin incidencias. Aquella misma noche, siendo el propósito de los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo distribuir y ocultar el importante alijo de haschís en varios lugares distintos antes de proceder a su comercialización "al por menor", contactaron con el acusado Luis María , mayor de edad y sin antecedentes penales. Tras explicarle el objeto del viaje y contenido de la mercancía, le encargaron que les ayudara a transportar en la furgoneta de su propiedad Citroën C25 matrícula X-....-XV , un total de 33 fardos hasta un destino que no se ha podido averiguar. En ejecución de ello, sobre las 0'30 horas de la madrugada del 6 de septiembre, Gonzalo y su hermano Jose Luis se desplazaron hasta la chatarrería y con la ayuda de los vigilantes Benedicto y Rafael , cargaron en dicha furgoneta los 33



bultos de 30 kgrs. cada uno. Acto seguido, se dirigieron por la carretera BV 2111 hacia Sitges, conduciendo Luis María la Citroën C25 y Jose Luis el Citroën Xantia alquilado, en el que viajaba de copiloto su hermano Gonzalo. El dispositivo policial de seguimiento interceptó a ambos vehículos en el cruce de las calles Cards y Sitges, logrando detener la marcha de la furgoneta pero sin poder impedir la fuga al Xantia ocupado por los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo que la escoltaba. Tras una breve persecución, se logró darles alcance a la altura de la vecina localidad de Canyelles. En el registro efectuado en la furgoneta C25 fueron incautados la totalidad de los 33 fardos de haschís. En el subsiguiente verificado en la chatarrería, se localizaron los 80 fardos restantes así como las armas de fuego y munición antes descritas. 5º) El acusado Rafael era en aquella época adicto al consumo abusivo de heroína y haschís. Su capacidad cognitiva se hallaba plenamente conservada, con moderada afectación de la volitiva en aquellos actos tendentes a obtener dinero con el que sufragarse dicha adicción.

SEGUNDO.- El primer motivo formulado por este coacusado alega infracción de ley del art. 849.2 L.E.Cr. por considerar que en el presente procedimiento se lleva a cabo el registro del vehículo furgoneta perteneciente a Luis María sin que el mismo lo presencie y sin que al mismo, que ya en aquellos momentos se encontraba detenido por los funcionarios de policía, se le ofreciera estar presente en el mencionado registro. Esta actuación policial habría vulnerado lo dispuesto en el art. 333.1 L.E.Cr. al no existir razones de urgencia que justificaran la inspección del vehículo sin la presencia del ya detenido y, en consecuencia la prueba obtenida de dicho registro deviene nula.

La cuestión planteada ha sido objeto de numerosas resoluciones de esta Sala, que ha consolidado una doctrina que debe reiterarse una vez más para desestimar el reproche casacional. De entre las más recientes podemos citar las de 28 de enero, 20 de marzo y 5 de mayo de 2.000, 14 de febrero, 16 de mayo y 10 de julio de 2.001; 5 y 26 de febrero, 4 de julio, 14 de noviembre de 2.002, de cuyo tenor se pueden extraer las siguientes consideraciones: Nuestra Constitución hace explícito reconocimiento del derecho a la intimidad personal con el fin de que permanezca reservada a injerencias extrañas aquella zona de la persona o grupo familiar que constituye su vida privada y donde ésta se desenvuelve. La inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones son manifestaciones esenciales de ese respeto, constitucionalmente consagrado, al ámbito de la vida privada personal y familiar.

El Tribunal Constitucional tiene declarado sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como son exponentes las sentencias 22/84, de 17 de febrero y 110/84, de 26 de noviembre, que "constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública" y añade el Tribunal Constitucional que "el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella".

Un vehículo automóvil que se utiliza exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. Su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones. No resulta afectado ningún derecho constitucionalmente proclamado. Así se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala sobre el registro de vehículos automóviles como se expresan, entre otras, las sentencias de 19 de julio y 13 de octubre de 1993, 24 de enero de 1995, 19 de junio de 1996 y 16 de mayo de 2001.

Es igualmente doctrina de esta Sala, como es exponente, entre otras, la sentencia de 28 de abril de 1993, que las normas contenidas en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que lleva como rúbrica "De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica", tienen como ámbito propio de actuación el derivado de la intimidad y demás derechos constitucionalmente reconocidos en el artículo 18 de la norma suprema del ordenamiento jurídico y por ello sus exigencias garantísticas no son extensibles a objetos distintos como puede ser algo tan impersonal (en cuanto mero instrumento) como un automóvil o vehículo de motor, que puede servir como objeto de investigación y la actuación policial sobre él en nada afecta a la esfera de la persona.

Esta doctrina de la Sala no es contraria al criterio que se mantiene por el Tribunal Constitucional en la sentencia 303/93, de 25 de octubre, en la que se ha referido a los supuestos excepcionales de prueba sumarial preconstituida y anticipada que se manifiestan aptos para fundamentar una sentencia de condena siempre cuando se observen el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECRIM), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de Abogado al imputado -cfr.: arts.



448.1º y 333.1º -) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730 . Añade esta sentencia que "de lo dicho no se desprende, sin embargo, la conclusión de que la policía judicial no esté autorizada, en ningún caso, a preconstituir actos de prueba". Y tras afirmar esta sentencia que el hecho de que "la policía judicial pueda o, mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba", añade a continuación que "para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la policía judicial actúa en tales diligencias "a prevención" de la Autoridad judicial (art. 284)". Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción, quien previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 C.E .) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una Sentencia de condena".

El Tribunal Constitucional en Auto 108/95, de 27 de marzo , reitera, respecto a la prueba preconstituida, la doctrina expresada al afirmar que "siempre que haya urgencia en la recogida de elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito, la policía judicial está autorizada por el ordenamiento, en cumplimiento de una función aseguradora de tales elementos de prueba (artículos 282 y 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia, que tendrán el valor de prueba preconstituida aun cuando no estuvieran presentes en la correspondiente diligencia los ocupantes del vehículo debidamente asistidos por sus Abogados". Añade esta resolución del Tribunal Constitucional que "de lo anterior se desprende que hubo en el proceso prueba suficiente de la efectiva ocupación de la droga en el vehículo intervenido, puesto que el acto de aprehensión no sólo gozaba en este caso de la condición de prueba preconstituida sino que fue ratificada en el acto del juicio oral por los policías que habían participado en la práctica de dicha diligencia."

Fuera de estos casos excepcionales de prueba preconstituida y anticipada, a los que se refiere la sentencia y el Auto del Tribunal Constitucional que se dejan mencionados, el registro y hallazgo de efectos en el interior de un vehículo sólo adquiere virtualidad de medio de prueba incriminatorio si accede al acto de juicio oral con cumplido acatamiento de los principios de oralidad, publicidad, intermediación y sobre todo contradicción, mediante el testimonio, depuesto en dicho acto, de los funcionarios de policía que practicaron el registro del vehículo.

En el caso que nos ocupa, los funcionarios de policía que intervinieron en la aprehensión de la droga en el automóvil concurrieron a prestar declaración en el juicio oral, manifestando que localizaron la droga en el coche del acusado, que se encontraba cerrado y sin signo alguno de haber sido manipulado o violentado, abriéndolo con las llaves que le fueron ocupadas al recurrente, resultando acreditado, por consiguiente, mediante un legítimo y correcto medio probatorio, útil para integrar la convicción del Juzgador, el hallazgo de la cocaína en el interior del vehículo, como acertadamente se razona por el Tribunal de instancia para rechazar esta alegada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

No ha existido vulneración alguna de derechos fundamentales y el Tribunal de instancia ha alcanzado su convicción sobre la existencia de la droga en el interior del vehículo en base a medios de prueba legítimamente obtenidos.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo se formula al amparo del art. 849.2º L.E.Cr . por "errónea aplicación del art. 368 C.P vulnerando además el art. 24 párrafo 2 de la Constitución de 1.978 ".

La ausencia total de designación de documentos que teóricamente pudieran acreditar un error de hecho en la redacción del relato histórico, que, a su vez pudiera ser relevante para la calificación jurídica, es suficiente razón para rechazar esa pretendida "errónea aplicación del art. 368 C.P ." a partir de la inmodificada descripción del "factum".

En otro orden de reproche, alega el recurrente que no ha quedado probado el elemento subjetivo del delito, en tanto que -afirma- no fue él quien llevó la furgoneta a la chatarrería donde fueron cargados en el vehículo 33 fardos de haschís y, por consiguiente, no tuvo conocimiento de lo que transportaba cuando fue detenido. A este respecto, sostiene que los que le contrataron para efectuar el transporte se llevaron la furgoneta mientras él cenaba y se la devolvieron dos horas después, ya cargada, para realizar el viaje. Sin embargo, esta línea impugnativa tropieza con dos obstáculos insalvables: el Tribunal sentenciador, en virtud de la facultad que en exclusiva le otorga el art. 741 para valorar las pruebas de carácter personal que ante él se practican, a virtud de la intermediación, no concede credibilidad a esta versión, señalando que es inverosímil que un trabajador autónomo dedicado al transporte facilita las llaves y el vehículo a un tercero a quien no conoce, para que durante casi dos horas le pierda de vista mientras carga el género a transportar.



Pero es que, además, la versión que ofrece el recurrente ha sido rotundamente desbaratada por los funcionarios policiales intervinientes, los cuales ratificaron el atestado en el que consta que los hermanos Gonzalo y Jose Luis contactaron a las 00.15 horas del día 6 con dos personas en la Plaza de Salvador Espriu de San Pedro de Ribes, dirigiéndose los cuatro a la calle Mayor y una de ellas se introduce en la furgoneta, dirigiéndose los dos vehículos a la chatarrería, donde se produce la carga, y saliendo ésta y el Citroën "Xantia" que ocupaban los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo , siendo entonces cuando se interceptan a los vehículos y deteniendo en ese momento al conductor de la furgoneta que resultó ser el ahora recurrente.

Estas pruebas testificales evidencian la mendacidad de la versión del acusado y confirman que condujo la furgoneta desde que contactó con los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo , sin solución de continuidad hasta que fue detenido, que llevó el vehículo hasta la chatarrería donde se almacenaba el cargamento de haschís y donde se cargaron en su vehículo 33 bultos de esta sustancia y que no es cierto que durante el desarrollo de esta operación, el recurrente hubiera permanecido en otro lugar a donde luego le fue entregada la furgoneta ya cargada con la droga pues ha quedado meridianamente probado que desde la chatarrería aquélla y el Citroën "Xantia" que la escoltaba fue controlada por la policía hasta su interceptación en la carretera, lo que evidencia que fue el recurrente quien llevó la furgoneta a la chatarrería para su carga y posterior transporte, por lo que inevitablemente tuvo que observar la carga de la gran cantidad de fardos tan significativamente envueltos en arpillera, propio del modo habitual de embalar esta clase de sustancias prohibidas.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Rafael

CUARTO.- Por razones metodológicas, examinaremos en primer lugar el motivo por vulneración del principio de presunción de inocencia (cuarto del recurso) en el que se alega la inexistencia de prueba de cargo directa, si bien se admite la indiciaria, que el recurrente estima insuficiente al estar basada en un solo dato indiciario como es el testimonio de los funcionarios policiales.

