



Roj: **STS 4252/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4252**

Id Cendoj: **28079120012013100667**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2013**

Nº de Recurso: **10182/2013**

Nº de Resolución: **679/2013**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 864/2013,**  
**STS 4252/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Julio de dos mil trece.

En el recurso de casación que ante Nos pende, interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de Bernardino , Cornelio y Esteban , contra sentencia de fecha 28 de enero de 2.013, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera , en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, y estando dichos recurrentes representados por el Procurador D. Francisco Javier Milán Rentero.

### **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO** .- El Juzgado Central de Instrucción Nº 5 instruyó Sumario con el Nº 52/2012 y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de dicha Audiencia, que con fecha 28 de enero de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: "En la madrugada del día 13 de mayo de 2012, los acusados, Bernardino (NIE NUM000 ), Jacinto (NIE NUM001 ) y Cornelio (NIE NUM002 ) navegaban por el mar territorial de Alborán a bordo de una lancha neumática de tipo semirrígida de la marca LOMAC de 6'20 metros de eslora y 2'60 metros de manga dotada de un motor fuera borda marca YAMAHA de 150 CV con matrícula de Melilla .....-VHV-.....-..... , y sin pabellón, llevando en la misma, para su transporte a las costas españolas, al menos, 12 fardos de arpillera conteniendo resina de hachís con un peso total aproximado de al menos 320 kilos. La embarcación llevaba además 8 garrafas de plástico de combustible en la proa para poder repostar en alta mar.

Dicha embarcación fue avistada mediante radar por la fragata española "Navarra" que se encontraba de vigilancia en la zona, y al comprobar que navegaba con rumbo errático a una velocidad variable y sin luces de navegación en dirección a las costas españolas, lanzaron un helicóptero a fin de su seguimiento e interceptación.

Sobre las 7'05 horas del 13 de mayo, en el mismo momento en que se produjo el avistamiento de la lancha por el helicóptero, al darse cuenta los ocupantes de aquella de que eran vigilados, procedieron a arrojar al mar los fardos de arpillera conteniendo hachís que transportaban, tras lo que cambiaron bruscamente de rumbo, dirigiéndose de nuevo hacia las costas africanas, al tiempo que aumentaban bruscamente de velocidad, poniéndose al máximo de potencia y efectuando maniobras evasivas, con el fin de alejar al helicóptero del lugar donde los fardos habían sido arrojados, y dar tiempo a que dicha mercancía se hundiese en el agua. Desde el helicóptero se les dio aviso de que se detuviesen, y, como hacían caso omiso, se procedió a efectuar ráfagas



de disparos de advertencia y conminativos a escasos metros por delante de la proa, para que parasen, al menos en cinco ocasiones sucesivas, sin que la embarcación, pese a ello disminuyese su velocidad, siguiendo su marcha a toda velocidad, pese a los disparos de advertencia. Finalmente, y mediante un francotirador se efectuó un disparo de neutralización al motor de la embarcación, consiguiendo así la detención de la misma, tras lo cual con la ayuda de una embarcación auxiliar de la fragata "Navarra" se procedió a la detención de sus tres ocupantes. Tras dicha persecución, y aún cuando se volvió al lugar donde fueron vistos arrojar los más de doce fardos al agua, pues desde el helicóptero se había lanzado a tal fin una baliza, no pudo recuperarse ninguno de tales fardos al haberse hundido en el mar la totalidad de ellos".

El hachís transportado habría alcanzado en el mercado ilícito un precio de 488.640 euros.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS: "Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Bernardino (NIE NUM000 ), a Jacinto (NIE NUM001 ) y a Cornelio (NIE NUM002 ) como autores de un delito consumado contra la salud pública en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia y perpetrado mediante la utilización de embarcación, como subtipo agravado de extrema gravedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena, a cada uno de ellos , de cinco años de prisión y multa de 488.640 euros (Cuatrocientos ochenta y ocho mil seiscientos cuarenta euros) con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales causadas en el procedimiento en proporción a su respectiva responsabilidad, y para el cumplimiento de la pena que se impone en esta resolución, les será de abono todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa, si no lo tuvieran absorbido en otra.

