

Roj: **STS 290/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:290**Id Cendoj: **28079120012016100057**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2016**Nº de Recurso: **10244/2015**Nº de Resolución: **58/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por el **Ministerio Fiscal** y las representaciones de **Remigio , Luis Enrique , Bienvenido , Gabino , Millán , Jose Pedro , Estanislao , Lázaro y Silvio** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección V, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sra. Estrugo Lozano, Sra. Pulgar Jimeno, Sr. De Diego Quevedo, Sra. Aroca Florez, Sr. González López, Sr. Yustos Capilla.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo, instruyó Sumario nº 1/2013, seguido por delito contra la salud pública, contra **Remigio , Luis Enrique , Bienvenido , Gabino , Millán , Jose Pedro , Estanislao , Lázaro y Silvio** , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección V, que con fecha 12 de Enero de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Probado y así se declara que los acusados D. Lázaro , mayor de edad, D. Jose Pedro , mayor de edad, D. Gabino , mayor de edad, y ejecutoriamente condenado a la pena de 11 años de prisión como autor de un delito contra la salud pública por Sentencia dictada, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 28 de septiembre de 2009 , firme el 23 de agosto de 2010 , D. Millán , mayor de edad, D. Luis Enrique , mayor de edad, D. Silvio , mayor de edad, D. Bienvenido , mayor de edad, D. Estanislao , mayor de edad, y D. Remigio , mayor de edad, formaban parte, junto con otras personas no identificadas, de un grupo concertado y coordinado con la finalidad de llevar a cabo las operaciones de introducción en España, distribución y venta de un cargamento de 90 fardos cocaína -en concreto 2.280,037 kilos- para lo cual existió un previo reparto de funciones entre sus miembros quienes contaban con medios específicos a tal fin. A tal efecto los acusados, siguiendo con el plan acordado, tomaron parte, a mediados del mes de febrero del año 2012, en la operación, de introducción en el territorio español de 90 fardos de cocaína, en concreto 2.280,037 kilos, convenida con individuos no identificados, y que les fue entregada en un punto del Océano Atlántico situado a bastantes millas al oeste del archipiélago portugués de Madeira.- SEGUNDO.- A tal efecto, y de acuerdo con el plan trazado, sería el acusado, D. Lázaro quien, a bordo del buque pesquero de su propiedad denominado " DIRECCION000 " , recogería en alta mar -en el Océano Atlántico- el cargamento de sustancia estupefaciente para luego, en un punto mas cercano a las costas gallegas, transbordarlo a una embarcación, que por sus menores dimensiones, rapidez,



y mejor y mayor maniobrabilidad, facilitaría, con menor riesgo, y por ende mayor impunidad, la entrada de la ilícita mercancía en territorio español a través de las costas gallegas, para lo cual desde el buque " DIRECCION000 " se debería además abastecer a esta embarcación del combustible -gasolina- necesario para completar el viaje de vuelta.- Con tal finalidad entre los últimos días del mes de enero y principios del mes de febrero del año 2012 comenzaron, en el puerto del Grove (Pontevedra), las labores de preparación y pertrecho del buque pesquero " DIRECCION000 " -de 17 metros de eslora y matrícula- , incluida la gasolina necesaria para abastecer en alta mar a la embarcación que recogería la ilícita mercancía, para lo cual el Armador contó con la participación del también acusado D. Silvio , cuñado de aquel y marinero de profesión, quien se encargó de modo principal de tales labores, para las cuales utilizó el vehículo a motor Ford Focus matrículaKKK , propiedad de su esposa D^a Berta .- En el posterior registro efectuado en el domicilio de D. Silvio - CALLE000 n^o NUM000 El Grove (Pontevedra)-, se le intervino una nota de entrega de color rosa con el número de albarán NUM001 de gasóleos de Caldas de Reyes (Pontevedra) por una cantidad de 4.000 litros a nombre de Lázaro -NIF NUM002 - para la embarcación DIRECCION000 con bandera- .- Para efectuar las tareas de carga de la sustancia estupefaciente en el DIRECCION000 " y posterior trasvase de ésta a la embarcación que transportaría la ilícita mercancía a territorio español, así como el abastecimiento de combustible a esta última, se enrolaron en aquel buque pesquero, como tripulación con la categoría de marineros, los también acusados D. Jose Pedro , D. Millán y D. Luis Enrique , los cuales fueron, en todo momento, perfectamente conocedores tanto de la actividad ilícita, ajena por completo a las labores de pesca, que se iba a desarrollar a bordo del DIRECCION000 " como de las funciones que ellos iban a desempeñar, y para las cuales fueron enrolados por el Patrón de la embarcación Sr. Lázaro .- TERCERO.- En desarrollo del plan preconcebido, el día 3 de febrero del año 2012 salió del puerto del Grove el pesquero " DIRECCION000 " con destino a un punto del Océano Atlántico, previamente convenido, para la recepción de la sustancia estupefaciente. El buque iba patroneado por su Armador, el acusado Sr. Lázaro , y en él navegaban como tripulación, los también acusados D. Jose Pedro , D. Millán y D. Luis Enrique . Igualmente se encontraba a bordo del buque D. Gabino , camarero de profesión, quien era el contacto en el pesquero de la persona o personas no identificadas propietarias de la droga, y a quien se le encomendó por éstas la supervisión de las operaciones de transporte y desembarco de la sustancia estupefaciente, dando al efecto la instrucciones pertinentes al patrón de la embarcación, Sr. Lázaro .- Asimismo, y también conforme a lo planeado, el día 21 de febrero de 2012 salió de un punto no determinado de la Ría de Arosa una embarcación semirrígida, de 12 metros de eslora, provista de cuatro motores fueraborda de 300 CV de potencia cada uno. En esta embarcación navegaban los también acusados D. Estanislao , D. Remigio , y D. Bienvenido . La función de estos acusados, en la operación de narcotráfico proyectada, era la de transbordar la droga - cocaína- desde el DIRECCION000 " a la embarcación en la que ellos navegaban para luego dirigirse, con la ilícita mercancía a bordo, a un punto no identificado de las costas gallegas donde aquella sería desembarcada. A tal efecto el patrón de la embarcación puso rumbo a un punto del Océano Atlántico, previamente concertado, en el que tendría lugar el encuentro con el DIRECCION000 " al efecto de alijar la sustancia estupefaciente y repostar el combustible necesario para cubrir el viaje de vuelta hasta las costas gallegas.- CUARTO.- A las 3'05 horas del día 21 de febrero de 2012, en las coordenadas 32 01 N y 26 44 W, tuvo lugar el abordaje, autorizado por el Juzgado de Instrucción Número Tres de Vigo, del pesquero " DIRECCION000 " , incautándose a bordo del mismo 90 fardos -2.280'037 kilos- de una sustancia que resultó ser cocaína, de la que 2.201,23 kilos tenían una pureza del 75'55% y un valor en el mercado ilícito de 86.360.888'03 euros, y 78'807 kilos una pureza del 91'01% y un valor en el mercado ilícito de 3.724.569'44 euros. La totalidad de la droga intervenida, reducida pureza, asciende a un total de 1.734'75 kilos, con un valor en el mercado ilícito de 90.085.457'47 euros. Esta era la sustancia estupefaciente que los acusados pretendían introducir en España con plena conciencia del daño que representaba para la salud pública.- En el momento de su detención a D. Lázaro se le intervino: la cantidad de 2.295 euros procedentes de su actividad ilícita, un teléfono satélite marca "THURAYA" con IMEI NUM003 con una tarjeta SD de 120 MB y una tarjeta SIM con numeración NUM004 , un teléfono móvil marca "BIC PHONE" con IMEI NUM005 con tarjeta n^o NUM006 y numeración NUM007 de la compañía "Orange", y un teléfono móvil "Nokia" con IMEI NUM008 , con tarjeta Movistar n^o NUM009 , habiendo sido utilizados todos ellos para las comunicaciones relacionadas la actividad ilícita.- QUINTO.- Sobre las 22'15 horas del día 22 de febrero de 2012 la embarcación semirrígida en la que viajaban, como tripulantes, los acusados D. Estanislao , D. Bienvenido y D. Remigio , se aproximó, con la intención de alijar la sustancia estupefaciente, a la posición 34^o 01'N 21^o57'W, que era en la cual, en aquel momento, se hallaba el DIRECCION000 " , si bien al percatarse de la presencia del buque de Vigilancia Aduanera "Petrel I" emprendieron la huida a gran velocidad, al no poder repostar gasolina, los tripulantes de la embarcación semirrígida tuvieron que tomar rumbo al archipiélago de Madeira, al ser este uno de los puntos más cercano de tierra, embarrancando la lancha motora en la localidad de Paúl do Mar, situada ésta al sudoeste de la Isla de Madeira (Portugal).- SEXTO.- En el momento de la detención de D. Estanislao , D. Bienvenido , y D. Remigio se le ocupó, a cada uno de ellos, la cantidad de 500 euros; y en el registro de la habitación que ocupaban éstos tres acusados en DIRECCION001 " (Machico, Portugal), fue incautada la cantidad de 290 euros, e igualmente se les pudo ocupar, en los diversos registros practicados, la cantidad total de 19014'67 euros. Los acusados llevaban consigo todo el dinero incautado para el desarrollo de su actividad de narcotráfico". (sic)



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

"FALLO: Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados **D. Lázaro , D. Jose Pedro , D. Gabino , D. Millán , D. Luis Enrique , D. Silvio , D. Bienvenido , D. Estanislao , Y D. Remigio ,** como autores y criminalmente responsables cada uno de ellos de: A).- **Un delito CONTRA LA SALUD PUBLICA** en la modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud, subtipo de extrema gravedad -cantidad de sustancia estupefaciente y uso de embarcación-, ya definido, a las siguientes penas: 1.- **A D. Lázaro , a la pena de 11 años de prisión, y multa de doscientos millones de euros y accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; a D. Jose Pedro , D. Millán , D. Luis Enrique , D. Silvio , D. Bienvenido , D. Estanislao y D. Remigio , a la pena de 10 años de prisión a cada uno, y a una pena de multa, cada uno de ellos, de ciento ochenta millones de euros y accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y a D. Gabino rea, concurriendo en esta acusado la agravante de reincidencia, a la pena de 12 años de prisión y multa de doscientos millones de pesetas, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.- B) Un delito de PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL del artículo 570 ter, 1b), ya definido, a las siguientes penas: a D. Lázaro , D. Bienvenido , D. Estanislao , D. Remigio , y D. Gabino , a cada uno de ellos, la pena de 1 año y 6 meses de prisión, e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a D. Jose Pedro , D. Millán , D. Luis Enrique , y D. Silvio , la pena de 9 meses de prisión, e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se imponen las COSTAS del procedimiento a los acusados por iguales partes.- Respecto de todos ellos se acuerda el decomiso de las sustancias intervenidas a las que se dará el destino legal, así como el decomiso y adjudicación al Estado a través del Fondo del Plan Nacional Contra la Droga (Ley 36/95) y de los efectos, terminales telefónicas, metálico etc., incautados y reseñados en los Hechos Probados de esta resolución; respecto de los incautados no decomisados, devuélvanse a sus legítimos propietarios. Abónese a los condenados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa". (sic)**

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el **Ministerio Fiscal** y las representaciones de **Remigio , Luis Enrique , Bienvenido , Gabino , Millán , Jose Pedro , Estanislao , Lázaro y Silvio** , 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 los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Ministerio Fiscal** basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECriminal .

SEGUNDO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECriminal .

La representación de Luis Enrique formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional, a tenor del art. 24.2 en relación con los arts. 9.3 y 53.1 ambos de la C .E., conforme autorizan el art. 852 LECriminal y art. 5.4 LOPJ .

SEGUNDO: Por infracción de precepto constitucional, a tenor del art. 24, apartados 1 y 2 de la C .E., conforme autorizan el art. 852 LECriminal y art. 5.4 LOPJ .

TERCERO: Por Quebrantamiento de Forma, según lo establecido en el art. 851.3º LECriminal .

La representación de Remigio basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por Infracción de. art. 24.2 C.E .

SEGUNDO: Por infracción de precepto constitucional según el art. 852 LECriminal .

SEGUNDO BIS: Al amparo del art. 852 LECriminal .

TERCERO: Por infracción de precepto constitucional según el art. 852 LECriminal .

CUARTO: Por infracción de precepto constitucional según el art. 852 LECriminal .

QUINTO: Por error de hecho en la apreciación de las pruebas del nº 2 del art. 849 LECriminal .

SEXTO: Por Infracción de Ley del nº 1 del art. 849 LECriminal .

La representación de Bienvenido y Estanislao basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por infracción del art. 24.2 C.E .

SEGUNDO: Por infracción de precepto constitucional según el art. 852 LECriminal .

TERCERO: Por infracción del art. 24 C.E .

CUARTO: Por infracción de precepto constitucional según el art. 852 LECriminal .

QUINTO: Por Infracción de Ley del nº 1 del art. 849 LECriminal .

SEXTO: Al amparo del art. 850.1º LECriminal .

La representación de **Gabino** , basó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 5 LOPJ , y del art. 852 LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 5 LOPJ , y del art. 852 LECriminal .

TERCERO: Por Infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 368, apartado 1 , y art. 370.3º Cpenal 1995 .

CUARTO: Por Infracción de Ley por no aplicación del art. 24 C.E .

La representación de **Millán** formalizó su recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.2 y 3 C .E., en relación con el art. 5.4 y 11.1 LOPJ .

SEGUNDO: Por infracción de precepto constitucional amparado en el art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 24.2 C.E .

La representación de **Jose Pedro** formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por Infracción de Ley con apoyo procesal en el art. 849 LECriminal .

SEGUNDO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECriminal .

TERCERO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 852 LECriminal .

La representación de **Lázaro** formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Vulneración de Juez ordinario predeterminado por la Ley ya denunciado en el escrito de 10 de Febrero de 2014.

SEGUNDO: Se dan por reproducidos los motivos referidos en el recurso por el mismo motivo efectuado en el caso de **Silvio** .

TERCERO: Igual mención que en el anterior.

CUARTO: Infracción del art. 66 del Cpenal respecto de la pena impuesta.

La representación de **Silvio** basó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por vulneración de los arts. 18.3 , 24.2 y 120.3 C.E .

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 27 de Enero de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 12 de Enero de 2015 de la Sección V de la Audiencia Provincial de Pontevedra , condenó a **Lázaro** , **Silvio** , **Jose Pedro** , **Millán** , **Luis Enrique** , **Gabino** , **Estanislao** , **Remigio** y **Bienvenido** , como autores de *un delito contra la salud pública de drogas* que causan grave daño a la salud, de extrema gravedad y asimismo como autores de un *delito de grupo criminal* a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo, rectificado en relación a uno de ellos, subsanando errores, en el auto de aclaración de 2 de Febrero de 2015.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que todos los condenados y recurrentes, en unión con otras personas, acordaron la importación de cocaína para lo que se quedó en un punto convenido del Atlántico donde acudiría el buque pesquero "*Ratonero*" , de 17 metros de eslora, patroneado por su propietario **Lázaro** y al que se transbordaría la cocaína. En dicho buque que salió del puerto del Grove el 3 de Febrero de 2012, iban además del patrón, como tripulantes perfectamente conocedores de la naturaleza de la misión, los condenados **Jose Pedro** , **Millán** , **Luis Enrique** y **Gabino** , este último encargado de contactar con el buque que traía la droga.

El trasbordo se efectuó en el lugar convenido. Al mismo tiempo el 21 de Febrero salió de un punto no determinado de la Ría de Arosa una embarcación semirrígida de 12 metros de eslora en la que iban **Estanislao** , **Remigio** y **Bienvenido** . Sin embargo el transbordo de la cocaína desde el "*DIRECCION000*" a esta lancha



semirrígida no pudo llevarse a cabo al estar siendo vigilada la operación por el "Petrer I" del SVA, que había sido abordado por el Petrer I el día 21 de Febrero a las 3'05 horas.

Asimismo, el " DIRECCION000 " llevaba 4000 litros de gasolina para trasbordarle a la lancha semirrígida y que pudiera regresar a Galicia para desembarcar la cocaína. El condenado y recurrente, Silvio de acuerdo con lo convenido había sido encargado de adquirir tal combustible que fue llevado al " DIRECCION000 " .

La lancha semirrígida, fracasada la operación del transbordo de la cocaína como se ha dicho, enfiló hacia las islas de Madeira, lugar donde a la vista del combustible que llevaba, pudieron llegar, embarrancando la nave en la localidad de Paúl de Mar en el sudoeste de la isla de Madeira, donde fueron detenidos por la policía portuguesa en los términos descritos en el hecho probado.

La cocaína incautada en el " DIRECCION000 " lo fue con un peso de 2201 kilos con una concentración del 75'55% y 78'8 kilos con una concentración del 91% y con el valor económico expresado en el hecho probado.

Se han formalizado recursos de casación contra la sentencia por parte de todos los condenados, así como por parte del *Ministerio Fiscal* .

Pasamos al estudio en *primer lugar* de los recursos de los condenados por el mismo orden en que aparecen contestados por el Ministerio Fiscal.

Segundo.- Recurso de Luis Enrique .

Se trata de uno de los marineros que embarcó en el " DIRECCION000 " . Su recurso está desarrollado a través de **tres motivos** .

En el **motivo primero** se cuestiona la quiebra del derecho al Juez predeterminado por la Ley con el argumento de que nada hay en la causa que pueda justificar la competencia territorial del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo, ya que cuestiona la realidad de la fotografía obrante al folio 1531 en el que, de forma casual se vio por un miembro de la policía un encuentro entre el recurrente Silvio con Fabio , a la sazón investigado en unas diligencias que luego fueron archivadas. Tal foto se tomó en el puerto de O Grove, partido judicial de Cambados. El Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo tenía ya aperturadas las Diligencias Previas 5722/2011 investigándose a otras personas, en cuyo seno se acordó una intervención telefónica acordada por auto de 16 de Septiembre de 2011 , que luego fue dejada sin efecto por auto de 1 de Junio de 2012 archivándose las diligencias. Alega el recurrente que en vez de remitir al Juzgado de Cambados --al que pertenece la localidad de O Grove-- el particular referente a ese encuentro para iniciar la investigación, el Juez de Instrucción nº 3 de Vigo continuó con la encuesta judicial, cuando es lo cierto que no hay ninguna conexión territorial que hubiera justificado la continuación de la investigación por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo.

Se trata de *cuestión ya resuelta en la instancia* como se reconoce en el antecedente de hecho segundo de la sentencia, donde se hace referencia al auto de 6 de Marzo de 2014 que resolvió tal cuestión desestimando la pretendida quiebra del derecho al Juez predeterminado por la Ley.

Todavía más, hay que recordar que el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo se inhibió en favor de los Juzgados Centrales de Instrucción, no siendo aceptada tal inhibición por el Juzgado Central nº 6 se formalizó cuestión de competencia ante esta Sala por ser el órgano superior común a los Juzgados de Instrucción concernidos.

Esta Sala Segunda en el auto de 19 de Diciembre de 2012 --Recurso nº 20622/2012 -- dirimió la cuestión de competencia negativa determinando la competencia en favor del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Vigo.

El tema está pues agotado.

A la misma conclusión se llega en este control casacional. Como ya ha dicho esta Sala, es preciso *relativizar las cuestiones atinentes a la vulneración del derecho al Juez predeterminado por la Ley* cuando estas se limitan a meras cuestiones de *competencia territorial* entre Juzgados de Instrucción, todos ellos con idéntica competencia objetiva, máxime si como ocurre en este caso, tal derecho alcanza su relevancia en relación al órgano de enjuiciamiento, y como es patente, tanto el partido judicial de O Grove como los de Vigo pertenecen a la misma Audiencia Provincial de Pontevedra, y más en concreto, a las Secciones con sede en Vigo. Recursos de Casación 76/2003; 25/2004 y 2362/2012, entre otros muchos.

Más aún , la alegación efectuada en la Audiencia Preliminar, cuando se ha mantenido silencio durante toda la instrucción llevada a cabo en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo, deja bien a las claras la *mera intención dilatoria* vacía de contenido fundamental, de la denuncia.

Para agotar el tema se puede añadir la doctrina de esta Sala que tiene declarado que abierto el juicio oral -- como es el caso de autos--, en el que se reiteró en la audiencia preliminar lo que ya había sido resuelto en el



auto de referencia, *no* es posible plantear ni replantear cuestiones relativas a la competencia territorial de los Juzgados de Instrucción – STS 964/2011 –.

Procede la desestimación del motivo .

El **motivo segundo** , denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia y a la obtención de la tutela judicial efectiva. *En definitiva alega vacío probatorio de cargo* . En una larga motivación que alcanza los folios 5 a 16 de su recurso, va pasando revista a la argumentación de la sentencia en la que fundamentó la responsabilidad del recurrente por encontrar en el DIRECCION000 " con *plena conciencia* de la operación de transbordo al mismo de la cocaína que venía desde América, y en tal sentido va dando unas explicaciones en clave exculpatoria que van desde la presencia del recurrente en dicho barco, la ausencia de pruebas que pueda afirmar que el recurrente interviniera en el aprovisionamiento del mismo, sobre los útiles de pesca que se encontraban en el interior del buque, así como carnada, ausencia en la toma de decisiones en el barco y en el rumbo, sobre el hallazgo de la cocaína en la bodega así como de los litros de gasolina, y sobre los efectos que se le ocuparon, para concluir con que los indicios valorados por el Tribunal no permiten arribar a la conclusión condenatoria de la sentencia.

La sentencia estudia y da respuesta a todas estas cuestiones que afectan, no solo al recurrente, sino al resto de los tripulantes del " DIRECCION000 " y en este sentido, en el *f.jdco. tercero* , al estudiar la responsabilidad del propietario y patrón del DIRECCION000 se refiere a la falta de explicación del hallazgo de más de dos toneladas de cocaína que se ocuparon en la bodega del mismo, así como el destino de los 6.000 litros de gasolina cuando el " DIRECCION000 " solo tiene motores diesel, la contradicción de afirmar que se iba a la pesca del "Palangre" cuando el barco es de pesca "de cerco" careciendo de todo el utillaje propio de la pesca al palangre y la inexistencia de pescado en el momento del abordaje, cuestiones todas sobre las que el recurrente *no dio explicación* alguna limitándose a afirmar que desconocía la verdadera finalidad del viaje, ignorando, lo que ya de por sí raya en lo inverosímil, que desconocía todo lo referente a la incautación de la cocaína, y reconociendo que *no* había pescado en el interior de la nave aunque sí había carnada, lo que nada debilita y sí confirma no solo la realidad del destino del barco sino el conocimiento por el recurrente del destino del viaje en el que iba en las obvias tareas de ayuda al transbordo de la cocaína como se concluye en la sentencia de instancia.