Recordemos que el Tribunal sentenciador imputa a este coacusado unos hechos consistentes en la custodia del cargamento de droga que había sido ocultado en un zulo subterráneo habilitado en la chatarrería, y que para el cumplimiento de su tarea de vigilancia disponía de dos armas de fuego en perfecto estado de funcionamiento y su correspondiente munición.

El recurrente no cuestiona la prueba que acredita esos hechos, sino la inferencia del Tribunal en relación con las razones o finalidad de la presencia en tal lugar del acusado, asegurando que simplemente estaba allí durmiendo. Sin embargo, la conclusión obtenida por los jueces a quibus se encuentra lejos de la arbitrariedad o la irracionalidad a tenor de las circunstancias fácticas concurrentes y probadas, puesto que, en efecto, resulta insólito que el recurrente y la persona que lo acompañaba, no encuentren un mejor lugar donde dormir que una chabola con un zulo en el subsuelo, justamente donde se habían ocultado los 113 fardos de haschís con un peso medio de 30 kgs. cada uno, y, además, con dos armas de fuego con su munición, listas para ser utilizadas. A lo que hay que añadir las consideraciones que contiene la sentencia cuando señala que para justificar su presencia allí e intentar autoexculparse siquiera parcialmente, en el plenario manifiestan que creían estar custodiando una partida de tabaco facilitada por un tal Vilalta, propietario de la chatarrería (hoy fallecido), pero tales manifestaciones se contradicen frontalmente con las declaraciones que facilitaron en su momento ante el juez instructor, debidamente asistidos de letrado defensor, y son asimismo incompatibles con las delcaraciones testificales facilitadas por los Agentes de la Autoridad NUM003 , NUM004 , NUM005 , NUM006 , NUM007 y NUM008 .

Resulta patente que esas manifestaciones efectuadas en el plenario evidencia que el recurrente y su compañero desempeñaban la función de vigilancia y custodia del hachís ocultado en el zulo y que, a tal fin, disponían de las armas de fuego que tenían al alcance de la mano cuando fueron detenidos.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr . se alega infracción de ley por indebida aplicación del art. 368 y 28 C.P .

El reproche casacional debe ser analizado desde la absoluta intangibilidad del relato histórico, dada la vía casacional utilizada. Pues bien, la sentencia describe con nitidez una actividad del acusado de inequívoco favorecimiento del tráfico y consumo de drogas tóxicas, cual es el de la vigilancia, control y custodia del cargamento de haschís, por lo que esa actuación se integra indefectiblemente en la autoría delictiva del tipo aplicado.

Lo mismo se predica del siguiente motivo, formulado por la incorrecta aplicación del tipo de tenencia ilícita de armas del art. 564 C.P . Alega el recurrente que este tipo penal exige un corpus, detentación, aprehensión o



posesión del arma, y además un animus, intención de poseer, animus possidendi o animus sibi habendi, tal y como señala la STS de 20 de octubre de 1.995, por lo que tanto el elemento subjetivo como objetivo del tipo aplicable no se produce en este supuesto ya que, tal y como señala la sentencia en su apartado tercero de su apartado de fundamentos de derecho, dichas armas se encontraban en el interior de la chatarrería, cuando el lugar estaba concurrido por más personas, por lo que la posesión y el ánimo de poseer pueden ser aplicables a terceras personas.

El motivo no puede ser estimado porque la sentencia es rotunda al establecer que "en apoyo de sus tareas de vigilancia, ambos acusados disponían de una escopeta de repetición marca Maveric, calibre 12" y nº de serie NUM000, y un rifle semiautomático del calibre 22", con nº de serie NUM001, dotado de silenciador y mira telescópica. Amabas armas de fuego, que carecían de la preceptiva licencia y guía de uso, estaban en perfecto estado de funcionamiento y dotadas de su correspondiente munición". Este fragmento del "factum" revela claramente que las armas estaban a disposición de los vigilantes como instrumentos eficaces para desarrollar su cometido. Conclusión que se refuerza cuando en la motivación fáctica, el Tribunal destaca el hecho de que los funcionarios de policía que intervinieron en la detención de ambos "vigilantes" han matizado en el plenario que las armas no estaban ocultas sino a mano apoyadas en la pared junto a la cama (PN NUM003 y NUM006), que estaban a su alcance (PN NUM005 y NUM007), y que incluso uno de los acusados hizo ademán de coger el arma pero se lo impidieron (PN NUM009).

En consecuencia, de los Hechos Probados se desprende la concurrencia de los elementos que configuran el tipo penal aplicado: la posesión del arma, en el sentido de la disponibilidad de la misma a voluntad del agente, y el "animus", o conocimiento y voluntad de la ilícita posesión.

SEXTO.- Por la misma vía del art. 849.1º L.E.Cr., se denuncia ahora infracción de ley del art. 66.2 del C. Penal relativo a la circunstancia atenuante admitida en primera instancia, si se le considerara autor de los hechos, en relación al delito de tenencia ilícita de armas.

La sentencia recurrida aprecia la concurrencia en el recurrente de la circunstancia atenuante de drogadicción del art. 21.2º C.P., tanto en relación con el delito contra la salud pública como con el de tenencia ilícita de armas. Este último está sancionado con pena de prisión de siete meses a un año al tratarse de armas largas de fuego (art. 564.2), pero ocurre que la sentencia incardina los hechos en el subtipo agravado del art. 564.2.3º al señalar que "las armas habían sido transformadas modificando sus características originales, dotándolas de silenciador y mira telescópica", y que dicho subtipo lleva pena de uno a dos años cuando de armas largas se trata, calificación ésta que no ha sido impugnada. De manera que el Tribunal ha aplicado correctamente el art. 66 C.P. al haber impuesto la pena no sólo en su mitad inferior, sino en el mínimo legalmente posible.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Inocencio

SÉPTIMO.- El primer motivo que articula este coacusado es reiteración del formulado por Luis María sobre la nulidad del registro de la furgoneta conducida por éste cuando transportaba 33 fardos de hachís.

Las razones consignadas entonces para desestimar el reproche casacional sirven exactamente para rechazar el presente y a las cuales nos remitimos.

OCTAVO.- El siguiente motivo denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 C.E., alegando como fundamento de la censura casacional que la sentencia condenatoria se construye sobre la base de indicios ofrecidos por la versión policial que son perfectamente compatibles -se razona- con la versión del recurrente. Además, -añade- no existe ninguna conversación de Inocencio con los restantes coimputados que haya sido intervenida, habiendo aportado una versión acerca del desengaño amoroso que le habría llevado a la situación vivida el día en que se produjo la intervención policial.

El motivo no puede prosperar.

No se discute el hecho de que el recurrente viajara con los hermanos Gonzalo y Jose Luis en el coche que escoltaba a la furgoneta que transportaba la droga, y que fue detenido junto a éstos. Lo que sostiene el motivo es que el recurrente nunca estuvo en la chatarrería, que fue recogido por el "Xantia" en San Pere de Ribas como autoestopista, y que no tenía nada que ver con la droga ni con los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo.

Al margen de que -como ya se ha dicho- la valoración de las declaraciones prestadas en el juicio oral es función privativa del Tribunal por razón de la inmediatez con la que se practican estas pruebas, y que es el órgano jurisdiccional el único facultado legalmente para pronunciarse sobre la credibilidad que le merezca el deponente, sin que, por ello, esa valoración tenga acceso a la sanción; al margen de todo esto, decimos, el Tribunal de instancia ha expresado en la sentencia las razones por las que no da crédito a la versión del acusado, con una argumentación tan razonable y convincente que no deja margen alguno a otra conclusión



alternativa y que, por supuesto, en modo alguno puede calificarse de absurda o arbitraria, sino totalmente lógica y coherente, pues, ciertamente frente a su manifestación en el sentido de que jamás ha estado en la chatarrería de Sant Pere de Ribes donde fue incautada la mayor parte del alijo de droga, así como que nunca se ha desplazado hasta allí con el vehículo Citroën Xantia conducido por uno de los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo, todos los funcionarios públicos que han declarado en el juicio oral, encargados unos del seguimiento del coche y los otros de la vigilancia perimetral de la chatarrería, afirman que le vieron subir al coche junto al bar de dicha localidad donde se reunieron los cuatro, y desplazarse acto seguido en el Citroën detrás de la furgoneta C25 conducida por el Sr. Luis María hasta el lugar donde se hallaba almacenada y escondida la partida de droga. Han descrito sin ambigüedades ni incoherencias, como tras colocar la parte posterior de la furgoneta frente a la puerta del local, cargaron entre todos un gran número de fardos (contabilizados luego como 33) y abandonaron a continuación el lugar a bordo de los mismos vehículos. La descripción del "modus operandi" que visualizaron y proporcionan los Agentes es la habitual en este tipo de actividades ilícitas, pues la carga se desarrolla de noche, en lugar descampado, con poca luz, de forma rápida y sigilosa, abandonando el enclave hacia destino desconocidos. Dicho transporte se efectuó circulando el turismo donde viajaba Inocencio junto con los dos hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo inmediatamente detrás de la furgoneta, en ejecución de las lógicas labores de control y vigilancia de la droga. Debemos recordar además, que los Agentes no perdieron en ningún momento de vista a ambos vehículos, y que al dar el inspector al mando del operativo la orden de interceptación, el turismo Citroën Xantia conducido por Gonzalo y ocupado por su hermano junto con Inocencio se dieron a la fuga a toda velocidad, desobedeciendo así las señales acústicas y luminosas inequívocas de los Agentes de la Autoridad. Como nos han relatado con detalle, fue menester una breve persecución policial, con uso legítimo de los prioritarios acústicos y luminosos, hasta que las Fuerzas de Seguridad del Estado pudieron interceptar su trayectoria y proceder a su detención. Nos hallamos por tanto ante una coautoría necesaria tipificada en el art. 28 C.P., que relaciona directamente a dicho coacusado con el decomiso de los 3.500 kgrs. de hashcís repartidos entre la furgoneta (33 fardos) y el aljibe subterráneo (80 fardos más).