Se deniega la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión de los penados del territorio nacional".

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación en el plazo de cinco días.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por la representación de los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de los recurrentes formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 y 11 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española . SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 y 11 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del art. 368 , 369.1.5 º y 370 del Código Penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista y lo impugnó, por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el dieciocho de julio pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional con fecha 28 de enero de 2013 , condena a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, y perpetrado mediante la utilización de embarcación, como subtipo agravado de extrema gravedad, a las penas de Cinco años de prisión y 488.640 euros de multa. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en tres motivos, dos por supuesta vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y otro por infracción de ley.

Los hechos, en síntesis, son los siguientes: En la madrugada del 13 de mayo de 2012, los acusados navegaban por el mar territorial de Alborán a bordo de una lancha neumática semirrígida dotada de un motor fuera borda y sin pabellón, llevando en la misma, para su transporte a las costas españolas, al menos 12 fardos de arpillera conteniendo resina de hachís con un peso total aproximado de al menos 320 kilos. La embarcación fue avistada mediante radar por una fragata española que se encontraba de vigilancia en la zona, y al comprobar que navegaba con rumbo errático a una velocidad variable y sin luces de navegación en dirección a las costas españolas, lanzaron un helicóptero para su seguimiento e interceptación.

En el momento en que se produjo el avistamiento de la lancha por el helicóptero, al darse cuenta los ocupantes de aquella de que eran vigilados, procedieron a arrojar al mar los fardos de arpillera conteniendo hachís que



transportaban, tras lo que cambiaron bruscamente de rumbo, dirigiéndose de nuevo hacia las costas africanas, al tiempo que aumentaban de velocidad, poniéndose al máximo de potencia y efectuando maniobras evasivas, con el fin de alejar al helicóptero del lugar donde los fardos habían sido arrojados, y dar tiempo a que dicha mercancía se hundiese en el agua. Desde el helicóptero se les dio aviso de que se detuviesen, y como hacían caso omiso, se procedió a efectuar ráfagas de disparos de advertencia y conminativos a escasos metros por delante de la proa, para que parasen, al menos en cinco ocasiones sucesivas, sin que la embarcación disminuyese su velocidad, siguiendo su marcha. Finalmente, y mediante un francotirador, se efectuó un disparo de neutralización al motor de la embarcación, consiguiendo así su detención, tras lo cual con la ayuda de una embarcación auxiliar de la fragata se procedió a la detención de sus tres ocupantes.

Tras dicha persecución, y aun cuando se volvió al lugar donde fueron vistos arrojar los más de doce fardos al agua, pues desde el helicóptero se había lanzado a tal fin una baliza, no pudo recuperarse ninguno de los fardos al haberse hundido en el mar. El hachís transportado habría alcanzado en el mercado ilícito un precio de 488.640 euros.

**SEGUNDO** .- Los dos primeros motivos de recurso, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del art 5 4º de la LOPJ, deben ser tratados de forma relacionada por estar fundados en la supuesta infracción del mismo derecho constitucional.

En el primero se alega que el Tribunal sentenciador ha utilizado las propias declaraciones de los imputados como prueba contra los mismos, vulnerando su derecho de defensa, el principio "nemo tenetur" y en definitiva, el derecho a la presunción de inocencia, y en el segundo se alega insuficiencia probatoria y se cuestionan las deducciones obtenidas por el Tribunal sentenciador, a partir de la prueba indiciaria, negando que esté acreditado que la embarcación transportase droga, dado que los fardos lanzados al mar no pudieron ser aprehendidos.

**Comenzando con las alegaciones sobre insuficiencia probatoria realizadas en el segundo motivo** ha de tomarse en consideración que la invocación del derecho fundamental a la presunción constitucional de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

a) una prueba de cargo suficiente, b) constitucionalmente obtenida, c) legalmente practicada y d) racionalmente valorada, parámetros que analizados con profundidad permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (*art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada e inmediata del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida.

**TERCERO**.- En el caso actual, la Sala sentenciadora dispuso de una prueba suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y valorada razonablemente de forma muy minuciosa y ponderada.