Por eso, es lógico que no participara ni en el aprovisionamiento ni en la toma de decisiones del rumbo, por la sencilla razón de que esos cometidos le correspondieron al propietario y patrón del " DIRECCION000 " , y en relación a que no se enteró del transbordo de la cocaína, la explicación de que estaba durmiendo y no se enteró de la misma carga de 90 fardos con un peso de más de dos toneladas encontradas en la bodega del " DIRECCION000 " , buque de pesca de 17 metros de eslora, tal afirmación no se sostiene desde un mínimo rigor intelectual, siendo indiferente que no se le ocupara ni se descubriese en el registro de su domicilio efectos o útiles que pudieran tener relación con su intervención en los hechos, lo que, resulta lógico porque tratándose de una actividad delictiva, cuando el protagonismo de la persona concernida carece de toda actividad de dirección, es lógico que no tenga efectos o útiles que puedan acreditar aquel inexistente protagonismo.

En definitiva, *la conclusión* del Tribunal de que Luis Enrique –junto con los otros tripulantes del DIRECCION000 – *sabía el destino* del viaje y prestó su *consentimiento* al mismo, conclusión a que se llegó por el Tribunal por el estudio del conjunto de datos indiciarios entendidos es conclusión que en este control casacional aparece sólidamente fundada y ello tanto desde el canon de la lógica como desde el canon de la suficiencia.

Desde el canon de la lógica y de la coherencia porque los indicios y datos sólidamente acreditados conducen a esa conclusión sin quiebras ni saltos argumentales.

Desde el canon de la suficiencia probatoria que tal condición excluye con absoluta razonabilidad otras hipótesis, por lo que la conclusión incriminatoria no es abierta o débil, o concurrente con otras extramuros de toda responsabilidad penal sino que es conclusión cerrada que alcanza el axiomático juicio de "*certeza más allá de toda duda razonable*" que como se sabe es el canon exigible para todo pronunciamiento condenatorio como con reiteración tiene declarado el TEDH, el Tribunal Constitucional y esta propia Sala de Casación.

SSTEDH de 18 de Enero de 1978 ; 27 de Junio de 2000 ; 10 de Abril de 2001 y 8 de Abril de 2004 .

SSTC 31/1981 ; 29/1997 ; 81/1998 ; 135/2003 ; 187/2003 ; 263/2005 ; 141/2006 ; 117/2007 ó 61/2009 .

SSTS , entre las más recientes, 652/2010 ; 806/2011 ; 1175/2011 ; 1063/2012 ; 705/2013 ó 444/2013 , entre otras.

No existió el vacío probatorio que se denuncia y por otra parte tampoco existió la quiebra al derecho a la obtención de una respuesta fundada, porque el Tribunal de instancia cumplió ejemplarmente con su deber de motivar todas y cada una de las decisiones adoptadas.



Procede la desestimación del motivo .

El **tercer motivo** , por el Quebrantamiento de Forma denuncia incongruencia omisiva, es decir sobre falta de respuesta a cuestiones jurídicas alegadas oportunamente.

Se dice que el Tribunal omitió dar respuesta a la petición de haber concurrido miedo insuperable en la acción del recurrente, lo que quedó silenciado en la sentencia. En efecto en el escrito de conclusiones provisionales, "*ad cautelam*" alegó tal circunstancia de atenuación.

La sentencia en el f.jdco. decimocuarto relativo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad *da respuesta precisa y clara* en relación al miedo insuperable invocado. Ciertamente que no concreta la parte o partes que lo alegaran, pero con vocación de dar respuesta a todas las invocaciones efectuadas al respecto.

Se dice en dicho f.jdco .:

"...Tampoco concurren los requisitos básicos para apreciar la concurrencia de esta causa de inculpabilidad por falta de elemento básico del miedo, fundado en un mal real y conocido en grado bastante para o bien anular -- completa-- o bien disminuir de forma considerable (incompleta) la capacidad electiva del sujeto que lo invoca...."

Hubo pues respuesta a la petición efectuada *ad cautelam solo que en clave de generalidad para todos los que la alegaran* , y por otra parte, tal ausencia de miedo es clara y patente en el hecho probado donde se parte de un grupo concertado y coordinado con la finalidad de la introducción de cocaína con un reparto de funciones, lo que bien a las claras acredita que el factor de cohesión que a todos --incluido el recurrente-- animaba a su presencia e integración era el *beneficio económico* derivado de tal introducción querido y buscado, al que ponían su colaboración para obtenerlo, lo que es incompatible con una situación de miedo.

Procede la desestimación del motivo .

Tercero.- Recurso de Gabino .

Se trata de la persona que también iba en el "*DIRECCION000* " , es de profesión camarero y *su cometido era entrar en contacto con el barco que traía la cocaína* -- presumiblemente de Sudamérica--.

Su recurso está desarrollado a través de **cuatro motivos** .

El **primer motivo** denuncia por la vía del derecho a un *proceso con todas las garantías* que las tres Magistradas que presidieron el Plenario, fueron las mismas que dictaron el auto de 17 de Julio de 2012 en el que se desestimaba un recurso de apelación instado por la representación del ahora recurrente y que por tanto estaban incursas en la causa de abstención nº 11 del art. 219 LOPJ de "*haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia*", --folio 666 del Tomo II Rollo de la Audiencia--.

Estima el recurrente que debieron haberse abstenido ya que las causas de recusación operan también como causa de abstención.

Se trata de cuestión alegada en la Audiencia Preliminar y que fue rechazada por el Tribunal como consta en el antecedente de hecho segundo de la sentencia, porque lo que se valoró fue la fundamentación del auto recurrido por la defensa del actual recurrente en el sentido de que se estimaba competente el Juzgado Central de Instrucción, y en dicho auto dictado por las Magistradas que luego formaron la Sala que realizó el Plenario, se dijo que "*...se comparte con el Juez el criterio de que el entramado para trasladar tal cantidad de cocaína a nuestra ciudad a través del Atlántico supone desde luego la existencia de una organización criminal dedicada a introducir droga en España...."*

No es aceptable considerar que tal decisión, así descrita, puede ser entendida como un claro prejuicio de las Magistradas que afectaría al derecho del recurrente a ser juzgado por un Tribunal imparcial.

Desde cualquier perspectiva que se quiera analizar tal decisión --y expresión-- es claro que en nada afecta a la necesaria imparcialidad del Tribunal.

Por lo demás, debe recordarse que, finalmente fue esta Sala Casacional la que determinó la competencia de la Audiencia de Pontevedra, ante la negativa del Juez Central concernido de no aceptar la competencia del caso.

Procede la desestimación del motivo .

El **segundo motivo** denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia, proporcionalidad de las penas, y a un proceso con todas las garantías.

También en una larga argumentación --folios 8 a 18--, niega que exista prueba de cargo concreta para justificar la condena del recurrente.



Se dice que no se le interviene ningún teléfono, que es cierto que estaba en el interior del DIRECCION000 pero no hay dato alguno que le relacione como se dice en la sentencia con los propietarios de la cocaína.

En la sentencia se concretan los datos que valoró el Tribunal para arribar a la conclusión antes expuesta, que el recurrente niega, y así en el f.jdco. sexto, se nos dice en síntesis, que ante la negativa legítima de contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, se leyó su declaración en sede judicial, que no dio explicación alguna de su presencia en el barco, careciendo de contrato laboral y sin relación con el resto de los participantes como reconoció en aquella declaración sumarial, habiendo valorado el Tribunal la existencia de un antecedente penal muy significativo *que el propio recurrente reconoció* y que está constituido por haber sido condenado con anterioridad, en concreto el 28 de Septiembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Las Palmas, a la pena de 11 años de prisión por tráfico de drogas y que se encontraba en libertad condicional.

En definitiva, verificamos en este control casacional que del hecho indubitado de encontrarse en el " DIRECCION000 " en las condiciones en que este barco se encontraba, sin pertrechos de pesca de arco, fuera de su zona de pesca y sin dar explicación de su presencia y, además, la existencia del antecedente indicado, el Tribunal sentenciador de forma razonada y razonable arribó a la conclusión de que actuaba de enlace con el barco que transportaba la cocaína que iba a ser transbordada al " DIRECCION000 ". También aquí verificamos la certeza más allá de toda duda razonable como se ha dicho en relación al anterior recurrente.

Dos reflexiones más con incidencia para este recurrente y el resto de condenados.

El recurrente *no* ha sido condenado por haber ejercido el derecho al silencio. *Nadie puede ser condenado por el ejercicio de un derecho* – STS 152/2014 –. Ha sido condenado ante los datos evidentes incriminatorios derivados de su presencia en el " DIRECCION000 " y la falta de explicación mínimamente razonable, y todo ello de acuerdo con la doctrina del TEDH, del Tribunal Constitucional y de esta propia Sala. Su silencio *solo* ha tenido el valor de una mera corroboración de lo que *ya* estaba acreditado por los indicios citados, por lo que en definitiva es una corroboración *prescindible* a todos los efectos. La condena, sin ella sería idéntica.

Del TEDH se pueden citar las SSTEDH caso Murray vs Reino Unido de 8 de Febrero 1996 ; caso Averill vs Reino Unido de 6 de Junio 2000 y caso Blanca Rodríguez Porto vs España de 22 de Marzo 2005 .

Del Tribunal Constitucional se pueden citar, entre otras, SSTC 26/2010 ; 68/2006 ó 219/2009 .

De esta Sala, entre otras, 861/2009; 652/2010; 372/2011; 1236/2011 ó 711/2014, entre otras muchas.

La *segunda reflexión* es que *nadie* puede ser condenado por su pasado histórico-penal.

Estamos en el Derecho Penal del hecho, *no* en el derecho penal de autor, incompatible con los postulados del Estado de Derecho.

Ahora bien, no puede negarse que ante el hecho indubitado de la presencia del recurrente en el " DIRECCION000 " en la situación descrita, la falta de toda explicación plausible, tal antecedente penal opera como dato que en unión con el resto refuerza la verdadera naturaleza de la actividad desarrollada por el recurrente.

Procede la desestimación del motivo .

El **tercer motivo** por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , considera como indebidamente aplicados los arts. 368-1º y 370-3º del Cpenal al habersele aplicado el delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud con las agravantes de extrema gravedad, al no existir prueba que acreditaría que el recurrente sabía que la droga venía en otro barco desde donde iba a ser transbordada al DIRECCION000 .

Sin perjuicio de que la hipótesis del recurrente acabada de exponer deja en el mayor contrasentido la presencia del recurrente en el DIRECCION000 ¿para qué estaba?. Es lo cierto que el motivo incurre en inadmisión que opera como causa de desestimación en este momento al *no respetar el hecho probado* del que se dice con toda claridad que los condenados formaron un grupo para traer cocaína con la logística ya expuesta y con la cantidad de más de dos toneladas incautadas.