Afirma el Sr. Inocencio que la única relación que tuvo aquella noche y madrugada con los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo fue aceptar su oferta de llevarle hasta una parada de taxis en Sant Pere de Ribes, viéndose involucrado en todo el asunto por sorpresa y sin tener ningún conocimiento ni participación. Pero tan inverosímil como endeble explicación autoexculpatoria decae por sus propios fundamentos e incoherencias, puesto que ni tan siquiera los coacusados Sres. Jose Luis Gonzalo Enrique coinciden con dicha versión. En efecto, mientras el acusado Sr. Inocencio asegura que le subieron en el coche cuando estaba haciendo autostop en la carretera -por donde andaba sin rumbo fijo tras haberse discutido con una amiga que le djó "tirado"-, estos últimos explican que le recogieron (por razones humanitarias) en una plaza de la población de Sant Pere de Ribes al apercibirse que estaba bajo los efectos de una importante embriaguez. Resulta ciertamente poco comprensible que -sin conocerle y hallándose en curso la operación de transporte de la droga- le invitaran a subir al coche, le trasladaran primero hasta la chatarrería, y después hasta Canyelles, punto donde fueron interceptados por una de las patrullas policiales encargadas de su seguimiento. Por el contrario, los Agentes PN NUM003, NUM010, NUM005 y NUM011, niegan rotundamente tan extraña hipótesis, y coinciden en afirmar que vieron con toda claridad como (en distintos momentos secuenciales) Inocencio contactaba con los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo en un bar de la localidad, se desplazaban junto con Luis María en el coche y la furgoneta hasta la chatarrería, cargaban parte de la droga y la transportaban hasta el punto donde todos ellos fueron interceptados y detenidos.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

RECURSO DE Adolfo

NOVENO.- En el primer motivo, este coacusado alega la vulneración del derecho constitucional previsto en el art. 18.3 de la C.E., al haberse infringido las normas reguladoras de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, en relación con el art. 1.1 y 238.3 de la LOPJ, este última, en relación con el art. 849.1 L.E.Cr.

Sostiene el recurrente que la resolución judicial habilitante no expresa las razones fácticas y jurídicas que apoyen la necesidad de la intervención telefónica, ni los datos objetivos que puedan considerarse auténticos indicios de la existencia de un delito y la conexión con las personas a investigar, sino simples suposiciones, por lo que el Auto judicial infringe la exigencia constitucional de motivación, y, en consecuencia, ha sido vulnerado el art. 18.3 C.E.

Como hemos declarado reiteradamente las resoluciones judiciales deben ser siempre motivadas porque son fruto la aplicación razonable y razonada del Derecho y no de la arbitrariedad del Poder, exigencia de motivación que no se limita a las Sentencias, sino que alcanza también a los autos a los que afecta igualmente la necesidad de evitar la arbitrariedad. Esta exigencia impone que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo a



un observador imparcial conocer cuales son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

La motivación ha de ser pues la suficiente, siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación, teniendo siempre en cuenta que la motivación no constituye un requisito formal sino un imperativo de la razonabilidad de la decisión, por lo que no es necesario explicitar lo que es obvio.

Pues bien, con relación a la motivación de las resoluciones que acuerdan una intervención telefónica, la autorización debe contener los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo, de otro, está delimitada de forma temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autorice. Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (S.S.T.C. 49, 166 y 171/ 99 y 8/00).

En relación con este último requisito constituye doctrina reiterada de esta Sala que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias 1240/98, de 27 de noviembre, 1018/1999, de 30 de septiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, SSTS de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998, 19 de mayo del 2000 y 11 de mayo de 2001, núm. 807/2001, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en su caso del Ministerio Fiscal, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica.

En definitiva, como señalan las sentencias de 26-06-00, 03-04 y 11-05-01 y 17-06-2002, núm. 1112/2002 , entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, pues el Órgano Judicial carece por si mismo de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial.

En consecuencia lo que la Constitución exige al atribuir y confiar al Juez de Instrucción la competencia exclusiva para adoptar estas resoluciones es que la depuración y análisis crítico de los indicios aportados por la policía judicial bajo su dependencia se realice por el Instructor exclusivamente desde la propia perspectiva de su razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso, valorándolos desde su profesionalidad y conocimiento del medio, pero sin necesidad de análisis prolijos incompatibles con la materia y el momento procesal en el que nos encontramos. No procede, por ello, sustituir al Instructor en dicha ponderada valoración inicial, máxime cuando su resultado positivo la ha revelado atinada, y únicamente procede declarar la inconstitucionalidad de la resolución en aquellos supuestos en que la manifiesta ausencia de datos pone de relieve que la intervención del derecho constitucional se realizó carente del mínimo sustento indiciario.

En el caso actual, el Informe Policial remitido al Juez señala que en el seno de las actuaciones policiales de investigación de un delito de tráfico de drogas que culminó con la detención del principal dirigente de la operación y otras quince personas y la incautación de más de 1.000 kilos de haschís, se supo, en dichas actividades de observación e investigación, de la existencia de dos personas -"aún sin identificar plenamente"- que responden a los nombres de Agustín y Jose Pedro , estrechamente relacionadas con el dirigente mencionado, y que se dedican igualmente al tráfico de haschís. También informan al Juez que investigaciones posteriores han constatado que Jose Pedro es propietario de un pesquero que utiliza para recoger la droga en las costas de Marruecos para trasladarla a España, siendo usuario de los teléfonos móviles cuya intervención se solicita. La subsiguiente resolución judicial autorizante se apoya, además, en un dato más concreto, aludiendo a "las conversaciones mantenidas últimamente" por los usuarios de los teléfonos, de las que "se desprende que tienen intervención directa en el ilícito y para comunicarse con las otras personas intervinientes en el ilícito tráfico".

A tenor de estos datos que figuran en la solicitud policial y en el Auto de intervención telefónica, no cabe sostener que la resolución habilitante carezca de un fundamento objetivo constituido por sospechas fundadas de la comisión de una actividad delictiva contra la salud pública en la que pudieran participar los usuarios de



esos teléfonos, y que permitan al Juez realizar un juicio sobre la racionalidad de esta posibilidad y la necesidad y proporcionalidad de la medida como medio idóneo para la comprobación pertinente.

De modo que la resolución judicial no carece de la necesaria motivación que justifique la invasión del ámbito de la privacidad de las comunicaciones telefónicas, y, por lo mismo, no puede calificarse de arbitraria y vulneradora del derecho constitucional, por lo que toda mención a la teoría de los frutos del árbol envenenado carece de fundamento al no ser de aplicación el art. 11.1 L.O.P.J .

En otro orden de cosas, la denuncia del recurrente a la falta de control judicial de las cintas magnetofónicas que recogen las conversaciones interceptadas, no puede ser estimada ni como infracción de orden constitucional ni como irregularidad procesal de legislación ordinaria.

Hemos dicho insistentemente que una vez superados los controles en clave constitucional que se refieren a la obtención de la prueba, deben concurrir otros requisitos de legalidad ordinaria que se refieren al protocolo de incorporación del resultado probatorio al proceso lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valorada, siendo tales requisitos la aportación de las cintas íntegras, la transcripción mecanográfica que las mismas bien integra o de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas, el cotejo bajo la fe del Secretario Judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es lo usual- a los funcionarios policiales y finalmente, la disponibilidad de este material para las partes y la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, constituye lo que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción.

La vulneración de los requisitos sintéticamente expuestos tanto de legalidad constitucional como de legalidad ordinaria tienen su diverso alcance, ya que la quiebra de los primeros produce la nulidad insubsanable de todo el material conseguido, consecuencia de la no justificación del sacrificio del derecho fundamental a la intimidad consagrado en el art. 18 de la Constitución , nulidad que arrastrará a aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas, en tanto que la violación de los requisitos de legalidad ordinaria referentes al proceso de incorporación de las intervenciones al sumario, impide la judicialización de las mismas y por lo tanto su conversión en prueba susceptible de valoración, pero nada obsta a que puedan tener el valor de simple medio de investigación no siendo prueba en sí misma pero si permite que a través de ellas pueda obtenerse la prueba. En tal sentido SSTC 22/84 de 17 de Febrero, 114/84 de 29 de Noviembre, 199/87 de 16 de Diciembre, 128/88 de 27 de Junio, 111/90 de 18 de Junio, 1990/92 de 16 de Noviembre y entre las últimas Sentencia 49/99 de 9 de Abril , así como SSTS de 1 de Junio, 28 de Marzo y 6 de Octubre de 1995, 3 de Febrero, 3 de Abril, 22 de Abril y 23 de Noviembre de 1998 y por último de 12 de Febrero de 1999.

El control judicial de las grabaciones obtenidas bajo la cobertura de una resolución judicial debidamente motivada no es una exigencia de orden constitucional, sino de mera legalidad procesal ordinaria. Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional y esta Sala de casación. Así, el primero señala que no existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado -entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido- pues en tales casos la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización. Y añade que cuestión distinta es que la defectuosa incorporación a las actuaciones de su resultado no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia. Mas al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido por ejemplo mediante las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas (STC 228/1997, fundamentos jurídicos 9º y 11). Y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral (véase STC de 13 de julio de 1.998 y las que en ella se citan y la de 16 de mayo de 2.000).

En el mismo sentido se manifiestan numerosas resoluciones de esta Sala, como la de 18 de octubre de 1.999 , que insiste en exponer que la cuestión del control judicial de la intervención pertenece al ámbito de la legislación ordinaria, por lo que su hipotética infracción no hubiera originado vulneración de derechos constitucionales, ni más consecuencia que la pura ineficacia probatoria de la intervención, sin afectación de otros elementos de prueba derivados de ella. En cualquier caso el examen de los Autos pone de relieve lo infundado de la denuncia ya que se observaron las exigencias condicionantes de su autenticidad y eficacia



probatoria (véanse también SS.T.S. de 9 de diciembre de 1.996, 16 de septiembre de 1.998, 18 de febrero de 1.999, 19 de septiembre de 2.000 y 3 de octubre de 2.001 , entre muchas más).

Corolario de todo ello es que, aún en el caso de que en el supuesto enjuiciado hubiera faltado ese control judicial de las grabaciones obtenidas, pero habiéndose observado las exigencias constitucionales, la única consecuencia sería que las mencionadas grabaciones carecerían de validez -procesal- para ser valoradas como prueba de cargo, pero quedarían incólumes las demás pruebas que derivando de la intervención, se hubieran practicado en el juicio oral con las debidas garantías.

En el supuesto examinado, no existe violación de la legalidad constitucional en la obtención de las conversaciones, como ya se ha dicho, al estar amparada en una resolución judicial motivada. En el ámbito de la legalidad ordinaria el original de la cinta se puso a disposición del Juez, realizándose la diligencia de cotejo con las transcripciones por el secretario judicial (F. 2613 y vuelto) y habiendo tenido los acusados facilidad absoluta para solicitar en el plenario la audición de todo o parte de la grabación en el caso de que les hubiera sido de interés, lo que no hicieron, renunciando expresamente -y significativamente- a la prueba de audición previamente interesada.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . se alega vulneración del derecho de presunción de inocencia del art. 24.2 C.E ., aduciendo que "no existe una verdadera prueba de cargo capaz y suficiente para desvirtuar los efectos de la presunción de inocencia que amparaba al hoy recurrente".