Esta prueba consistió esencialmente en:

1º) Las **declaraciones testificales** prestadas en el acto del juicio oral, y valoradas directamente por el Tribunal sentenciador con las ventajas que proporcionan la inmediación y la contradicción, del Comandante y piloto del helicóptero, de su copiloto y del Sargento primero de infantería de marina que grabó con cámara de vídeo la operación, testigos que comparecieron en el juicio y manifestaron cómo vieron que los tres ocupantes de la embarcación empezaron a tirar fardos al mar nada más descubrir la presencia del helicóptero.

Los tres testigos coincidieron en la descripción de las características de color, volumen y peso de los fardos, en que no se trataba de cajas ni de bidones de gasolina, así como en su número aproximado.

A estos testimonios ha de añadirse la prueba testifical del Comandante de la Fragata "Navarra", bajo cuyas órdenes se llevó a cabo la operación y verificó la detención, testigo que ratificó en el plenario su informe obrante en los autos describiendo cómo desde la Fragata se descubrió por radar la presencia de la embarcación



tripulada por los acusados, permaneciendo en una vigilancia encubierta durante toda la noche, percatándose que la embarcación mantenía rumbos erráticos hacia costas peninsulares y velocidad variable, por lo que decidió, a la salida del sol, enviar un helicóptero. El helicóptero comprobó que se trataba de una embarcación semirrígida, dotada de un potente motor fueraborda, sin pabellón, momento en que la embarcación cambió súbitamente el rumbo que llevaba, puso rumbo al sureste, y aumentó la velocidad.

Este testigo corroboró las declaraciones de los anteriores y concretó las características de la embarcación utilizada.

2º) La **prueba documental** consistente en la videograbación de los hechos narrados por los testigos, reproducida en parte en el plenario, donde se comprobaron las maniobras suicidas de elusión del helicóptero por los ocupantes de la embarcación, y la grabación obrante en los autos, que se ha asumido por la totalidad de las partes, en la que claramente se observa a los ocupantes de la nave huyendo del helicóptero, uno de ellos pilotando la embarcación, mientras los otros dos, a babor y a estribor, van cogiendo los fardos y lanzándolos al mar.

3º) La **prueba pericial**, acerca de la naturaleza y peso aproximado de los fardos, verificada en el plenario por un Agente del Servicio de Vigilancia Aduanera, que ratificó el informe unido a autos conforme al cual los fardos que en la grabación se observan en los costados de la embarcación, son fardos de arpilleras de los *"habitualmente utilizados por los traficantes para la introducción de la droga conocida como resina de hachís"*.

El mismo perito afirmó que por la experiencia vivida en la Unidad de Vigilancia Aduanera, y después de numerosas aprehensiones de esta droga, se puede asegurar que cada fardo pesa aproximadamente unos 31-32 kilos que, después de descontar lo que pesa el embalaje (arpillera), **se queda en un peso neto aproximado de 30 kilos**. La forma de transportar este tipo de droga (resina de hachís), consiste en introducir habitualmente en cada fardo unas 120 pastillas de droga, y cada pastilla pesa 250 gramos (en total, 30 Kg.).

Ha de tenerse en cuenta, además, la prueba pericial emitida por especialistas del departamento de Ingeniería del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil. En la vista oral el perito de la Guardia Civil ratificó íntegramente el informe y el contenido de su anterior declaración ante el Juzgado de instrucción. Partiendo de la experiencia proporcionada por más de mil aprehensiones de fardos de hachís en aguas del Estrecho, el perito concluye que, examinada la grabación, **lo que se arroja al mar son fardos de arpillera de los habituales en el tráfico de hachís, que ordinariamente pesan 30 kilos por fardo**.

4º) La **prueba pericial acerca de la embarcación incautada** que acredita que se trata de una embarcación de las habitualmente utilizadas para el transporte de hachís, y que el moto del que estaba dotada es también de los utilizados para operaciones de tráfico de estupefacientes.