Procede el rechazo del motivo .

El **motivo cuarto** denuncia la *falta de motivación* de la pena impuesta al recurrente de 12 años de prisión más multa de 200 millones de euros.

La sentencia en el f.jdco. vigésimo primero explica la pena impuesta elevando en dos grados por la extrema gravedad de la acción patentizado en la cuantía de la cocaína y el empleo de dos embarcaciones, además de la que traía la cocaína de América. Además, al concurrir la agravante de reincidencia procedería la pena ya elevada en dos grados, en la mitad superior.



El art. 370-3º Cpenal en la redacción en vigor al tiempo de los hechos –L.O. 5/2010– impone en los casos de extrema gravedad la pena superior en *uno o dos grados* . El Tribunal *justifica* en el f.jdco. vigésimo primero la subida en dos grados y además por la concurrencia de la agravante de reincidencia procedía la imposición de la pena en la mitad superior. En consecuencia, partiendo de la pena tipo del tráfico de drogas que causan grave daño a la salud –de 3 a 6 años–, la subida en dos grados supondría una nueva pena de nueve años y un día a trece años y seis meses, correspondiendo la *mitad* superior de dicha pena al tramo de once años y tres meses hasta los trece años y seis meses, y dentro de ese abanico, la impuso en doce años, pena que verificamos *en este control como proporcionada* y ajustada a la gravedad del hecho, y muy singularmente a la culpabilidad del recurrente tal pena. Basta recordar que, a la sazón, estaba en libertad condicional, cumpliendo una pena de trece años por tráfico de drogas impuesta por la Audiencia Provincial de Las Palmas. La persistencia del recurrente en su actividad delictiva por un lado justifica *ex lege* la mitad superior de la pena, y la exteriorización de la culpabilidad del recurrente, la concreta individualización de los doce años de prisión mas la multa de 200 millones de euros.

Procede la desestimación del motivo .

Cuarto.- Recurso de Millán .

Se trata de otro de los tripulantes del " DIRECCION000 " . Su recurso está desarrollado a través de **cinco motivos** .

El **primer motivo** denuncia la violación del derecho a la privacidad de las comunicaciones y por conexión de antijuridicidad estima que todas las pruebas derivadas adolecen de la misma nulidad.

Se trata de cuestión alegada en la Audiencia Preliminar, y rechazada en la sentencia como puede comprobarse con la lectura del f.jdco. primero de la sentencia.

En síntesis , la denuncia que se efectúa es porque, inicialmente, el Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Vigo, en virtud de la oportuna petición de la policía concretada en el *oficio de 10 de Septiembre de 2011* solicitó por las razones allí expuestas una intervención telefónica –folios 1 y siguientes del Tomo I de la instrucción–.

Dicho Juzgado, por *auto de 16 de Septiembre de 2011* obrante a los folios 25 y siguientes, autorizó la misma, y se fueron practicando las intervenciones dando cuenta del resultado a la autoridad judicial.

Por *auto de 1 de Junio de 2012* de dicho Juzgado se acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias en lo referente a los investigados citados en el mismo, acordando, asimismo el cese de las intervenciones.

Como quiera que en el marco de los seguimientos policiales efectuados a uno de los investigado, Fabio , se le localizara en una reunión con el recurrente Silvio , quien ya tenía antecedentes policiales por tráfico de drogas y al que los investigados relacionaron con el recurrente Lázaro , cuñado del anterior, que también tenía antecedentes policiales como implicado en operaciones de tráfico de drogas, siendo propietario y patrón del pesquero " DIRECCION000 " , se realizó la investigación en relación a estos dos últimos, archivándose la causa inicialmente abierta contra otras personas y cesando las intervenciones telefónicas allí acordadas, continuando con esta nueva línea de investigación ajena a las intervenciones telefónicas iniciales.

En síntesis , del estudio de los autos, y como se expresa en la sentencia, lo ocurrido fue lo siguiente:

1) Una primera petición de intervención telefónica de unas personas investigadas que se autoriza judicialmente, y mas tarde se archivan tales diligencias cesando las intervenciones.

Folios 1 y siguientes del Tomo I, solicitud de la intervención telefónica de usuarios distintos de los condenados y recurrentes, de 10 de Septiembre de 2011.

Folios 25 y siguientes, auto de autorización judicial de 16 de Septiembre de 2011 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo .

Folio 4112, auto de 1 de Junio de 2012 de dicho Juzgado, acordando el archivo de la investigación y cese de las intervenciones.

2) En el marco de la investigación policial, por *oficio de 12 de Febrero de 2012* , se da cuenta al Juzgado de que de forma casual, y por los seguimientos policiales se ha podido comprobar un encuentro llevado a cabo el 30 de Enero de 2012 en O Grove entre uno de los investigados inicialmente – Fabio , cuya investigación fue archivada– con Silvio , cuñado de Lázaro , propietario y patrón del DIRECCION000 , y ambos con antecedentes policiales por dedicarse a operaciones de tráfico.

3) *En base a estos datos* , se solicitó en dicho oficio la escucha de las comunicaciones efectuadas vía radio a la embarcación " DIRECCION000 " , propiedad de Lázaro –oficio de 13 de Febrero de 2012, folio 1530–, que



fue autorizada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo en el auto de 14 de Febrero de 2012 , folio 1541 y siguientes.

4) Posteriormente por nuevo oficio policial de 20 de Febrero --folio 1576-- se solicitó, a la vista del contenido de las comunicaciones intervenidas al " DIRECCION000 " , el abordaje del mismo por el SVA, el que se concedió por *auto de 20 de Febrero de 2010* concedido por el mismo Juzgado --folios 1581 y siguientes--.

Es obvio que no existe ninguna nulidad en la autorización concedida primero para grabar las conversaciones del " DIRECCION000 " y luego para su abordaje ya que el origen se encuentra en la reunión inicial de Bauza con Silvio , independiente de las intervenciones telefónicas inicialmente concedidas y que fueron igualmente válidas, solo que se archivaron las diligencias posteriormente.

Procede la desestimación del motivo .

El **segundo motivo** alega violación del derecho a la *presunción de inocencia* , y asimismo denuncia como indebida la inaplicación de las atenuantes que alegó de forma muy genérica y sin posterior argumentación.

El Tribunal estudia el inventario probatorio existente contra el recurrente en el *f.jdco. quinto, y lo hace de forma conjunta con los otros condenados* Jose Pedro y Luis Enrique , pues los tres iban en el " DIRECCION000 " donde se incautó la droga.

Siendo su situación idéntica a la de Luis Enrique , cuyo recurso ya ha sido estudiado, nos remitimos a lo allí dicho en relación a los elementos indicios de participación con pleno conocimiento del destino del viaje. El recurrente solo respondió a su letrado, y como se ha dicho ante la total falta de explicación plausible de su presencia en el buque, y el hallazgo de la cocaína y la inexistencia de aparejos de pesca "*de cerco*" , unido a la enormidad del alijo de la droga y almacenaje de 6.000 litros de gasolina cuando el DIRECCION000 utiliza gasoil, el Tribunal arribó a la conclusión de que en el operativo estaba el recurrente con plena conciencia al ser situación idéntica a la de Luis Enrique .

No hubo ni vacío probatorio ni invención de la prueba. Se alcanzó el axiomático juicio de certeza "*más allá de toda duda razonable*" .

Por lo que se refiere a las atenuantes, aunque nada se dice en la motivación por parte del recurrente más allá de su rechazo en la sentencia, de referirse a la situación de miedo, *nos remitimos al f.jdco. decimoctavo de la sentencia*.

Procede la desestimación del motivo .

El **tercer motivo** , denuncia error en la valoración de los hechos de acuerdo con el art. 849-2º LECriminal .

Se trata de un motivo *sin* argumentación y que se agota en la mera enunciación.

Obviamente ni se cita documento casacional alguno que pudiera acreditar el error del Tribunal relativo a la responsabilidad penal del recurrente declarante en la sentencia.

Procede la desestimación del motivo .

El **cuarto motivo** , por la vía del *error iuris* se denuncia como indebida la aplicación del art. 368 Cpenal , así como del subtipo de extrema gravedad, y aquí, sí, en este motivo se refiere al miedo como atenuante que debió aplicarse así como las dilaciones indebidas.

El motivo es un cajón de sastre porque acumula diversas cuestiones. *Todas* incurren en causa de inadmisión porque no respeta el *factum* . Nos remitimos al motivo tercero del anterior recurrente.

El transcurso de tres años desde la ocurrencia de los hechos hasta el dictado de la sentencia *no* patentiza ninguna demora, ni tampoco se denuncian paralizaciones.

También se alega la tesis de la complicidad como alternativa a la autoría.

Es tesis improsperable.

El recurrente formaba parte del grupo organizado, y aunque sin funciones directivas, su actuación no fue periférica y prescindible sino esencial, junto con la de los otros tres marineros del Ratonero, pues caso contrario *no* se podría haber transbordado a dicho buque las más de dos toneladas de cocaína.

En cuanto a la tesis del miedo que embargaba al recurrente sobre el vacío probatorio existente al respecto, es claro que no existió sino un acuerdo consciente e interesado por los beneficios que se iban a obtener.

Procede la desestimación del motivo .



El **motivo quinto** sin concreción de cauce casacional –tampoco el motivo anterior lo tiene– cuestiona la aplicación de la extrema gravedad del art. 570 ter Cpenal .

El Tribunal aplicó el subtipo de grupo criminal y rechazó la aplicación de los apartados 2-a) y 2-b) de dicho artículo relativos al número importante de los miembros del grupo y al uso de medios tecnológicos avanzados.

Con independencia de lo que se dirá en relación al recurso del Ministerio Fiscal, *es claro que la aplicación del grupo criminal resulta incuestionable y así lo justifica la sentencia en el f.jdco. decimoséptimo* .

Se está en un estadio *más allá* de la mera coautoría, y por otra parte debe rechazarse la denuncia de violación del principio *non bis in idem* , porque –se dice– no puede castigarse al delito de tráfico, y *además* la integración en grupo criminal.

Es inadmisibles tal planteamiento.

Se trata de *dos realidades delictivas distintas* . En el grupo hay una permanencia, una organización y un reparto de temas que acreditan una capacidad delictiva consolidada e *independiente* de los concretos actos delictivos ejecutados por tal grupo, en este caso el alijo de cocaína.

Procede la desestimación del motivo .

Quinto.- Recurso de Jose Pedro .

Se trata de otro de los marineros del "Ratonero" que fue detenido junto con sus compañeros Luis Enrique y Millán y Gabino .

Su recurso discurre por los mismos cauces que los de sus compañeros ya estudiados.

En tal sentido, formaliza **tres motivos** en los que denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia, el *error facti* , y el tercer motivo cuestiona la aplicación de los delitos de tráfico de drogas y grupo criminal por los que ha sido condenado en la misma forma que sus compañeros.

Damos respuesta a las cuestiones alegadas de forma resumida en evitación de reiteraciones innecesarias.

En relación al **motivo primero** se dice que no existe prueba de cargo capaz de soportar la condena y que por tanto se está ante un vacío probatorio de cargo.

La sentencia da cumplida respuesta al andamiaje probatorio que le llevó a la conclusión condenatoria. Como ya se ha dicho, en el f.jdco. quinto se estudia las condiciones en que navegaba el " DIRECCION000 " , la falta de explicación mínimamente razonable que pudiera justificar la presencia del recurrente en dicho barco por causas ajenas a su conocimiento y consentimiento en la operación de la introducción de la cocaína incautada y demás datos ya *estudiados in extenso* en relación al recurso de Luis Enrique .

El recurrente alega desconocer todo lo relativo a dicha operación y en el Plenario solo respondió a las preguntas de su letrado.

Hay que recordar que *ningún* acusado tiene que colaborar en su propia condena, y en tal sentido tiene derecho a guardar silencio, lo que hizo el recurrente. *Tal silencio no puede suponer un elemento incriminatorio* , porque nadie puede ser condenado por el ejercicio de un derecho que le concede la Ley, pero como ya se dijo en el primer recurso cuando existe una contundente prueba de cargo presentada por la acusación, y el acusado no da explicación ninguna, es claro que la condena se funda *en los elementos de cargo presentados* , y que su silencio solo tiene el valor –*prescindible*– de corroboración de lo ya acreditado.

En relación al **segundo motivo** encauzado por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal denuncia error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal, error que le ha conducido a la condena que pronunció el Tribunal de instancia.

Presupuesto para la admisibilidad del cauce utilizado es la existencia de un documento en el preciso sentido que este término tiene en clave casacional. Por todas, STS de 10 de Noviembre de 1995 .

El recurrente solo efectúa unas alegaciones en clave exculpatoria, pero *no se refiere a ningún documento casacional* que acredite el error que se dice cometido y que, además, no esté contradicho por otras pruebas.

En esta situación es claro que se incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

Por lo que se refiere al **tercer motivo** , al igual que los anteriores recurrentes, se cuestiona aquí la aplicación de los delitos de tráfico de drogas y de integración en grupo criminal, todo ello por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal .



También se trata de cuestión ya abordada en anteriores recursos y a lo allí dicho nos remitimos además de incurrir en causa de inadmisión en la medida que se desconoce el respeto al "factum", y en el mismo se describe minuciosamente tanto los elementos que vertebran el delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, de extrema gravedad, como el de integración en grupo criminal.

Procede el rechazo de los tres motivos estudiados .

Sexto.- Recurso de Lázaro .

Se trata del propietario y patrón del buque pesquero " DIRECCION000 " en el que iban los anteriores recurrentes, buque al que se transbordó la cocaína que iba en otro buque del que se desconocen los datos, fracasando las subsiguientes maniobras de transbordo de la cocaína desde el " DIRECCION000 " a una lancha semirrígida la transportaría hasta Galicia, por la presencia del BUQUE000 " del SVA.

El recurso está desarrollado a través de **cuatro motivos** .

El **primer motivo** , denuncia vulneración del derecho al Juez predeterminado por la Ley por falta de competencia territorial, así como nulidad de la instrucción por conexión de antijuridicidad de las intervenciones telefónicas.

Se trata de *dos cuestiones* que ya fueron alegadas en la instancia, resueltas por el Tribunal de instancia, resueltas por el Tribunal de instancia, y que reproducidas en esta Sede Casacional deben ser igualmente rechazadas como así lo han sido en el estudio del *motivo primero del recurso de Luis Enrique* en cuanto a la falta de competencia territorial, alegada, y en lo referente a la nulidad de la instrucción por conexión de antijuridicidad en el estudio del *motivo primero del recurso de Millán* .

Nos remitimos a lo dicho en el estudio de los motivos indicados.

No existió violación de la competencia territorial por parte del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo. Existió una primera investigación con apertura de Diligencias Previas en la que se intervinieron diversos teléfonos de las personas indicadas en el auto autorizante. Estas Diligencias Previas se archivaron dejando sin efecto las intervenciones.

Con ocasión de los *seguimientos y vigilancias* efectuados de los investigados, en esa primera investigación se observó diversas reuniones los días 30 y 31 de Enero en O Grove de uno de los investigados -- Fabio -- con una persona --el condenado y recurrente Silvio --. de quien se facilitaron datos objetivos muy sugerentes de la posible preparación de una operación de cocaína con utilización del DIRECCION000 " propiedad de su cuñado --el actual recurrente--. Los folios 1530 y siguientes de la instrucción son muy expresivos al respecto.

Es claro que las intervenciones telefónicas fueron válidas pero no dieron fruto. El encuentro con Silvio fue consecuencia de los seguimientos a que esta sometido, a la sazón, Fabio , y que la reorientación de la investigación en este sentido, y abandono de la primera línea, no afectó a ningún derecho constitucional y por lo tanto deben ser rechazadas las denuncias que dan vida a este motivo.

Por lo demás, la competencia territorial del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo fue resuelta por el auto del Tribunal de instancia de 6 de Marzo de 2014 como ya se ha dicho, y en definitiva la competencia como de enjuiciamiento de la Audiencia Provincial de Pontevedra --a la que pertenecen los partidos judiciales de Vigo y de O Grove-- fue declarada por auto de esta Sala resolviendo la cuestión de competencia territorial en su momento suscitadas con los Juzgados Centrales de Instrucción -- auto de 19 de Diciembre de 2012 --.

Procede el rechazo del motivo .

En el **segundo motivo** , el propio recurrente se limita a reiterar las alegaciones del motivo anterior, volviendo a estimar nulas por conexión de antijuridicidad las investigaciones iniciadas a raíz de los encuentros entre Fabio y Silvio .

En el **motivo tercero** se reitera la falta de competencia territorial de Instrucción de Vigo nº 3 y asimismo en relación a la falta de abstención de las Magistradas que presidieron el Plenario al que se refiere la sentencia recurrida en el antecedente de hecho segundo y que también fue alegado en el motivo primero de Gabino .

El **motivo cuarto** por la vía del *error iuris* considera vulnerado el art. 66 Cpenal en relación a la pena que se le impuso.

El recurrente se limita a aportar una serie de sentencias de esta Sala en relación a la penalidad correspondiente al delito de integración en grupo criminal y de extrema gravedad en relación al debate de tráfico de drogas.

Se dice que no se fundamenta la subida en dos grados de la pena impuesta, que recordamos fue de once años.



La sentencia en el f.jdco. vigésimo primero justifica, *in extenso* la concreta individualización de la pena que se le impuso al recurrente. En síntesis dice con claridad que se le impone la pena superior en *dos grados* por un lado dado el peso de la cocaína incautada, *1.734'75 kilos netos*, es decir sin ninguna sustancia "de corte" y por otra parte por la utilización de embarcaciones, prevista en el apartado 3º del art. 370 Cpenal, y se nos dice en dicho f.jdco. que *"...imponiéndosela a este acusado la pena en el límite máximo de la mitad inferior atendida la mayor trascendencia y relevancia de la conducta criminal...."*

Existió motivación, y esta aparece en este control casacional como proporcionada tanto a la gravedad del hecho como a la culpabilidad del recurrente.

Procede el rechazo de todo el recurso.

Séptimo.- Recurso de Silvio.

El recurrente es cuñado del anterior recurrente y su cometido consistió en efectuar las labores de preparación y pertrecho del "DIRECCION000" para la singladura prevista, de transbordar la cocaína que llegaría --según lo convenido-- en otro barco, así como posteriormente, transbordarla a una lancha rápida para su introducción en Galicia, para lo que también se encargó de adquirir 4.000 litros de gasolina como combustible para la lancha semirrígida que se iba a utilizar con el cometido expuesto.

Su recurso está desarrollado a través de **cuatro motivos**.

En este control verificamos que los cuatro motivos del recurso, los **motivos primero, tercero y cuarto**, coinciden gramaticalmente con los motivos correspondientes del recurrente anterior, con lo que en evitación de reiteraciones, nos remitimos a las argumentaciones expuestas en el anterior recurso que han sido totalmente rechazados.

Por lo que se refiere al **motivo segundo** del recurso, por doble e incorrecta vía del *error iuris* y *error facti* denuncia un *vacío probatorio* pues niega que tuviese participación alguna en el transbordo al "DIRECCION000" de la cocaína que fue incautada. En definitiva alega vacío probatorio de cargo.

Al respecto, hay que recordar que según el *factum*, a cuya obediencia hay que estar dado el cauce casacional de *error iuris* del art. 849-1º LECriminal, el recurrente como integrante del grupo criminal, y por tanto con pleno conocimiento fue el encargado de pertrechar el "DIRECCION000", y muy especialmente de aprovisionarlo de 4.000 litros de gasolina, cuando dicha embarcación utiliza diesel, habiéndosele ocupado en el registro domiciliario el *albarán* de tal compra de combustible a nombre de su cuñado Lázaro. En la fundamentación de la sentencia en el f.jdco. *cuarto* el Tribunal de instancia razona *in extenso* el inventario probatorio de cargo que le permitió arribar a la condena del recurrente.

En síntesis, el Tribunal se refirió a las diversas *contradicciones y falta de explicación* mínimamente convincente sobre el aprovisionamiento de los 4.000 litros de gasolina, así como la ocupación en su domicilio, en su mesita de noche, por los seguimientos de que fue objeto se supo del abastecimiento de la gasolina, de su actitud vigilante en las labores de pertrecho del "Ratonero", obrando fotografías al respecto, así como las declaraciones de los agentes policiales que intervinieron en los seguimientos. Finalmente, resulta muy significativo las llamadas mantenidas entre el recurrente y el "DIRECCION000" cuando éste estaba ya en alta mar, a través de un teléfono satélite, todo ello recogido con más detalle en el f.jdco. indicado.

Verificamos en este control casacional que el Tribunal, de la suma de todos estos datos acreditados arribó con toda razonabilidad a la condena del recurrente, conclusión que verificamos el estándar exigible para todo pronunciamiento condenatorio según la doctrina del TEDH, Tribunal Constitucional y esta propia Sala de *"...certeza más allá de toda duda razonable..."* y ello tanto desde el *canon de la lógica como desde el canon de la suficiencia*.

No hubo el vacío probatorio que se denuncia.

Procede la desestimación del motivo.

Octavo.- Recurso de Bienvenido y Estanislao.

Se trata de *dos de los tripulantes de la lancha rápida semirrígida* a la que, según el hecho probado, debía ser transbordada la cocaína una vez esta estuviese en el "DIRECCION000", para trasladarla a Galicia con mayor rapidez y menos riesgos de ser descubierta la operación.

El recurso común de ambos recurrentes está desarrollado a través de *diversos motivos*, que como ocurre con los recursos, ya estudiados, abordan cuestiones comunes. Se enumeran **cuatro motivos** que acumulan diversas cuestiones a las que daremos respuesta.



El **motivo primero** denuncia la quiebra del derecho al Juez predeterminado por la Ley por estimar falta de competencia territorial del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo para la instrucción de la causa.

Se trata de una cuestión ya abordada en los recursos anteriores –motivos primero de los recursos de Luis Enrique , Gabino , Lázaro y Silvio .

Damos por reproducidos los razonamientos para el rechazo de la denuncia.

Procede el rechazo del motivo .

El **motivo segundo** denuncia *violación del derecho a la presunción de inocencia* en relación a los delitos por los que han sido condenados estimando débiles los indicios valorados, así como por *extemporaneidad* de una prueba propuesta por el Ministerio Fiscal al principio del Plenario y quiebra del derecho de inviolabilidad del domicilio.

En síntesis , los recurrentes a lo largo de una argumentación de quince folios alegan que la inferencia extraída por el Tribunal de instancia no es concluyente y que caben otras inferencias extramuros de todo aspecto criminal, en tal sentido efectúa una nueva valoración de los indicios valorados por el Tribunal en el f.jdco. séptimo. Asimismo se dice que no se ha podido certificar que la lancha que apareció en Madeira el día 23 de Febrero fuese la misma que había sido avistada con anterioridad e igualmente saliendo de la Ría de Arosa, que no se puede afirmar que dicha lancha tuviese por finalidad acercarse al " DIRECCION000 " para transbordar la cocaína. Que existen contraindicios y coartadas de los dos recurrentes así como del tercer –supuesto– tripulante de dicha lancha y también recurrente Remigio .

Efectivamente, el Tribunal sentenciador en el *f.jdco. séptimo* estudia de forma modélica todos los datos referentes a dicha lancha semirrígida en la que iban los dos recurrentes y el condenado cuyo recurso será estudiado a continuación de este, con la finalidad ya dicha y por tanto, estando las tres personas integradas en el grupo criminal aportando su necesaria y voluntaria colaboración al éxito de la operación de introducción de la cocaína.

En primer lugar se refiere a la instalación por la policía de un dispositivo de observación, para fruto de las conversaciones intervenidas legalmente vía radio del DIRECCION000 " verificar si también participaba en la operación una lancha, como así se comprobó por el observador aéreo que vio el 21 de Febrero sobre las 6'55 horas que salía de la Ría de Arosa una embarcación semirrígida de 15 metros de eslora, *sin* cabina y *sin* ningún tipo de luz identificadora, a la que se le hicieron diversas *fotos* que iban en el Sumario. El agente actuante declaró en el Plenario que si la embarcación no es la misma, es similar. A recordar que el " DIRECCION000 " salió del puerto de O Grove –en las condiciones ya dichas– el 3 de Febrero de 2012.

En segundo lugar en el Plenario, el agente del SVA previa ratificación de su informe manifestó que era perfectamente factible que la lancha semirrígida avistada el 21 de Febrero fuese la misma que fue hallada el 23 de Febrero en la localidad de Paúl de Mar –Madeira–, fundando sus afirmaciones en la velocidad que pudo desarrollar, su autonomía, así como el rumbo y los tiempos, afirmando que teniendo en cuenta las 1030 millas náuticas existentes entre la Ría de Arosa y Madeira tendría un consumo de casi 5.000 litros, y teniendo en cuenta que según el fabricante su capacidad de almacenaje es de 4.200 litros, con unas cuantas "petacas" adicionales en su interior, podría completarse los 5.000 litros.

En tercer lugar , se estudia la prueba pericial de la defensa propuesta por tres peritos que por un lado, reconocieron que según ellos, el modelo de la embarcación embarrancada en Paúl de Mar, tendría una capacidad de 2.800 litros, y que necesitaría 8.118 litros para recorrer la distancia entre Ría de Arosa y Madeira, pero en definitiva *ninguno de los tres peritos descartó la posibilidad* de que la embarcación embarrancada fuese la avistada saliendo el 21 de Febrero, porque era factible que pudiera llevar garrafas adicionales de gasolina o incluso que repostara en el trayecto.

Recoge la sentencia, asimismo, que a preguntas del Ministerio Fiscal, los peritos reconocieron que los motores tenían aceite para 6.000 litros más de gasolina, y que asimismo se puede forzar la velocidad de los motores.

En cuarto lugar el Tribunal valoró las evidencias halladas en el interior del propio DIRECCION000 " .

En concreto, de la documentación ocupada en el DIRECCION000 y analizada por el funcionario del SVA que compareció al Plenario, se pudo comprobar la existencia de unas anotaciones en una *libreta ocupada* en el camarote del Capitán del DIRECCION000 donde se daba varias claves para dos puntos de encuentro al que tendría que acudir el DIRECCION000 , constando en dicha libreta las coordenadas de esos dos encuentros, concluyendo el testigo, que el *primer punto de encuentro* sería para el transbordo de la cocaína del buque que la traía de América al DIRECCION000 , y un *segundo punto de encuentro* para el transbordo desde el DIRECCION000 a la lancha rápida, que está seguro de esa doble operación y que, en definitiva, la lancha encontrada en Madeira era la misma que avistaron el 21 de Febrero.



Asimismo por otro de los funcionarios del SVA se informó que en relación a las operaciones de traída de cocaína desde el año 1992 se utilizaba la zona de Madeira para tras la recepción de la cocaína transportarla desde allí en planeadoras de gran velocidad hasta Galicia. Que es el *modus operandi habitual*, que tales lanchas rápidas llevan los tanques llenos de gasolina, que tras el transbordo de la cocaína, repostan gasolina desde el barco que alijan, y van a Galicia, a lo que se une las conversaciones por radio desde el DIRECCION000, eran en gallego y que los motores de la lancha habían sido cargados en Cambados.

El Tribunal de instancia concluye todo el estudio efectuado arribando a la doble conclusión de que la lancha hallada en Paúl de Mar era la misma que fue avistada saliendo de la Ría de Arosa el 21 de Febrero, y que su cometido era trasladar a Galicia la droga una vez que le fue transbordada la misma desde el DIRECCION000.

Esta doble conclusión está expresada en estos términos.

"...De modo que, la conclusión A) -la embarcación que fue avistada el día 21 de febrero saliendo de la Ría de Arosa es la misma que apareció embarrancada, el día 23 de febrero, en el Archipiélago de Madeira, y que previamente el día 22 fue avistada, en la posición -34° 01'N 21° 57'W-, por el Patrullero "Petrel I" fluye como consecuencia natural de los hechos base apuntados, pues partiendo de que todos los testigos coinciden en señalar que la avistada era una embarcación semirrígida, nos encontramos con que son similares o semejantes las características principales entre la que fue avistada saliendo de la Isla de Arosa, la que lo fue siguiendo un rumbo aproximado hacia el lugar del punto de encuentro con el "Petrel I", y la que apareció embarrancada en Paúl de Mar; asimismo coinciden el punto de encuentro previsto por el Patrón del "DIRECCION000" -Informe folios 3527 y ss.- con aquel en que se encontraba el "Petrel I" y el "DIRECCION000" en el momento en que fue avistada desde aquel Patrullero, y si a ello le unimos que los motores de la embarcación de Madeira fueron comparados en Cambados y que la lengua utilizada para establecer la comunicación fue el gallego, aquella conclusión -A)- se presenta como lógica y racional....".

"...Pues bien, la conclusión B) -que la embarcación semirrígida iba al encuentro del DIRECCION000" y que la finalidad era la de alijar la sustancia estupefaciente, que transportaba el pesquero, así como repostar gasolina para poder completar aquella el viaje de vuelta, y lograr así introducir la droga en territorio español- también fluye como consecuencia natural, racional y lógica, de los hechos base apuntados, pues, como antes ya se expuso, la Policía española sospechaba -a través de entre otros medios de investigación de las escuchas de radio, amén de que ello es el "modus operandi" habitual en operaciones de esta naturaleza- que se iba a producir el encuentro entre el "DIRECCION000" y una lancha, razón por la cual se montó un dispositivo de observación sobre la Ría de Arosa continuando éste durante el trayecto que se le suponía a la embarcación avistada -como dijo el NUMA 2712 los puntos de recepción de la cocaína están situados desde el año 2002 en la zona de Madeira-, siendo de nuevo avistada una embarcación, también de similares características a la que fue objeto de los anteriores, aproximándose a la posición del "Petrel I" y del "DIRECCION000", posición que luego se comprobó, a través del examen de la documentación hallada a bordo del pesquero, que coincidía con la señalada como nuevo punto de entrega de la mercancía a una lancha, coincidiendo también el día y hora, embarcación que luego abandono la zona a gran velocidad; y si a todo lo anterior le unimos los siguientes hechos: (4) la comunicación escuchada por el Funcionario, Sr. Jose Carlos, antes de avistar a la embarcación semirrígida, a través del Canal 72 VHF y que le hizo suponer que aquella quería contactar con el "DIRECCION000"; (5) que el "DIRECCION000" llevaba en dos tanques mas de 6000 litros de gasolina, cuando el combustible utilizado por este buque es gasoil y el de las embarcaciones semirrígidas es gasolina; (7) que tanto los propietarios como los tripulantes de la embarcación no querían ser identificados, y (8) que estos abandonaron la embarcación huyendo rápidamente del lugar, la consecuencia que fluye, de forma natural, racional y lógica, de todo lo anterior es la expresada B) anteriormente, teniendo en cuenta, y partiendo de que, la única mercancía que existía, en el momento del abordaje, para ser alijada desde el "DIRECCION000" a otro barco eran mas de dos toneladas de cocaína....".

En este control casacional verificamos que las conclusiones del Tribunal sentenciador alcanzan con rotundidad el canon de "certeza más allá de toda duda razonable", tanto desde el canon de la lógica como desde el canon de la suficiencia.

La sentencia dedica el f.jdco. octavo a justificar que los dos recurrentes y Remigio eran los tres tripulantes de dicha lancha rápida que, como se ha dicho, embarrancó el día 23 de Febrero en Paúl de Mar.

Fue la policía judicial portuguesa la que practicó las diligencias oportunas, diligencias que debidamente autenticadas, fueron ratificadas en el Plenario mediante la declaración de los agentes correspondientes.

Se relacionan en la sentencia todos los vestigios hallados en el interior de la lancha, tales como guantes, gorros y pasamontañas, cigarros, colillas y cajetillas de tabaco con los caracteres en español. Tales vestigios fueron custodiados por la policía portuguesa, y remitidos al Departamento de Biología de la Guardia Civil donde se autorizó el cotejo de los mismos con las indubitadas de los tres recurrentes quienes no consintieron en su facilitación, advirtiéndoles la Jueza de las posibles consecuencias de su negativa.



A ello debe unirse el resultado de la encuesta efectuada por la policía portuguesa.

Se cuenta con la declaración de un vecino del lugar que vio salir corriendo a tres personas de la embarcación embarrancada, un empleado de un supermercado, que reconoció a uno de ellos les facilitó el contacto con la única persona que tenía vehículo para trasladar a tales personas a Funchal, lo que así se hizo. Dicha persona manifestó que las tres personas tenían las ropas con manchas de cal. Estos testigos reconocieron en rueda a los tres recurrentes y uno de tales testigos acudió al Plenario y ratificó el reconocimiento.

Ante las sospechas que todo ello levantaba la policía efectuó unas pesquisas con el resultado de localizar a los tres en la residencial " DIRECCION001 " donde se habían registrado los tres, sin equipaje y sin documentación, siendo finalmente detenidos el 7 de Marzo.

Es obvio que ante este acabado inventario probatorio, verificamos que se alcanza, igualmente, el juicio de certeza más allá de toda duda razonable , de que los dos recurrentes cuyo recurso se estudia, así como el que lo será a continuación, eran los tres tripulantes de la lancha rápida que tenían el cometido al que ya nos hemos referido con pleno conocimiento y consentimiento.

No hubo ninguna vulneración por el hecho de que el Ministerio Fiscal propusiese la prueba biológica al inicio del Plenario relativa a los efectos hallados en la lancha rápida, en la medida que la misma no vulneró derecho alguno, pues de un lado cabe la proposición de prueba en la Audiencia Preliminar también en el Sumario, y las defensas pudieron controlar dicha prueba. -- SSTS de 6 de Julio 2000 ; 17 de Diciembre 1998 ; 1060/2006 ; 1107/2006 ó 185/2015 , entre otras--, y en segundo lugar en todo caso pudieran solicitar un tiempo de estudio para las defensas en evitación de una quiebra del derecho a la igualdad de armas, periodo de tiempo que no se solicitó instándose solo y exclusivamente, la nulidad de la admisión de pruebas.

Los recurrentes se quejan y aquí puede estar la razón de la queja de que, sin embargo se inadmitió parte de la prueba testifical y pericial propuesta por la defensa que hubiera acreditado que la presencia de los recurrentes era ajena al hallazgo de la lancha rápida embarrancada, y no obstante, las justificaciones que se dieron al Presidente del Tribunal sobre tal prueba, por auto de 2 de Abril se inadmitió la misma, y asimismo se alega que los recurrentes llevaban una vida normal en Madeira, y que estaban en una terraza cuando fueron detenidos por la policía portuguesa.

En el motivo siguiente se razonará seguidamente mas in extenso.

Procede la desestimación del motivo .

El **motivo tercero** por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, se denuncia la *quiebra al derecho de proponer prueba que era pertinente y fue propuesta temporáneamente y declarada impertinente* por el Tribunal en su auto de 2 de Abril de 2014, petición que fue reiterada al inicio del Plenario con igual resultado, alegándose por los recurrentes que se causó la oportuna protesta tras el auto indicado de 2 de Abril.

La prueba propuesta era la de cuatro personas que serían interrogadas sobre las razones de los recurrentes en la Isla de Madeira quienes se encontraban allí para reparar un barco varado y llevarlo a España, sin conexión alguna con la lancha rápida y la documental se refería a los extremos 2, 3 y 4 del escrito de defensa.

Tenemos que recordar brevemente la doctrina de la Sala sobre el derecho a la prueba .

Con las recientes sentencias de esta Sala, entre otras, 281/2009 , 1373/2009 y 679/2010 debemos recordar la doctrina de la Sala sobre el derecho a la prueba.

Es obvio que el doble abordaje del derecho a la prueba --como derecho fundamental o como indebida denegación de la prueba-- no altera su esencia: la quiebra se produce cuando la denegada es prueba necesaria, y por tanto es causa de indefensión en los términos del art. 24-1º de la C.E . Por ello es doctrina del Tribunal Constitucional --entre otras SSTC 43/2003 de 3 de Marzo y 1/2004 de 14 de Enero -- que *el derecho a la prueba está delimitado por cuatro consideraciones :*

- a) Que la prueba sea pertinente, pues sólo a ella se refiere el art. 24-2 de la Constitución .
- b) Que dada su configuración legal, es preciso que la parte la haya propuesto de acuerdo con las previsiones de la Ley procesal, es decir en tiempo oportuno y de forma legal.
- c) Desde la perspectiva del Tribunal sentenciador, que éste la haya desestimado.
- d) Al tratarse el derecho a la prueba de un derecho medial/procedimental debe acreditarse que tal denegación ha podido tener una influencia en el fallo, porque podría haberse variado, y es esta aptitud de la prueba denegada en relación al fondo del asunto, lo que da lugar a la indefensión que proscribe la Constitución, indefensión que debe ser material y no simplemente formal -- STC 237/99 --.



Esta Sala de Casación, tiene una consolidada doctrina en esta misma línea, y en tal sentido, la STS 649/2000 de 19 de Abril declara que "...el derecho a la prueba no es derecho absoluto o incondicionado, y que no se produce vulneración del derecho constitucional cuando la prueba rechazada, aún siendo pertinente, carece su contenido de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final , y ello exige por parte de quien alegue tal vulneración una doble acreditación:

a) De una parte que el recurrente ha de concretar la relación de hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas.

b) El invocante de la vulneración del derecho a los medios de prueba pertinente deberá argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia....".

Obviamente, de no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará *ab initio* , sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, ya que el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca a meras infracciones de legalidad que no hayan generado una real y efectiva indefensión.

En tal sentido, SSTs 1092/94 de 27 de Mayo , 336/95 de 10 de Marzo , 48/96 de 29 de Enero , 276/96 de 2 de Abril , 649/2000 de 19 de Abril , 1213/2003 , 474/2004 , 1545/2004 de 23 de Diciembre , 1031/2006 , 1107/2006 y 281/2009 .

Del Tribunal Constitucional, además de las más arriba citadas, se pueden añadir las SSTC 51/85 de 10 de Abril , 212/90 de 20 de Diciembre , 8/92 de 11 de Junio ; 187/96 de 25 de Diciembre ; 258/2007 ; 152/2007 ó 121/2009 y del TEDH casos Bricmont, Kotovski, Windisch y Delta, entre otros.

Por otro lado, debe acreditarse el cumplimiento del *protocolo de proposición y protesta* por parte de la parte a la que se le haya denegado la prueba y que quiere hacer valer su derecho en esta sede casacional. Este protocolo se integra por los siguientes requisitos :

a) Que la prueba que fue denegada haya sido propuesta en el momento oportuno que por lo que se refiere al Procedimiento Abreviado se concreta en su proposición en el escrito de conclusiones provisionales – art. 650 y 784 LECriminal –.

b) Que dicha prueba haya sido rechazada por el Tribunal sentenciador en resolución fundada.

c) Que a la notificación de dicha resolución, se haya efectuado la oportuna protesta – art. 659 y 785 LECriminal –.

d) Que tratándose de Procedimiento Abreviado, se haya reiterado la petición de la práctica de la prueba denegada en el trámite de la audiencia preliminar al inicio del Plenario – art. 786 LECriminal –.

Un examen de las actuaciones, acredita que la defensa de los ahora recurrentes en el escrito de conclusiones provisionales –folios 251, Tomo I Rollo de la Audiencia–, solicitó la testifical de tres personas, una de ellas representante legal de Astilleros Vieira y Gouveia, en Madeira, otro representante legal de la empresa propietaria del BUQUE001 y que contrató a Bienvenido para que efectuara labores de mantenimiento en el citado BUQUE001 y la tercera persona era el propietario de la residencial " DIRECCION001 " donde se hospedaba Bienvenido en todos los viajes a Madeira.

Con tales testificales se pretendía demostrar que el recurrente Bienvenido visitaba con frecuencia Madeira, que fue contratado desde el año 2007 al 2012 por el representante legal de la empresa propietaria del BUQUE001 , y que, asimismo se hospedaba siempre en la residencial " DIRECCION001 " . Hay que añadir que de las tres personas citadas, dos tenían su residencia en Madeira y la otra en Panamá.

Asimismo dentro de la prueba documental se solicitaron datos de la compañía aérea TAP para que remitieran relación de viajes del recurrente Bienvenido desde el aeropuerto de Porto a Funchal durante los años 2007 a 2009, así como a la empresa donde trabajaba el recurrente en las labores de mantenimiento del BUQUE001 , con especificación de todos los datos que obrasen al respecto en la compañía concernida de la que se facilitaba la dirección, e igualmente, que Astilleros Vieira remitiese todos los datos que existieran en relación a los trabajos efectuados por el citado Bienvenido en relación al BUQUE001 .

Por auto de 2 de Abril de 2014 –folio 288, Rollo I–, el Tribunal rechazó la testifical y documental indicada por "ser irrelevante".

En este control casacional, de acuerdo con la doctrina indicada verificamos que la prueba denegada ni era pertinente, por lo que el Tribunal de instancia *ejerció las funciones* que le corresponden para apreciar o no



la relevancia de la prueba propuesta, y, además, verificamos en este control que la prueba *no* era necesaria porque carecía de toda relación con los hechos enjuiciados y ello por dos razones:

a) Por las pruebas existentes relativas a la forma y modo en que llegaron los tres tripulantes a Paúl de Mar, de lo que hay prueba cumplida, y

b) Porque la prueba denegada no podía incidir en los hechos enjuiciados y la posibilidad de que en tiempo anterior, hubiera estado en Madeira el recurrente, nada afectó a su presencia el 27 de Febrero de 2012, y al respecto es significativo que se pida a la compañía aérea portuguesa TAP relación de viajes del recurrente desde el 2007 al 2009 cuando el mismo arribó a Madeira con los otros dos tripulantes el día 27 de Febrero de 2012.

En definitiva, la prueba ni era pertinente ni menos era necesaria. Solo añadir que el Tribunal sentenciador debió haber justificado o motivado las razones de la impertinencia, y no simplemente haberla declarado.

No existió ninguna de las vulneraciones que se denuncian.

Procede la desestimación del motivo .

Noveno.- Recurso de Remigio .

Se trata del *tercer tripulante* de la lancha semirrígida y rápida y que fue detenido junto con los otros dos recurrentes anteriores en Paúl de Mar --Madeira--.

Su recurso está desarrollado a través de **tres motivos** .

El **primer motivo** por la vía de la vulneración de derechos constitucionales acumula una serie de denuncias que *vienen a incidir en cuestiones ya alegadas* por los recurrentes anteriores, y que han sido estudiadas y rechazadas en el estudio de los recursos anteriores.

Así se alega infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, cuestión que ya fue resuelta por el Tribunal en el auto de 6 de Marzo de 2014 y reiterado en la Audiencia Preliminar se rechazó igualmente. La competencia del Juez de Vigo y de la Audiencia Provincial de Pontevedra fue clara y como ya se ha dicho está declarada en auto de esta propia Sala cuando se planteó la cuestión de competencia entre el Juzgado de Vigo y los Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional --auto de esta Sala de 19 de Diciembre de 2012--.

En relación a la debilidad de los indicios valorados por el Tribunal para arribar a la condena del recurrente, nos remitimos a los razonamientos del anterior recurso, pues como ya se ha dicho, el recurrente era el tercer marinero que iba en la lancha semirrígida, por lo que todos los razonamientos efectuados anteriormente se dan por reproducidos.

En relación a la cadena de custodia , que tiene un fin instrumental para garantizar la "mismidad" de la cosa objeto de la pericia, no puede efectuarse objeción alguna. Los efectos de la lancha se recogieron por la policía judicial portuguesa, se remitieron a la Guardia Civil y se analizaron sin que existiera fractura o quiebra de la cadena de custodia. Por lo demás, debe recordarse que los recurrentes concernidos --los tres marineros de la lancha-- se negaron a facilitar muestras indubitadas de su ADN lo que en modo alguno nos conduce a ningún vacío probatorio, y por otro lado, tal negativa, puede tener un valor corroborador de lo que, como ocurre, *está acreditado por otros medios de prueba* , todo ello en relación a que los tres recurrentes eran los tripulantes de la lancha.

En lo referente a la prueba presentada por el Ministerio Fiscal --denunciada en el apartado III del motivo--, al principio del juicio oral consistente en que varios agentes ratificarían el informe pericial de los vestigios hallados en la lancha, ninguna reserva puede hacerse al respecto. De entrada, y como ya se ha dicho, también en el marco del Sumario tiene cabida la Audiencia Preliminar, y de otro lado ninguna indefensión se produjo con tal admisión pues pudieron tomar conocimiento de ello, incluso solicitar tiempo para su examen, y fue prueba que se sometió a la contradicción propia del Juicio Oral por lo que tampoco hubo quiebra del derecho al principio de igualdad de armas.

También se refiere a la denegación por parte del Tribunal a la prueba solicitada por los anteriores recurrentes, y en tal sentido, nos remitimos a lo dicho en el estudio del anterior recurso.

También se hace referencia a la *pretendida nulidad del registro de la habitación del hotel* en el que se hospedaban los recurrentes. La sentencia al respecto en el f.jdco. primero, hace referencia a que los propios recurrentes consintieron el mismo y que según el Código Procesal Portugués, en tal tesitura *no* hace falta la autorización judicial.

El Tribunal en el f.jdco. segundo *in fine*, rechazó la alegación de *desconocer la lengua portuguesa*, dada la similitud que tiene con la gallega, hablada por los recurrentes; por lo demás y para agotar la cuestión, en tal



registro no se ocupó ningún objeto o elemento incriminatorio alguno, por lo que el registro careció de toda relevancia a los efectos incriminatorios, lo que se denuncia en el apartado IV del motivo primero.

Procede la desestimación del motivo .

Los motivos segundo y tercero del recurso coinciden con los del recurso anterior, y a lo allí dicho nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

Décimo.- Recurso del Ministerio Fiscal .

Por el Ministerio Fiscal se formalizan **dos motivos** a cuyo estudio pasamos.

El **motivo primero** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal y por tanto desde el respeto a los hechos probados que actúa como presupuesto de admisibilidad de este cauce casacional *considera indebidamente inaplicados del art. 570 ter., apartado 2, los epígrafes a) y c)* . El Ministerio Fiscal partiendo de la afirmación de que el delito enjuiciado se cometió en el seno de un grupo criminal considera que procede la imposición de la *mitad superior de la pena* por concurrir los apartados indicados referidos a que tal grupo criminal está formado por un *elevado número de personas* , y además, porque se ha dispuesto de *medios tecnológicos avanzados de comunicación* o transporte especialmente aptos para facilitar el delito o conseguir la impunidad.

Estima el Ministerio Fiscal en el motivo que por lo que se refiere al número de personas que integraban el grupo criminal, según la sentencia, eran los nueve condenados más otros desconocidos como se dice en el hecho probado, pudiendo estimarse que habría al menos cuatro personas más en el buque que traía la cocaína, en todo caso, ya sean diez o dieciséis personas, estima el Ministerio Fiscal que tal número es suficiente para integrar el "*número elevado de personas*" al que hace referencia el art. 570 ter -2-a).

Por lo que se refiere a la utilización de medios tecnológicos avanzados de comunicación se refiere, además de disponer de una lancha rápida semirrígida a la posesión de un teléfono satélite, esto es conectados directamente a un satélite de comunicaciones lo que como se dice en la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre organizaciones y grupos criminales, supondría la aplicación de tal subtipo.

El Ministerio Fiscal solicita como consecuencia punitiva de la estimación de la aplicación de los apartados 2a) y 2c) del art. 570 ter las *penas superiores en un grado a las impuestas en la sentencia* .

El Tribunal aborda con profundidad y rigor esta petición del Ministerio Fiscal en el f.jdco. decimoséptimo para rechazarla.

Retenemos de dicho f.jdco.- la argumentación del Tribunal:

"....Por lo que se refiere al primero de aquellos, -2 a)- éste consiste en que el grupo esté formado por un elevado número de personas, al respecto decir que este subtipo incorpora un concepto indeterminado de muy difícil concreción, pues exige que el número de personas que integran el grupo sea "elevado" lo que hace referencia un número importante, relevante, de personas, lo que vendría a aumentar el desvalor de la acción, al ser ésta una circunstancia que facilitaría la comisión del ilícito, al tiempo que también favorecería el éxito de la operación, lo que aumentaría la peligrosidad del grupo criminal. En el presente caso, tal y como antes ya se manifestó este Tribunal considera probado que el grupo criminal lo integraban, además de los nueve acusados, otras personas, si bien al no haber quedado acreditado cual era el número exacto, no se puede considerar como probada la concurrencia de los elementos precisos para poder aplicar el subtipo en cuestión.

En cuanto al -2 c)- que el grupo disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables; este subtipo no alude a cualesquiera medios de comunicación o transporte, sino que exige que se trate de medios tecnológicos avanzados que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar, favorecer, la ejecución del delito o la impunidad de los delincuentes. Se trata por tanto de medios de comunicación o transporte que están fuera del alcance del hombre medio -tanto por su precio como por ser de difícil adquisición en el mercado-, y que precisamente por las innovaciones tecnológicas -novedosas, vanguardistas- que incorporan aumentan la capacidad operativa del grupo, y con ello su peligrosidad, al ser especialmente idóneos, tal y como exige el precepto, para facilitar la ejecución del delito o la impunidad de los delincuentes....".

En este control casacional verificamos la *corrección y ponderación de los argumentos del Tribunal de instancia* para rechazar las agravaciones solicitadas de elevado número de personas y utilización de medios tecnológicos avanzados.

Como reflexión general hay que decir que todo enjuiciamiento es ponderación y que *laproporcionalidad debe ser el eje definidor de toda decisión judicial* y muy singularmente en la imposición de las penas – STS 747/2007



–, sin olvidar el art. 48-3º de la Carta Europea de Derechos –L.O. 1/2008 –, que exige tal proporcionalidad precisamente en la imposición de las penas.

Es un dato extraído de la *experiencia cotidiana* que en relación al tráfico de drogas a gran escala, como es el caso, la operativa, cuando se efectúa en barco, supone mínimo dos embarcaciones y de ordinario tres: la embarcación que transporta de origen la cocaína, aquella embarcación a la que se le transborda en alta mar en un punto convenido la droga, y una tercera embarcación rápida que es la que se encarga de introducirla en la costa española. Obviamente este operativo exige un número de personas adecuado para las operaciones de transbordo y traslado, por tanto, si el art. 570 ter considera como tipo agravado el "*elevado número de personas*" , es claro que debe rechazarse que tal número elevado venga a coincidir con el indispensable y necesario para la generalidad de las operaciones.

Estimamos que debe tratarse de más personas, y sobre todo que operen en otras cuestiones, tales como almacenamiento, distribución, seguridad, etc.

En el mismo sentido, por lo que se refiere al *apartado 2 c)* partiendo del operativo reseñado, resulta necesario un equipo de comunicación entre los barcos, y todos disponen de él, obviamente los que se dedican a la actividad de pesca o comercio lícitos, y desde luego también los que se dedican a actividades ilícitas o delictivas, por lo tanto, *no parece razonable interpretar los casos de los subtipos agravados que se comentan en una clave que supondría que en todas las operaciones de droga, operarían tales subtipos* . Los sistemas de radio empleados en los barcos, y los teléfonos satélites no deben integrar por su sola utilización el tipo que solicita el Ministerio Fiscal, *debe exigirse un plus diferente de la normal intendencia utilizable para la generalidad de operaciones de tráfico de drogas a gran escala* , pues la gravedad de tal conducta, ya tiene su reflejo punitivo en el subtipo de extrema gravedad, que por sí mismo, tratándose de grupo criminal exige una pluralidad de personas –concepto diferente al de elevado número de personas– y una utilización de medios de comunicación o transporte cualitativamente superior a aquellos que exigen la propia actividad del grupo criminal y que puede justificar la aplicación de los subtipos que solicita el Ministerio Fiscal *sin riesgo* de violación del *non bis in idem* .

Compartiendo el criterio del Tribunal de instancia, *procede la desestimación del primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal* .

El **segundo motivo** del recurso del Ministerio Fiscal, también por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , denuncia lo que obviamente fue un olvido del Tribunal relativo a la *imposición de una segunda multa a todos los condenados*, de acuerdo con el art. 370, *último párrafo* , que así lo prevé para los casos de extrema gravedad y se trate de jefes, administradores o encargados.

Así pues procederá la imposición de una segunda multa de 200.000 euros (doscientos millones de euros), igual a la que se les impuso.

Ciertamente en el motivo, el Ministerio Fiscal solicitó la multa de 200.000 de euros y no de 200.000.000. Se trata de un claro error fácilmente comprobable si se tiene en cuenta que esta segunda multa y por la cuantía expuesta fue solicitada por el Ministerio Fiscal en conclusiones definitivas, –véase antecedente tercero de la sentencia–.

Procede la estimación de este motivo .

Undécimo.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede declarar de oficio las costas del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, y la condena en costas de los recursos formalizados por todos los condenados en la instancia.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR parcialmente al recurso formalizado por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia de 12 de Enero de 2015 de la Sección V de la Audiencia Provincial de Pontevedra , la que casamos y anulamos parcialmente siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas de dicho recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de **Remigio , Luis Enrique , Bienvenido , Gabino , Millán , Jose Pedro , Estanislao , Lázaro y Silvio** , contra la expresada sentencia, con imposición de las costas de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección V, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Joaquin Gimenez Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo, Sumario nº 1/2013, seguido por delito contra la salud pública, contra Remigio , con D.N.I. NUM010 , nacido en Cambados el NUM011 /55, hijo de Jose Luis y de Alicia , con domicilio en CALLE001 nº NUM012 , NUM013 ., de Cambados; contra Luis Enrique , con D.N.I. NUM014 , nacido en O Grove el NUM015 /77, hijo de Emilio y Lorenza , con domicilio en CALLE002 nº NUM016 de O Grove; contra Bienvenido , con D.N.I. NUM017 , nacido en Cambados el NUM018 /80, hijo de Teodoro y de Alejandra , con domicilio en calle ALAMEDA000 nº NUM019 , Cambados; contra Gabino , con D.N.I. NUM020 , nacido en Pereiraro (Colombia) el NUM021 /65, hijo de Virgilio y Loreto , en prisión por esta causa; contra Millán , con D.N.I. NUM022 , nacido en O Grove el NUM023 /78, hijo de Epifanio y de Africa , en prisión por esta causa; contra Jose Pedro , con D.N.I. NUM024 , nacido en O Grove el NUM025 /69, hijo de Saturnino y de Lorenza , en prisión por esta causa; contra Estanislao , con D.N.I. NUM026 , nacido en Cambados el NUM027 /78, hijo de Teodoro y Miriam , con domicilio en AVENIDA000 nº NUM028 , NUM029 de Cambados; contra Lázaro , con D.N.I. NUM002 , nacido en O Grove el NUM025 /69, hijo de Saturnino y de Lorenza , en prisión por esta causa y contra Silvio , con D.N.I. NUM030 , nacido en Montevideo (Uruguay) el NUM031 /65, hijo de Romulo y de Alicia , con domicilio en CALLE003 nº NUM000 de O Grove; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos contenidos en el f.jdco. décimo relativo al recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, debemos imponer a *todos* los recurrentes condenados una segunda multa de doscientos millones de euros de conformidad con lo previsto en el art. 370 del Cpenal .

III. FALLO

Que debemos condenar a *todos y cada uno de los condenados* en la sentencia de instancia a una nueva pena de doscientos millones de euros.

Se mantiene la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia de instancia con la adicción expresada .

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Joaquin Gimenez Garcia

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