En el desarrollo del motivo, se reconoce que la prueba de la participación en el delito la basa la Audiencia en las declaraciones testificales de los agentes de Policía NUM003 y NUM007 , que describen la toma de contacto del recurrente con el coacusado Gonzalo , y a la espera de aquél en el chalet de Creixell, donde fue detenido por orden judicial. Asimismo, se basa en el contenido de las conversaciones telefónicas, "de las que deduce la propiedad inicial de las sustancias y un relevante papel para que la actividad delictiva tuviera buen fin". Sin embargo, el recurrente sostiene la inocencia de este acusado apoyándose exclusivamente en la versión ofrecida por el mismo, a la que concede plena credibilidad, en contra del criterio valorativo del Tribunal sentenciador que considera inverosímil la explicación ofrecida por el Sr. Adolfo y que razona en la fundamentación jurídica de la sentencia con argumentos plenos de lógica que no admiten discusión, pues, en efecto, ya al tratar de la participación de Gonzalo , la sentencia señala que fue éste quien entró en contacto con los dos ciudadanos magrebíes también procesados (Adolfo y Carlos María), en un área de servicio -Medas- de la autopista A-7, suministradores de la droga desplazados expresamente desde Ceuta a Tarragona para gestionar la distribución y cobro de la mercancía ilícita. Resulta sorprendente que frente a tal irrefutable prueba de las declaraciones de los Agentes sobre dicho contacto, que el acusado niega, y la ulterior detención de ambos ciudadanos marroquíes en el interior del domicilio del propio Gonzalo cuando éste ya se hallaba en manos de la policía, se exponga una versión inverosímil carente de toda lógica racional objetiva, como es alegar que los encontró perdidos deambulando por Tarragona en busca de hotel y les ofreció dormir unos días en su casa por 30.000 ptas. Con todos los respetos para la defensa, nadie en su sano juicio aloja en su propia casa a dos desconocidos y los deja solos en ella como hizo el acusado. Su conducta sólo resulta inteligible si admitimos la relación comercial ilícita que les unía.

Y al valorar la declaración exculpatoria del recurrente expone el Tribunal a quo que su versión de los hechos es casi tan sorprendente e imaginativa como la anteriormente expuesta por los tripulantes del barco utilizado como medio de transporte de la droga. Afirma que se desplazó a Tarragona para adquirir unos recambios eléctricos, pues tiene una tienda en Ceuta, y que conoció a Gonzalo por pura casualidad cuando éste les propuso alquilarles su chalet en Creixell por un par de días. De entrada, al tribunal le parece difícil creer que alguien se desplace en un vehículo Mercedes desde Ceuta a Catalunya para realizar una operación comercial de compra que podía llevar a cabo en mejores condiciones económicas en Andalucía, pero es que además, la testifical de los Agentes PN NUM003 y NUM007 destruye toda duda razonable al explicar con todo lujo de detalles cómo se produjo la toma de contacto entre ambos ciudadanos marroquíes y Gonzalo . En el juicio oral, han matizado que como consecuencia del operativo policial de vigilancia sobre este último, pudieron visualizar que el día 5 de septiembre de 1.997, se desplazó con el Citroën Xantia alquilado hasta el área de descanso "Medas" a la A-7, y una vez allí, se saludaron entablando conversación; hasta que (a bordo del Mercedes, Adolfo y Carlos María) fueron juntos hasta el chalet de Creixell propiedad de Gonzalo . No salieron de allí hasta que -a la mañana siguiente- la policía entró en la vivienda y procedió a su detención mediante autorización judicial. Sin duda no era a la policía a quienes esperaban, sino a Gonzalo para confirmar que la operación de distribución de parte del alijo se había desarrollado sin problemas. Su función fue por tanto proporcionar la droga a los demás copartícipes, y cerciorarse de que su distribución se desarrollaba sin contrariedades, como se desprende del contenido de las intervenciones telefónicas efectuadas bajo control judicial por la comisaría de Almería.



A todo lo cual debe añadirse que la versión de Adolfo sobre su extraña presencia en Tarragona - lugar de residencia de los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo - se sustenta esencialmente en que un amigo suyo le había invitado "... con la finalidad de conocer Tarragona, convenciéndole para que pasen juntos un par de días" (sic), según se afirma en el motivo casacional, resultando de todo punto insólito que se alojara en el chalet de Gonzalo y siendo, por otra parte, sumamente elocuente y significativo, el hecho de que tal amigo (el Sr. Carlos María) fuera también acusado en la causa y habiendo desaparecido a raíz de la intervención policial, encontrándose en ignorado paradero y en situación de rebeldía.

La prueba de cargo indirecta, basada en elementos indiciarios incriminatorios, ha desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente y, por ello, el motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Enrique

DÉCIMOPRIMERO.- El primer motivo de este coacusado alega infracción de ley con base en el art. 849.1 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J. al haber sido infringido el art. 24.2 de la C.E., por vulneración de la presunción de inocencia, habiendo condenado a D. Enrique, sin prueba suficiente y razonablemente de cargo.

El Tribunal fundamenta su convicción de que el ahora recurrente formaba parte del grupo de personas que, de uno u otro modo, participaba en la actividad delictiva, sobre los indicios fácticos probados que consigna en la motivación fáctica de la sentencia, y, concretamente, valora el hecho de que Enrique acudió junto con su hermano Jose Luis al establecimiento donde ambos alquilaron un vehículo cada uno, aquél un Seat Córdoba y éste un Citroën Xantia que fue el que escoltaba a la furgoneta con la carga de 33 fardos de haschís, habiendo sido observado el Seat en varias ocasiones por los funcionarios policiales que vigilaban la chatarrería donde se ocultaba la droga. La Sala de instancia valora también el testimonio del funcionario de policía que describe con detalle en su declaración en el plenario, lo acontecido el día anterior a la redada (5.9.97) en Segur de Calafell tras dejar Gonzalo a los dos ciudadanos marroquíes en su chalet de Creixell, cuando los tres hermanos se reunieron en la terraza de un bar y entablaron larga conversación (sic "la entrevista duró varias horas") con dos desconocidos que no han podido ser identificados. Gracias al operativo de seguimiento de ambos vehículos (Citroën Xantia y Seat Córdoba) organizado puede constatarse que los tres faltan a la verdad cuando afirman que el alquiler simultáneo de los dos vehículos fue una casualidad, y que ya no volvieron a verse hasta después de ser detenidos. En sí misma, razona la sentencia impugnada, dicha reunión familiar no por insistentemente negada menos cierta, no demuestra nada, pero si la enlazamos con el curso secuencial de los hechos desarrollado en las horas posteriores, demuestra que los tres hermanos de común acuerdo aprovecharon para ultimar los detalles de la operación y concretar el lugar de entrega a los destinatarios del primer "lote" de 33 fardos de haschís, plan que no llegó a consumarse al ser truncado por la intervención policial.

El recurrente realiza un loable y meritorio esfuerzo en defender su impugnación, pero todo el desarrollo del motivo no se sustenta en otra táctica que en la de efectuar una valoración subjetiva de las declaraciones de diferentes testigos que depusieron en el juicio oral, pretendiendo sustituirla por la valoración del Tribunal sentenciador, lo cual, como es bien sabido, no es admisible. Consideramos que el juicio de inferencia obtenido por los jueces sentenciadores respeta las reglas de la lógica, de la racionalidad y las máximas de la experiencia común, por lo que, no pudiendo ser tildada dicha conclusión de arbitraria, la prueba indirecta de cargo que sustenta el juicio de culpabilidad, ha destruido el derecho del acusado a la presunción de inocencia y el motivo, por ello, debe ser desestimado.

DÉCILOSEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., se alega infracción de ley por indebida inaplicación del art. 29 C.P., es decir, por no haberse establecido la responsabilidad criminal del acusado a título de mera complicidad.

La doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo ha declarado de manera persistente y pacífica la gran dificultad que supone la complicidad en el delito de tráfico de drogas que tipifica el art. 368 C.P., pues, dada la amplitud de la conducta típica, cualquier acto que favorezca o facilite el tráfico de esas sustancias implica la comisión del ilícito a título de autor por expresa voluntad del legislador de suerte que las acciones secundarias, accesorias y no imprescindibles para la producción del resultado que en otras figuras delictivas serían calificadas de complicidad, no pueden serlo respecto del delito de tráfico de drogas, sino únicamente en casos muy excepcionales en los que el agente se limita a una acción de relevancia nimia, que no es el presente supuesto, que, dada la vía casacional utilizada, debe resolverse a partir de la declaración de Hechos Probados. Y lo que se describe en el "factum" es que Enrique y su hermano Jose Luis alquilaron dos vehículos y se desplazaron por separado hasta la chatarrería, con el propósito de verificar que el alijo había llegado y que su custodia se realizaba sin incidencias, siendo su compartido objetivo el distribuir y ocultar el importante alijo de haschís en varios lugares antes de proceder a su comercialización al por menor.



Así, pues, y como con razón señala el Fiscal al impugnar el motivo, no es que el relato histórico atribuya actos de autoría material, sino verdaderos actos dominicales en relación con la sustancia estupefaciente, de los que se desprende el trascendente papel del recurrente en el seguimiento, control y futura distribución clandestina de los fardos, distribución que se vio frustrada por la operación policial.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMOTERCERO.- Seguidamente se denuncia la vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación con el art. 21.6 del C.P .

Señala el motivo, en síntesis, que los hechos acaecieron a finales de 1997 y transcurrieron casi cinco años hasta el momento del enjuiciamiento. Sin embargo, no hubo complejas diligencias en el Juzgado de Instrucción, ni estrategias dilatorias por parte de la defensa. La única diligencia más o menos compleja fue la prueba fonográfica, rechazada por el propio Juez instructor. Una vez obtenido el análisis toxicológico de la droga, la instrucción estaba prácticamente completada en el año 1.998. No toda causa con muchos folios es complicada. Ninguna culpa, en fin, tuvo el recurrente en las dilaciones, lo que debería conllevar el consiguiente efecto atenuatorio conforme señala abundante jurisprudencia de la Sala Segunda que la representación legal se encarga de resaltar.

A tal reproche replica la parte recurrida que la instrucción exigió un esfuerzo elogiable, como lo demuestran los 13 tomos y más de 3.000 folios que integran las diligencias previas. No hubo paralización del procedimiento. Sólo a partir del año 2.000, verificado ya el trámite de conclusiones provisionales, se sucedieron una serie de incidencias sólo imputables a las propias defensas de los coacusados y sus respectivos clientes. En esa estrategia dilatoria se inscribe, por ejemplo, la renuncia de varios Letrados que habían asumido inicialmente la defensa de algunos de los imputados (Jose Luis y Imanol). El efecto perturbador de tales renunciaciones estuvo acompañado del ignorado paradero de los coacusados Adolfo , Carlos María y Luis Enrique , trastocando sobremanera la fecha deseable del auto de admisión de pruebas y señalamiento del juicio oral. Todo ello sin contar, ya abiertas las sesiones del juicio oral, cómo algunos de los letrados reiteraron sobrevenidas peticiones de suspensión.

Por otra parte, hemos dicho y reiterado que para la estimación de un motivo como éste, no es suficiente que se aluda al tiempo transcurrido entre el inicio del procedimiento y su conclusión, sino que es necesario que la parte recurrente especifique los períodos de inactividad sufrida en la tramitación del proceso, señalando en las actuaciones los folios pertinentes, a fin de que esta Sala pueda verificar la realidad de esas interrupciones, la entidad de las mismas y si han sido o no justificadas. La abstracta censura formulada no cumplimenta estas exigencias y el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMOCUARTO.- Por último, se formula una queja por vulneración del art. 66.1 C.P . y falta de motivación de la pena de cuatro años de prisión impuesta.

Señala el motivo que correspondiendo una pena de tres años a cuatro años y medio de prisión, la sentencia fija la de cuatro años sin otra explicación que la gran cantidad de droga objeto del delito, lo que considera una motivación insuficiente.

Es cierto que la sentencia recurrida no dedica un fundamento jurídico concreto a argumentar la pena que impone a cada acusado, y a éste en concreto, dentro del margen legalmente establecido. Es cierto también que siendo este margen el indicado de 3 años a 4 años y seis meses, y no concurriendo en este coacusado ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, el Tribunal a quo puede imponer la pena "en la extensión que estime adecuada en atención a la mayor o menor gravedad del hecho".

El mismo recurrente reconoce que "la única explicación que cabe encontrar a la pena impuesta es por la cantidad de Haschisch (sic) que se aprehendió", es decir, por la notable gravedad del hecho en el marco del subtipo agravado de cantidad de notoria importancia aplicado (art. 369.3), al ser dicha cantidad de más de tres toneladas de sustancia estupefaciente.

En relación con lo dicho, conviene recordar lo que decíamos en nuestra STS de 10 de julio de 2.006 al tratar de una cuestión como la que aquí se plantea: numerosos precedentes de esta Sala han declarado la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, preservando de esa forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta estén expresas en la propia resolución de que se trate (SS.T.S. de 31 de marzo de 2.000, 21 de enero de 2.002, 30 de junio de 2.004 , entre otras).

En el caso, entendemos que la innegable gravedad de los hechos imputados al acusado, la forma como éstos se ejecutaron y los demás datos que figuran en la narración de los hechos, justifican la respuesta punitiva que el Tribunal de instancia establece. Porque de lo que aquí se trata es de verificar que la respuesta punitiva a la



conducta delictiva del acusado es proporcional a la gravedad de la misma atendiendo a la antijuridicidad y el nivel de desvalor de tal actuación, lo que en el supuesto de hecho examinado resulta incuestionable.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Luis Enrique

DÉCIMOQUINTO.- Comienza su impugnación casacional formulando un motivo por error de hecho en la valoración de la prueba del art. 849.2º L.E.Cr .

El reproche tiene por ulterior finalidad la incorrecta aplicación del subtipo agravado del art. 369.3 C.P ., de cantidad de notoria importancia a que se contrae el siguiente motivo, y se apoya en los documentos obrantes a los folios 778 y 779, repetidos a los folios 1038 y 1039, que son aquellos en los que se incorpora a los autos el Dictamen del Laboratorio de drogas, se hace constar que el peso bruto de la sustancia estupefaciente haschish es de 3052.000 y el peso neto de 2968.100, encontrándose en blanco el epígrafe destinado a recoger el porcentaje de riqueza en base, que es requisito imprescindible para conocer la pureza de la droga y, en consecuencia, para determinar la existencia o no del tipo agravado de la notoria importancia.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

Lo primero que debe señalarse es que los documentos designados no acreditan ningún error que el Tribunal hubiera cometido al confeccionar el relato histórico en el extremo referente a la pureza de la sustancia, porque, al igual que en el informe pericial analítico, no se consigna ese dato.

En realidad, el motivo debería haberse enfocado en el ámbito de la presunción de inocencia, alegando falta de prueba sobre tal elemento que, si acaso, condicionaría la aplicación del subtipo agravado, que es lo que se cuestiona.

Pero tampoco desde esta perspectiva el motivo puede prosperar.

Debe quedar muy claro que el principio activo del "cannabis activa" es el T.H.C. o tetrahidrocanabinal, que se encuentra en todas las plantas de las que procede el haschís, de manera que si la sustancia en cuestión es haschís, necesariamente tendrá siempre un componente de T.H.C. Ahora bien, la riqueza de **THC** de cada planta, al ser elemento natural dependiente del tipo, semilla, clima, terreno y demás circunstancias concretas, es indiferente a su consideración como droga (sentencias de 20 de mayo, 11 de junio y 30 de septiembre de 1.993, citadas en la de 17 de marzo de 1.994), siendo sólo trascendente en función de la interpretación teleológica del precepto, su condición de sustancias prohibidas y su capacidad de lesión del bien jurídico protegido -la salud-, lo que se da en las plantas mencionadas al contener, en mayor o menor proporción, el **THC** como sustancia activa.

Conviene reiterar, también, que el haschís, como derivado del cáñamo índico o "cannabis sativa" es distinto en su naturaleza de aquellas drogas obtenidas por procedimientos químicos. La sustancia activa del hachís, o **THC**, es el tetrahidrocannabinol, obteniéndose la droga de un exudado resinoso sacado de determinadas partes de la planta, resina vegetal que, una vez prensada y seca, se prepara en forma de tabletas similares a las pastillas de jabón. La "calidad" del producto, si de establecer el grado de toxicidad se trata, teóricamente variará en razón a la sustancia activa indicada. El también denominado "cannabinol" se encuentra en proporción variable según el clima del lugar o según la propia naturaleza de la planta. Se viene indicando como contenido medio porcentual de **THC** el 8 % de la planta. Más concretamente se establece esa concentración entre el 2 % y el 10 %. Reglas que tienen su importancia si algunos llegan a la atipicidad del hecho cuando el tráfico se operó respecto de planta con un porcentaje de "cannabinol" inferior a ese 2 % (en el supuesto presente estaba en el 3'43%).

Al respecto hay una primera tesis jurisprudencial según la cual la notoriedad del hachís ha de apoyarse en el kilo atendiendo al peso bruto de la sustancia aprehendida con independencia del grado de concentración de tetrahidrocannabinol. Se afirma entonces que en esta droga no juegan los índices de pureza al no admitir el hachís adulteración con otros productos. En consecuencia, si se rebasa el peso bruto del quilo, se consume el artículo 344 bis a).3 . En ese sentido las Sentencias de 22 de octubre, 20 de mayo y 20 de abril de 1993 , en lo que es criterio mayoritario.

Por el contrario una segunda tesis aprueba la necesidad de tener en cuenta el peso bruto en relación con el grado de concentración de la sustancia activa (Sentencias de 28 de abril de 1995, 25 de abril de 1994, 15 de octubre de 1991), por lo cual se exige para la notoriedad no sólo el kilo de peso sino también una pureza desde el 4% (es interesante conocer la Sentencia de 9 de mayo de 1994 por su carácter conciliador y ambivalente).

Las dos teorías no son tan contradictorias como a primera vista parecen. Porque por lo común el porcentaje de la sustancia activa es casi siempre del orden del 4%. La primera corriente doctrinal, que como se ha dicho



es mayoritaria, se apoya en las características de esta planta, ya apuntadas más arriba, en tanto ese **THC** se halla mezclado con las células de la misma, por lo que nunca se encuentra en estado puro, sino siempre como componente de la planta o de la pastilla prensada. Es por eso por lo que la concentración de **THC** en la droga concreta no depende de manipulaciones o adulteraciones debidas a obra humana, como también se ha reseñado antes, sino de causas naturales como la calidad de la planta en función de la zona de cultivo o de la más cuidadosa selección de las partes componentes de ella, pues la concentración de **THC** es mayor en las flores y en las hojas y menor en los tallos.

En esta línea, no podemos dejar invocar la STS de 6 de junio de 2.000 cuando, al abordar un reproche como el presente en el que se denunciaba la indebida aplicación del art. 369.3 C.P. por no constar probada la concentración del principio activo **THC** en las pastillas de haschís objeto de tráfico ilícito, declaraba que la Sentencia de esta Sala, de 20 de noviembre de 1997, evocando las de 6 de noviembre de 1995 y 30 de octubre del mismo año, nos recuerda que, "a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o "cannabis sativa", son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (**marihuana**, hachís y aceite) y por ello esta Sala ha optado por establecer el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica, no en consideración a la sustancia activa, sino en relación con las diversas modalidades ya mencionadas.

Por ello una consolidada doctrina jurisprudencial -de la que son exponentes, entre otras, las Sentencias de 11 de octubre y 1 de marzo de 1996; 13 de febrero, 3 de marzo, 23 de julio y 12 de septiembre de 1997 - estima que, para la apreciación de la agravación específica de notoria importancia en las sustancias derivadas de la "cannabis sativa", ha de atenderse a la modalidad de la droga de que se trate, cifrándose aproximadamente en cinco kilogramos para la griffa o **marihuana**, un kilo para el hachís y 200 gramos para el aceite de hachís, ponderando las circunstancias de cada caso, entendiéndose que la concentración de tetrahidrocannabinol, es diversa en cada una de las modalidades mencionadas, y así, el porcentaje de concentración del principio activo, se estima entre el 0'4 y 4% en la griffa o **marihuana**, y entre el 4 y el 8% en el hachís, y el 5 y 12% para la resina (Sentencia de 6 de septiembre de 1999).

Y concluía: "Puesto que en este caso se trataba de haschís y la cantidad superaba los dos kilogramos de peso, se aplicó debidamente el subtipo de notoria importancia (art. 369.3º del C.P.)".

Por último, y a modo de recapitulación, reiteramos los criterios que sobre esta cuestión se exponían en nuestra sentencia de 22 de junio de 2.002, en la que declarábamos que, una reiterada doctrina de esta Sala considera, como regla general, que no es indispensable la determinación de la concentración de **THC** en las sustancias derivadas del cáñamo índico o cannabis sátiva por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroína o la cocaína, sino de causas naturales como la calidad de la planta.

Pero también lo es que una doctrina jurisprudencial consolidada precisa que para la aplicación del subtipo de notoria importancia, cuando se trata de cantidades moderadas de hachís (entre uno y cinco kgrs., de acuerdo con los módulos anteriores al acuerdo plenario de esta Sala de 19 de octubre de 2001, y entre dos y medio y doce kilogramos y medio, conforme a dicho acuerdo), se hace necesario conocer la concentración de principio activo pues si ésta fuese muy reducida (por debajo del 4%) nos encontraríamos ante una substancia desnaturalizada que más que al hachís debe considerarse asimilada, en cuanto a su nocividad para la salud, a la griffa o **marihuana** (S 14-06-2001, núm. 1140/2001, entre otras).

En tal caso el subtipo agravado no resulta aplicable en cantidades inferiores a los cinco Kgrs. (12,5 kgrs, tras el acuerdo plenario de 19 de octubre de 2001), conforme a una doctrina reiterada en Sentencias de 15 de octubre de 1991, 25 de abril de 1994, 28 de abril y 8 de noviembre de 1995, 17 de abril de 1996, 18 de mayo, 23 de julio y 12 de septiembre de 1997, 4 de junio de 1998 y 14 de junio de 2001, núm. 1140/2001, entre otras.

Esta doctrina se encuentra sólidamente fundada en el bien jurídico protegido por la norma penal, dado que si éste consiste en la salud pública, el fundamento material de la agravación se encuentra en el mayor riesgo para la salud que se deriva de unas u otras drogas, daño o peligro que indudablemente se encuentra en función del principio activo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar los módulos determinantes de la agravación por consideraciones meramente formales (el formato o apariencia del producto) en lugar de tomar en consideración su naturaleza básica (el daño que determina para la salud). Es por ello por lo que cuando la concentración de principio activo es muy baja el derivado del cannabis de que se trate tiene judicialmente la consideración de **marihuana**, lo que no afecta a su sanción penal por el tipo básico, pero eleva el umbral a partir del cual se aplica el subtipo agravado.



Pese a que se han pretendido contraponer estas dos declaraciones jurisprudenciales (la irrelevancia general de la pureza en los derivados del cannabis y su relevancia en supuestos muy concretos o excepcionales), como si obedeciesen a criterios o doctrinas diferenciadas, no cabe aceptar esta supuesta contraposición, salvo en resoluciones aisladas, pues ambas declaraciones jurisprudenciales son complementarias y no contradictorias.

Es claro, como señala la S 14-06-2001 , núm. 1140/2001, que la concentración de principio activo cumple un papel muy diferente en las drogas derivadas del cannabis sátiva (**marihuana**, griffa o Kif, hachís, resina, aceite, etc.) que en las drogas que son resultado de un proceso químico de elaboración como la heroína o la cocaína. En éstas el porcentaje o grado de pureza debe aplicarse sobre el total de droga en bruto ocupada para determinar la cantidad de droga pura de que se trata y saber si es o no de "notoria importancia" pues en función de la pureza de la sustancia pueden elaborarse mayor número de dosis: doscientos gramos de cocaína pura no se considera jurisprudencialmente un alijo de notoria importancia, y en consecuencia la ocupación del mismo alijo una vez mezclado (800 gramos, con una pureza del 25%) tampoco puede ser sancionado con la aplicación del subtipo agravado, aún cuando aparentemente supere el umbral de 750 gramos que este Tribunal utiliza actualmente para determinar la notoria importancia.

En cambio en el caso de los derivados del "cannabis sátiva" la proporción de principio activo (**THC**, tetrahidrocannabinol) no tiene la misma relevancia, pues no determina en absoluto la "pureza" de la droga, ya que no existen productos con un contenido de principio activo del 100%. Es por ello por lo que, como regla general, dicha proporción es innecesaria para la aplicación de la agravación de notoria importancia, ya que ésta se determina en función, en todo caso, del peso de la droga ocupada en estado bruto y de la naturaleza del producto (12,5 kilogramos para la griffa, 2,5 kgs. para el hachís y 500 gramos para el aceite).

Cuando la cantidad de hachís intervenido es muy elevada se aplica la agravante de notoria importancia aunque no se haya determinado la concentración de **THC**, pues en estos casos aún cuando la ausencia del dato del porcentaje de principio activo se interpretase en beneficio del reo, "ello sólo supondría que la sustancia pasaría de hachís a griffa o **marihuana** por su menor contenido de **THC**, en cuyo caso la notoria importancia se aplica, según reiterada jurisprudencia, a partir de los cinco kgs (hoy 12,5), por lo que la apreciación de la agravante específica habría sido también legalmente correcta", (sentencia 1729/2000, de 6 de noviembre).

Y sólo, en los supuestos excepcionales en que la cantidad de droga derivada del "cannabis sátiva" ocupada se encuentra entre 2,5 y 12,5 kgs, el dato de la concentración de principio activo es relevante, pues puede determinar que la droga -por su menor proporción de **THC**- sea asimilada en cuanto a su peligrosidad a la griffa o **marihuana** y, en consecuencia, no se aplique la agravante de notoria importancia.

Aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso de autos ninguna duda cabe de que la aplicación del subtipo agravado del art. 369.3º C.P . es jurídicamente correcta, porque tratándose efectivamente de haschís, con su principio activo de **THC**, y con un peso de la sustancia de tres mil kilogramos, necesariamente la carga intervenida tenía que superar los 2 kilos y medio de dicha sustancia cualquiera que fuera el porcentaje que aquella cantidad tuviera de **THC**.

La desestimación de este motivo arrastra la del segundo, formulado por la indebida aplicación del art. 369.3º C.P .

DÉCIMOSEXTO.- El último motivo alega la vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 C.E .

Del extenso desarrollo del recurso, puede obtenerse como conclusiones básicas que no existe prueba directa de la participación del acusado en la operación delictiva, ni que formara parte del grupo de personas que la planificaron y la ejecutaron. Afirma y reconoce ser el propietario de la embarcación " BUQUE000 ", pero que no tiene ninguna relación con los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo y enfatiza su alegación cuando se pregunta cómo es posible sostener -como hace la sentencia- que actuaba en su calidad de propietario del barco como testaferra cuando "no existe el más mínimo dato, evidencia o relación" con dichos hermanos.

El Tribunal de instancia ha fundamentado su convicción en la prueba de cargo indiciaria que expone en la motivación fáctica de la sentencia, en la que señala los datos indiciarios probados de los que infiere la coparticipación del ahora recurrente, y en este orden de explicaciones, señala que el acusado admite haber estado en el barco cuando se hallaba amarrado en el puerto de Benalmádena, pero niega haber viajado en él para recoger y transportar la citada sustancia estupefaciente, actividad que en todo caso habrían realizado sus tripulantes (Imanol , Juan Luis , José , Benedicto y Luis) sin su conocimiento ni consentimiento. Los Agentes de la Policía Nacional encargados de la vigilancia del barco mientras estuvo en los puertos de El Candado y Benalmádena, no han podido confirmar que cuando el BUQUE000 se hizo a la mar rumbo a las costas marroquíes su patrón fuera a bordo. Pero resulta ciertamente impensable que desconociera el objeto del viaje y participara de los beneficios de la operación de tráfico ilícito si tenemos en cuenta que él mismo reconoce carecer de toda titulación para tripular barcos, que en aquella época trabajaba de mensajero, que



sus ingresos económicos eran mínimos, y que el barco no generaba beneficios de clase alguna ya que no tenía permiso para utilizarlo como recreo de turistas. Ante todos estos datos periféricos, la Sala no puede sino preguntarse cómo pudo comprar el barco, quién sufragaba los costes de mantenimiento y amarre, para qué ordenó el traslado del barco de Málaga a Sitges, quién abonaba los salarios de los cuatro tripulantes. La única explicación razonable es que -en realidad- Luis Enrique era un "testaferro" de los verdaderos organizadores de la actividad ilícita, los hermanos Enrique Jose Luis Gonzalo , y que prestó su nombre y colaboración a cambio de una elevada contrapartida económica, lo que le convierte en cooperador necesario del delito del art. 368 C.P./95 imputado.

Frente a estos datos, el recurrente señala que el referente a su nula capacidad de hacer frente a los gastos de mantenimiento de la nave y el pago de los salarios de sus tripulantes, se explica por los ingresos que obtenía en la explotación de un establecimiento dedicado a "pub musical", pero sobre el que no aporta prueba alguna que pudiera confirmar esta explicación.

En cuanto a lo que constituye el núcleo de su impugnación, esto es, la inexistencia de dato de ninguna clase que le relacione con los hermanos Jose Luis Gonzalo Enrique , el reproche se desvanece con sólo mencionar que algunos de los tripulantes del " BUQUE000 " fueron detenidos en la chatarrería de Sant Pere de Ribes (Tarragona), adonde se había trasladado el cargamento de droga y donde se había ocultado y custodiado, con lo que la vinculación del barco del que era propietario el recurrente y la acción delictiva no admite reparo, habiendo confesado también el recurrente que estuvo en el barco en Benalmádena inmediatamente antes de que se realizara la operación.

La presunción de inocencia cuya vulneración se denuncia, ha sido enervada por prueba de cargo indirecta, legalmente obtenida y racionalmente valorada y, por ello, el motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Gonzalo

DECIMOSÉPTIMO.- Formula este coacusado un primer motivo de casación "por haber considerado la existencia de un tipo penal sin existir las pruebas precisas para sustentar dicha afirmación".

También en relación con este recurrente, el pronunciamiento de culpabilidad (entendido este concepto en el sentido anglosajón del término, esto es, de participación en el hecho punible) se ha basado en la prueba indiciaria valorada por el Tribunal a quo, prueba que la sentencia consigna y explica en su Fundamento de Derecho IV, señalando los datos fácticos indiciarios, plurales, concomitantes entre sí y debidamente acreditados, de los que, aplicando un proceso analítico fundamentado en la racionalidad y la lógica, infiere la conclusión de culpabilidad.

Reseña el Tribunal sentenciador en su función de valoración de la prueba, en primer lugar, la identificación nominal de Gonzalo relacionada con la operación de carga de la droga en las costas marroquíes, obtenida gracias a las intervenciones telefónicas proporcionadas por la Comisaría de Almería que constan debidamente incorporadas a autos mediante transcripción bajo fé pública judicial, sobre cuya validez ya nos hemos pronunciado en el FD 1º de esta resolución, al desestimar la cuestión previa que se impugnaba. Ello permitió efectuar posteriormente su seguimiento cautelar una vez el BUQUE000 ya había llegado a las costas de Tarragona. En segundo lugar, las declaraciones en el juicio oral de los Agentes de la PN nº NUM003 , NUM004 , NUM011 , NUM005 y NUM012 son inequívocas y coincidentes en atribuirle dicho papel director en estrecha colaboración con sus hermanos Jose Luis y Enrique . Frente a la manifestación del acusado en el sentido de que jamás ha estado en la chatarrería de Sant Pere de Ribes donde fue incautada la mayor parte del alijo de droga, así como que nunca se ha desplazado hasta allí con el vehículo Citroën Xantia que (reconoce) había alquilado el día anterior, todos los funcionarios públicos referenciados (encargados unos de su seguimiento individualizado y los otros de la vigilancia perimetral de la chatarrería) afirman que el día 5 de septiembre de 1.997, sobre las 21 horas de la noche, tras contactar Gonzalo en un bar con el conductor de la furgoneta de color blanco (Luis María) y acompañado de su hermano Jose Luis así como de Inocencio , se dirigieron los cuatro conjunta y simultáneamente hacia la caseta ubicada en el centro de la chatarrería donde se hallaba el aljibe con los 113 fardos de haschís y las armas. Nos describen cómo, tras colocar la parte posterior de la furgoneta frente a la puerta del local, cargaron un gran número de fardos (contabilizados luego como 33) y abandonaron acto seguido el lugar a bordo de los mismos vehículos.

La descripción del "modus operandi" que visualizaron y proporcionan los Agentes es la habitual en este tipo de actividades ilícitas, pues la carga se desarrolla de noche, en lugar descampado, con poca luz, de forma rápida y sigilosa, abandonando el enclave hacia destino desconocido y circulando el turismo donde viajaban los tres acusados inmediatamente detrás de la furgoneta, en ejecución de las lógicas labores de control y vigilancia de la droga. Debemos recordar además que los Agentes no perdieron en ningún momento de vista a ambos vehículos y que al dar el Inspector al mando del operativo la orden de interceptación el turismo Citroën Xantia conducido por Gonzalo y ocupado por su hermano junto con el tercero a quien por ahora no se ha podido



aún juzgar, se dieron a la fuga a toda velocidad, desobedeciendo así las señales inequívocas de los Agentes de la Autoridad. Fue menester una breve persecución policial, con uso legítimo de los prioritarios acústicos y luminosos, hasta que las Fuerzas de Seguridad del Estado pudieron interceptar su trayectoria y proceder a su detención. Nos hallamos por tanto ante una coautoría necesaria tipificada en el art. 28 C.P., que relaciona directamente a dicho coacusado con el decomiso de los 3.500 Kgrs. de haschís repartidos entre la furgoneta (33 fardos) y el aljibe subterráneo (80 fardos). Por si todo ello fuera insuficiente, no debemos tampoco olvidar que fue Gonzalo quien entró en contacto con los dos ciudadanos magrebíes también procesados (Adolfo y Carlos María), en un área de servicio -Medas- de la autopista A-7, suministradores de la droga desplazados expresamente desde Ceuta a Tarragona para gestionar la distribución y cobro de la mercancía ilícita. Resulta sorprendente que frente a tal irrefutable prueba de las declaraciones de los Agentes sobre dicho contacto, que el acusado niega, y la ulterior detención de ambos ciudadanos marroquíes en el interior del domicilio del propio Gonzalo cuando éste ya se hallaba en manos de la policía, se exponga una versión inverosímil carente de toda lógica racional objetiva, como es alegar que los encontró perdidos deambulando por Tarragona en busca de hotel y les ofreció dormir unos días en su casa por 30.000 ptas. Con todos los respetos para la defensa, nadie en su sano juicio aloja en su propia casa a dos desconocidos y los deja solos en ella como hizo el acusado. Su conducta sólo resulta inteligible si admitimos la relación comercial ilícita que les unía.

Ningún reparo cabe operar a esta prueba de cargo indirecta, tan válida a efectos incriminatorios como la prueba directa, ni en su obtención, ni en su práctica, ni en su valoración, de la que en modo alguno cabe admitir la arbitrariedad o el absurdo, sino que, por el contrario, esa actividad valorativa se ajusta plenamente a las reglas de la racionalidad, de la lógica y del recto criterio, por lo que, en suma, esa actividad probatoria ha enervado la presunción de inocencia del recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMOCTAVO.- Por la vía del art. 849.1º L.E.Cr., el segundo motivo alega que se ha condenado al acusado sin pruebas.

El reproche es mera reiteración del anterior, por lo que, tras lo expuesto en el anterior epígrafe de esta resolución, carece ya de relevancia.

Solamente añade un argumento al anterior motivo, cual es el de que no ha sido acreditada la pureza de la droga, pero esta cuestión ya ha quedado resuelta anteriormente ante la misma censura planteada por otro recurrente, por lo que damos aquí por reproducidos los argumentos por los que debe ser desestimado el reproche.

DÉCIMONOVENO.- Por último, acude al art. 849.2º L.E.Cr., que regula el motivo de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, pero la total ausencia de documentos que eventualmente pudieran demostrar el error del Tribunal al realizar la declaración de Hechos Probados, elimina toda posibilidad de que el motivo pueda prosperar.

RECURSO DE Juan Luis

VIGÉSIMO.- Un primer motivo de casación formula este coacusado, al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., alegando la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Carta Magna, porque no se ha practicado prueba de cargo suficiente con una "mínima fiabilidad inculpatoria para incriminar a mi representado".

La censura casacional no puede ser estimada porque también la prueba de cargo indiciaria quiebra el discurso exculpatorio del recurrente: su presencia a bordo del " BUQUE000 " -en el que se transportó el alijo- ha quedado demostrada, como también ha quedado incuestionablemente acreditada su presencia en la chatarrería de Sant Pere de Ribes el día mismo en el que se llevó a cabo la intervención policial con la incautación de la gran cantidad de droga. Resulta extraordinariamente ilustrativa la coincidencia de estos dos elementos fácticos, valorados desde el imperio de la razón y de la experiencia, sobre todo si se atiende a la insólita versión exculpatoria ofrecida por el recurrente sobre su presencia en la tan mentada chatarrería-escondite, que también ha sido valorada por el Tribunal de instancia y a la que, en el ejercicio de su soberana y privativa facultad de valoración de las pruebas personales practicadas a su presencia que le atribuye la L.E.Cr. en su art. 741, no ha otorgado credibilidad, al señalar (refiriéndose también al coacusado José) que su versión autoexculpatoria expuesta en el plenario en el sentido de que todo se reduce a una funesta casualidad, ya que habían venido en tren desde Córdoba a Barcelona para comprar chatarra está no sólo huérfana de toda prueba documental o testifical sino que resulta incongruente. En efecto, si el primero es electricista y el segundo agricultor (como ellos mismos afirman) no se nos ocurre para qué querían comprar chatarra, ni cómo se la pensaban llevar si carecían de medio de transporte. Tampoco parece "prima facie" mínimamente razonable desplazarse desde Andalucía a Catalunya para algo tan simple, pues obviamente podían comprar perfectamente la susodicha chatarra en su tierra natal, y a buen seguro, a precios más económicos. Por último, si habían decidido comprarla



en Barcelona, qué hacían en Sant Pere de Ribes el día de la detención, y quién les había facilitado dicha dirección justo en el lugar dónde estaba almacenada y oculta la droga transportada en el BUQUE000 . La verdad es mucho más simple y lógica. Vinieron en el barco como tripulantes plenamente conocedores de lo que transportaban, y fueron sorprendidos "in fraganti" en medio de la redada policial cuando estaban "velando" por su cuota en el botín.

El motivo debe ser desestimado.

VIGÉSIMOPRIMERO.- El otro motivo casacional se articula por no haberse aplicado la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas en el ámbito del art. 21.6 C.P .

La cuestión ya ha sido examinada y resuelta desestimatoriamente.

RECURSO DE José

VIGÉSIMOSEGUNDO.- El primer motivo de este coacusado es sustancialmente idéntico al formulado por el anterior recurrente, por falta de prueba de cargo susceptible de destruir la presunción de inocencia, razón por la cual, siendo comunes los escenarios fácticos en los que se sitúan aquél y este recurrentes, iguales alegaciones exculpatorias, e idénticas las pruebas inculpatorias practicadas y valoradas en la instancia, el motivo debe ser desestimado.

VIGÉSIMOTERCERO.- El segundo motivo se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., por aplicación indebida del art. 368 C.P .

El reproche se construye en abierta y frontal contradicción con el hecho probado que hemos transcrito al inicio de esta resolución, quebrantando, así, la regla primaria y de inexcusable observancia que requiere imperativamente toda censura casacional articulada por el cauce del art. 849.1º citado, cual es el total y completo acatamiento a la declaración de Hechos Probados, flagrantemente violentada por el recurrente, en lo que hubiera sido causa de inadmisión del reproche casacional y ahora lo es de desestimación, a lo que cabe añadir que el "factum" contiene todos y cada uno de los elementos objetivos, subjetivos y normativos que integran el ilícito sancionado.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Jose Luis

VIGÉSIMOCUARTO.- El primer motivo alega infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr ., por indebida aplicación del art. 368 en relación con el 369.3º C.P .

Señala el recurrente que no queda establecido con claridad cuál sea la cantidad intervenida sino que se determina que cada fardo tendrá un peso aproximado de treinta kilos, arrojando un total de tres mil ciento noventa kilos aproximadamente.

El "factum" establece que "... cargaron en el citado BUQUE000 un total de 113 fardos de haschís, con un peso medio de 30 kgrs. por bulto, es decir, un total de 3.390 Kgrs.". Este dato, como todos los demás que figuran en el relato histórico de la sentencia, debe ser escrupulosamente acatado -como ya se ha dicho- al haberse formulado la censura al amparo del art. 849.1º , por lo que el reproche debe perecer.

En el mismo motivo se replantea una cuestión que ya ha sido objeto de análisis y resolución, cual es el de la falta de determinación del índice de riqueza básica de la droga incautada, a cuyo contenido nos remitimos para rechazar dicha cuestión.

VIGÉSIMOQUINTO.- Seguidamente se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque, se dice, se ha condenado al ahora recurrente sin que exista prueba de cargo suficiente.

También en este caso, el Tribunal sentenciador ha formado su convicción sobre la participación de este coacusado en el hecho punible, en la prueba de indicios, a la que, como prueba de cargo perfectamente apta para destruir el principio constitucional invocado, ya nos hemos referido con anterioridad.

Como replica el Ministerio Fiscal en atinada síntesis, el Tribunal atribuye al recurrente un protagonismo decisivo en las tareas de custodia de la droga intervenida y, de modo especial, en el ulterior intento de distribución, con el fin de preparar la venta al por menor. De ahí que cargara los 33 bultos de hachís en el interior de la furgoneta Citroën C25, matrícula X-....-XV , procediendo después a seguir el itinerario de ésta hasta el momento de la detención, siendo sorprendido el hoy recurrente a los mandos del vehículo Citroën Xantia alquilado. La reacción del acusado en el momento de su interceptación por agentes de policía, intentando desesperadamente emprender huída, es la mejor muestra de que quien hoy reivindica su derecho a la presunción de inocencia estaba entonces efectuando labores de seguimiento y escolta, siendo plenamente conocedor del contenido de los fardos. A esa conclusión llega el Tribunal después de valorar, además de las elocuentes circunstancias



de la detención del recurrente y de la aprehensión de la droga, el testimonio de los agentes que participaron en la operación.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Benedicto

VIGÉSIMOSEXTO.- El mismo derecho constitucional de presunción de inocencia conforma el primer motivo formulado por este coacusado.

De hecho, la censura casacional viene a reiterar las alegaciones del coacusado Rafael al formular el mismo motivo, siendo este último el que, junto a Benedicto, vigilaban, armados, el escondite donde se había almacenado el cargamento de droga. Las mismas razones para desestimar el motivo de Rafael son aplicables al ahora recurrente, a las que cabe añadir como elementos corroboradores de la prueba de cargo indiciaria que ya hemos examinado, consistente en las significativas contradicciones entre las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción y las efectuadas en el plenario, pues, en efecto, el Tribunal destaca la primera en el sentido de que la mercancía contenida en los fardos se la habían proporcionado dos ciudadanos marroquíes, que le dijeron era tabaco, y que las armas intervenidas eran "de los moros". En el juicio oral se retracta y mantiene que no sabía nada de lo que se ocultaba en el zulo; que se inventó la anterior declaración porque estaba amenazado de muerte por el hoy fallecido Sr. Jose Augusto, a pesar de lo cual, no ha podido dar explicación razonable alguna del porqué en una de las tarjetas que le fueron incautadas en el registro personal efectuado por la policía (folios 11 y 65) consta al dorso escrito "BUQUE000" (Doc 4).

Procede la desestimación del motivo.

VIGESIMOSÉPTIMO.- El segundo motivo denuncia infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 368 y 369.3 C.P.

Despojado el motivo de las reiteradas alegaciones a la falta de pruebas, el repoche queda reducido a cuestionar el subtipo agravado de "cantidad de notoria importancia" al no constar en el relato histórico el grado de riqueza básica del alijo intervenido. Este argumento ya ha sido refutado con anterioridad y ahora debe serlo también por las mismas razones consignadas a las que nos remitimos para desestimar el motivo.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Finalmente, se aduce infracción de ley por indebida aplicación del art. 564 C.P. que tipifica el delito de tenencia ilícita de armas.

Recordemos que el "factum" declara que Benedicto disponía de una escopeta de repetición y un rifle semiautomático, disposición que estaba al servicio de las tareas de vigilancia que asumió. Se colman, pues, como sostiene el recurrido, todo los elementos que definen el delito de tenencia ilícita de armas tal y como se interpreta por la jurisprudencia de esta Sala Segunda, pues queda patente la concurrencia de los dos elementos que configuran el ilícito sancionado, el "corpus" consistente en la relación física con el arma ("corpus rem attingere") que no precisa ser material y constante (...) y el "animus", que no precisa consistir en el "animus rei sibi habendi" (...) excluyendo solamente de la conducta típica los supuestos llamados de "tenencia fugaz" como los de nueva detentación a efectos de contemplación o examen, reparación del arma o de simple transmisión a terceros.

El motivo debe ser desestimado.

RECURSO DE Imanol

VIGÉSIMONOVENO.- El único motivo que formula este coacusado alega también la infracción del principio constitucional de presunción de inocencia.

Resumidamente, el motivo expone que es cierto que el recurrente era una de las personas que estaban a bordo del "BUQUE000" en el puerto deportivo de "El Candado" de Málaga, y que formaba parte de la tripulación en el viaje hasta Benalmádena, pero que abandonó el barco en este puerto y no participó en la operación de alijar la droga que se efectuó en las cercanías de la ciudad marroquí de Yebha.

Subraya el motivo que ciertamente no existe prueba alguna de la presencia del recurrente a bordo del "BUQUE000" cuando zarpó de Benalmádena para dirigirse a alijar el haschís a la costa de Ceuta. Tampoco aparece esta persona en ninguno de los hechos que tuvieron lugar a partir de ese momento, ni a bordo del barco, ni en el puerto de Sitges (Tarragona), ni en Saint Pere de Ribes, ni en la chatarrería (donde sí se detuvo a otros tripulantes de la embarcación).

A pesar de ello, el Tribunal a quo declara probados su participación en la actividad delictiva enjuiciada y se basa para ello en los siguientes datos indiciarios: a) que era amigo del acusado Luis Enrique y que había estado en el barco cuando éste estaba amarrado en el puerto del Candado de Málaga; b) que formaba parte de la tripulación



en su singlatura a Benalmádena, dirigiendo a los demás tripulantes; y, c) la conversación telefónica intervenida por la Policía de Almería (vigente la autorización judicial) el día 19.8.97 entre Gonzalo y un ciudadano magrebí apodado " Moro ", el primero le hace saber al segundo que la operación está prevista para la semana siguiente y que no puede retrasarse más, pues "la gente del barco está nerviosa".

Partiendo de la base de que el mismo Tribunal admite implícitamente que no se ha probado la presencia a bordo del recurrente a partir de la salida de Benalmádena, y, en este sentido, son concluyentes los testimonios de los funcionarios policiales n.ºs. NUM013 y NUM014 , los elementos indiciarios en que se apoya el juicio de inferencia son tan endeble y vulnerables que no permiten considerar la conclusión inferida como el suficiente y necesario juicio de certeza que excluya otra conclusión alternativa y avale la exclusión de cualquier duda razonable.

De hecho, la situación del recurrente es la misma que la del coacusado Luis , patrón del barco, que resultó absuelto por el mismo Tribunal al señalar la sentencia que "aún cuando existe algún indicio aislado que le vincula con el inicio de la operación ilícita, la Sala debe aplicar en todo su alcance el principio jurídico "in dubio pro reo", pues tales indicios carecen de la fuerza probatoria suficiente y necesaria concreción de enlace silogístico, como para permitir construir la convicción plena de culpabilidad a que se refiere el art. 741 L.E.Cr ".

Y el desarrollo argumental del pronunciamiento absolutorio resulta impecable cuando expone la Sala de instancia del citado Sr. Luis que aún cuando existe algún indicio aislado que le vincula con el inicio de la operación ilícita, la Sala debe aplicar en todo su alcance el principio jurídico "in dubio pro reo", pues tales indicios carecen de la fuerza probatoria suficiente y necesaria concreción de enlace silogístico, como para permitir construir la convicción plena de culpabilidad a que se refiere el art. 741 L.E.Cr . Ha admitido en todo momento que patroneó el BUQUE000 desde el puerto deportivo de "El Candado" hasta el de Benalmádena, al tiempo que ha negado sistemáticamente que cuando dicha embarcación abandonó el día 29 de agosto de 1.997 dicho último puerto en dirección a aguas magrebíes, él aún estuviera a bordo. Consecuentemente con ello, afirma también que jamás participó en la operación de carga de la droga cerca de Yedha ni tripuló el barco hasta el puerto de Aiguadolç (Sitges). La tesis sostenida por el Ministerio Fiscal a fin de petitioner la condena de dicho coacusado, se fundamenta en la constatación objetiva fotográfica de que el Sr. Luis estaba a bordo del BUQUE000 cuando se hallaba amarrado en el puerto de Benalmádena, y puesto que los Agentes policiales de vigilancia allí apostados no le vieron abandonar el buque, deduce que continuó siendo el patrón hasta su definitivo atraque en Sitges. Son ciertamente indicios que le vinculan con el hecho ilícito y suficientes para destruir "prima facie" el principio constitucional de presunción de inocencia, pero insuficientes para enervar también el subsidiario de "in dubio pro reo", como acto seguido analizaremos.

En primer lugar, los Agentes PB NUM013 y NUM014 encargados de la vigilancia y seguimiento de los tripulantes del BUQUE000 mientras estuvo amarrado en Benalmádena, nos matizan en el plenario que no pueden afirmar con total seguridad si el Sr. Luis iba o no a bordo cuando la embarcación salió del puerto rumbo a aguas marroquíes. Creen que sí, puesto que no recuerdan haberle visto bajar del buque, pero admiten que la vigilancia no fue permanente y continuada. En segundo lugar, su nombre no aparece en ninguna de las numerosas conversaciones telefónicas interceptadas (con autorización judicial) por el operativo policial, que constan transcritas en la causa. Y por último, no debemos olvidar que no fue detenido (a diferencia de los restantes tripulantes del barco) en las cercanías de la chatarrería ni en la misma fecha. Antes al contrario, se procedió a su detención varios días después en Mahón (Menorca), su lugar de residencia. Si a todo ello añadimos que nadie le vio en Catalunya en las fechas en que se desarrolló el transporte y almacenamiento, así como que tampoco le han implicado en el asunto ninguno de los coimputados, obligado es concluir que persiste una duda razonable sobre su efectiva participación en los delitos que aquí se persiguen.

Estas reflexiones que fundamentan la absolución de aquel acusado por falta de prueba de cargo suficiente, son perfectamente aplicables al ahora recurrente, sobre el cual, los indicios son aún más inconsistentes y frágiles, por lo que, un mínimo de coherencia en la valoración de las pruebas habría exigido la absolución del Sr. Imanol en la instancia, y ahora, al haber sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia por las razones consiganadas, procede la estimación del motivo, la casación de la resolución recurrida en lo que a este coacusado se refiere, y la declaración absolutoria del mismo en la segunda instancia que dicte esta Sala.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado Imanol , con estimación de su primer motivo; y, en su virtud casamos y anulamos las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, de fechas 19 de mayo de 2.003 y 29 de octubre de 2.003 , en causa seguida contra el anterior



acusado y otros por delitos contra la salud pública y tenencia ilícita de armas. Se declaran de oficio las costas procesales.

Asimismo, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos por las representaciones de los acusados Gonzalo , Luis Enrique , Juan Luis , José , Adolfo , Rafael , Benedicto , Jose Luis , Enrique , Luis María e Inocencio . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Vilanova i la Geltrú, en las diligencias previas nº 913 de 1.997 , y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, por delitos contra la salud pública y tenencia ilícita de armas contra los acusados Gonzalo , mayor de edad, con DNI NUM015 , nacido el día 20 de marzo de 1.956 en Valencia, hijo de Dolores y Manuel, con antecedentes penales, solvente, en situación de libertad provisional por la presente causa; Luis Enrique , mayor de edad, con D.N.I. NUM016 , nacido el día 14 de junio de 1.953 en Frankfurt (Alemania), hijo de Encarnación y Antonio, sin antecedentes penales, solvente, en libertad provisional por esta causa; Imanol , mayor de edad, con D.N.I. NUM017 , nacido el día 30 de marzo de 1.959 en Teruel, hijo de Manuela y Telesforo, con antecedentes penales, en situación de privación de libertad por otras responsabilidades; Juan Luis , mayor de edad con D.N.I. NUM018 , nacido el día 30 de septiembre de 1.966 en Málaga, hijo de Sebastián y Laura, sin antecedentes penales, solvente, en libertad provisional; José , mayor de edad, con D.N.I. NUM019 , nacido el día 13 de diciembre de 1.959 en Córdoba, hijo de Rafaela y Antonio, solvente, con antecedentes penales, en libertad provisional; Adolfo , mayor de edad, con permiso de residencia NUM020 , nacido el día 13 de marzo de 1.952 en Marruecos, hijo de Abdeslam y Rhasyma, solvente, sin antecedentes penales computables, en libertad provisional; Benedicto , mayor de edad, con D.N.I. NUM021 , nacido el día 31 de octubre de 1.962 en Córdoba, hijo de José y María, solvente, sin antecedentes penales, en libertad provisional; Rafael , mayor de edad, con D.N.I. NUM022 , nacido el día 25 de mayo de 1.967 en Málaga, hijo de Antonio y Cañosantos, solvente, en libertad provisional, sin antecedentes penales computables; Jose Luis , mayor de edad, con D.N.I. NUM023 , nacido el día 15 de mayo de 1.959 en Tarragona, hijo de Manuel y Dolores, solvente, en libertad provisional, sin antecedentes penales computables; Enrique , mayor de edad, con D.N.I. NUM024 , nacido el día 6 de abril de 1.951 en Tarragona, hijo de Dolores y Manuel, solvente, sin antecedentes penales, en libertad provisional; Luis María , mayor de edad, con D.N.I. NUM025 , nacido el día 1 de diciembre de 1.959 en Barcelona, hijo de María y Agustín, solvente, en libertad provisional, sin antecedentes penales computables; Inocencio , mayor de edad, con D.N.I. NUM026 , nacido el día 14 de enero de 1.967 en Badajoz, hijo de Isabel y Vicente, sin antecedentes penales, solvente, en situación de libertad provisional por la presente causa y contra Luis , mayor de edad, con D.N.I. NUM027 , nacido el día 13 de octubre de 1.944 en Málaga, hijo de Encarnación y Antonio, sin antecedentes penales, solvente, en libertad provisional por esta causa, y en las que se dictó sentencias por la mencionada Audiencia, con fecha 19 de mayo de 2.003 y 29 de octubre de 2.003 , que han sido casadas y anuladas por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Los que figuran en la sentencia recurrida y en la primera de esta Sala.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Imanol del delito contra la salud pública que le venía siendo imputado, con todos los pronunciamientos favorables.



Manteniéndose el resto del fallo de la sentencia impugnada.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