Asimismo, como señala la sentencia impugnada, en las imágenes se puede observar perfectamente la presencia de 8 petacas de combustible, en la proa de la embarcación, y que habitualmente utilizan los narcotraficantes por si se quedan sin gasolina en alta mar.

**Este conjunto probatorio, integrado por pruebas de cargo plurales, constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y racionalmente valoradas, habiendo observado el Tribunal de los hechos en su apreciación, las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, es claramente suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.**

**CUARTO.-** Cuestiona la parte recurrente la valoración de la prueba indiciaria, en relación con la conclusión de que los acusados transportaban en la embarcación droga destinada al tráfico, alegando que al no haberse ocupado la droga este hecho esencial no puede considerarse probado.

Como señalan las recientes sentencias de esta Sala núm. 433/2013 de 29 de Mayo y núm. 533/2013, de 25 de junio, la doctrina jurisprudencial ha admitido reiteradamente la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia, y ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con esta materia.

En sentencias ya clásicas como las de 25 de enero de 2.001 (núm. 1980/2000), 12 de mayo (núm. 649/1998), 14 de mayo (núm. 584/1998) y 22 de junio (núm. 861/1998) de 1998, 26 de febrero (núm. 269/1999), 10 de junio (núm. 435/1999) y 26 de noviembre (núm. 1654/1999) de 1999, 1 de febrero (núm. 83/2000), 9 de febrero (núm. 141/2000), 14 de febrero (núm. 171/2000), 1 de marzo (núm. 363/2000), 24 de abril (núm. 728/2000), y 12 de diciembre (núm. 1911/2000) de 2000, así como en otras más recientes, como la núm. 193/2013, de 4 de marzo, hemos señalado que los requisitos formales y materiales de esta modalidad probatoria son:

1º) Desde el punto de vista formal:



a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que - aun cuando pueda ser sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2º) Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia.

A) En cuanto a los indicios es necesario:

a) Que estén plenamente acreditados;

b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;

c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar;

d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" ( art. 1253 del Código Civil ).

Responder plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia implica que la inferencia no resulte excesivamente abierta, en el sentido de que el análisis racional de los indicios permita alcanzar alguna conclusión alternativa perfectamente razonable que explique los hechos sin determinar la participación del acusado, en cuyo caso la calificación acusatoria no puede darse por probada.

**QUINTO.-** Como recuerda la reciente sentencia de esta Sala núm. 533/2013, de 25 de junio la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia sigue los mismos criterios, aun cuando no sistematiza los requisitos probatorios de la misma forma que ha realizado esta Sala.

Esta doctrina constitucional aparece resumida, por ejemplo, en la STC 175/12, de 15 de octubre , señalando que " *la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:*

*1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados;*

*2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados;*

*3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes' ( SSTC 300/2005, de 21 de noviembre ; 111/2008, de 22 de septiembre , y 70/2010 ,).*

*Asumiendo 'la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad' ( SSTC 137/2005, de 23 de mayo y 111/2008, de 22 de septiembre ), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando 'la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' ( SSTC 229/2003, de 18 de diciembre ; 111/2008, de 22 de septiembre ; 109/2009, de 11 de mayo ; 70/2010, de 18 de octubre ; 25/2011, de 14 de marzo o STC 133/2011, de 18 de julio )".*

**SEXTO .-** En el caso actual la Sala sentenciadora ha cumplido los requisitos formales, pues expresa detallada y minuciosamente en el fundamento jurídico primero los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia.

Y al analizar los indicios el Tribunal sentenciador da cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los referidos indicios, ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo de los acusados.



Por lo que se refiere a los requisitos materiales, la Sala sentenciadora toma en consideración una pluralidad de indicios diferentes, plenamente acreditados, plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados, de manera que se refuerzan entre sí, y que además son de una singular potencia acreditativa.

**La naturaleza de la embarcación, su rumbo, su velocidad, su motor y la apariencia de su carga, son cinco indicios plenamente acreditados, e interrelacionados, de los que cabe deducir racionalmente que nos encontramos ante una operación de transporte de droga.**

**El comportamiento de los acusados al ser avistados por el helicóptero, su cambio de rumbo, su huida, su negativa a detener la embarcación pese a los disparos, y sobre todo, el lanzamiento al mar de los fardos, constituyen otros cuatro indicios relevantes acerca de la naturaleza de la operación y de la carga.**

Las declaraciones testificales, el visionado de las grabaciones y los dictámenes periciales practicados, no ofrecen duda alguna, y permiten deducir, conforme a elementales reglas de experiencia, que los acusados transportaban hachís a la península con destino al tráfico, y obtener una convicción suficiente sobre su peso aproximado.

**En consecuencia, la convicción de la Audiencia es plenamente conforme a la lógica, y también a las normas de experiencia. El segundo motivo de recurso debe ser desestimado.**

**SÉPTIMO.-** Constatado que la Sala de instancia dispuso de una prueba de cargo suficiente, directa e indiciaria, para acreditar fuera de toda duda razonable, la certeza de la acusación formulada, **procede examinar el primer motivo**, que también por el mismo cauce de infracción de la presunción constitucional de inocencia, cuestiona que se hayan valorado en perjuicio de los acusados sus propias manifestaciones exculpatorias.

Es cierto que el mero hecho de que el acusado incurra en contradicciones o mentiras en sus declaraciones, no constituye prueba de cargo de la realización del delito. Pero en el caso actual las pruebas mediante las cuales se ha desvirtuado la presunción constitucional de inocencia son objetivas, plurales, consistentes y ajenas a las declaraciones de los acusados, por lo que no se ha incurrido en vicio alguno al valorar adicionalmente sus declaraciones.

**Esta valoración de las declaraciones de los acusados viene justificada por lanecesidad, para respetar en profundidad el principio de presunción de inocencia, de valorar las explicaciones o versiones alternativas que proporciona la defensa, con el fin de constatar si su verosimilitud y razonabilidad, desvirtúan la eficacia probatoria de las pruebas de cargo.**

En el caso actual el Tribunal sentenciador no ha fundado la condena en las declaraciones de los acusados, sino en el conjunto probatorio ya minuciosamente relacionado, suficiente en sí mismo para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. La Sala de instancia se limita a tomar en consideración, como indicio concurrente o adicional, las contradicciones existentes en las distintas declaraciones de los imputados, así como la clara y manifiesta falta de verdad de las mismas.

En la primera declaración que consta de los imputados, ante el Juez Instructor, manifestaron que venían a España a buscar trabajo que iban con la lancha a Málaga, que no conocían a nadie en España y uno de ellos niega que tiraran nada por la borda, lo que es manifiestamente contrario a las declaraciones de los testigos que vieron como se arrojaban los fardos. En la segunda declaración, se reconocieron como los ocupantes de la embarcación, y manifestaron que los bultos que se les ve tirar por la borda eran comida, ropa y también gasoil.

En el acto de la vista oral las declaraciones son unánimes, en cuanto a que los bultos que arrojaron por la borda era "gasolina" porque les estaban disparando y tenían miedo de que la gasolina pudiera explotar, manteniendo que no era cierto que arrojasen los fardos al agua antes de empezar los disparos.

El Tribunal razona adecuadamente porqué no otorga credibilidad a estas declaraciones, tanto por su incoherencia interna e inverosimilitud, como porque están en contradicción con la grabación que acredita que los acusados empezaron a lanzar fardos por la borda nada más avistar el helicóptero, y antes de que se les hiciese ningún aviso de que se detuvieran. La naturaleza y el elevado coste de una embarcación y un motor de altas prestaciones como los utilizados descartan que fuesen utilizados exclusivamente para que tres personas se dirigiesen a España a buscar trabajo.

Como recuerda acertadamente la propia sentencia impugnada la posibilidad de tomar en consideración, el silencio, o las falsas declaraciones de los acusados, es admitida en la Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996 (caso Murray contra el Reino Unido) que establece que si bien el silencio no puede ser considerado en sí mismo como un indicio de culpabilidad, cuando los cargos de la acusación- corroborados por una sólida base probatoria- estén suficientemente acreditados, el Tribunal puede valorar la actitud silenciosa del acusado, señalando que " *El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado*



**debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable" .**

También el Tribunal Constitucional viene proclamando que "Puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación" STC 202/2000 de 24 de julio .

**OCTAVO.-** Esta misma Sala casacional, por ejemplo en su reciente STS 550/2013, de 26 de junio , ha acogido esta doctrina, señalando que " *Conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho al silencio y el derecho a no auto incriminarse, aunque no están expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia ( SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke ; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray ; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders )* .

*De acuerdo con la doctrina sentada en el caso Murray la constatación de que el derecho a guardar silencio ha sido vulnerado, tanto en sí mismo considerado como en relación con la presunción de inocencia, sólo podría obtenerse mediante el examen de las circunstancias del caso, en función de las cuales puede justificarse excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación" .*

O en la STS 811 /2012, de 30 de octubre , en la que se recuerda que "Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en las sentencias dictadas en los casos Murray contra el Reino Unido ( STEDH de 8 de febrero de 1996 ) y Telfner contra Austria ( STEDH de 20 de marzo de 2001 ), **cuando existen indicios suficientemente relevantes por sí mismos de la comisión de un determinado delito, y el acusado no proporciona explicación lógica alguna de su conducta, el Tribunal puede deducir racionalmente que esta explicación alternativa no existe y dictar sentencia condenatoria fundada en dichos indicios" .**

O, en fin, en la STS 379/2012, de 21 de mayo , en la que también se indica que "Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996 , cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa razonable por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna".

Doctrina Murray que se ha venido acogiendo por esta Sala, como doctrina casacional, al menos desde la STS 918/1999, de 9 de junio , con esta misma ponencia, e incluso con anterioridad, en procedimientos de única instancia por aforamiento, en la STS dictada en la causa especial contra la Mesa Nacional de Herri Batasuna, de 29 de Noviembre de 1997 .

Procede, por todo ello, la **desestimación del primer motivo de recurso.**

**NOVENO** .- El tercer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del Art. 849 1º de la Lecrim , alega vulneración de los arts 368 , 3691 5 º y 370 CP . El motivo niega que la sustancia transportada fuese droga, y alega que, en cualquier caso, al no ser intervenida la droga no se ha podido acreditar su naturaleza, composición y peso, por lo que no procede la condena impuesta.

El motivo carece de fundamento. En primer lugar, no respeta el relato fáctico, lo que en un motivo interpuesto por el cauce casacional del Art. 849 1º es causa suficiente para su inadmisión, que en este trámite procesal se convierte en causa de desestimación.

Y, en segundo lugar, es reiterada la doctrina casacional que señala razonadamente que la imposibilidad de analizar la droga no impide que se pueda acreditar su composición y peso aproximado por otros medios probatorios. Como indica la STS 832/2007, de 5 de octubre , " *la droga, es cierto, constituye uno de los elementos del tipo objetivo previsto en el art. 368 del CP . Sin embargo, su existencia no siempre tiene que estar acreditada mediante un acto específico de intervención . No existe un catálogo cerrado de medios probatorios con idoneidad para acreditar la existencia del objeto del delito*" .

Es indudable que, como señala esta misma sentencia, *en aquellas ocasiones en que la sustancia estupefaciente no haya podido ser incautada, la prudencia a la hora de valorar la concurrencia de la acción típica, habrá de ser extremada por el órgano jurisdiccional*. Pero también lo es que en el presente caso, el razonamiento deductivo exteriorizado por los jueces de instancia, no solo no contiene atisbo alguno de irracionalidad, sino que es plenamente convincente y se apoya en pruebas muy sólidas.

En definitiva, la sentencia impugnada es modélica, en el tratamiento de la prueba y en la aplicación al caso de la normativa penal aplicable y de la doctrina de esta Sala. La ponencia analiza de forma muy minuciosa y



razonada un conjunto probatorio riguroso y convincente, llegando a conclusiones absolutamente razonables. El recurso, en consecuencia, debe ser desestimado.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de Bernardino , Cornelio y Esteban , contra sentencia de fecha 28 de enero de 2.013, dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera , en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago por terceras partes de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS