



Roj: STS 5693/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5693

Id Cendoj: 28079120012016100970

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 23/12/2016

Nº de Recurso: 10221/2016

Nº de Resolución: 975/2016

Procedimiento: Penal. Apelación procedimiento abreviado

Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

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 veintitrés de Diciembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta, de fecha 22 de diciembre de 2015. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, los acusados Matias Urbano, representado por el procurador Sr. Palma Crespo; Felipe Luis representado por la Procuradora Sra. García Hernández; Anibal Feliciano presentado por la Procuradora Sra. Sainz de Baranda Riva; Raul Juan y Aquilino Isaac representados por el Procurador Sr. Vázquez Guillen; Rogelio Genaro representado por la Procuradora Sra. Santos Martín y Ovidio Eulalio representado por la Procuradora Sra. Sánchez Fernández. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

**I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 6 de Vigo instruyó sumario 7106/12, por delito contra la salud pública en concurso con un delito de integración en organización criminal y tenencia ilícita de armas, contra Matias Urbano, Felipe Luis, Anibal Feliciano, Raul Juan, Aquilino Isaac, Rogelio Genaro, Ovidio Eulalio y otros, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra cuya Sección Quinta, en el Rollo de Sala 55/2013 dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2015, con los siguientes hechos probados:

*"Los acusados Raul Juan, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en Portugal en virtud de Sentencia de 20/7/2006 a la pena de 12 años de prisión como autor de un delito de tráfico de drogas, Aquilino Isaac, mayor de edad y sin antecedentes penales, Carmelo Victorio, mayor de edad y sin antecedentes penales, Horacio Victorio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia e Jacinto Horacio, mayor de edad y sin antecedentes penales, formaban parte de una organización criminal que tenía como finalidad última la introducción en España y el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, concretamente cocaína. Para ello cual contaban con diversos medios especialmente complejos y específicos para el tráfico de droga, entre ellos un velero denominado DIRECCION000, modelo NORTH WIND 47, de 12,35 metros de eslora y 4,10 metros de manga, con motor Yannar 45H2, número de serie NUM000 de 100CV y con matrícula NUM001, así como con una estructura jerarquizada y con un preciso reparto de funciones o cometidos, todo ello encaminado al fin último de su actividad estable y continuada de narcotráfico. Dicho velero DIRECCION000 era propiedad del procesado Raul Juan el cual, no obstante, con la finalidad de evitar un eventual control policial, había simulado la venta del velero a Sebastian Justino, quien figuraba formalmente como titular del mismo en el momento de los hechos, pero al no haber podido hallarse a esta persona, el velero fue judicialmente declarado abandonado en virtud de auto del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Vigo de fecha 22 de noviembre de 2013.*



Así, entre otras funciones Raul Juan e Aquilino Isaac eran los encargados de proporcionar el transporte marítimo que había de llevar la cocaína, desde un buque en altamar ("buque nodriza") enviado por sus contactos en Sudamérica, que buscaba el primero de ellos, hasta las costas españolas. Los acusados Carmelo Victorio , Horacio Victorio e Jacinto Horacio eran los encargados, dentro de la organización, de tripular la embarcación que habría de transportar la cocaína desde el barco nodriza en altamar, hasta las costas gallegas. Primero intentaron llevar a cabo su cometido a bordo del velero DIRECCION000 y, ante la avería de éste frente a las costas de la ciudad portuguesa de Aveiro, quedaron a disposición de la organización para participar en la introducción de la droga a través de un nuevo buque o de prestar su auxilio de otro modo. Estos tres procesados ocupaban dentro de la organización una posición jerárquica subordinada a Raul Juan y Aquilino Isaac , de quienes recibían órdenes y, a su vez, entre ellos, destacaba la superioridad de Carmelo Victorio respecto de Horacio Victorio y Jacinto Horacio , siendo el primero quien ostentaba el mando en la embarcación. Los procesados Raul Juan y Aquilino Isaac utilizaban para todos sus desplazamientos a las reuniones concertadas para la coordinación de la operación de narcotráfico, el vehículo Nissan Qashqai con placas de matrícula NUM002 , propiedad del procesado Aquilino Isaac .

Los procesados Herminio Gabino , nacional de la República de Corea del Sur, con pasaporte núm. NUM003 , en situación de estancia irregular en España y sin antecedentes penales; Juan Basilio , nacional de la República de Indonesia, con pasaporte núm. NUM004 , en situación de estancia irregular en España y sin antecedentes penales; Argimiro Julian , nacional de la República de Indonesia, con pasaporte núm. NUM005 , en situación de estancia irregular en España y sin antecedentes penales; Constancio Onesimo , nacional de la República de Indonesia, con pasaporte núm. NUM006 , en situación de estancia irregular en España y sin antecedentes penales; y Benjamin Alejo , nacional de la República de Indonesia, con pasaporte núm. NUM007 , en situación de estancia irregular en España y sin antecedentes penales, formaban la tripulación del buque DIRECCION001 , sin pabellón y de dueño desconocido, enviado por la organización sudamericana con la cocaína y que debía haber contactado en altamar con los miembros de organización española enviados al punto convenido para transvasar allí la droga con destino último a Galicia, siendo todos ellos conocedores del contenido de la carga que transportaban y del grave daño que para la salud pública se generaba con su actuación. De los anteriores, el procesado Herminio Gabino capitaneaba la embarcación y ocupaba en consecuencia una posición jerárquicamente superior al resto de la tripulación. A su vez, obedecía las instrucciones que le hacía llegar la organización sudamericana acerca de los puntos de encuentro, frecuencias de radio para el contacto, claves utilizadas en las comunicaciones, etc.

*Aproximadamente en abril de 2013 el procesado Marcial Amadeo , mayor de edad y con diversos antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, negoció con una organización sudamericana, contando con la colaboración de los también procesados Matias Urbano , mayor de edad y sin antecedentes penales y Anibal Feliciano , con diversos antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el transporte de una importante cantidad de cocaína que habría de ser enviada por tal organización hasta un punto acordado en el Océano Atlántico y, desde allí, después de transvasada a otra embarcación enviada a instancias de dichos procesados, con el fin de traerla hacia España. El procesado Marcial Amadeo mantenía una posición dominante en la práctica, en tanto que es quien se encargaba de los contactos con los sudamericanos, quien contactó con la organización de Raul Juan y dirigía y tenía la última decisión sobre si la operación de transporte continuaba o de ponerle fin.*

Para la recogida de la droga en altamar desde el "buque nodriza" hasta las costas españolas, Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano contactaron con la organización de Raul Juan e Aquilino Isaac , quienes pretendían utilizar para ello el velero DIRECCION000 .

*A principios del mes de mayo de 2013, el procesado Victorio Teodoro , mayor de edad, con pasaporte español y sin antecedentes penales, viajó a España siguiendo instrucciones de la organización sudamericana para coordinar el desarrollo de la operación de narcotráfico acordada, y quien había de facilitar las coordenadas exactas, la fecha y la hora indicadas por dicha organización sudamericana para llevar a cabo el transvase de la droga en altamar, siendo recibido y acomodado en Santiago de Compostela por el procesado Felipe Luis , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien a instancias de Marcial Amadeo le recogió en el aeropuerto de la capital gallega y le reservó y alquiló un piso en esa ciudad, sin que se haya acreditado que Felipe Luis conociese la cantidad de droga que se iba a transportar, ni los medios que se iban a emplear para ello.*

*Bajo la inmediata dependencia y cumpliendo instrucciones de los procesados Raul Juan e Aquilino Isaac , el día 14 de mayo de 2013, los procesados Carmelo Victorio , Horacio Victorio e Jacinto Horacio , con plena conciencia de la finalidad de la travesía, zarparon a bordo del velero DIRECCION000 rumbo a un punto en el Océano Atlántico, en aquel momento indeterminado, con la finalidad de recibir a bordo del velero el cargamento de cocaína que habrían de transportar e introducir en España a través de las costas gallegas, conforme a los planes diseñados por la organización delictiva a la que pertenecían. El velero DIRECCION000 había sido*



preparado y pertrechado durante las semanas anteriores, especialmente por los procesados Carmelo Victorio y Raul Juan . El lugar concreto de recogida de la droga les sería facilitado a la tripulación por los procesados Raul Juan y Aquilino Isaac , que eran quienes mantenían el contacto con quienes les habían encomendado el transporte.

Al día siguiente de partir, el velero DIRECCION000 sufrió una avería que le hizo detener su travesía y entrar en el puerto de Aveiro (Portugal) para ser reparado, por lo que la organización comenzó una frenética actividad para encontrar en pocos días un barco que pudiera recoger la droga en el punto de altamar al que ya se aproximaba el buque enviado por la organización sudamericana cargado con la cocaína. Para ello, Raul Juan y Aquilino Isaac se pusieron en contacto con los procesados Rogelio Genaro , mayor de edad y sin antecedentes penales, y Ovidio Eulalio , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en virtud de Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 10 de febrero de 1999, firme el 23 de febrero de 2000, a la pena de 9 años y un día de prisión como autor de un delito de tráfico de drogas, pena ésta que dejó extinguida el día 7 de octubre de 2006, según liquidación de condena practicada, quienes hicieron las gestiones precisas para encontrar un barco que recogiera la droga, encargándose ambos procesados desde ese momento de las labores de intermediación entre Aquilino Isaac y Raul Juan y el barco por ellos localizado, y teniendo en todo momento plena conciencia de la naturaleza y finalidad delictiva de la operación de narcotráfico en la que estaban interviniendo.

Ante la eventualidad de la avería sufrida por el DIRECCION000 se acreditaron las dificultades para ponerse en contacto con el buque DIRECCION001 en las coordenadas facilitadas a través de Victorio Teodoro , por lo que se tuvieron que improvisar diversas soluciones no previstas inicialmente. Así, a lo largo del día 22 de mayo de 2013 se produjeron varias reuniones entre los procesados Marcial Amadeo , Matías Urbano y Anibal Feliciano , de una parte y Raul Juan e Aquilino Isaac de otra, quienes además mantenían también contactos y reuniones con Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio , todas con la finalidad de poner en contacto a las dos embarcaciones en las mismas coordenadas facilitadas, para llevar a cabo el transvase de la droga en altamar.

Si bien la investigación policial no llegó a descubrir la identidad de quienes en tierra y en mar controlaban este nuevo buque contratado a través de Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio para el transvase de la droga, sí se llegó a determinar la posición en altamar del buque nodriza enviado por la organización sudamericana, por lo que se organizó un dispositivo para el abordaje del mismo, detención de su tripulación y aprehensión de la droga.

De esta forma, sobre las 2:45 horas (hora peninsular) del día 29 de mayo de 2013, el buque de operaciones PETREL, perteneciente a la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, procedió a interceptar y abordar al buque DIRECCION001 , cuando se encontraba en las coordenadas 20° 14' N y 44° 45' W, a bordo del cual fueron hallados 113 fardos que contenían un total de 2.954,204 kilos de cocaína, con una pureza del 71,22%, lo que supone un total de 2.103,98 kilos de cocaína reducida a pureza y que hubiera podido alcanzar en el mercado ilícito el precio de 295.058.721,02 euros, siendo ésta la cocaína que se pretendía introducir en España en la operación descrita.

Aunque el también procesado Gines Imanol , mayor de edad y con antecedentes penales por narcotráfico al haber resultado ejecutoriamente condenado por Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2007, firme el día 28 de septiembre de 2009, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, como autor de un delito de tráfico de drogas cualificado a la pena de 9 años y 1 día de prisión, pena que debería dejar extinguida, según liquidación de condena practicada, el día 20 de enero de 2019, fue quien presentó a Marcial Amadeo y Raul Juan , y mantuvo algunos contactos con éste e Aquilino Isaac en el periodo indicado empleando en ocasiones cabinas telefónicas, y se reunió alguna vez con ellos, no se ha acreditado que conociese que entre los otros estaban tramando una operación de transporte internacional de cocaína a España mediante la utilización de embarcaciones.

En el momento de la detención de los procesados, y posterior registro de sus domicilios o pertenencias, se les pudieron intervenir como efectos e instrumentos procedentes o utilizados en su actividad ilícita de narcotráfico, o como ganancias de esa actividad, además de otros ajenos a tal actividad, los siguientes bienes:

Pertenecientes al procesado D. Victorio Teodoro :

Un teléfono móvil de la marca Blackberry con IMEI ( NUM008 ) y con su cargador.

Una tablet de la marca KIC de color marrón y número de serie FCC: ID: NUM009 con su funda y cargador.

Una Tarjeta SIM de la compañía Movistar con el nº NUM010 .

Un soporte de tarjeta SIM de la compañía Movistar con número NUM011 (PIN NUM012 y PUK NUM013 ).

Pertenecientes al procesado D. Marcial Amadeo :

La cantidad de 1.100?.

Un teléfono de la marca Apple, modelo iPhone con número de IC: NUM014 .



Un teléfono de la marca Apple, modelo iPhone con número de IMEI NUM015 .

*Dos cargadores de Apple iPhone para vehículo.*

Un teléfono móvil de la marca Blackberry con número de IMEI NUM016 .

Un teléfono de la marca Nokia con número de IMEI NUM017 .

Un soporte de tarjeta SIM de la compañía Orange con número NUM018 , pegada una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM019 .

Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM020

Un disco duro multimedia con número NUM021 .

*Una CPU Hewlett Packard con número de serie NUM021 . Una cámara Canon EOS 1100 DS1266291.*

*Un iPod.*

*Una caja de teléfono móvil de la marca Blackberry con la inscripción NUM022 , conteniendo en su interior un soporte de tarjeta SIM de la compañía ORANGE.*

Una CPU para visionado de cámaras con número NUM023 .

Pertenecientes al procesado D. Anibal Feliciano :

Un teléfono móvil de la marca Samsung con IMEI ( NUM024 ).

Una tarjeta SIM de la compañía Jazztel con número NUM025 .

*La cantidad de 1.295?.*

Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM026 ,

Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM027 .

Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM028 .

Un teléfono de color rojo de la marca Samsung modelo SGHE250V con número de IMEI NUM029 , conteniendo en su interior una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con la numeración NUM030 .

*Una tarjeta micro SD de 2 GB.*

*Una tarjeta SD de la marca Kingston de 8 GB.*

*Una tarjeta adaptador micro SD de la marca Samsung, conteniendo en su interior una tarjeta micro SD de la marca Samsung de 2GB.*

Un teléfono de color negro de la marca Samsung con número de IMEI NUM031 , conteniendo en su interior una tarjeta de la compañía "Vivo Chip" con la numeración NUM032 .

Un teléfono de la marca Samsung de color negro con número de IMEI NUM033 .

Un teléfono de la marca Samsung de color negro y plateado con número de IMEI NUM034 .

Un teléfono de la marca Nokia de color gris con número de IMEI NUM035 .

Un teléfono de la marca Nokia de color blanco y rojo con número de IMEI NUM036 .

Un teléfono de la marca LG de color negro con número de IMEI NUM037 conteniendo en su interior una tarjeta de la compañía Vodafone con la inscripción NUM038 .

Un teléfono de la marca Samsung de color negro, con número de IMEI NUM039 .

Un teléfono de la marca Motorola de color negro con número de IMEI NUM040 conteniendo en su interior una tarjeta de la compañía Digitel con número NUM041 .

Un teléfono marca Samsung de color negro con número de IMEI NUM042 .

Pertenecientes al procesado D. Matias Urbano :

Un teléfono móvil de la marca Sony, modelo Xperia de color negro y con IMEI número NUM043 .

*La cantidad de 170?.*

*Un teléfono móvil Nokia E66 de color negro con IMEI NUM044 .*

Un teléfono móvil Nokia de color negro con número de IMEI NUM045 .

Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM046 .

*Una tarjeta SD de la marca Transced de 4GB.*

*Un adaptador de tarjeta micro SD de la marca SD conteniendo en su interior una tarjeta micro SD de la marca Scandisk de 1 GB.*

*Un adaptador de tarjeta micro SD de la marca Kingston conteniendo en su interior una tarjeta micro SD de la marca Microsd de 2 GB.*

*Una funda de plástico conteniendo en SU interior un tarjeta SD de 2GB de la marca Apacer y un adaptador micro SD.*

*Una funda de plástico conteniendo en su interior dos adaptadores de micro SD de la marca Kingston conteniendo en su interior micro SD de 2GB.*

Pertenecientes al procesado Raul Juan :

*Teléfono móvil de la marca Motorola modelo Gleam, blanco con IMEI NUM047 , caja y cargador.*

*Teléfono móvil de la marca Samsung, con tapa de color rojo y con IMEI número NUM048 y cargador.*

*Teléfono móvil de la marca Motorola, con funda azul, IMEI NUM049 y cargador.*

*Teléfono móvil de la marca Motorola, negro, IMEI número NUM050 , Movistar.*

Un teléfono satélite de la marca Thuraya, con una tarjeta SIM de Thuraya número NUM051 y con IMEI NUM052 .

Un teléfono móvil de la marca Alcatel, de color negro, portando en su interior una tarjeta de Lycamobile, con número de IMEI: NUM053 .

Un teléfono móvil de la marca HTC, de color rojo, con número de IMEI NUM054 .

*Un GPS náutico de la marca Geonav.*

*Varios cargadores de distintas marcas para teléfono móvil. Una Brújula Náutica Digital marca Konus.*

*Un teléfono móvil de la marca LG, de color rosa, con número de IMEI NUM055 .*

Un teléfono móvil de la marca Nokia, modelo 6124, portando en su interior una tarjeta de Vodafone y con número de IMEI NUM056 .

Un teléfono móvil de la marca LG y con número de IMEI NUM057 .

Un teléfono móvil de la marca Sony Ericcson y con número de IMEI NUM058 .

Un teléfono móvil de la marca Sony Ericcson y con número de IMEI NUM059 .

Un teléfono móvil de la marca Motorola y con número de IMEI NUM060 .

Un teléfono móvil de la marca NOKIA, de color negro, con número de IMEI NUM061 .

Un porta tarjetas de la compañía Vodafone, sin la SIM, perteneciente al número NUM062 .

Un teléfono satélite de la marca Iridium, con una pegatina en la batería con el siguiente número de teléfono NUM063 .

Un puerto conexión USB con IMEI NUM064 y tarjeta SIM de Movistar NUM065 .

*Una pistola de la marca Star, calibre 9 mm corto que se encontraba en perfectas condiciones de funcionamiento y que carecía de su correspondiente guía de pertenencia y para cuyo uso carecía de la oportuna licencia, siendo plenamente consciente de la ilegalidad de dicha posesión.*

*Un cargador de la pistola reseñada con 8 cartuchos en su interior.*

*Varios, cargadores de distintas marcas.*

*Una máquina de contar dinero, de la marca Bill Counter.*

El velero DIRECCION000 , modelo North Wind 47, número de serie NUM000 y con matrícula NUM001 .

Pertenecientes al procesado D. Aquilino Isaac :

Un teléfono móvil de color blanco de la marca Samsung, con número de IMEI NUM066 .

Un teléfono móvil de color negro de la marca Samsung, con número de IMEI NUM067 .



Un teléfono móvil de color negro marca Blackberry con número de IMEI NUM068 .

*Un teléfono móvil de color gris y negro de la marca Samsung con número de IMEI NUM069 , con su correspondiente cargador.*

Una tarjeta telefónica de la compañía "Lyca Mobile" con referencia NUM070 .

El vehículo Nissan Qasquai con matrícula NUM002 .

*Una pistola semiautomática de doble acción, marca Astra Unceta modelo Constable con número de serie NUM071 que se encontraba en perfectas condiciones de funcionamiento y que carecía de su correspondiente guía de pertenencia y para cuyo uso carecía de la oportuna licencia, siendo plenamente consciente de la ilegalidad de dicha posesión.*

Pertenecientes al procesado D. Carmelo Victorio :

*Teléfono Móvil marca y modelo Sony Xperia de color negro.*

Módem de la compañía Orange de color Blanco, con IMEI NUM072 .

*Tarjeta de memoria de 2 GB de la marca Scandisk.*

*Teléfono Móvil de la marca Samsung de color negro, con un cargador Alcatel, con IMEI NUM073 .*

Envoltorio plástico con tarjeta SIM vinculada al número NUM074 .

*Teléfono Nokia C-5, de color gris y negro, en funda de color azul.*

*Porta tarjetas de la compañía Mundo, para el número PUK, NUM075 .*

Porta tarjetas de la compañía Vodafone, para un número con PUK NUM076 y PUK NUM077 .

*Cargador de la marca Alcatel,*

*Navegador de la marca Garmin, de color negro y cargador de mechero.*

*Perteneciente al procesado Jacinto Horacio , un teléfono móvil de la marca Samsung, de color negro.*

*Pertenecientes al procesado Ovidio Eulalio , un teléfono móvil de color blanco de la marca Huawei y un teléfono móvil de color gris de la marca Nokia.*

*Pertenecientes al procesado Rogelio Genaro :*

Un teléfono móvil de la marca Blackberry de color negro con número de IMEI NUM078 .

Un teléfono móvil de la marca Samsung de color negro con número de IMEI NUM079 .

Un teléfono móvil de la marca LG de color negro con IMEI NUM080 .

*Un teléfono móvil de la marca Samsung de color negro con IMEI NUM081 , con tarjeta en su interior.*

*Un cargador de teléfono de la marca Blackberry de color negro.*

*Un cargador de teléfono de la marca LG de color negro.*

*Pertenecientes al procesado Horacio Victorio :*

Un teléfono móvil, de la marca LG de color negro, con IMEI N° NUM082 .

Un teléfono móvil, de la marca Sony Ericsson, de color gris plata, con IMEI N° NUM083 .

Una tarjeta de la compañía Lyca Mobile, con n° NUM084 , perteneciente al teléfono móvil, Sony Ericsson color gris plata, con IMEI n° NUM083 .

Una tarjeta Vodafone, con n° NUM085 , perteneciente al teléfono móvil de la marca LG, color Negro, con IMEI n° NUM082 .

*Dinero en efectivo, 630 ?.*

*Un modem USB de acceso a Internet, de la compañía Vodafone, con n° ref. 354378.*

*Una tarjeta de teléfono móvil Movistar, con ref. n° NUM086 .*

Un teléfono móvil de la marca Motorola, de color Azul, de la compañía Movistar, con IMEI n° NUM087 .

Una tarjeta de Vodafone con IMEI n° NUM088 .

Un soporte de tarjeta con IMEI n° NUM089 .



*Una navaja tipo mariposa.*

*Un machete de supervivencia, con funda, "The last figther".*

*Un pendrive Planeta Mix.*

*Un pendrive con nº NUM090 .*

*Pertenecientes al procesado Argimiro Julian :*

*La cantidad de 1.300 dólares.*

*Un teléfono móvil de la marca Samsung, modelo GT-I8160L, de color blanco y pantalla táctil, con número de IMEI NUM091 , y con tarjeta SIM de la compañía "Movi1net" con número NUM092 .*

*Un teléfono móvil de la marca Nokia modelo E7 de color gris y pantalla táctil, sin tarjeta SIM.*

*Un teléfono móvil, de la marca iPhone, con carcasa de color blanco y negro, de pantalla Táctil, sin tarjeta SIM.*

*Una caja con GPS, de la marca Garmin, modelo NUVI30, con nº 201105996, con cargador y demás soportes.*

*Una caja con GPS, de la marca Garmin, modelo NUVI40, con nº 2C4349643, con cargador y demás soportes.*

*Una memoria/modem USB "D-LINK" con s/n PV7V198026318*

*Cinco cables USB negros, uno de color gris, uno de color blanco, dos adaptadores de mechero USB de color blanco.*

*Pertenecientes al procesado Herminio Gabino :*

*Teléfono Móvil de la marca y modelo Nokia negro, con IMEI nº NUM093 y tarjeta de memoria SCANDISK de 512 Mb.*

*Teléfono Móvil de la compañía Movistar de color azul, con IMEI nº NUM094 y tarjeta IMXI NUM095 .*

*Teléfono Móvil de la marca Nokia de color gris oscuro, con IMEI nº NUM096 , y tarjeta IMSI NUM097 .*

*La cantidad de 26.500 dólares.*

*Pertenecientes al procesado Constancio Onesimo :*

*La cantidad de 22.700 dólares.*

*200 Centrale Bank Van Suriname.*

*512 bolívares.*

*Un teléfono móvil, de la marca Nokia, modelo Lumia con IMEI NUM098 .*

*Un teléfono móvil de la marca Apple iPhone 3gs con IMEI NUM099 .*

*Un teléfono móvil de la marca Nokia n8, con IMEI NUM100 , con tarjeta prepago Movilnet, con IMSI nº NUM101 , junto con factura nº NUM102 .*

*Un cargador de móvil, de la marca Samsung.*

*Un teléfono móvil, de la marca Nokia, color gris oscuro, de teclado, con IMEI nº NUM103 y tarjeta SIM, con nº de IMSI NUM104 .*

*Pertenecientes a los tripulantes del buque DIRECCION001 :*

*Un teléfono satélite de la marca Iridium N° IMEI NUM105 , con tarjeta IRIDIUM, número NUM106 y accesorios.*

*Un teléfono satélite de la marca Inmarsat con número de serie NUM107 y accesorios.*

*Un radar de la marca Furuno, con número de serie 43278359. Un sonar Forun, con número de serie 8061-8389.*

*Un compás Ritchie, con número YB5002OP12.*

*Una radio IC-M700-PRO, con número 2405-242.*

*Un teléfono móvil iPhone negro.*

*La estancia del velero DIRECCION000 en una plaza de amarre del Club Social Moaña Mar durante la instrucción del procedimiento, generó unos gastos de 3.620,25 euros a favor del referido Club Social".*

**2.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO



1.- Condenamos a los acusados D. Herminio Gabino , D. Juan Basilio , D. Argimiro Julian , D. Constancio Onesimo y D. Benjamin Alejo , como autores de un delito contra la salud pública, de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, ya definidos, con la atenuante analógica de confesión, a la pena de 9 años y 1 día de prisión, más la inhabilitación absoluta y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

Los acusados Juan Basilio , Argimiro Julian , Constancio Onesimo , y Benjamin Alejo , deberán cumplir la mitad de la pena de prisión impuesta de forma efectiva, salvo que accedan antes al tercer grado o se les conceda la libertad condicional, sustituyéndose el resto de la pena por su expulsión del territorio español durante el periodo de 10 años, con el apercibimiento de que si regresan a nuestro país antes de transcurrir el período de tiempo establecido cumplirán la penas que se sustituye, salvo que excepcionalmente el tribunal reduzca su duración atendiendo a los supuestos previstos legalmente. Dicha expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el caso de Herminio Gabino , deberá cumplir de forma efectiva las tres cuartas partes de la condena, procediéndose a sustituir el resto de la pena por su expulsión de España, en las mismas condiciones que los anteriores.

2.- Condenamos a los acusados D. Marcial Amadeo y D. Victorio Teodoro , como autores de un delito contra la salud pública, de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, en concurso con un delito de integración en organización criminal, ya definidos, con la atenuante analógica de confesión, a la pena de 9 años y 1 día de prisión, más la inhabilitación absoluta y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

3.- Condenamos a los acusados D. Matias Urbano , D. Anibal Feliciano , D. Rogelio Genaro y D. Ovidio Eulalio , como autores de un delito contra la salud pública, de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, ya definidos, y sin la concurrencia de circunstancias modificativa de la responsabilidad, a la pena de 10 años y 6 meses de prisión, más la inhabilitación absoluta y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

4.- Condenamos al acusado D. Raul Juan como autor de un delito contra la salud pública, de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, en concurso con un delito de integración en organización criminal, ya definidos, con la atenuante analógica de confesión y la agravante de reincidencia, a la pena de 11 años y 3 meses de prisión, más la inhabilitación absoluta y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

Y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de un año de prisión, ya definido, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de 1/20 parte de las costas.

5.- Condenamos al acusado D. Aquilino Isaac como autor de un delito contra la salud pública, de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, en concurso con un delito de integración en organización criminal, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 11 años de prisión, más la inhabilitación absoluta y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

Y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de un año de prisión, ya definido, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de 1/20 parte de las costas.

6.- Condenamos a los acusados D. Carmelo Victorio , D. Horacio Victorio , D. Jacinto Horacio como autores de un delito contra la salud pública, de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, en concurso con un delito de integración en organización criminal, ya definidos, con la atenuante analógica de confesión, a la pena de 9 años y un día de prisión, más la inhabilitación absoluta y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

7.- Condenamos al acusado D. Felipe Luis , como autor de un delito contra la salud pública, de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, en su modalidad de notoria importancia, ya definido, con la atenuante analógica de confesión, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, más la inhabilitación absoluta y





*una multa de cuatrocientos millones de euros, con 6 meses de prisión en caso de impago, así como al pago de 1/20 parte de las costas.*

8.- *Decretamos el comiso de los siguientes bienes:*

8.1.- *Pertenecientes al condenado D. Victorio Teodoro :*

*Un teléfono móvil de la marca Blackberry con IMEI ( NUM008 ) y con su cargador.*

*Una tablet de la marca KIC de color marrón y número de serie FCC: ID: NUM009 con su funda y cargador.*

*Una Tarjeta SIM de la compañía Movistar con el nº NUM010 .*

*Un soporte de tarjeta SIM de la compañía Movistar con número NUM011 (PIN NUM012 y PUK NUM013 ).*

8.2.- *Pertenecientes al condenado D. Marcial Amadeo :*

*La cantidad de 1.100?.*

*Un teléfono de la marca Apple, modelo iPhone con número de IC: NUM014 .*

*Un teléfono de la marca Apple, modelo iPhone con número de IMEI NUM015 .*

*Dos cargadores de Apple iPhone para vehículo.*

*Un teléfono móvil de la marca Blackberry con número de IMEI NUM016 .*

*Un teléfono de la marca Nokia con número de IMEI NUM017 .*

*Un soporte de tarjeta SIM de la compañía Orange con número NUM018 , pegada una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM019 .*

*Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM020*

*Un disco duro multimedia con número NUM021 .*

*Una CPU Hewlett Packard con número de serie NUM021 .*

*Una cámara Canon EOS 1100 DS1266291.*

*Un iPod.*

*Una caja de teléfono móvil de la marca Blackberry con la inscripción NUM022 , conteniendo en su interior un soporte de tarjeta SIM de la compañía ORANGE.*

*Una CPU para visionado de cámaras con número NUM023 .*

3.- *Pertenecientes al condenado D. Anibal Feliciano :*

*Un teléfono móvil de la marca Samsung con IMEI ( NUM024 ).*

*Una tarjeta SIM de la compañía Jazztel con número NUM025 .*

*La cantidad de 1.295?.*

*Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM026 .*

*Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM027 .*

*Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM028 .*

*Un teléfono de color rojo de la marca Samsung modelo SGHE250V con número de IMEI NUM029 , conteniendo en su interior una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con la numeración NUM030 .*

*Una tarjeta micro SD de 2 GB.*

*Una tarjeta SD de la marca Kingston de 8 GB.*

*Una tarjeta adaptador micro SD de la marca Samsung, conteniendo en su interior una tarjeta micro SD de la marca Samsung de 2GB.*

*Un teléfono de color negro de la marca Samsung con número de IMEI NUM031 , conteniendo en su interior una tarjeta de la compañía "Vivo Chip" con la numeración NUM032 .*

*Un teléfono de la marca Samsung de color negro con número de IMEI NUM033 .*

*Un teléfono de la marca Samsung de color negro y plateado con número de IMEI NUM034 .*



Un teléfono de la marca Nokia de color gris con número de IMEI NUM035 .

Un teléfono de la marca Nokia de color blanco y rojo con número de IMEI NUM036 .

Un teléfono de la marca LG de color negro con número de IMEI NUM037 conteniendo en su interior una tarjeta de la compañía Vodafone con la inscripción NUM038 .

Un teléfono de la marca Samsung de color negro, con número de IMEI NUM039 .

Un teléfono de la marca Motorola de color negro con número de IMEI NUM040 conteniendo en su interior una tarjeta de la compañía Digitel con número NUM041 .

Un teléfono marca Samsung de color negro con número de IMEI NUM042 .

8.4.- Pertenecientes al condenado D. Matias Urbano :

Un teléfono móvil de la marca Sony, modelo Xperia de Color negro y con IMEI número NUM043 .

*La cantidad de 170 ?.*

Un teléfono móvil Nokia E66 de color negro con IMEI NUM044 .

Un teléfono móvil Nokia de color negro con número de IMEI NUM045 .

Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM046 .

*Una tarjeta SD de la marca Transced de 4GB.*

*Un adaptador de tarjeta micro SD de la marca SD conteniendo en su interior una tarjeta micro SD de la marca Scandisk de 1 GB.*

*Un adaptador de tarjeta micro SD de la marca Kingston conteniendo en su interior una tarjeta micro SD de la marca Microsd de 2 GB.*

*Una funda de plástico conteniendo en su interior un tarjeta SD de 2GB de la marca Apacer y un adaptador micro SD.*

*Una funda de plástico conteniendo en su interior dos adaptadores de micro SD de la marca Kingston conteniendo en su interior micro SD de 2GB.*

8.5.- Pertenecientes al condenado Raul Juan :

*Teléfono móvil de la marca Motorola modelo Gleam, blanco con IMEI NUM047 , caja y cargador.*

*Teléfono móvil de la marca Samsung, con tapa de color rojo y con IMEI número NUM048 y cargador.*

*Teléfono móvil de la marca Motorola, con funda azul, IMEI NUM049 y cargador.*

*Teléfono móvil de la marca Motorola, negro, IMEI número NUM050 , Movistar.*

Un teléfono satélite de la marca Thuraya, con una tarjeta SIM de Thuraya número NUM051 y con IMEI NUM052 .

Un teléfono móvil de la marca Alcatel, de color negro, portando en su interior una tarjeta de Lycamobile, con número de IMEI: NUM053 .

Un teléfono móvil de la marca HTC, de color rojo, con número de IMEI NUM054 .

*Un GPS náutico de la marca Geonav.*

Varios cargadores de distintas marcas para teléfono móvil.

*Una Brújula Náutica Digital marca Konus.*

Un teléfono móvil de la marca LG, de color rosa, con número de IMEI NUM055 .

Un teléfono móvil de la marca Nokia, modelo 6124, portando en su interior una tarjeta de Vodafone y con número de IMEI NUM056 .

Un teléfono móvil de la marca LG y con número de IMEI NUM057 .

Un teléfono móvil de la marca Sony Ericcson y con número de IMEI NUM058 .

Un teléfono móvil de la marca Sony Ericcson y con número de IMEI NUM059 ,

Un teléfono móvil de la marca Motorola y con número de IMEI NUM060 .



Un teléfono móvil de la marca NOKIA, de color negro, con número de IMEI NUM061 .

Un porta tarjetas de la compañía Vodafone, sin la SIM, perteneciente al número NUM062 .

Un teléfono satélite de la marca Iridium, con una pegatina en la batería con el siguiente número de teléfono NUM063 .

Un puerto conexión USB con IMEI NUM064 y tarjeta SIM de Movistar NUM065 .

*Una pistola de la marca Star, calibre 9 mm corto.*

*Un cargador de la pistola reseñada con 8 cartuchos en su interior.*

*Varios cargadores de distintas marcas.*

*Una máquina de contar dinero, de la marca Bill Counter.*

*El velero DIRECCION000 , modelo North Wind 47, número de serie NUM000 y con matrícula NUM001 o su equivalente en dinero.*

8.6.- Pertenecientes al condenado D. Aquilino Isaac :

Un teléfono móvil de color blanco de la marca Samsung, con número de IMEI NUM066 .

Un teléfono móvil de color negro de la marca Samsung, con número de IMEI NUM067 .

Un teléfono móvil de color negro marca Blackberry con número de IMEI NUM068 .

*Un teléfono móvil de color gris y negro de la marca Samsung con número de IMEI NUM069 , con su correspondiente cargador.*

Una tarjeta telefónica de la compañía "Lyca Mobile" con referencia NUM070 .

El vehículo Nissan Qasquai con matrícula NUM002 .

Una pistola semiautomática de doble acción, marca Astra Unceta modelo Constable con número de serie NUM071 .

8.6.- Pertenecientes al condenado D. Carmelo Victorio :

*Teléfono Móvil marca y modelo Sony Xperia de color negro.*

Modem de la compañía Orange de color Blanco, con IMEI NUM072 .

*Tarjeta de memoria de 2 GB de la marca Sandisk.*

*Teléfono Móvil de la marca Samsung de color negro, con un cargador Alcatel, con IMEI NUM073 .*

Envoltorio plástico con tarjeta SIM vinculada al número NUM074 .

*Teléfono Nokia C-5, de color gris y negro, en funda de color azul.*

*Porta tarjetas de la compañía Mundo, para el número PUK, NUM075 .*

Porta tarjetas de la compañía Vodafone, para un número con PUK NUM076 y PUK NUM077 .

*Cargador de la marca Alcatel.*

*Navegador de la marca Garmin, de color negro y cargador de mechero.*

8.7.- Perteneciente al condenado D. Jacinto Horacio , un teléfono móvil de la marca Samsung, de color negro.

8.8.- Pertenecientes al condenado D. Ovidio Eulalio , un teléfono móvil de color blanco de la marca Huawei y un teléfono móvil de color gris de la marca Nokia.

8.9.- Pertenecientes al condenado D. Rogelio Genaro :

Un teléfono móvil de la marca Blackberry de color negro con número de IMEI NUM078 .

Un teléfono móvil de la marca Samsung de color negro con número de IMEI NUM079 .

Un teléfono móvil de la marca LG de color negro con IMEI NUM080 .

*Un teléfono móvil de la marca Samsung de color negro con IMEI NUM081 , con tarjeta en su interior.*

*Un cargador de teléfono de la marca Blackberry de color negro.*

*Un cargador de teléfono de la marca LG de color negro.*



8.10.- *Pertenecientes al condenado D. Horacio Victorio :*

Un teléfono móvil, de la marca LG de color negro, con IMEI N° NUM082 .

Un teléfono móvil, de la marca Sony Ericsson, de color gris plata, con IMEI N° NUM083 .

Una tarjeta de la compañía Lyca Mobile, con n° NUM084 , perteneciente al teléfono móvil, Sony Ericsson color gris plata, con IMEI n° NUM083 .

Una tarjeta Vodafone, con n° NUM085 , perteneciente al teléfono móvil de la marca LG, color Negro, con IMEI n° NUM082 .

*Dinero en efectivo, 630 ?.*

*Un modem USB de acceso a Internet, de la compañía Vodafone, con n° ref. 354378.*

*Una tarjeta de teléfono móvil Movistar, con ref. n° NUM086 .*

Un teléfono móvil de la marca Motorola, de color Azul, de la compañía Movistar, con IMEI n° NUM087 .

Una tarjeta de Vodafone con IMEI n° NUM088 . Un soporte de tarjeta con IMEI n° NUM089 .

*Una navaja tipo mariposa.*

*Un machete de supervivencia, con funda, "The last figther".*

*Un pendrive Planeta Mix.*

Un pendrive con n° NUM090 .

8.11.- *Pertenecientes al condenado Argimiro Julian :*

*La cantidad de 1.300 dólares.*

Un teléfono móvil de la marca Samsung, modelo GT-18160L, de color blanco y pantalla táctil, con número de IMEI NUM091 , y con tarjeta SIM de la compañía "Movilnet" con número NUM092 .

*Un teléfono móvil de la marca Nokia modelo E7 de color gris y pantalla táctil, sin tarjeta SIM.*

*Un teléfono móvil, de la marca iPhone, con carcasa de color blanco y negro, de pantalla Tactil, sin tarjeta SIM.*

*Una caja con GPS, de la marca Garmin, modelo NUVI30, con n° 201105996, con cargador y demás soportes.*

*Una caja con GPS, de la marca Garmin, modelo NUVI40, con n° 2C4349643, con cargador y demás soportes.*

*Una memoria/modem USB "D-LINK" con s/n PV7V198026318*

*Cinco cables USB negros, uno de color gris, uno de color blanco, dos adaptadores de mechero USB de color blanco.*

8.12.- *Pertenecientes al condenado Herminio Gabino :*

*Teléfono Móvil de la marca y modelo Nokia RM-272, de color negro, con IMEI n° NUM093 y tarjeta de memoria Micro SD marca SCANDISK de 512 Mb.*

*Teléfono Móvil de la compañía Movistar de color negro y azul, con IMEI n° NUM094 y tarjeta IMSI NUM095 ,*

*Teléfono Móvil de la marca Nokia de color gris oscuro, con IMEI n° NUM096 y tarjeta IMSI NUM097 .*

*La cantidad de 26.500 dólares.*

8.13.- *Pertenecientes al condenado Constancio Onesimo :*

*La cantidad de 22.700 dólares.*

*200 Centrale Bank Van Suriname.*

*512 bolívares.*

Un teléfono móvil, de la marca Nokia, modelo Lumia con IMEI NUM098 .

Un teléfono móvil de la marca Apple iPhone 3gs con IMEI NUM099 .

*Un teléfono móvil de la marca Nokia n8, con IMEI*

*NUM100 , con tarjeta prepago Movilnet, con IMSI n° NUM101 , junto con factura n° NUM102 .*

*Un cargador de móvil, de la marca Samsung.*



Un teléfono móvil, de la marca Nokia, color gris oscuro, de teclado, con IMEI nº NUM103 y tarjeta SIM, con nº de IMSI NUM104 .

8.14.- Pertenecientes a los tripulantes del buque DIRECCION001 :

*Un teléfono satélite de la marca Iridium N° IMEI NUM105 , con tarjeta IRIDIUM, número NUM106 y accesorios.*

*Un teléfono satélite de la marca Inmarsat con número de serie NUM107 y accesorios.*

*Un radar de la marca Furuno, con número de serie 43278359. Un sonar Forun, con número de serie 8061-8389.*

*Un compás Ritchie, con número YB50020P12.*

*Una radio IC-M700-PRO, con número 2405-242.*

*Un teléfono móvil iPhone negro.*

*Un ordenador portátil de la marca Dell, con número NUM108 , con su cargador.*

*Una televisión de plasma, marca Konka, con número de serie BKX547YYA000030.*

8.15.- *El buque DIRECCION001 , o su equivalente en dinero.*

8.16.- *Se acuerda asimismo el comiso y destrucción de la droga que fue objeto de aprehensión.*

9.- *El resto de bienes que fueron aprehendidos y no son objeto de decomiso, serán devueltos a sus propietarios.*

10.- *Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente al Club Social Moaña Mar con la cantidad de 3.620,25 euros por los gastos generados por la conservación y estancia del velero DIRECCION000 en las instalaciones de esta entidad.*

11.- *Absolvemos al acusado D. Gines Imanol del delito contra la salud pública de que había sido acusado, libremente y con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio 1/20 parte de las costas causadas.*

*La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal .*

**3.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Matias Urbano , Felipe Luis , Anibal Feliciano , Raul Juan , Aquilino Isaac , Rogelio Genaro y Ovidio Eulalio , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**4.-** Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Matias Urbano : PRIMERO.- Por infracción del art. 852 de LECr y art. 5.4 de LOPJ 11, 238 y 240 de igual ley, en relación con el art. 9 , 18-3 °, 24- 1 ° y 2 °, 120.3 de la Constitución en relación con el art. 851, 1 °, 3 ° y 6° LECr . Se fundamenta igualmente en el numero primero y segundo del art. 849, 1 ° y 2° de la LECr por haberse infringido el artículo 24 de la Constitución en relación con el art. 368,1° del C. Penal vigente por aplicación indebida del mismo, o en su caso, interpretación errónea y equivocada del precepto, realizada por el tribunal en su sentencia objeto ahora del este recurso. art. 850 1° LECr y 851 1°, 3° y 6°. SEGUNDO.- Solicita la conexión de antijuridicidad del art. 11 de la LOPJ y la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la CE . TERCERO.- En aras de evitar reiteraciones innecesarias al articularse también por esta vía el mismo motivo por inexistente suficiencia de actividad probatoria, ya que no existe prueba de que el Sr. Matias Urbano hubiese utilizado el teléfono no para haber ese día, ni anteriores en contra de lo que supone el Tribunal para justificar la valida exploración del teléfono sin consentimiento de su titular del contrato, la esposa del referido Sr. Matias Urbano . CUARTO.- Subsidiario a la desestimación de los anteriores expuestos. Infracción de ley del art. 849.1 de la LECr . por indebida aplicación del art. 66 del Código Penal respecto de la pena impuesta.

B) Anibal Feliciano : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , al haberse vulnerado el art. 24 de la CE , derecho a la presunción de inocencia, al no considerarse suficientemente acreditados, a través de prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en sentencia en relación con la intervención de D. Anibal Feliciano de los mismos. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , en relación con los arts. 238 y 240 de la LOPJ , al haberse vulnerado el art. 24 de la CE en reacción con el art. 18.1 y 3 CE , así como la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 y resto de legislación de la Unión Europea, proscripción de la indefensión por denegación acceso a la totalidad del material del expediente y denegación de acceso a las bases de datos policiales y como consta en la sentencia a la totalidad literal de condiciones del acusado del Ministerio Fiscal con los coacusados, arrepentidos. TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, al



amparo del art. 5.4 LOPJ y el art. 852 de la LECr . Concretamente se considera vulnerado el art. 24 CE desde la doble vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva y la proscripción de la indefensión, en relación además con el artículo 120 del mismo texto legal . CUARTO y QUINTO.- Renuncia. SEXTO.- Infracción de ley. Al amparo del art. 849.1º LECr , infracción de los arts. 368 y 370.3 CP los hechos no son constitutivos de delito o, en todo caso, su participación debería ser calificada de cómplice y no de autoría, por lo que también se consideran infringidos los arts. 28 y 29 C.P . SÉPTIMO.- Infracción de ley. Aun obviando lo motivos anteriores, de entender que existe prueba de cargo legítima y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, al amparo del art. 849.1º LECr , infracción de los arts. 368 y 370.3 CP en relación con con los arts. 16 y 62 CP , por entender que, en el caso, la interpretación de tales normas deben conducir a apreciar una tentativa inidónea de delito contra la salud pública.

C) Raul Juan : PRIMERO.- Al amparo del art. 849 de la LECr , por infracción de ley, en concreto por aplicación indebida de los arts. 370.3 y 369 bis del Código Penal y de los arts. 28, en vez del artículo 29 del CPenal , por aplicación indebida de la agravante reseñada, al amparo del art. 849 números 1º y 2º de la LECr .

D) Aquilino Isaac : PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECr ., por infracción de ley, en concreto, vulneración de los arts. 370.3 y 369 bis del Código Penal y los artículos 28 del Código Penal , prestando conformidad a la tenencia ilícita de armas por la que es condenado.

E) Rogelio Genaro : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del art. 5 de la LOPJ , por vulneración de los arts. 18.3 y 24.1 de la Constitución Española , en relación a la vulneración de la tutela judicial efectiva y por violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas por la obtención en su consecuencia de la tutela judicial efectiva. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24 de la CE , derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso con todas las garantías, vulneración del derecho a la defensa. Sobre el deber de motivación de las penas y modulación de las mismas. TERCERO.- Por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 de la LECr , por valoración errónea de la prueba, error relativo al escrito de calificaciones definitivas que el Ministerio Público elaboró y presentó como prueba documental al inicio de la vista oral.

F) Ovidio Eulalio : PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 de la LECr , por entender que ha existido error en la interpretación de la prueba según se desprende del acta de juicio y de las declaraciones de los testigos y acusados. SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del nº 2 del art. 849 de la LECr , por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia de mi patrocinada, consagrado en el art. 24 de la Constitución .

G) Felipe Luis : ÚNICO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso con todas las garantías, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española y violación del principio acusatorio.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 14 de diciembre de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR . 1.** La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, condenó, en sentencia dictada el 22 de diciembre de 2015 , a un total de 17 acusados, de los 18 que eran, recurriendo la sentencia siete de ellos, que habían sido condenados a las siguientes penas:

Matias Urbano , Anibal Feliciano , Rogelio Genaro y Ovidio Eulalio , como autores de un delito contra la salud pública de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, sin la concurrencia de circunstancias modificativa de la responsabilidad, a la pena de 10 años y 6 meses de prisión, más la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

Raul Juan , como autor de un delito contra la salud pública de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, en concurso con un delito de integración en organización criminal, con la atenuante analógica de confesión y la agravante de reincidencia, a la pena de 11 años y 3 meses de prisión, más la inhabilitación absoluta y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.



Y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de un año de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de 1/20 parte de las costas.

Aquilino Isaac , como autor de un delito contra la salud pública de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo el subtipo superagravado de extraordinaria gravedad en atención a la cantidad de la droga y a la utilización de embarcaciones, en concurso con un delito de integración en organización criminal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 11 años de prisión, más la inhabilitación absoluta y dos multas de ochocientos millones de euros cada una de ellas, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

Y como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de un año de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de 1/20 parte de las costas.

Felipe Luis , como autor de un delito contra la salud pública de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, en su modalidad de notoria importancia, con la atenuante analógica de confesión, a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, más la inhabilitación absoluta y una multa de cuatrocientos millones de euros, con 6 meses de prisión en caso de impago, así como al pago de 1/20 parte de las costas.

**2. Los hechos objeto de la condena** se centraron en una operación de transporte de cocaína por vía marítima procedente de Venezuela y con destino a las costas gallegas, operación que se planificó y preparó en el mes de abril de 2013. Durante ese mes el acusado Marcial Amadeo negoció con una organización sudamericana, contando con la colaboración de los recurrentes Matias Urbano y Anibal Feliciano el transporte de una importante cantidad de cocaína que habría de ser enviada por tal organización hasta un punto acordado en el Océano Atlántico y, desde allí, después de trasvasarla a otra embarcación enviada a instancias de dichos procesados, sería transportada hasta España. Marcial Amadeo , juzgado y condenado en la presente causa, mantenía una posición dominante, en tanto que es quien se encargaba de los contactos con los sudamericanos, contactando también con la organización del español Raul Juan , al mismo tiempo que dirigía y tenía la última decisión sobre si la operación de transporte continuaba o se le ponía fin.

Para la recogida de la droga en altamar desde el "buque nodriza" y su traslado hasta las costas gallegas, Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano contactaron con la organización de Raul Juan e Aquilino Isaac , quienes pretendían utilizar para ello el velero " DIRECCION000 " .

A principios del mes de mayo de 2013, el procesado Victorio Teodoro viajó a España siguiendo instrucciones de la organización sudamericana para coordinar el desarrollo de la operación de narcotráfico acordada. Era quien habría de facilitar las coordenadas exactas del barco nodriza y la fecha y la hora indicadas por la organización sudamericana para llevar a cabo el trasvase de la droga en altamar. Fue recibido y acomodado en Santiago de Compostela por el procesado Felipe Luis , quien, a instancias de Marcial Amadeo , le recogió en el aeropuerto de la capital gallega y le reservó y alquiló un piso en esa ciudad, sin que se haya acreditado que Felipe Luis conociese la cantidad de droga que se iba a transportar, ni los medios que se iban a emplear para ello.

El transporte de la sustancia se inició en el mes de mayo a bordo del buque " DIRECCION001 " , sin pabellón y de dueño desconocido, que era tripulado por un surcoreano y cuatro indonesios, todos ellos acusados y condenados en la presente causa. El buque se ubicó a mediados de mayo en las coordenadas estipuladas del Océano Atlántico con el fin de que saliera a su encuentro desde las costas gallegas el velero " DIRECCION000 " , tripulado por tres marineros que también han sido condenados en la instancia, si bien no han recurrido la sentencia (los acusados Carmelo Victorio , Horacio Victorio e Jacinto Horacio ).

Los acusados Raul Juan y Aquilino Isaac , junto con los tres marineros que se acaban de reseñar, formaban parte de una organización criminal que tenía como finalidad última la introducción en España y el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, concretamente cocaína. Para ello contaban con diversos medios especialmente complejos y específicos para el tráfico de droga, entre ellos el referido velero, de 12,35 metros de eslora y 4,10 metros de manga, con motor Yannar 45H2, número de serie NUM000 de 100CV y con matrícula NUM001 , así como con una estructura jerarquizada y con un preciso reparto de funciones o cometidos, todo ello encaminado al fin último de su actividad estable y continuada de narcotráfico. El velero era propiedad del procesado Raul Juan .

Entre otras funciones, Raul Juan e Aquilino Isaac eran los encargados de proporcionar el transporte marítimo que habría de llevar la cocaína desde un buque en altamar ("buque nodriza") enviado por sus contactos en Sudamérica hasta las costas españolas. Los acusados Carmelo Victorio , Horacio Victorio e Jacinto Horacio eran los encargados, dentro de la organización, de tripular la embarcación que habría de transportar la cocaína



desde el "barco nodriza" en altamar, hasta las costas gallegas. Primero intentaron llevar a cabo su cometido a bordo del velero " DIRECCION000 " y, al averiarse éste frente a las costas de la ciudad portuguesa de Aveiro, quedaron a disposición de la organización para participar en la introducción de la droga a través de un nuevo buque o de prestar su auxilio de otro modo. Estos tres procesados ocupaban dentro de la organización una posición jerárquica subordinada a Raul Juan y Aquilino Isaac , de quienes recibían órdenes.

Bajo la inmediata dependencia y cumpliendo instrucciones de los procesados Raul Juan e Aquilino Isaac , el día 14 de mayo de 2013, los procesados Carmelo Victorio , Horacio Victorio e Jacinto Horacio , con plena conciencia de la finalidad de la travesía, zarparon a bordo del velero DIRECCION000 rumbo a un punto del Océano Atlántico, en aquel momento indeterminado, con la finalidad de recibir a bordo del velero el cargamento de cocaína que habrían de transportar e introducir en España a través de las costas gallegas, conforme a los planes diseñados por la organización delictiva a la que pertenecían. El velero DIRECCION000 había sido preparado y pertrechado durante las semanas anteriores, especialmente por los procesados Carmelo Victorio y Raul Juan . El lugar concreto de recogida de la droga le sería facilitado a la tripulación por los procesados Raul Juan y Aquilino Isaac , que eran quienes mantenían el contacto con quienes les habían encomendado el transporte.

Al día siguiente de partir, el velero DIRECCION000 sufrió una avería que les impidió proseguir su travesía y les hizo entrar en el puerto de Aveiro (Portugal) para que fuera reparado. La organización comenzó entonces una frenética actividad para encontrar en pocos días un barco que pudiera recoger la droga en el punto de altamar al que ya se aproximaba el buque enviado por la organización sudamericana cargado con la cocaína. Para ello, Raul Juan y Aquilino Isaac se pusieron en contacto con los acusados Rogelio Genaro y Ovidio Eulalio , quienes hicieron las gestiones precisas para encontrar un barco que recogiera la droga, encargándose ambos procesados desde ese momento de las labores de intermediación entre Aquilino Isaac y Raul Juan y el barco por ellos localizado, teniendo en todo momento plena conciencia de la naturaleza y finalidad delictiva de la operación de narcotráfico en la que estaban interviniendo.

A lo largo del día 22 de mayo de 2013 se produjeron varias reuniones entre los procesados Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano , de una parte, y Raul Juan e Aquilino Isaac de otra, quienes además mantenían también contactos y reuniones con Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio . Todo ello con la finalidad de poner en contacto a las dos embarcaciones en las mismas coordenadas facilitadas, para llevar a cabo el trasvase de la droga en altamar.

Si bien la investigación policial no llegó a descubrir la identidad de quienes en tierra y en mar controlaban este nuevo buque contratado a través de Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio para el trasvase de la droga, sí se llegó a determinar la posición en altamar del "buque nodriza" enviado por la organización sudamericana, por lo que se organizó un dispositivo para el abordaje del mismo, detención de su tripulación y aprehensión de la droga. De esta forma, sobre las 2:45 horas (hora peninsular) del día 29 de mayo de 2013, el buque de operaciones "Petrel", perteneciente a la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, procedió a interceptar y abordar al buque " DIRECCION001 " , cuando se encontraba en las coordenadas 20° 14' N y 44° 45' W, a bordo del cual fueron hallados 113 fardos que contenían un total de 2.954,204 kilos de cocaína, con una pureza del 71,22%, lo que supone un total de 2.103,98 kilos de cocaína reducida a pureza y que hubiera podido alcanzar en el mercado ilícito el precio de 295.058.721,02 euros.

**3.** Contra la referida condena recurrieron en casación los acusados Matias Urbano , Anibal Feliciano , Rogelio Genaro , Ovidio Eulalio , Raul Juan , Aquilino Isaac y Felipe Luis .

A) Recurso de Matias Urbano

**PRIMERO . 1.** En el **primer motivo** denuncia, con sustento procesal arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ( arts. 24, 9 y 18 CE ), alegando que no concurre prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional.

Como primer argumento impugnativo, que después reitera en otros apartados del recurso, aduce la vulneración del **principio de igualdad** en la ponderación de la prueba, para lo cual hace referencia a la absolución del coimputado Gines Imanol , señalando que este acusado incurrió en hechos de la misma naturaleza que el recurrente e incluso de una entidad y gravedad superior, pese a lo cual aquél fue absuelto y en cambio el impugnante ha resultado condenado. Incide en que Gines Imanol intervino en mayor número de contactos y reuniones que él, poniendo en relación al grupo del acusado Marcial Amadeo con el de los sujetos que iban a retirar con un velero la droga del "barco nodriza", pese a lo cual la Audiencia consideró que no concurría prueba de cargo suficiente para estimar probado que Gines Imanol conociese que entre los otros estaban tramando una operación de transporte internacional de cocaína a España mediante la utilización de embarcaciones .





El Tribunal Constitucional, en su **sentencia 161/2008, de 2 de diciembre**, recopilando su jurisprudencia sobre la materia, recuerda que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley ( art. 14 CE ) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002 ; 91/2004 ; 132/2005 ); de alteridad personal en los supuestos contrastados ( SSTC 150/1997 ; 64/2000 ; 162/2001 ; 229/2001 ; 46/2003 ); de identidad del órgano judicial, entendiendo por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989 ; 102/2000 ; 66/2003 ); de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997 ; 152/2002 ; 117/2004 ; 76/2005 ; 31/2008 ); y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam" ( STC 117/2004 ; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999 ; 122/2001 ; 150/2004 ; 76/2005 ; 58/2006 ; 67/2008 ).

Remarca también la Jurisdicción Constitucional que el principio de igualdad no da cobertura a un "imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad", o "igualdad contra ley", de modo que aquel a quien se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la norma no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos"; de modo que cada cual responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con los otros ( SSTC 51/1985 , 40/1989 , 21/1992 , 157/1996 , 27/2001 y 181/2006 ).

Pues bien, al trasladar tales criterios al **caso concreto** se comprueba la falta de fundamento de las alegaciones del recurrente. En primer lugar, porque las premisas fácticas de que se parte en los dos supuestos que se someten a comparación no son las mismas. Aquí no se está ante un supuesto en que el Tribunal declara probados unos mismos hechos para, después, dejar de realizar una misma interpretación de la norma aplicable a ambos casos. Lo que sucede realmente es que en el caso del acusado Gines Imanol considera la Audiencia que no está acreditado el sustrato fáctico del dolo, al estimar que ese acusado no conocía que otros coimputados estaban tramando una operación de tráfico de cocaína a nivel internacional. En virtud de tal apreciación probatoria del elemento cognoscitivo del dolo excluyó el Tribunal la autoría delictiva de Gines Imanol . Por lo tanto, si bien la Audiencia describió en los hechos probados conductas externas en gran medida similares con respecto a ambos acusados, no puede decirse en cambio lo mismo en lo que atañe a los elementos subjetivos o internos que tenían que integrar el tipo subjetivo de la norma penal aplicada.

Con arreglo a lo anterior, es claro que la infracción del derecho a la igualdad queda descartada. No obstante, la defensa del recurrente se queja también de que los juicios de inferencia aplicados en ambos casos para obtener la acreditación del elemento subjetivo del tipo penal no son parejos sino dispares. Sin embargo, aquí se entra ya en el ámbito de la apreciación probatoria por parte del Tribunal sentenciador y en la convicción que obtuvo la Audiencia a la hora de valorar las pruebas personales, documentales y periciales que se practicaron en la instancia, aspecto sobre el que es patente que no puede operar el principio de igualdad en la aplicación de la ley, al tratarse de una cuestión de valoración de la prueba ajena al tema de la una supuesta subsunción indebida derivada de una dispar interpretación de la norma penal.

La queja de la defensa sobre una supuesta infracción del principio de igualdad no puede por tanto acogerse.

**2.** Dentro del mismo motivo primero, y bajo el rótulo ya señalado del derecho a la **presunción de inocencia**, la defensa del acusado alega que la prueba practicada es insuficiente para fundamentar su intervención en los hechos delictivos, pues realmente sus contactos con Marcial Amadeo el día 22 de mayo estuvieron únicamente relacionados con la reparación de su vehículo en el taller de ese acusado, sin que sus idas y venidas a diferentes lugares de la provincia de Pontevedra tuvieran nada que ver con una posible colaboración en los hechos delictivos. Resalta el recurrente que su conducta se limitó a estar ahí de forma circunstancial, pero sin que ejecutara actos encaminados al éxito de la operación de desembarco de la cocaína, por lo que discrepa de la imputación que se le hace en orden a haber colaborado con el coimputado Marcial Amadeo .

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el



resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ( SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

Pues bien, en el presente caso la sentencia recurrida señala en el fundamento sexto, entre otros elementos probatorios de cargo, las manifestaciones del coimputado Marcial Amadeo , que fue la persona que realizó todos los contactos con los suministradores sudamericanos de la cocaína y se encargó de organizar su acceso a España a través de los coimputados gallegos a quienes se encomendó la descarga de la cocaína en alta mar del barco " DIRECCION001 " , que la transportaba desde Venezuela, a la embarcación del grupo del acusado Raul Juan . Por lo tanto, Marcial Amadeo era el sujeto que organizaba, coordinaba y controlaba la operación en territorio español.

Este acusado declaró en la vista oral del juicio que la operación se inició a finales de abril, cuando le fue propuesta por unos colombianos, y se materializó en el curso del mes de mayo. Tenía que buscar un barco para transportar la cocaína desde el "buque nodriza" hasta las costas gallegas. Marcial Amadeo afirmó en el plenario que los acusados Matias Urbano y Anibal Feliciano fueron quienes le ayudaron a buscar el contacto del barco que iba a trasladar la cocaína a tierra, poniendo en relación a Marcial Amadeo con Raul Juan y Aquilino Isaac a través de Gines Imanol . Marcial Amadeo incidió en su declaración del plenario en que el recurrente y Anibal Feliciano estuvieron con él desde primeros de mayo para realizar las gestiones encauzadas a buscar el barco encargado de la recogida de la droga y también seguían con él el día 22 de mayo, si bien las conversaciones, una vez que lo pusieron en contacto con Raul Juan y Aquilino Isaac , las llevó directa y personalmente el acusado con Raul Juan .

En la sentencia recurrida se declara probado que, aproximadamente en abril de 2013, el procesado Marcial Amadeo , negoció con una organización sudamericana contando con la colaboración de los también procesados Matias Urbano y Anibal Feliciano , el transporte de una importante cantidad de cocaína que habría de ser enviada por tal organización hasta un punto del Océano Atlántico y, desde allí, después de trasvasada a otra embarcación enviada a instancias de dichos procesados, traerla hacia España. El procesado Marcial Amadeo mantenía una posición dominante en la práctica, en tanto que es quien se encargaba de comunicarse con los sudamericanos y también quien contactó con la organización de Raul Juan , al mismo tiempo que dirigía y tenía la última decisión sobre si la operación de transporte continuaba o si habría de ponerle fin.

Para la recogida de la droga en altamar desde el "buque nodriza" hasta las costas españolas, Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano contactaron con la organización de Raul Juan e Aquilino Isaac , quienes pretendían utilizar para ello el velero " DIRECCION000 " .

Y también se describe como acreditado que a lo largo del día 22 de mayo de 2013 se produjeron varias reuniones entre los procesados Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano , de una parte, y Raul Juan e Aquilino Isaac , de otra, quienes además mantenían también contactos y reuniones con Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio , todas con la finalidad de poner en contacto a las dos embarcaciones en las mismas coordenadas facilitadas, para llevar a cabo el trasvase de la droga en altamar.

**3.** Es sabido que, según consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, **las declaraciones de los coimputados** "carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena" ( SSTC 34/2006, de 13 de febrero ; 230/2007, de 5 de noviembre ; 102/2008, de 28 de julio ; 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo ; 125/2009, de 18 de mayo ; y 134/2009, de 1 de junio ).

El mismo Tribunal argumenta también en el sentido de que " la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más



*limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado, y, en segundo lugar, que son los órganos judiciales los que gozan de inmediatez y de un contacto directo con los medios de prueba "* ( SSTC 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo ). Y en la misma dirección se matiza que *" la corroboración externa mínima y suficiente que, como exigencia constitucional para completar el carácter incriminatorio de las declaraciones de coimputados, venimos exigiendo, no constituye una prueba, pues, en otro caso, bastaría ésta sin necesidad de las declaraciones referidas; la corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena "* ( SSTC 198/2006, de 3 de julio ; y 258/2006, de 11 de septiembre ).

Por último, el supremo intérprete de la Constitución afirma asimismo de forma reiterada que *"la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan"* (así, SSTC 233/2002, de 9 de diciembre ; 91/2008, de 21 de julio ; y 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo ).

Pues bien, en el **presente caso** las declaraciones del coimputado Marcial Amadeo han quedado corroboradas por los numerosos seguimientos policiales realizados el día 22 de mayo de 2013 sobre el recurrente y también sobre Anibal Feliciano , a los que se refiere en detalle el fundamento sexto de la sentencia (folios 33 y siguientes), así como a las manifestaciones de los agentes que las practicaron, a las que nos remitimos con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias. En la argumentación probatoria se especifican las declaraciones de los funcionarios que depusieron en el plenario para avalar los movimientos que realizaron ese día el ahora recurrente y Anibal Feliciano , y cómo acompañaron éstos a Marcial Amadeo en el curso de la jornada mientras éste contactaba telefónicamente con los suministradores de la droga que se hallaban en Venezuela y también en persona, en la provincia de Pontevedra, con el grupo de Raul Juan , de cuyas reuniones se deja constancia en la sentencia recurrida.

En la sentencia recurrida se argumenta (folio 37) que, según la versión exculpatoria de Matias Urbano y Anibal Feliciano , los dos habrían estado de convidados de piedra en la zona de La Ramallosa por la mañana, en la zona de Cangas y Dornajo a mediodía, en A Guarda por la tarde, e incluso otra vez en La Ramallosa por la noche, obedeciendo su presencia a que Marcial Amadeo les había pedido por la mañana que le acompañasen a los talleres de Audi a solucionar un problema relativo a un seguro ( Matias Urbano ) o a comprar un vehículo ( Anibal Feliciano ); pero ni siguiera coinciden esas versiones, pues Matias Urbano dice que primero estuvieron en ese taller hacia la una -a pesar de que a esas horas estaban ya en La Ramallosa-, mientras que el segundo afirmó que habían ido a La Ramallosa desde el taller de Marcial Amadeo . La Audiencia razona a continuación la falta de credibilidad y de verosimilitud de la versión de los acusados por oponerse a máximas elementales de la experiencia.

Y también se expone en la resolución recurrida la base probatoria en que se sustenta la presencia de Anibal Feliciano y Matias Urbano en estas reuniones, resultando perfectamente acreditadas su intervención en las dos primeras al haber admitido ambos su asistencia a las mismas. La presencia de Anibal Feliciano en la de la noche se acreditó mediante las vigilancias policiales consignadas en la sentencia recurrida. En lo que respecta a Matias Urbano , discrepa de que estuviera en la reunión de la noche; sin embargo, quedó constatada mediante la vigilancia y la declaración del agente NUM109 .

También destaca la Audiencia como elemento probatorio que incrimina al ahora recurrente el SMS recibido en el teléfono que portaba el día 30 de mayo de 2013 a las 12:36 horas, y las dos llamadas perdidas también recibidas en dicho terminal procedentes del mismo número NUM110 efectuadas ese mismo día a las 12:37 y a las 12:38 horas. En el SMS se envió el siguiente mensaje (escucha nº 10): *" Que a sabido de Porfirio Miguel lo esperábamos ayer y no llego y el no se a comunicado cuando pueda me llama "* (sic) (folio 1840).

En la sentencia recurrida se resalta que, comprobadas las normas de la UIT (organismo especializado de las Naciones Unidas para las Tecnologías de la Información y la Comunicación-TIC), en el sistema de notación de los números telefónicos internacionales el prefijo internacional de Venezuela es el 58 según el plan nacional presentado por ese país el 8/4/2011 (UIT-T E.164). Y también se hace hincapié en que Victorio Teodoro es conocido por el hipocorístico de " Porfirio Miguel ", según se desprende de la conversación que Victorio Teodoro mantuvo con su esposa Nuria Clara el día 28 de mayo (folio 1.267). A lo que ha de sumarse que a Victorio Teodoro le esperaban en Venezuela y no había llegado ni eran capaces de comunicarse con él, resultando que había sido detenido cuando se disponía a viajar de vuelta a ese país en la mañana del día 30 de mayo.

Por lo demás, el hecho de que el teléfono figurara a nombre de la esposa del recurrente es un dato que carece de relevancia exculpatoria, una vez que queda evidenciado que la persona que lo utilizaba en esas fechas era



el acusado Matias Urbano . Por lo cual, la autorización de éste para que la policía examinara el registro de llamadas y mensajes del teléfono ha de considerarse válida, tal como lo entendió en su momento la Audiencia Provincial -a cuyos argumentos nos remitimos-, máxime si se pondera que el acusado fue asistido por su letrado en el momento de autorizar el examen del teléfono por los agentes policiales.

En virtud de todo lo que antecede, es patente que la Audiencia contó con un bagaje de prueba de cargo suficiente para considerar enervada la presunción de inocencia de Matias Urbano , determinando ello la desestimación del motivo.

**SEGUNDO.** Dentro *también del motivo primero* , postula la defensa de Matias Urbano que se declare la **nulidad de la prueba documental** del oficio/informe policial obrante en los folios 1253 y ss. y 1266 de la causa. La razón de tal pretensión es que esos informes carecen de sello de registro de entrada en el Juzgado de Instrucción. Pese a esa carencia de fehaciencia, en un momento en que además el sumario se hallaba secreto, el oficio/informe es después valorado en la causa inculporiamente contra el imputado Matias Urbano y se practican diligencias en virtud del contenido, por lo que operó en contra del reo. Y en términos similares se pronuncia la parte recurrente con respecto al informe/oficio policial obrante al folio 1209 de la causa mediante el que se solicitaba del juzgado que se recabase determinados datos telefónicos, pretensión a la que se accedió por auto de 29 de mayo de 2013. Ese oficio, subraya la parte recurrente, carece de la firma y la rúbrica de su autor y petionario, por lo que, al desconocerse su identidad, se queja la defensa de que no pudo ser citado a declarar el funcionario, repercutiendo todo ello en el derecho de defensa del recurrente.

Sobre estas objeciones y también acerca de la nulidad interesada ya se pronunció la sentencia recurrida, en concreto en el apartado c) del fundamento primero. Allí se dijo en lo que atañe al oficio que aparece en las actuaciones sin firmar (f. 1209 de la causa) que, si bien al pie sólo figura como autora la Inspectora de UDYCO/Vigo con número de identificación profesional NUM111 , esta funcionaria se ratificó después en el plenario a instancias del Ministerio Fiscal en todos los oficios que constan en autos con su número de identificación policial, sin que la defensa del ahora recurrente le hubiera formulado ninguna pregunta al respecto a pesar de tenerla delante. Por otro lado, señala la Audiencia que la identificación de su procedencia se deduce de la providencia de 29 de mayo de 2013 (f. 1.220), en la que consta que el oficio fue presentado por agentes de UDYCO, figurando también al folio 1.238 la identificación del agente a quien se entregaron los oficios solicitados. Además, el Ministerio Fiscal solicitó la práctica de esas diligencias en los escritos presentados a continuación.

Por lo tanto, la omisión que existía en el primer oficio referente a la falta de firma debe entenderse subsanada por la ratificación de su autora, sin que la parte que alega la nulidad le haya formulado ninguna pregunta sobre él a la funcionaria que consta identificada bajo el número policial. No concurren por lo demás ninguna prueba ni razones que permitan sospechar, según remarca la Audiencia, de la existencia de una interesada manipulación de su contenido. Ello determinó el rechazo a la crítica efectuada sobre el tercero de los oficios impugnados.

Y también fue desestimada por la Audiencia la queja referente a la carencia de sello de entrada en el Juzgado con respecto a la documentación policial obrante en los folios 1253 y ss. de la causa, pues ese oficio del 29 de mayo de 2013 fue debidamente proveído por el Juzgado, sin que la falta del cajetín de fecha de entrada que es denunciada ahora por la defensa del acusado pueda considerarse un defecto o vicio determinante de la vulneración de un derecho fundamental. En el oficio consta el membrete de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (UDYCO de Vigo) y consta también el sello policial con la firma del Inspector Jefe de UDYCO-Vigo. Fue además proveído debidamente, circunstancias todas ellas que descartan la vulneración de un derecho fundamental.

Por último, otro tanto debe decirse del oficio de solicitud de intervenciones telefónicas que figura en los folios 1266 y ss. de la causa, ya que en él constan debidamente todos los sellos y mimbretes oficiales y las referencias numerales relativas al oficio en el que se solicitan ciertos datos telefónicos, figurando firmado por la Inspectora de UDYCO-VIGO encima del correspondiente sello oficial.

Las omisiones relativas a las certificaciones de la fecha de entrada de esa documentación en el Juzgado no pueden considerarse vicios determinantes de la nulidad de la documentación aportada ni tampoco de las diligencias de investigación que se practicaron a partir de esa documentación policial, dado que, como afirma la Sala de instancia, no se deriva de ello la acreditación de una vulneración de derechos fundamentales que dé pie a una nulidad de esa índole, pues realmente se está ante defectos formales y procesales que no desencadenan una indefensión material y tampoco la contravención de derechos básicos del recurrente.

En consecuencia, el motivo debe decaer.

**TERCERO** . Igualmente al cobijo del *motivo primero* , cuestiona por último la parte recurrente **el comiso** de los efectos que fueron intervenidos en el interior del domicilio del acusado, que aparecen referidos en el fallo



de la sentencia impugnada, alegando la parte que no forman parte de los instrumentos y efectos del delito, y pertenecen además algunos de ellos a su esposa y a su hijo.

El pronunciamiento de la Audiencia acuerda el comiso de los siguientes efectos:

Un teléfono móvil de la marca Sony, modelo Xperia de Color negro y con IMEI número NUM043 .

La cantidad de 170 ?.

Un teléfono móvil Nokia E66 de color negro con IMEI NUM044 .

Un teléfono móvil Nokia de color negro con número de IMEI NUM045 .

Una tarjeta SIM de la compañía Vodafone con número NUM046 .

Una tarjeta SD de la marca Transced de 4GB.

Un adaptador de tarjeta micro SD de la marca SD conteniendo en su interior una tarjeta micro SD de la marca Scandisk de 1 GB.

Un adaptador de tarjeta micro SD de la marca Kingston conteniendo en su interior una tarjeta micro SD de la marca Microsd de 2 GB.

Una funda de plástico conteniendo en su interior un tarjeta SD de 2GB de la marca Apacer y un adaptador micro SD.

Una funda de plástico conteniendo en su interior dos adaptadores de micro SD de la marca Kingston conteniendo en su interior micro SD de 2GB.

En el fundamento undécimo de la sentencia debatida se argumenta sobre el tema del comiso que el límite a su aplicación vendría determinado por la pertenencia de los efectos a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente. Bien entendido que la jurisdicción penal, señala la Audiencia, tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y para constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para encubrir o enmascarar la realidad del tráfico jurídico y para ocultar el origen ilícito del dinero empleado en su adquisición.

Dentro del concepto de instrumentos del delito incluye la sentencia varios teléfonos móviles, tarjetas SIM y accesorios diversos, ya que se han empleado en las distintas conversaciones interceptadas, así como posiblemente en otras que han permanecido al margen de la acción de las fuerzas de seguridad, como se deduce del relato de hechos efectuado y de su análisis. Entre los teléfonos comprende también el que usaba Matias Urbano con total normalidad y con autorización de su mujer.

Como puede apreciarse, el Tribunal sentenciador decomisa todo el instrumental telefónico de que se valía el acusado para establecer los contactos con personas vinculadas a las operaciones de tráfico, independientemente de que en algunos casos figuraran a nombre de alguno de los familiares, como sucede con el teléfono con el que se recibieron los mensajes telefónicos procedentes de Venezuela. Pues el hecho de que los teléfonos figuren a nombre de un familiar directo no quiere decir que no puedan ser decomisados en los supuestos en que son utilizados de forma asidua por el autor del delito, por cuanto, tal como se anticipó *supra*, el Tribunal tiene facultades para desenmascarar situaciones fraudulentas, haciendo constar a tal efecto la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para ocultar la realidad del tráfico jurídico y para encubrir el origen ilícito del dinero empleado en su adquisición.

La Sala de instancia, mediante las ventajas y facilidades de percepción y evaluación que le proporciona la inmediación probatoria, ha considerado que nos hallamos ante instrumentos de los utilizados en la actividad delictiva perpetrada por el recurrente o como efectos o productos derivados de la acción delictiva, inferencia que no puede considerarse contraria a las máximas de la experiencia y a las reglas de lo razonable.

Así las cosas, el motivo se desestima.

**CUARTO** . En los **motivos segundo** y **tercero** del recurso, sin cita específica de normas procesales, vuelve a reiterar la parte sus discrepancias y objeciones a la apreciación probatoria del Tribunal de instancia, dirigiendo de nuevo su argumentación a constatar que no concurre prueba de cargo suficiente para entender enervada la presunción de inocencia del acusado, al mismo tiempo que impugna de nuevo parte de la documentación policial que dio pie a las investigaciones telefónicas y de otra índole.

Así, recalca en la exposición de los motivos segundo y tercero la eficacia probatoria de la documentación que aportó para acreditar que su visita el día 22 de mayo de 2013 al acusado Marcial Amadeo , y también sus andanzas en común ese día por diferentes zonas de la provincia de Pontevedra, estuvieron relacionadas con las reparaciones que tenían que hacerle a su vehículo Audi, al mismo tiempo que reitera su falta de vinculación



con la operación de tráfico de cocaína perpetrada con el barco " DIRECCION001 ". Todo ello, y también lo concerniente al uso del teléfono móvil en que se recibieron los mensajes procedentes de un número telefónico correspondiente a Venezuela, son aspectos y temas analizados en el fundamento precedente y contrastados con el acervo probatorio que integra la prueba de cargo, material que se evaluó como determinante y decisivo para desvirtuar la inocencia del acusado y los argumentos exculpatorios de la defensa.

En consecuencia, ambos motivos resultan invariables.

**QUINTO . 1.** Dentro del **motivo cuarto** denuncia el acusado, bajo la cobertura del art. 849.1º de la LECr ., la infracción de los arts. 16.1 y 62 del C. Penal , en relación con el art. 368 y 370.3 del mismo cuerpo legal , al considerar que no procedía apreciar el delito como consumado sino como una tentativa inidónea a la luz del grado de consumación alcanzado.

**2.** Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la **tentativa en los delitos de tráfico de drogas** , pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia ( SSTS 335/2008, de 10-6 ; 598/2008, de 3-10 ; 895/2008, de 16-12 ; 5/2009, de 8-1 ; 954/2009, de 30-9 ; 960/2009, de 16-10 ; 1047/2009, de 4-11 ; 1155/2009, de 19-11 ; 191/2010, de 23-2 ; 565/2011, de 6-6 ; 303/2014, de 4-4 ; y 554/2014, de 16 de junio , entre otras) en los siguientes apartados:

**a)** La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995 , la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

**b)** De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si este no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

**c)** Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

**d)** El delito existe desde que uno de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

**e)** La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

**3.** La aplicación de los criterios jurisprudenciales precedentes al **caso enjuiciado** conduce a la desestimación de la tesis de la parte recurrente.

En efecto, según se colige de la premisa fáctica de la sentencia recurrida y del análisis de la prueba que se ha consignado en el fundamento primero de esta resolución de casación, el acusado Marcial Amadeo negoció con una organización sudamericana, contando con la colaboración de los recurrentes Matias Urbano y Anibal Feliciano , el transporte de una importante cantidad de cocaína que habría de ser enviada por esa organización hasta un punto convenido en el Océano Atlántico, desde donde, después de trasvasarla a otra embarcación, sería transportada hasta España.

Tal como se recordó *supra* , Marcial Amadeo afirmó en el plenario que los acusados Matias Urbano y Anibal Feliciano fueron quienes le ayudaron a buscar el contacto del barco que iba a trasladar la cocaína a tierra, poniendo en relación a Marcial Amadeo con Raul Juan y Santos Inocencio a través de Gines Imanol . Marcial Amadeo incidió en su declaración del plenario en que el recurrente y Anibal Feliciano estuvieron



con él desde los primeros días del mes de mayo para realizar las gestiones encauzadas a buscar el barco encargado de la recogida de la droga y también seguían con él el día 22 de mayo, si bien las conversaciones, una vez que lo pusieron en contacto con Raul Juan y Aquilino Isaac, las llevó directa y personalmente el acusado con Raul Juan.

Por consiguiente, el impugnante no sólo intervino en las reuniones y conversaciones del día 22 de mayo y acompañó en el curso de la jornada al principal factótum de la operación del transporte de la cocaína en las idas y venidas de esa larga jornada orientadas a contactar con el enlace en Venezuela y a buscar un segundo barco debido a la avería del velero " DIRECCION000 ", sino que su colaboración con aquél tuvo lugar ya desde el inicio de la operación. Por lo tanto, con anterioridad a que el barco " DIRECCION001 " saliera desde Venezuela hacia España con una carga de más de dos toneladas de cocaína base.

Es claro, en consecuencia, que intervino en la operación de transporte con anterioridad a que el barco que transportaba la droga realizara la travesía desde Sudamérica a España con destino a las costas gallegas. Ayudó, pues, sin duda al principal acusado, Marcial Amadeo, a encontrar desde un primer momento un grupo que se hiciera cargo de la sustancia estupefaciente y la transportara desde un punto del Océano Atlántico hasta España, de modo que se pudiera descargar la cocaína en altamar para poder materializar su entrega en Galicia a los acusados Raul Juan e Aquilino Isaac con el fin de que la distribuyeran.

La conducta de colaboración del recurrente con el sujeto que dirigía la operación en España se materializó así con anterioridad a que la droga saliera de Sudamérica, contribuyendo así a que se iniciaran los actos de transporte y que la droga viajara hasta un punto del Océano Atlántico, donde fue intervenida por los funcionarios competentes con anterioridad a que fuera acercada al territorio nacional. Por lo cual, es patente que con su comportamiento el acusado ayudó a que la cocaína fuera introducida en el iter del tráfico jurídico, del que una primera fase era el transporte de la sustancia.

Como dijimos, la apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni haber intervenido en la fase de concierto inicial previa al traslado de la cocaína. Y ninguno de estos supuestos excluyentes se cumplimenta en la conducta del acusado, lo que impide incardinar la conducta en la fase de tentativa. Otra cosa bien distinta es la relativa a cuál fue el grado de intervención del acusado en los hechos, cuestión que se dirimirá en el fundamento siguiente.

Visto lo argumentado, este submotivo no puede acogerse.

**SEXTO . 1.** También dentro del **motivo cuarto**, y por el mismo cauce del art. 849.1º de la LECr., denuncia la defensa la infracción de los arts. 28 y 29 del C. Penal, pues considera que el acusado ejecutó a lo sumo actos incardinables en un **supuesto de complicidad**, sin que presenten los caracteres y requisitos propios de la autoría.

**2.** En lo que concierne al **concepto de complicidad**, en la sentencia de esta Sala 518/2010, de 17 de mayo (reproducida en la 793/2015, de 1-12 y en la 386/2016, de 5-5), se establecía sobre las diferencias entre **la coautoría y la complicidad** que, según se recoge en los precedentes 1036/2003, de 2 septiembre, y 115/2010, de 18 de febrero, el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis».

Siguiendo la misma línea argumental, la sentencia 933/2009, de 1 de octubre, describe la complicidad en los siguientes términos: "Existe un segundo nivel de colaboración, no nuclear, periférica o accesoría referida al cómplice, definido en el art. 29 por oposición al concepto de autor. Es cómplice quien colabora pero no es autor, y por tanto ni ejecuta el hecho típico antijurídico ni por tanto tiene el dominio del hecho; ha puesto una colaboración prescindible para la realización de aquél. Es un facilitador de la acción de los autores con quien -es obvio- comparte el dolo porque su acción denota el conocimiento de la finalidad delictiva a la que presta su colaboración y su propio aporte, sólo que lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución; el cómplice es ajeno



al objetivo delictivo, pero desde fuera presta una colaboración no esencial, de segundo grado. El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial - SSTS 1277/2004 , 1387/2004 y 1371/2004 -".

También se ha destacado en otras resoluciones que la colaboración del cómplice es fácilmente reemplazable y que tal aportación es, en sí misma, esporádica y de escasa consideración ( STS 384/2009, de 13-4 ); y que ha de tratarse de supuestos de colaboración mínima, por su carácter episódico, o de conductas auxiliares de escasa relevancia ( STS 5/2009, de 8-1 ).

Y ya en el **ámbito concreto del delito contra la salud pública** de tráfico de drogas, se subraya en las sentencias de esta Sala la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal , dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del "favorecimiento del favorecedor", con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 ( SSTS núm. 93/2005, de 31-1 ; 115/010, de 18-2; 473/2010, de 27-4 ; 1115/2011, de 17-11 ; y 207/2012, de 12-3 ).

Y así, se afirma que respecto de la complicidad en sentido estricto esta Sala, ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia, como ocurre, por ejemplo, en caso de tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar ( STS 1276/2009, de 21-12 ).

En las sentencias de esta Sala se han señalado como casos de auxilio mínimo o colaborador de escasa relevancia incluíbles en el concepto de complicidad, entre otros, los siguientes: a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores; b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas; d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación; e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga ; f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga ; g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico; h) la colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma ( SSTS 312/2007, de 20-4 ; 960/2009, de 16-10 ; 656/2015, de 10-11 ; y 292/2016, de 7-4 ).

**3.** Al descender ya al **caso concreto** y operar con los criterios que se acaban de desglosar, se aprecia en primer lugar que el recurrente, según se desprende del "factum" de la sentencia recurrida, y tal como expuso el autor principal de la operación de transporte de cocaína ( Marcial Amadeo ), se limitó a ponerle en contacto con los integrantes del grupo de los acusados Raul Juan e Aquilino Isaac , que residían como el recurrente en Galicia, presentándoselos a Marcial Amadeo como posibles receptores y transportistas de la droga.

Aparte de lo anterior, el acusado acompañó a Marcial Amadeo en las idas y venidas que éste hizo el día 22 de mayo, itinerario y acompañamiento que se describen con detalle en la sentencia recurrida, según se explicó en su momento. En estos casos se limitó a realizar una especie de labor de protección del acusado Marcial Amadeo mientras que éste realizaba llamadas relevantes a Venezuela para contactar con los remitentes de la cocaína a España. Y también acompañó el recurrente al referido acusado a una serie de reuniones que mantuvo ese día 22 de mayo con el fin de solventar los problemas que surgieron con la avería del velero que iba a recoger la droga en un punto concreto del Océano Atlántico y trasladarla a las costas gallegas.

Por tanto, las intervenciones en los hechos del recurrente fueron muy puntuales y todas centradas en indicarle al acusado dónde podía realizar contactos relacionados con la operación que había proyectado, al mismo tiempo que lo acompañaba a reuniones en las que el impugnante no tenía protagonismo alguno, por lo que ha de colegirse que, como refiere la policía, sólo podía cumplimentar una función de protección o de vigilancia de los pasos que daba Marcial Amadeo en las fechas puntuales que se cita en la sentencia y de las reuniones a que asistía.

A tenor de los datos que se acaban de desglosar, no cabe inferir que el impugnante tuviera encomendada por Marcial Amadeo función fundamental alguna en la operación del transporte de la cocaína, debiendo catalogarse los actos concretos que se han reseñado en la narración fáctica de la sentencia y en la fundamentación probatoria como de carácter secundario, periférico y esporádicos, según se desprende





además de las propias vigilancias y seguimientos policiales. Convicción que queda corroborada por el hecho de que el acusado Marcial Amadeo fuera condenado por su pertenencia a la organización sudamericana que había enviado la droga con destino a España y que, en cambio, el recurrente fuera excluido de toda organización y no fuera condenado por el subtipo agravado del art. 369 bis del C. Penal .

En virtud de lo expuesto, el acusado debe ser condenado como cómplice del delito contra la salud pública que se le imputa ( art. 29 del C. Penal , en relación con los arts. 368, penúltimo inciso, y 370.3 del C. Penal ), a tenor del grado de intervención que tuvo en los hechos perpetrados por el acusado Marcial Amadeo .

Debe, pues, imponérsele la pena inferior en un grado a la que corresponde a la autoría del delito en que incurrió, que se halla comprendida entre 9 años y un día y 13 años y 6 meses de prisión. Por lo tanto la horquilla punitiva del acusado es la correspondiente a un grado inferior a esa pena, que abarca pues desde 4 años, 6 meses y un día a 9 años de prisión. La pena no debe, sin embargo, individualizarse en su cuantía mínima habida cuenta de la gravedad del hecho delictivo en que participó el acusado: nada menos que el transporte de más de dos toneladas de cocaína base. Por lo cual, la pena a imponer ha de ser la de 7 años de prisión, con las correspondientes accesorias y las multas que se especificarán en la segunda sentencia.

Se acoge, pues, parcialmente este motivo cuarto de impugnación, declarándose de oficio las costas del recurso ( art. 901 LECr .).

#### B) Recurso de Anibal Feliciano

**SÉPTIMO** . En el **primer motivo** del recurso se invoca, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** ( art. 24.2 Constitución ), al considerar la parte recurrente que no concurre prueba de cargo suficiente para enervar la presunción constitucional.

La defensa, argumentando en la misma línea que el coacusado Matias Urbano , presenta un extenso escrito de alegaciones en las que afirma, en síntesis, que desconocía todo lo referente a la operación de transporte de cocaína desde Sudamérica a España a través del Océano Atlántico con destino final a las costas gallegas, previa ubicación del "barco nodriza" en un punto marítimo donde se habría de realizar el trasvase de la sustancia a una embarcación procedente del litoral gallego.

También en este caso, como en el de Matias Urbano , la defensa del acusado incide reiteradamente en comparar la conducta, circunstancias y datos incriminatorios relativos a su defendido con los que constan con respecto al coimputado absuelto Damaso Julian . Cuestiona igualmente los contactos con Marcial Amadeo con anterioridad al día 22 de Mayo de 2013. Discrepa de la afirmación de que ese día realizara labores de vigilancia para proteger a Marcial Amadeo mientras que éste realizaba llamadas a Sudamérica para contactar con la organización que remitía la cocaína a España, atribuyendo la visita y el acompañamiento al principal acusado a los problemas relacionados con la reparación del vehículo, aplicando para ello unos datos y unos razonamientos probatorios similares a los utilizados por el acusado Matias Urbano . Pues refuta también las llamadas telefónicas de Marcial Amadeo a Venezuela y denuncia las irregularidades de los oficios e informes policiales que le incriminan. La defensa hace asimismo un estudio minucioso de los contactos que mantuvo Gines Imanol con sujetos implicados en los hechos y los compulsa después con los que se atribuyen a su defendido con el fin de consignar la falta de ecuanimidad del Tribunal en la evaluación probatoria.

Pues bien, para dirimir la impugnación de la parte recurrente se ha de partir de la premisa de que el acusado ahora recurrente ha tenido, según se recoge en la sentencia recurrida, la misma intervención en los hechos que el coacusado Matias Urbano , ya que tuvo participación en las mismas fechas y en los mismos episodios que se le atribuyen a éste. Por lo cual, en los hechos declarados probados y en el fundamento sexto de la sentencia de la Audiencia se hacen sustancialmente las mismas referencias fácticas y se destacan los mismos elementos probatorios con respecto a la intervención de ambos acusados, coincidiendo también en la relevancia de la prueba de cargo concurrente contra ambos.

Siendo así, nos hemos de remitir a todo lo expuesto y razonado en el fundamento primero de esta resolución, donde se analiza la prueba de cargo concurrente contra Matias Urbano , que lo es también en la misma medida en lo concerniente acusado Anibal Feliciano .

Damos así por reproducido todo lo referente a las manifestaciones del coacusado Marcial Amadeo y a las declaraciones de los funcionarios policiales que hicieron las vigilancias el día 22 de mayo de 2013. Estas declaraciones policiales aparecen específicamente reseñadas en los folios 36 a 40 de la sentencia recurrida, donde se describen los movimientos que realizó el recurrente ese día, los lugares en que acompañó a Marcial Amadeo y las reuniones en que estuvo presente, según lo depuesto por los funcionarios policiales que se reseñan en la sentencia. Y también damos por reproducidos los argumentos orientados a desvirtuar las quejas de ilicitud referentes a la prueba documental, remitiéndonos también a las respuestas que en su momento se dieron a las comparaciones fácticas y axiológicas que se hacen en los recursos entre la conducta de ambos



impugnantes con la del coimputado Gines Imanol . Se ratifica así la interpretación que se hizo del principio de igualdad en la aplicación de la ley con el fin de contradecir también las alegaciones que al respecto hace el ahora recurrente Anibal Feliciano .

En virtud de lo que antecede, este motivo no puede atenderse.

**OCTAVO . 1.** En el **motivo segundo** se invoca, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , en relación con los arts. 238 y 239 del mismo texto legal , la vulneración de los arts. 24 y 18.1 y 3 de la CE , así como de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, y también del resto de la legislación europea que se expone en el recurso.

Alega la parte para sostener su tesis impugnatoria que se le ha generado indefensión por denegársele el **acceso a la totalidad del material del expediente de investigación policial** , y más en concreto por no permitírsele el acceso a las bases de datos policiales y a la totalidad del acuerdo del Ministerio Fiscal con los coacusados arrepentidos con la consiguiente reducción de pena.

El objetivo con que se pretende el acceso a las bases de datos policiales es la aclaración de las contradicciones en que incurrieron los funcionarios al hacerse constar en sus informes policiales que el recurrente y Matias Urbano no se hallaban en la reunión celebrada en la noche del día 22 de mayo, afirmación que después rectificaron en el plenario, donde manifestaron los agentes NUM112 y NUM109 que los acusados sí se encontraban allí, remitiéndose a las notas y minutas que en su día elaboraron con el fin de que se redactara el atestado correspondiente.

La defensa aduce que con la decisión denegatoria se han vulnerado el acceso de todos los ciudadanos a los registros de la Administración y también del derecho al *habeas data* , a tenor de la normativa contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, en la LOPD de 1999 y en su reglamento, y en la Directiva 95/146 del CE, de 24 de octubre de 1995, además de la anteriormente reseñada de 22 de mayo de 2012.

2. Las cuestiones jurídicas que suscita la defensa del acusado cuando alega que se le ha denegado el acceso al expediente policial en toda su plenitud, y en concreto al contenido de las bases policiales con el fin de obtener las notas y minutas relacionadas con las declaraciones de algunos de los testigos policiales, han sido tratadas sustancialmente en la sentencia de esta Sala **795/2014 , de 20 de noviembre** .

En ese precedente jurisprudencial se precisan y esclarecen los siguientes aspectos relativos a la queja procesal que formula ahora la parte recurrente:

a) El Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, STCE num. 205, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009, precisa la ratificación de diez Estados miembros para su entrada en vigor, cifra aún no conseguida en esa data; y España en todo caso no lo ha ratificado. Además, su artículo 3.c) permite limitar el acceso con el fin de proteger la prevención, la investigación y la persecución de actividades criminales; expresamente indica en su informe explicativo que dar libre acceso a dichos documentos podría, por ejemplo, interferir con las investigaciones, sustraerse a la justicia o dar lugar a la destrucción de pruebas.

b) El artículo 18.4 CE reconoce el *habeas data* cuando establece que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"; interposición legislativa que se cumplimenta en la actualidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que en su artículo 2.2.c) excluye expresamente del régimen de protección de los datos personales que tutela a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y las formas graves de delincuencia organizada.

c) La Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea , que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Decisión Marco del Consejo 2006/960/JAI, de 18 de diciembre, también conocida como "iniciativa sueca", meramente incluye la tarea de inteligencia a la vez que desarrolla y hace más fluidas las previsiones de intercambio de información para prevenir e investigar infracciones criminales y el suministro espontáneo de información en el ámbito de cooperación policial, previstas en los arts. 39 y 46 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 , a los que en este estricto ámbito deroga en su mayor parte.

Pues bien, el Convenio Schengen y la Decisión Marco 2006/960/JAI (al igual que el Convenio Europol y la Decisión 2009/371/JAI, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía, que sustituye al Convenio) remiten en el tema de protección de datos al Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, STCE num. 108, cuyo artículo 9.2 establece la posibilidad de excepcionar la aplicación de los derechos allí reconocidos cuando sea necesario en una sociedad democrática, entre otros supuestos, para



la represión de las "infracciones penales"; expresión que su informe explicativo precisa que abarca tanto las investigaciones criminales como las persecuciones penales. Tal como el legislador español optó en el citado art. 2 LOPD , en los términos expresados.

d) Normativa interna a la que igualmente remite el artículo 36 del Reglamento (CE ) num. 515/97 del Consejo de 13 de marzo de 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, modificado por el Reglamento (CE) num. 807/2003 del Consejo y el Reglamento (CE) num. 766/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo.

e) Posteriormente, la Unión Europea aprobó la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial, en materia penal, que no ha sido objeto de implementación en nuestro ordenamiento interno; y si bien ya ha transcurrido con creces el tiempo fijado de transposición, su contenido no puede ser objeto de aplicación, por cuanto la doctrina sobre la "interpretación conforme" del TJUE, plasmada en el asunto María Pupino, no permite un resultado contra legem del ordenamiento interno (& 47 STJUE, de 16 de junio de 2005); y dado el contenido del reiterado artículo 2 de la Ley de Protección de Datos , la investigación de un delito de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia con relaciones en el extranjero que determinan el aviso de las autoridades de otro país excluye su eficacia en esta concreta cuestión hasta que medie su incorporación a nuestro ordenamiento interno.

En cuanto a la directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales, destaca la sentencia 795/2014 las dos finalidades que establece en lo concerniente al acceso a los materiales del expediente procesal: la impugnación de la privación de libertad (art. 7.1) y la salvaguardia de la equidad del proceso y preparación de la defensa, que concreta en el derecho a acceder a la totalidad de las pruebas materiales, como, por ejemplo, fotografías, grabaciones de sonido o de vídeo, en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dichas personas (art. 7.2), con la debida antelación para un ejercicio efectivo de los derechos de la defensa (art. 7.3). Por tanto, se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial.

La sentencia 795/2014 recuerda también que ya la Real Orden de 4 de octubre de 1861, extendiendo lo dispuesto en las de 6 de julio de 1850 y 31 del propio mes de 1851, dispensaba a los comisarios e inspectores de policía de revelar en juicio el nombre de sus confidentes, y lo mismo se vino previniendo en disposiciones posteriores que reglamentaron los servicios de policía y vigilancia; también la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 7 de octubre de 1889 , 13 de noviembre de 1890 , 9 de abril de 1968 , 22 de marzo de 1986 ó 635/2008 de 3 de octubre) afirmó la impertinencia de las preguntas dirigidas a estos fines "salvo determinadas circunstancias"; y el acuerdo sobre principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, publicado por Orden de 30 de septiembre de 1981 con carácter provisional hasta que se dictara la norma legal de rango adecuado, adoptó la Resolución 690 del Consejo de Europa relativa a la Declaración sobre la Policía, estableciendo -principio número quince- que los miembros de dichos Cuerpos no están obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboran con ellos "salvo cuando su actuación hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles".

En consonancia y coherencia con lo anterior, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dedica un capítulo, a modo de código deontológico, a los que titula "Principios básicos de actuación", que sigue las pautas marcadas en la citada resolución del Consejo de Europa y en el "Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" de la Asamblea de las Naciones Unidas, imponiendo a los miembros de los cuerpos policiales un "absoluto" respeto a la Constitución -que por mor del principio de igualdad no consiente parcelas de inmunidad-, donde asimismo les sigue eximiendo de revelar las fuentes de información "salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les imponga actuar de otra manera" (artículo 5.1 y 5).

Incide también la STS 795/2014 en que la fase preliminar de las investigaciones la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Asuntos Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 -& 44-, o Windisch, de 27 de septiembre de 1990 -& 30-). Dicho de otro modo: la fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que, por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el "expediente" preciso para el efectivo ejercicio de defensa.

Y lo mismo ha de entenderse desde la perspectiva del artículo 6.3 CEDH . Y así, en la sentencia Zaivecs contra Letonia, de 31 de julio de 2007, el TEDH niega en un proceso por falta (contravención) de desacato que exista indefensión en el hecho de entregar un dossier de siete folios dos días antes de la vista, tiempo que considera



suficiente para preparar la defensa (& 45); y en la sentencia del caso Öcalam contra Turquía, de 12 de marzo de 2003, se identifica el expediente (vd. & 160) con los elementos de prueba y la documentación referida a los mismos, más concretamente a los presentados por la acusación. De igual modo en el caso Kamasinski contra Austria, de 19 de diciembre de 1989, en el & 87, se indica como finalidad del acceso al dossier el poder controlar las pruebas de cargo. Lo que efectivamente incluye la oportunidad de familiarizarse con el expediente a los efectos de la preparación de su defensa con el resultado de las investigaciones realizadas durante el proceso (caso Foucher contra Francia, de 18 de marzo de 1997, o Leas contra Estonia, de 6 de marzo de 2012).

Esta Sala también ha reiterado, entre otras en la STS 202/2012, de 12 de marzo, con cita abundante de otras varias, que "no es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, ya que es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho". Pues no puede admitirse una presunción de ilegitimidad en la actuación policial cuando no aparecen vestigios serios o rigurosos, en tal sentido ( STS 85/2011, de 7 de febrero ).

Por todo lo expuesto, la impugnación referente a la negativa de la incorporación a la causa de las notas y minutas internas que los funcionarios hubieran aportado a sus superiores para confeccionar las diligencias policiales no conlleva la vulneración en el presente caso de ningún derecho fundamental.

**3.** En lo que respecta a su queja sobre la privación del acceso al conocimiento del **pacto a que llegó el Ministerio Fiscal** con el acusado Marcial Amadeo, no consta, en contra de lo que parece dar a entender el recurrente, un pacto documentado entre el referido acusado y el Ministerio Fiscal que se le haya ocultado a la defensa. Y en lo que se refiere a un pacto verbal, se afirma en la sentencia recurrida que el acusado Marcial Amadeo admitió en la vista oral del juicio que había llegado a un acuerdo con el Ministerio Fiscal, mediante el que se le aplicaba la atenuante analógica de confesión al efecto de imponerle la pena mínima.

El referido acusado también manifestó en la vista oral que la contraprestación a la aplicación de esa atenuante se centró en que dijera la verdad sobre los hechos en la vista oral del juicio, explicando que ello es lo que estaba haciendo según iba declarando, de ahí que hubiera modificado algunos de los aspectos de la originaria versión que expuso en la fase de instrucción sobre su intervención en los hechos delictivos.

Por lo demás, tampoco se especifica en el recurso en qué ha perjudicado el acuerdo al ejercicio efectivo del derecho de defensa del recurrente. Es cierto que la nueva versión le perjudica, pero ello no significa que se le haya menoscabado su derecho de defensa. En lo que sí repercute la nueva versión de Marcial Amadeo es en la ponderación de la fiabilidad y credibilidad del conjunto de sus manifestaciones, debido al condicionamiento que pudiera suponer en la veracidad de su nueva declaración la reducción punitiva que ha obtenido a cambio. Sin embargo, esa nueva perspectiva procesal que afecta al resultado de la prueba entra dentro del ámbito propio de la valoración y eficacia probatoria y no supone, en contra de lo que sostiene la parte, una limitación o menoscabo ilícito del derecho de defensa.

Así las cosas, y en consonancia con todo lo que antecede, el motivo segundo se desestima.

**NOVENO . 1.** El **motivo tercero** lo dedica la defensa a denunciar, bajo la cobertura procesal del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECr., la infracción del art. 24 de la Constitución en su vertiente del **derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión**, en relación también con el art. 120 de la norma suprema.

La razón justificativa de esta impugnación la centra la defensa en la inconcreción y ambigüedad del relato de hechos probados y en la vulneración consiguiente de la lógica de la decisión condenatoria adoptada. Afirma la parte que se transcribe como hecho probado un texto deliberadamente vago, con expresiones genéricas y ausencia de un esquema claro. De lo que considera una muestra el uso del verbo "colaborar" como expresión nuclear, al consignarse en el "factum" que Marcial Amadeo "contó con la colaboración" del recurrente, sin que se describa en la sentencia con detalle la conducta específica integrante de esa colaboración. Y también considera que se incurren en algunas contradicciones al reseñar quién o quiénes fueron los que establecieron realmente los contactos con la organización de Raul Juan, sin que se exponga el orden en que se desarrollaron las reuniones para conseguir un segundo barco después de que se averiara el velero que iba a trasvasar la carga desde el buque nodriza, y sin determinar tampoco si finalmente se consiguió o no otro barco y quién estaba a su mando.

La parte recurrente vuelve de nuevo a quejarse en este apartado del recurso de las disparidades que aprecia entre los razonamientos probatorios y los juicios de inferencia que hace la Audiencia sobre la conducta del coacusado absuelto Gines Imanol y la del propio impugnante, tema que, como puede comprobarse, resulta llamativamente reiterativo tanto en este recurso como en el de Matias Urbano.



2. Según ya se ha expuesto en el fundamento primero de esta sentencia, en el relato fáctico **se declara probado** que, aproximadamente en abril de 2013, el procesado Marcial Amadeo , negoció con una organización sudamericana, contando con la colaboración de los también procesados Matias Urbano y Anibal Feliciano , el transporte de una importante cantidad de cocaína que habría de ser enviada por tal organización hasta un punto del Océano Atlántico y, desde allí, después de ser trasvasada a otra embarcación enviada a instancias de dichos procesados, traerla hacia España. El procesado Marcial Amadeo mantenía una posición dominante en la práctica, en tanto que es quien se encargaba de comunicarse con los sudamericanos y también quien contactó con la organización de Raul Juan , al mismo tiempo que dirigía y tenía la última decisión sobre si la operación de transporte continuaba o de ponerle fin. Para la recogida de la droga en altamar desde el "buque nodriza" hasta las costas españolas, Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano contactaron con la organización de Raul Juan e Aquilino Isaac , quienes pretendían utilizar para ello el velero " DIRECCION000 " .

Y también se describe como acreditado que a lo largo del día 22 de mayo de 2013 se produjeron varias reuniones entre los procesados Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano , de una parte, y Raul Juan e Aquilino Isaac , de otra, quienes además mantenían también contactos y reuniones con Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio , todas con la finalidad de poner en contacto a las dos embarcaciones en las mismas coordenadas facilitadas para llevar a cabo el trasvase de la droga en altamar.

Por lo tanto, se precisan en la sentencia recurrida las dos fases en que intervino en los hechos el recurrente. En un primer episodio colaboró con Marcial Amadeo poniéndolo en contacto con el grupo de Raul Juan y Aquilino Isaac para que fuera aquél quien, como dirigente y máximo responsable de toda la operación, llegara a un acuerdo con ellos para la recepción de la droga en un punto del atlántico y transportarla después hasta las costas gallegas. Y en una segunda fase se describen las reuniones y las idas y venidas del acusado con Marcial Amadeo y Matias Urbano para acompañar al máximo responsable en sus contactos telefónicos con Venezuela y en las reuniones que mantuvo el día 22 de mayo con las personas que estaban intentando preparar un segundo barco para sustituir el velero averiado.

Las dos fases conductuales son claras y debidamente ubicadas en el tiempo, y aparecen avaladas probatoriamente por las diáfanas declaraciones del plenario de Marcial Amadeo y de los funcionarios policiales que practicaron los seguimientos y vigilancias el día 22 de mayo de 2013.

Nos remitimos, pues, a todo lo que se describió, explicó y argumentó en los fundamentos primero y séptimo de esta sentencia, comprobándose a través de su lectura que no concurre en el caso ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni tampoco ningún menoscabo real y efectivo del derecho de defensa del recurrente.

Por consiguiente, el motivo ha de rechazarse.

**DÉCIMO** . Después de renunciar a los motivos cuarto y quinto, la defensa del acusado alega en el **motivo sexto** , por la vía del art. 849.1º de la LECr ., la vulneración de los arts. 368 y 370.3, y también lo dispuesto en los arts. 28 y 29, todos ellos del C. Penal , al entender la parte que el recurrente incurrió a lo sumo en una conducta de **participación por complicidad** .

Pues bien, partiendo del presupuesto incontrovertible de que el acusado ahora recurrente tuvo el mismo grado de intervención en los hechos que el coacusado Matias Urbano , resulta incuestionable que si éste fue considerado en el fundamento sexto de esta sentencia como cómplice del delito contra la salud pública que se le atribuye, la misma calificación jurídica ha de serle ahora aplicada a Anibal Feliciano .

Por lo tanto, este recurrente debe ser condenado como cómplice y no como autor del delito *supra* reseñado, imponiéndosele la misma pena que se especificó en el fundamento sexto de esta sentencia. Se dan por tanto aquí por reproducidos todos los argumentos que allí se expusieron, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias que alargarían sin base para ello la extensión de esta sentencia.

Se estima, pues, parcialmente este motivo del recurso, con las consecuencias que se expondrán en la segunda sentencia y con declaración de oficio de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

**UNDÉCIMO** . En el **motivo séptimo** y último, también por la vía procesal del art. 849.1º de la LECr ., invoca el recurrente la infracción de los arts. 368 y 370.3 del C. Penal , en relación con los arts. 16.1 y 62 del mismo texto legal , por considerar que nos hallamos ante un supuesto de **tentativa inidónea** del referido delito contra la salud pública.

Pues bien, concurriendo también en este caso las mismas circunstancias fácticas en la conducta de los acusados Matias Urbano y Anibal Feliciano , no se suscitan dudas que hemos de remitirnos a todo lo argumentado en el fundamento NUM000 de esta sentencia para refrendar la consumación delictiva y rechazar



por tanto la tesis de la tentativa que sostiene la defensa, sin incurrir así en reiteraciones que no aportarían nuevos razonamientos sustanciales al contenido de la presente sentencia.

El último motivo del recurso debe, pues, desestimarse.

### C) Recurso de Raul Juan

**DUODÉCIMO** . Este recurrente ha formulado **un único motivo** de recurso, que encauza por la vía del art. 849.1 de la LECr ., motivo que a su vez lo fracciona en **cuatro submotivos** , destacando en su exposición el laconismo y la exigüidad con que formula su impugnación, toda vez que sólo dedica una página a exponer un simple listado de sus discrepancias, sin consignar las razones por las que considera erróneas las decisiones de la Audiencia con respecto a su autoría, su integración en una organización criminal, la falta de consumación del delito y, por último, la aplicación de la agravante de reincidencia.

En el primer submotivo se limita a alegar que debió ser condenado como **cómplice** en lugar de como autor del delito contra la salud pública, sin constatar ni explicar a qué obedece esa desavenencia jurídica con el contenido de la sentencia.

Ante la ausencia de fundamentación del submotivo no resulta sencillo rebatir la tesis del recurrente. Nos centraremos, pues, en recordar que el acusado fue condenado por haber convenido con el acusado Marcial Amadeo hacerse cargo, junto con Aquilino Isaac , del transporte de la cocaína desde un buque en altamar ("buque nodriza") hasta las costas españolas. Los acusados Carmelo Victorio , Horacio Victorio e Jacinto Horacio , integrados en la organización del ahora recurrente y de Aquilino Isaac , eran quienes tenían que tripular la embarcación que habría de transportar la cocaína desde el "barco nodriza" en altamar, hasta el litoral gallego. Primero el recurrente y su organización intentaron llevar a cabo su cometido a bordo del velero "DIRECCION000 " , pero al averiarse éste frente a las costas de la ciudad portuguesa de Aveiro, quedaron a disposición de la organización para participar en la introducción de la droga a través de una nueva embarcación o de prestar su auxilio de otro modo. Los tres procesados que tripulaban el velero ocupaban dentro de la organización una posición jerárquica subordinada a Raul Juan y Aquilino Isaac , de quienes recibían órdenes.

También se afirma en la narración fáctica de la sentencia recurrida que, bajo la inmediata dependencia y cumpliendo instrucciones de los procesados Raul Juan e Aquilino Isaac , el día 14 de mayo de 2013, los procesados Carmelo Victorio , Horacio Victorio e Jacinto Horacio , con plena conciencia de la finalidad de la travesía, zarparon a bordo del velero "DIRECCION000 " rumbo a un punto del Océano Atlántico, en aquel momento indeterminado, con la finalidad de recibir a bordo del velero el cargamento de cocaína que habrían de transportar e introducir en España a través de las costas gallegas, conforme a los planes diseñados por la organización delictiva a la que pertenecían. El velero "DIRECCION000 " había sido preparado y pertrechado durante las semanas anteriores, especialmente por los procesados Carmelo Victorio y Raul Juan . El lugar concreto de recogida de la droga le sería facilitado a la tripulación por los procesados Raul Juan y Aquilino Isaac , que eran quienes mantenían el contacto con quienes les habían encomendado el transporte.

Al día siguiente de partir, el velero DIRECCION000 sufrió una avería que les impidió proseguir su travesía y les hizo entrar en el puerto de Aveiro (Portugal) para que fuera reparado. La organización comenzó entonces una frenética actividad para encontrar en pocos días un barco que pudiera recoger la droga en el punto de altamar al que ya se aproximaba el buque enviado por la organización sudamericana cargado con la cocaína. Para ello, Raul Juan y Aquilino Isaac se pusieron en contacto con los acusados Rogelio Genaro y Ovidio Eulalio , quienes hicieron las gestiones precisas para encontrar un barco que recogiera la droga, encargándose ambos procesados desde ese momento de las labores de intermediación entre Aquilino Isaac y Raul Juan y el barco por ellos localizado, teniendo en todo momento plena conciencia de la naturaleza y finalidad delictiva de la operación de narcotráfico en la que estaban interviniendo.

A lo largo del día 22 de mayo de 2013 se produjeron varias reuniones entre los procesados Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano , de una parte, y Raul Juan e Aquilino Isaac de otra, quienes además mantenían también contactos y reuniones con Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio . Todo ello con la finalidad de poner en contacto a las dos embarcaciones en las mismas coordenadas facilitadas, para llevar a cabo el trasvase de la droga en altamar.

Establecido lo anterior, y poniendo tales hechos en relación con lo que se argumentó jurídicamente en el fundamento sexto de esta resolución sobre el concepto de complicidad, resulta incuestionable que una persona que asume y acepta dedicar los medios personales y materiales de su organización al transporte de un cargamento de más de dos toneladas de cocaína pura desde alta mar hasta las costa gallegas para descargar la droga en territorio nacional, y que prepara e inicia todas las operaciones al efecto, no puede ser catalogada como un mero cómplice del delito contra la salud pública. Pues no se trata de una mera colaboración accesoria, circunstancial o secundaria en la conducta del acusado principal, sino que, al asumir un transporte de esa



relevancia con anterioridad a que la operación se ponga en marcha desde Sudamérica, es patente que su intervención debe considerarse primordial o fundamental para que la cocaína transportada pudiera ser vendida y consumida en territorio español.

En consecuencia, y dando ahora por reproducido todo lo argumentado jurídicamente en el fundamento sexto sobre las diferencias entre autoría o coautoría y complicidad, este primer submotivo resulta inviable.

**DECIMOTERCERO** . En el **segundo submotivo** de su recurso, por la vía del art. 849.1 de la LECr ., alega la defensa de Raul Juan , también sin fundamentar la tesis que propone, que ni se da en el caso ninguna figura de **organización** ni tampoco el acusado se encuentra integrado en la misma.

Al no proporcionarse tampoco aquí razonamientos que contravengan la tesis incriminatoria que consta en la sentencia recurrida, hemos de remitirnos a los argumentos que consignó la Audiencia en el fundamento octavo de la sentencia rebatida por considerar que se ajustan a derecho.

En la relación fáctica de la sentencia de instancia se afirma que los acusados Raul Juan y Aquilino Isaac , junto con los tres marineros Carmelo Victorio , Horacio Victorio e Jacinto Horacio , formaban parte de una organización criminal que tenía como finalidad última la introducción en España para el tráfico ilícito de más de dos toneladas de cocaína. Para ello contaban con diversos medios especialmente complejos y específicos para el tráfico de droga, entre ellos el referido velero, de 12,35 metros de eslora y 4,10 metros de manga, con motor Yannar 45H2, número de serie NUM000 de 100CV y con matrícula NUM001 , así como con una estructura jerarquizada plasmada en un preciso reparto de funciones o cometidos, todo ello encaminado al fin último de su actividad estable y continuada de narcotráfico. El velero era propiedad del recurrente Raul Juan .

Y en el fundamento octavo de la sentencia de instancia se argumenta que el grupo transportista integrado por Raul Juan , Aquilino Isaac , Carmelo Victorio , Horacio Victorio y Jacinto Horacio responde a los requisitos exigibles para configurar un supuesto de organización criminal: concurre una estructura jerárquica, en la que incluso se emplean denominaciones marineras (capitán, contramaestre, piloto); hay un director que mantiene los contactos, contrata los servicios y tiene a su disposición el velero " DIRECCION000 " , que es Raul Juan -el capitán-; un lugarteniente que sería Santos Inocencio -siempre ha dicho que se limitó a cumplir las instrucciones del anterior-, que mantiene relaciones con él y con otros implicados, facilitando los contactos (verificar en la escucha telefónica NUM094 ), además de participar activamente en la organización y control del transporte; y otros ejecutores del concreto transporte marítimo ( Carmelo Victorio es el patrón de la embarcación y los otros dos sus ayudantes en las tareas marineras y en el trasbordo de la cocaína).

Subraya también la sentencia que figura probado igualmente el hecho de la permanencia en el tiempo propia de una organización, pues desde que se judicializó la investigación a fines de 2012 y se practicaron escuchas telefónicas se comprobó que estaban tratando de concertar alguna operación de transporte en la que ellos ponen a su disposición su concreta estructura -barco y experiencia- para efectuar el transporte desde altamar hasta las costas españolas. Esto lo refuerza la Audiencia con la plausibilidad de que el año anterior hubieran llevado a cabo al menos una operación de características similares, según se desprendería de las conversaciones entre Santos Inocencio y Carmelo Victorio y las de éste con Caridad Visitacion , e incluso que se desarrollase otra distinta hacia el verano. Y, además, las posibilidades de sustitución de sus integrantes quedarían verificadas mediante el dato de que Jacinto Horacio era la primera vez que intervenía en tareas auxiliares. En la misma dirección se resalta en la sentencia la forma de sustituirse entre ellos cuando enfermó alguno y también cuando fue necesario buscar un nuevo barco por averiarse el velero.

La argumentación probatoria de la Audiencia, unida al examen que hace de los requisitos necesarios para aplicar el concepto normativo de organización, desvirtúa pues la lacónica alegación impugnativa que formula la parte recurrente para excluir el subtipo agravado de la organización.

Por todo lo cual, el motivo ha de ser desestimado.

**DECIMOCUARTO** . En el **tercer submotivo** , igualmente por la vía de la infracción de ley (art. 849.1º), alega la defensa que no estamos ante un supuesto de consumación del delito sino de **tentativa** , pues antes de salir de las costas de Aveiro (Portugal) tuvo que regresar el velero " DIRECCION000 " al puerto de Moaña (Pontevedra).

Las cuestiones que suscita la aplicación de la modalidad de la tentativa en los delitos contra la salud pública de tráfico de drogas ya las hemos examinado en el fundamento quinto de esta sentencia y las volveremos analizar en profundidad al tratar el recurso de Rogelio Genaro (fundamento decimooctavo). Y siempre partiendo de la premisa de que la jurisprudencia se muestra notablemente restrictiva y reacia a admitir los supuestos de tentativa debido a que estamos ante un delito de peligro abstracto y de mera actividad o de resultado cortado, ya que el legislador ha pretendido en todo momento anticipar sustancialmente las barreras de protección del bien jurídico penalizando actos previos a los que integran el tráfico de las sustancias estupefacientes propiamente dicho.



Pues bien, en el caso de los recurrentes Raul Juan e Aquilino Isaac se trata de dos sujetos que intervinieron en los hechos en la fase previa al inicio del transporte de la droga desde Sudamérica hasta un punto determinado del Océano Atlántico, donde se ubicó el "barco nodriza" que transportaba la cocaína a la espera de la llegada de la embarcación que habría de cargarla y trasladarla hasta las costas gallegas.

Por lo tanto, esas dos personas contribuyeron a que la cocaína fuera transportada con destino a España hasta alcanzar un punto de altamar situado en el Océano Atlántico, transporte que se realizó contando con que la organización del recurrente se hiciera cargo de la droga para acercarla a las costas españolas y descargarla en algún punto de Galicia. Así pues, ambos contribuyeron, tanto con los pactos previos al transporte como con los actos que realizaron para ir a retirar la cocaína, al traslado geográfico de la sustancia desde Sudamérica hasta un punto próximo al destino final de la mercancía. Este supuesto fáctico resulta, consiguientemente, sin duda subsumible en los actos de facilitación o favorecimiento que figuran tipificados en la norma penal, sin descartar que pudiera incardinarse también en la conducta propia de cooperación necesaria por su relevancia para que la cocaína iniciara su periplo hacia España.

Así las cosas, el motivo deviene inacogible.

**DECIMOQUINTO.** A la misma conclusión desestimatoria se llega en lo referente a la impugnación de la **agravante de reincidencia**, una vez que se acredita en la causa que el recurrente ha sido ejecutoriamente condenado en Portugal en sentencia de 20 de julio de 2006 a la pena de 12 años de prisión (folio de Registro Criminal de Portugal, obrante en la comisión rogatoria del folio 5426). Debe, pues, aplicarse, tal como señala la Audiencia, el art. 375 CP al haber sido condenado por el mismo tipo penal que se aplica en la presente causa. Frente a lo cual, no alega argumento alguno la parte recurrente, por lo que nos remitimos a lo expuesto en el fundamento noveno E) de la sentencia cuestionada, cuyo contenido damos ahora por reproducido.

Así pues, se desestima este último submotivo y también, en consecuencia, el recurso de casación, con imposición al recurrente de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

*D) Recurso de Aquilino Isaac*

**DECIMOSEXTO.** El **único motivo** que formula en el recurso lo viabiliza por el art. 849.1º de la LECr ., aduciendo la vulneración de los arts. 369 bis y 370.3º del C. Penal . Sin embargo, la lectura del escrito de impugnación evidencia que lo que realmente cuestiona la parte es la declaración de hechos probados, dado que toda su argumentación la centra en desvirtuar que sea autor de los hechos que se le atribuyen.

En efecto, el impugnante reitera en su escrito de recurso que ha sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia al no haberse probado su vinculación con la operación de transporte de cocaína ni tampoco su integración en organización criminal alguna. Esta infracción de la presunción constitucional en modo alguno la acredita la defensa, puesto que no expresa razonamiento específico alguno mediante el que ponga en cuestión los numerosos elementos probatorios de cargo que se consignan en la sentencia recurrida.

Para descartar la impugnación inespecífica del recurrente y las generalidades que expone sobre la vulneración de la presunción de inocencia, es suficiente con remitirnos a lo expuesto en los fundamentos duodécimo y decimotercero de esta sentencia, en donde se describen los hechos que realizaron el ahora recurrente y Raul Juan y las razones por las que ambos se hallaban integrados en una organización criminal dedicada al tráfico de drogas, argumentos que damos aquí por reproducidos en su integridad con el fin de evitar reiteraciones innecesarias. Como también se da por reproducido lo que plasma la Sala de instancia en los fundamentos cuarto, quinto y sexto de la sentencia impugnada, ante la inexistencia de argumentación concreta en el recurso que contradiga lo que allí se dice.

Por consiguiente, se desestima el recurso interpuesto, con declaración de oficio de las costas de esta instancia ( art. 901 LECr .).

*E) Recurso de Rogelio Genaro*

**DECIMOSÉPTIMO.** En el **primer motivo** que se formula en el recurso, con cita procesal del art. 5.4 de la LOPJ , aduce el recurrente la vulneración de los arts. 18.3 y 24.1 de la Constitución , al entender que ha sido vulnerado el derecho fundamental al **secreto de las comunicaciones** .

El recurrente considera que la averiguación del contenido de los mensajes del teléfono móvil que se le intervino al acusado Matias Urbano es nula debido a que, a pesar de que prestó su consentimiento con asistencia de letrado para que los funcionarios policiales observaran el contenido de los mensajes y de las llamadas que figuraban en el teléfono, esa autorización no sería válida por constar el móvil registrado a nombre de su esposa, circunstancia que haría imprescindible que se dictara una resolución judicial que permitiera la observación del teléfono ocupado al referido acusado.





Con respecto a este particular, nos remitimos para rechazar la queja del recurrente a lo argumentado en el apartado 3 del fundamento primero de esta resolución.

Y tampoco puede acogerse su argumentación relativa a la escucha del teléfono del coacusado absuelto Gines Imanol . Pues, al margen de que el ahora recurrente no ha resultado afectado directamente por esa escucha, lo cierto es que ésta se produjo con motivo de la intervención de otro teléfono con el que conectó aquel acusado, y esa clase de escuchas en las que resulta escuchado un tercero que se comunica con el imputado cuyo teléfono se encuentra intervenido resultan válidas según reiterada jurisprudencia de esta Sala, al tratarse de una consecuencia derivada inevitablemente de la autorización judicial recayente sobre las comunicaciones del sujeto investigado ( SSTS 442/2005, de 11-4 ; y 457/2010, de 25-5 , entre otras).

En consecuencia, el motivo deviene inacogible.

**DECIMOCTAVO . 1.** En el **motivo segundo** se invoca la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, del derecho de defensa y del deber de motivación de las penas.

En este caso la parte recurrente formula un cúmulo de pretensiones de forma genérica sobre vulneraciones de derechos fundamentales, sin que después entre a concretar las razones de cada una de las infracciones que de forma inespecífica considera cometidas, centrándose únicamente con algo más de concreción y profundidad en el tema de la desproporción de la pena impuesta a una persona de 70 años.

Sin embargo, en uno de los párrafos del recurso afirma que el Tribunal Supremo debe revisar la sentencia valorando si se ha cumplimentado en este caso el **principio de legalidad penal** , rebajando la condena en el supuesto de que corresponda reducirla con arreglo a la aplicación de la ley.

Esta alegación, sin duda excesivamente abierta e indeterminada, puesta en relación con lo que este Tribunal ha establecido en reiteradas ocasiones con respecto a lo se viene entendiendo como la voluntad impugnativa del recurrente ( SSTS 766/2008, de 27-11 ; 495/2015, de 29-9 ; 556/2015, de 2-10 ; 747/2015, de 19-11 ; 618/2016, de 8-7 ; 687/2016, de 26-7 ; 694/2016, de 27-7 ; y 771/2016, de 18-10 , entre otras muchas), nos permite entrar a examinar la posibilidad de que estemos ante un supuesto de tentativa de delito en lugar de delito consumado, a tenor de lo que se ha argumentado en el fundamento quinto de esta sentencia sobre la tentativa en el delito de tráfico de drogas y la interpretación que al respecto viene haciendo la jurisprudencia de esta Sala. Pues la voluntad impugnativa que anima el recurso del acusado posibilita un examen de la corrección aplicativa del principio de tipicidad en lo concerniente al grado de la consumación del delito que se transparenta en la descripción de los hechos probados.

**2.** En el fundamento quinto de esta sentencia ya hemos anticipado al examinar **la tentativa** con respecto al delito del art. 368 del C. Penal que, según la jurisprudencia de esta Sala, el delito contra la salud pública de tráfico de sustancias estupefacientes existe desde que uno de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común. Por lo cual, la apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

En la **sentencia 115/2015** , de 5 de marzo , al resumir la doctrina de esta Sala se afirma (con cita de la sentencia 2354/2001, de 12-12 ) que en los supuestos de envío de droga desde el extranjero la tentativa es admisible cuando concurren en la conducta del acusado los siguientes requisitos: 1º) no haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2º) no ser el destinatario de la mercancía; y 3º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma. De la propia redacción literal se desprende -precisa la STS. 426/2007, de 16.5 - que tales requisitos deben darse de manera conjunta.

Y en la STS. 205/2008, de 24 de abril , que se cita en la 115/2015, se advierte que "...se deben distinguir dos posiciones distintas: a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico; b) si la intervención del acusado tiene lugar después de que la sustancia se encuentre en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber intervenido en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad de la droga intervenida, se trata de un delito intentado.



Estas pautas interpretativas se repiten en numerosas sentencias de esta Sala (405/1997 , 835/2001 , 1233/2002 , 1673/2003 , 1110/2004 , 895/2008 , 980/2009 , 1047/2009 , 672/2010 , 127/2011 , 604/2014 y 714/2016 , entre otras).

**3. Al aplicar estos criterios hermenéuticos al caso** que ahora se juzga hemos considerado en los fundamentos precedentes que el acusado principal, Marcial Amadeo , y los recurrentes Matias Urbano y Anibal Feliciano intervinieron en la fase previa al inicio del transporte de la droga desde Sudamérica hasta un punto determinado del Océano Atlántico donde el "barco nodriza" que transportaba la cocaína se ubicó a la espera de la embarcación que habría de cargarla y trasladarla hasta las costas gallegas.

Por lo tanto, esas tres personas, y también los miembros de la organización gallega que convino con Marcial Amadeo la adquisición y recepción de la droga con carácter previo a su transporte (integrada por Raul Juan y otros NUM012 acusados), han sido condenados como coautores del delito contra la salud pública. La razón es que todos ellos contribuyeron a que la cocaína fuera transportada con destino a España, quedando así consumada su acción delictiva a partir del inicio del transporte, pues la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que estamos ante un delito de peligro abstracto, de mera actividad y de conducta anticipada o de resultado cortado.

Esas expresiones, si bien no es concorde la doctrina sobre su corrección idiomática para denominar algunos de los supuestos que se contemplan jurisprudencialmente, pretenden significar que no es necesario que la droga llegue al consumidor para considerar perpetrada la conducta, sino que ha de entenderse consumada desde que se interviene en los actos de traslado de la sustancia de un traficante a otro. Y es por ello por lo que la jurisprudencia viene entendiendo que los que intervienen en una conducta de transporte a distancia promoviendo o determinando su inicio, deben ser calificados como coautores por realizar una conducta que facilita, favorece o promueve el consumo; mientras que en otros casos se afirma que actúan como cooperadores necesarios o inductores para que el transporte se realice de un continente a otro. Y ello incluso con anterioridad a que la droga entre dentro del ámbito de disposición efectiva de los acusados.

Sin embargo, la jurisprudencia también afirma repetidamente que en los delitos cometidos mediante el transporte a distancia de la droga las personas que entran a colaborar o realizar su acción delictiva ya cuando la droga ha sido transportada, y que por lo tanto no intervienen en acuerdo previo alguno a su transporte, no pueden considerarse como autores de un delito consumado si no llegan ni a contribuir en los actos de transporte ni a tener después disposición de la sustancia estupefaciente.

Y así, en la **STS 866/2008** , de 27 de noviembre , se establece que quedará en grado imperfecto el delito de tráfico de drogas si la acción del sujeto no determina un desplazamiento territorial de la droga -mediante su transporte- o posesorio -mediante la transmisión-, pero quedará consumado el delito si la acción del acusado origina un traslado geográfico del estupefaciente, aunque no se consiguiera el desplazamiento posesorio pretendido, por haber sido interceptada la droga antes de su entrega al destinatario (ver en igual sentido SSTS 658/2008 , 598/2008 y 875/2013 ).

En la **sentencia 362/2011** , de 6 de mayo , se argumenta que si bien la jurisprudencia ha rechazado fundándose en la estructura del tipo del art. 368 del CP la aplicación del art. 16.1 en los casos en los que el autor no ha logrado los fines perseguidos por la tenencia de estupefacientes, ha admitido, por el contrario, que el intento de lograrla, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor ( SSTS. 12.12.2001 , 5.12.2002 , 7.7.2003 , 17.9.2004 y 5.10.2004 ). Por lo cual, apreció la tentativa en un supuesto en que el recurrente, sin haber participado en los actos previos del transporte de la cocaína de Madrid a Las Palmas, e incluso sin constancia de que los conociera, y sin ser el destinatario de la misma, intervino con posterioridad cuando, estando ya la droga en su destino, es llamado por el organizador de la operación para que la recupere del lugar donde la tuvo que ocultar un coacusado, ante la presencia policial, arrojándola a la terraza de la habitación contigua del Hotel. El intento de recuperación no fue posible por tener la Guardia Civil controlada la operación y ello determinó la aplicación del art. 16.1 del C. Penal .

En la **sentencia 66/2012** , de 9 de febrero , se afirma que cuando la plural actuación lo sea con diversidad de grado de participación, cabe diferenciar los casos que algún sector doctrinal denomina tentativa de participación, de aquellos otros en que se trata de una participación en delito intentado. Puede hablarse de tentativa de participación en los supuestos en los que el comportamiento del partícipe no llegue a traducirse en consecuencias que incidan en la realización del comportamiento tipificado como principal. En tales casos no aumenta el grado de ejecución imputable al partícipe por el dato de que la conducta del autor principal alcance la consumación. Deben considerarse participación en delito intentado los supuestos en los que, no obstante culminar el partícipe su contribución, el delito principal no llega a consumarse. Y como en el supuesto que examina los recurrentes no habían intervenido en ningún pacto previo para la importación de la droga ni



eran tampoco sus destinatarios finales, se estimó el recurso y fueron condenados por una tentativa de delito al ser detenidos cuando estaban descargando los fardos de droga.

En la **sentencia 689/2014** , de 21 de octubre , se establece que si ya hubiera comenzado la ejecución por medio de actos dirigidos a la adquisición de la sustancia, a través de una actividad unívoca y próxima que habría de conducir a la tenencia de la droga de continuar hasta su final sin interrupción, nos hallaríamos ante una tentativa inacabada; por ejemplo, cuando ya se ha iniciado el traslado de los adquirentes al lugar donde la droga habría de entregarse y ello no se consuma porque la policía detiene antes a los vendedores de la mercancía que así queda ocupada. Y esto fue lo que sucedió en el caso que contempla esa sentencia, pues comenzó a ejecutarse el ilícito transporte de droga que se había planificado, con una embarcación semirrígida de 12 metros de eslora que llevaba tres motores de 250 caballos cada uno, tripulada por dos acusados. Sin embargo, no pudieron culminar sus propósitos, ya que dicho medio de transporte se averió, siendo localizada a la deriva por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil y trasladada al puerto, donde quedó depositada hasta que días después fue recuperada por su titular registral. Aquellos tripulantes no fueron detenidos, pues ninguna droga se les intervino, al haberse desprendido de ella ante la imposibilidad de su transporte. Fue estimado el recurso y condenados por una tentativa de delito.

La **sentencia 569/2016** , de 29 de junio , condena por tentativa al conductor de un auto que concierne con otros dos acusados para actuar con él como lanzadera, es decir, precediendo al que transportaría la droga, para advertir al conductor de éste de la existencia de eventuales controles policiales, sin haber tenido intervención alguna en la elaboración de la droga incautada y sin que exista base alguna para afirmar que fuera a implicarse luego en su distribución o comercialización. La única actividad que se había comprometido a prestar no pudo realizarla debido a la intervención de la policía. Se considera que concurre tentativa por ese intento de contribuir al transporte de la sustancia estupefaciente, al ser éste el único segmento de actividad en que estaba implicado.

**4. Centrándonos ya en el caso concreto del recurrente Rogelio Genaro** , en la sentencia recurrida se declara probado que al día siguiente de partir el velero " DIRECCION000 " , es decir, el 15 de mayo de 2013, sufrió una avería que les impidió proseguir su travesía y les hizo entrar a los tripulantes en el puerto de Aveiro (Portugal) para que fuera reparado. La organización comenzó entonces una frenética actividad para encontrar en pocos días un barco que pudiera recoger la droga en el punto de altamar al que ya se aproximaba el buque enviado por la organización sudamericana cargado con la cocaína. Para ello, Raul Juan y Aquilino Isaac se pusieron en contacto con los acusados Rogelio Genaro y Ovidio Eulalio , quienes hicieron las gestiones precisas para encontrar un barco que recogiera la droga, encargándose ambos procesados desde ese momento de las labores de intermediación entre Aquilino Isaac y Raul Juan y el barco por ellos localizado, teniendo en todo momento plena conciencia de la naturaleza y finalidad delictiva de la operación de narcotráfico en la que estaban interviniendo.

A lo largo del día 22 de mayo de 2013 se produjeron varias reuniones entre los procesados Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano , de una parte, y Raul Juan e Aquilino Isaac de otra, quienes además mantenían también contactos y reuniones con Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio . Todo ello con la finalidad de poner en contacto a las dos embarcaciones en las mismas coordenadas facilitadas, para llevar a cabo el trasvase de la droga en altamar.

Si bien la investigación policial no llegó a descubrir la identidad de quienes en tierra y en mar controlaban este nuevo buque contratado a través de Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio para el trasvase de la droga, sí se llegó a determinar la posición en altamar del buque nodriza enviado por la organización sudamericana, por lo que se organizó un dispositivo para el abordaje del mismo, detención de su tripulación y aprehensión de la droga. De esta forma, sobre las 2:45 horas (hora peninsular) del día 29 de mayo de 2013 se procedió a interceptar y abordar al buque " DIRECCION001 " , hallándose a bordo un total de 2.103,98 kilos de cocaína reducida a pureza, tasada en 295.058.721,02 euros, droga que se pretendía introducir en España en la operación descrita.

En el fundamento quinto de la sentencia recurrida, y también en el sexto, se vierten los argumentos probatorios sobre los que se sostiene la intervención en los hechos de los acusados Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio , describiendo las reuniones que tuvieron los días 18, 19, 21 y 22 de mayo con el grupo de Raul Juan dándoles cuenta cómo iban las gestiones encauzadas a contratar un nuevo barco, reuniones que fueron controladas tanto por las vigilancias de los funcionarios policiales que se reseñan en la sentencia como también por algunas intervenciones telefónicas.

El propio recurrente admitió en su declaración judicial de la fase de instrucción (folio 2214) que les encomendaron buscar un barco para transportar droga y que practicaron gestiones al efecto para conseguir un barco por la zona, realizando contactos con dos personas que podían encargarse de realizar el transporte con un barco, pero esas gestiones no dieron resultado y por ello al final no se consiguió nada. El acusado se



retractó de estas declaraciones en el plenario, pero al Tribunal sentenciador no le convenció la retractación del recurrente.

Pues bien, a tenor de los hechos declarados probados y del contenido de la motivación probatoria de la sentencia impugnada, resulta patente que ambos acusados ( Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio ) asumieron el encargo de la búsqueda de una embarcación para transportar la cocaína desde alta mar hasta las costas gallegas. Y no sólo asumieron el encargo, sino que realizaron las gestiones encaminadas a tal fin, si bien no consta evidenciado con datos concretos que esa misión fuera fructífera y obtuviera un resultado positivo. Así lo constata el hecho de que no se conozca qué barco pudo ser contratado ni quién era la persona o personas que iba a tripularlo. Si a ello se le suma que el día 29 de mayo siguiente el barco que transportaba la cocaína fue abordado por los agentes de la Guardia Civil, sin que se conozca de embarcación alguna que haya intentado la descarga de la droga, ha de concluirse que, tal como alega el recurrente, las gestiones no arrojaron resultado positivo alguno.

Por consiguiente, aunque el relato fáctico de la sentencia recurrida pudiera generar algún equívoco cuando hace referencia a un nuevo "buque contratado", en ningún momento se motiva probatoriamente que haya sido contratado un nuevo barco por Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio , ni se especifica o precisa con dato alguno la existencia de esa supuesta embarcación, quedando así corroborado que las gestiones de ambos acusados resultaron baldías.

Así las cosas, se está ante un supuesto de tentativa previsto en el art. 16.1 del C. Penal , que ha de ponerse en relación con los arts. 368, penúltimo inciso, y 370.3 del C. Penal . Pues, en primer lugar, estos dos acusados no intervinieron en plan o concierto previo alguno para que la droga fuera transportada desde Sudamérica hasta una zona próxima a las costas españolas donde pudiera ser descargada. Sólo intervinieron en los hechos tras frustrarse la recogida de la cocaína por el velero que había sido contratado al efecto, y ello sucedió después de que el transporte de la droga hubiera sido pactado y materializado hasta llegar a la zona donde se ubicó el barco " DIRECCION001 " .

En segundo lugar, Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio no eran los destinatarios de la mercancía ni sabían nada de la operación hasta que se les encomendó buscar un barco.

Y en tercer lugar, no llegaron en ningún momento a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por no haber obtenido resultado alguno en su intento de conseguir un barco que posibilitara el acercamiento de la droga hasta las costas gallegas.

Ciertamente, realizaron actos encauzados a tal fin, pero sin que llegaran ni a transportar ellos la droga ni tampoco a facilitar o favorecer que otros realizaran el transporte, ya que no consta que consiguieran resultado alguno en su intento de conseguir que el transporte de cocaína se consumara en la segunda etapa de acercamiento a la costa que tenían prevista las dos organizaciones implicadas. Pues la primera se había cubierto merced a la intervención de los acusados condenados por delito consumado, pero la segunda (desde el punto de encuentro en alta mar hasta la costa española) no se llegó a materializar.

Por otra parte, el acto con que intentaron colaborar los dos acusados debe ser conceptualizado como de cooperación necesaria, dada la relevancia que tenía conseguir una embarcación que permitiera culminar la operación transportando la droga a tierra, en un momento en que el barco procedente de Sudamérica ya no podía esperar más para realizar el traspaso de la mercancía. Tanto es así que fueron localizados y abordados por los agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera, que intervinieron toda la cocaína transportada.

El supuesto ahora juzgado es sustancialmente el mismo que el contemplado en la **sentencia 888/2006** , de 20 de septiembre . En ese caso jurisprudencial los organizadores contactaron con el recurrente para que hiciera las gestiones necesarias tendentes a facilitar a los tripulantes del velero en apuros el avituallamiento que necesitaban para conseguir que la droga llegara a su destino (unos 400 kilos de cocaína). El acusado requirió la ayuda de un segundo sujeto y ambos realizaron gestiones en Las Palmas para conseguir la ayuda requerida, sin que finalmente éstas llegaran a buen fin, pues el velero fue finalmente abordado por el Servicio de Vigilancia Aduanera antes de que las gestiones de aquéllos fructificaran.

Argumentó en ese caso la Sala que es claro que el delito contra la salud pública estaba ya consumado respecto de los encargados del transporte y de las personas que intervenían en la operación como compradores de la droga, una vez que habían perfeccionado el acuerdo para su adquisición, transporte y entrega. Se trata de un delito que en ocasiones se presenta como de consumación permanente, dice la sentencia, en el sentido de que se ejecuta de forma relevante durante todo el tiempo en que la droga se encuentre en poder del autor existiendo intención o finalidad de tráfico. De esta forma es posible la intervención de terceros en un delito ya consumado, con posterioridad al momento desde el que tal consumación se ha producido, a título



de coautores, cooperadores necesarios o cómplices, sin perjuicio de las dificultades derivadas del concepto amplio de autor que se desprende del artículo 368 del Código Penal .

En estos casos, afirma la sentencia reseñada, la participación de otros posibles intervinientes en los hechos debe ser valorada, sin embargo, en función de su conducta concreta en cuanto suponga una aportación a la ejecución, de forma que respecto de alguno de ellos puede apreciarse un estado de ejecución diferente del que corresponde a la acción de otros. En el caso de la sentencia 888/2006 , el recurrente realiza unas gestiones que permitirían a la embarcación que transporta la droga continuar su singladura, interrumpida por la ausencia de víveres y otras complicaciones de sus tripulantes y de la misma embarcación. La prestación de la ayuda es la conducta relevante penalmente, pues es la que podría permitir la continuación de la operación ilícita. Sin embargo, esas gestiones no solo no se concretaron en una ayuda efectiva, sino que, según se desprende del hecho probado, ni siquiera llegaron a concluir en un acuerdo definitivo para la prestación de la misma entre el recurrente y la empresa que podría prestarla. En definitiva, el recurrente trató de realizar una aportación relevante, sin llegar a conseguirlo. Ello, según la sentencia, sitúa al hecho efectivamente ejecutado en el ámbito de la tentativa inacabada.

Pues bien, en el supuesto que ahora se juzga también los dos acusados realizaron gestiones encauzadas a conseguir que se reiniciara la operación de transporte y que la droga fuera por fin trasladada a las costas gallegas. Sin embargo, esas gestiones, que duraron varios días, no consiguieron efecto alguno, pues no consta que consiguieran los acusados un barco y una tripulación para transportar la cocaína. Ello significa que su intento de influir con su conducta en el transporte de la mercancía no pudo consumarse, de modo que no cooperaron materialmente en el transporte de la cocaína ni facilitaron de forma efectiva tampoco el buen fin de la operación, a pesar de que lo intentaron en un aspecto o ámbito que en ese momento resultaba imprescindible para el éxito de la consumación definitiva del plan delictivo.

5. En virtud de lo que antecede, el acusado debe ser condenado como autor por cooperación necesaria de una tentativa inacabada del art. 368 del C. Penal , en relación con el art. 370.3 del C. Penal . Por lo cual, atendiendo al peligro inherente a su intento y al grado de ejecución alcanzado por su conducta ( arts. 16.1 y 62 del C. Penal ), la pena ha de reducirse en dos grados, quedando así cuantificada en una horquilla que comprende desde 2 años y 3 meses de prisión a 4 años y seis meses de prisión. Sin embargo, ponderando la gravedad del hecho plasmada en la cantidad de cocaína que se pretendía transportar (más de dos toneladas de cocaína base), se considera que la pena adecuada es la de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos penas de multa de 100 millones de euros cada una, con la responsabilidad penal subsidiaria de 3 meses de prisión por cada una de ellas.

Procede, pues, estimar parcialmente este segundo motivo, con declaración de oficio de las costas del recurso en esta instancia ( art. 901 LECr .).

**DECIMONOVENO** . En el **tercer motivo** se alega, al amparo del art. **849.2º de la LECr** . , la existencia de error en el escrito de calificación definitiva del Ministerio Fiscal, que "elaboró y presentó como prueba documental al inicio de la vista oral".

El motivo que formula la parte contiene varias alegaciones argumentales erróneas. En primer lugar, porque el escrito de calificaciones definitivas del Ministerio Público no es una prueba documental, y mucho menos de las que se comprenden en la vía procesal que se articula mediante el art. 849.2º de la LECr .

De otra parte, porque el Ministerio Fiscal dispone de un trámite procesal para modificar las calificaciones que emitió provisionalmente, según se regula en el art. 732 de la LECr ., trámite que no vulnera el derecho de defensa del acusado por el mero hecho de solicitar un incremento de la pena al que puede oponerse la defensa del acusado con las alegaciones que estime pertinentes, tanto en el momento de la modificación de calificaciones como en el informe final de la vista oral.

Por último, una vez que en el fundamento precedente se le ha aplicado al delito en que incurrió el recurrente el grado de tentativa y se ha reducido sustancialmente la pena privativa de libertad que le impuso la Audiencia, es claro que el motivo de impugnación ha perdido lo que podía considerarse como su esencia argumental y las pretensiones que con ella aspiraba a obtener en el ámbito punitivo.

Así pues, se desestima este tercer motivo del recurso.

*F) Recurso de Ovidio Eulio*

**VIGÉSIMO**. En el **primer motivo** invoca la parte, con sustento procesal en el **art. 849.2º de la LECr** . , la existencia de error en la apreciación de la prueba, según se desprende -dice- del acta del juicio y de las declaraciones de los testigos y acusados.



La referencia que hace la defensa al acta del juicio y a las declaraciones de los testigos y acusados revela de forma palmaria que su tesis no puede prosperar vista la vía procesal en que se apoya para plantear sus discrepancias probatorias.

En efecto, esta Sala, como es sabido, viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación ( art. 849.2º LECr .), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, evidencia que ha de basarse en el propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo del documento, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida ( SSTS de 1653/2002, de 14- 10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3 , entre otras).

Pues bien, todas las diligencias que cita el recurrente como evidenciadoras de la existencia de error son pruebas personales documentadas. De modo que no cita ningún documento que por sí mismo tenga poder demostrativo autosuficiente para acreditar los errores probatorios que postula.

Su tesis podría por tanto tener una posibilidad de ser examinada planteándola a través de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pero como ello ya lo hace en el motivo siguiente de su recurso, nos remitimos a lo que allí diremos en cuanto a la fundamentación probatoria de la sentencia recurrida.

Se rechaza, en consecuencia, este primer motivo del recurso.

**VIGÉSIMO PRIMERO. 1.** En el **segundo motivo** invoca el recurrente la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** , si bien vuelve a citar como sustento procesal el art. 849.2º de la LECr ., cuando lo correcto era utilizar el cauce del art. 852 de la LECr . Sin embargo, obviando ese error procedimental, se entrará a examinar las alegaciones en que fundamenta la vulneración de una norma constitucional ( art. 24.2 CE ).

El recurrente sostiene en este motivo y también en el precedente, según se advirtió, que la prueba de cargo en que se fundamenta su condena resulta insuficiente para enervar la presunción constitucional.

La intervención del acusado en los hechos delictivos tiene sustancialmente la misma naturaleza, extensión y contenido que la que se le ha atribuido al coimputado Rogelio Genaro , por lo que los argumentos probatorios recogidos en el fundamento decimotavo, apartado 4, han de serle aplicados también a Ovidio Eulalio . Es más, cuando nos referimos al acusado Rogelio Genaro en el fundamento decimotavo de esta sentencia lo hicimos casi siempre en plural, comprendiendo así conjuntamente la conducta de ambos acusados.

Allí dijimos (apartado 4 del fundamento decimotavo) que el 15 de mayo de 2013, cuando sufrió una avería el velero del acusado Raul Juan que impidió proseguir la travesía, la organización comenzó entonces una frenética actividad para encontrar en pocos días un barco que pudiera recoger la droga en el punto de altamar al que ya se aproximaba el buque enviado por la organización sudamericana cargado con la cocaína. Para ello, Raul Juan y Aquilino Isaac se pusieron en contacto con los acusados Rogelio Genaro y Ovidio Eulalio , quienes hicieron las gestiones precisas para encontrar un barco que recogiera la droga, encargándose ambos procesados desde ese momento de las labores de intermediación entre Aquilino Isaac y Raul Juan y el barco por ellos localizado, teniendo en todo momento plena conciencia de la naturaleza y finalidad delictiva de la operación de narcotráfico en la que estaban interviniendo.

A lo largo del día 22 de mayo de 2013 se produjeron varias reuniones entre los procesados Marcial Amadeo , Matias Urbano y Anibal Feliciano , de una parte, y Raul Juan e Aquilino Isaac de otra, quienes además mantenían también contactos y reuniones con Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio . Todo ello con la finalidad de poner en contacto a las dos embarcaciones en las mismas coordenadas facilitadas, para llevar a cabo el trasvase de la droga en altamar. Si bien no consta acreditado que las gestiones de Rogelio Genaro y el ahora recurrente obtuvieran finalmente un resultado positivo.

También reseñamos que en los fundamentos quinto y sexto de la sentencia recurrida, se vierten los argumentos probatorios sobre los que se sostiene la intervención en los hechos de los acusados Rogelio Genaro e Ovidio Eulalio , describiendo las reuniones que tuvieron los días 18, 19, 21 y 22 de mayo con el grupo de Raul Juan dándoles cuenta cómo iban las gestiones encauzadas a contratar un nuevo barco, reuniones que fueron controladas tanto por las vigilancias de los funcionarios policiales que se reseñan en la sentencia como también por algunas intervenciones telefónicas.

En concreto, con respecto al ahora recurrente, Ovidio Eulalio se argumenta en la página 32 de la sentencia recurrida que aunque podría ser objeto de discusión si Ovidio Eulalio sabía o no el objeto de su participación,



pues nadie lo ha afirmado directamente, y si bien su actuación hasta ese momento podría estimarse colateral y sin evidencias claras de que conociese que se estaba tramando una operación ilegal, los indicios de su participación son consistentes dada su presencia reiterada junto con Rogelio Genaro en los encuentros con Santos Inocencio y en ocasiones con Raul Juan, lejos de su domicilio y dando una explicación no satisfactoria, ni acreditada ni siquiera de forma somera, en relación con la reparación de una lavadora en un barco indeterminado. Y se cita al respecto la conversación extractada al folio 1.080 entre Aquilino Isaac y otra persona con la que estuvo hablando el día anterior, a quien hay que identificar como Ovidio Eulalio, quien le menciona reiteradamente una lavadora que al parecer no funciona bien, que está muy movida, sin que Santos Inocencio llegue a enterarse exactamente de qué le están hablando, lo que da idea del lenguaje críptico que se estaba empleando el recurrente. Con la relevante particularidad de que en esa fecha no hay ningún barco que rescatar como hemos dicho.

De todas formas, señala la Audiencia, la más clara evidencia de su conocimiento y participación se evidencia con los hechos y pruebas de lo sucedido el día siguiente 22 de mayo, que se recoge en los apartados F), G) y L) del fundamento sexto de la sentencia, donde se aprecia la intervención en las reuniones y conversaciones telefónicas por parte del recurrente, en el curso de todas las gestiones encauzadas a conseguir un barco para retirar la droga que sustituyera al averiado.

Así las cosas, al haber quedado fehacientemente enervada la presunción de inocencia, el motivo se desestima.

2. Sin embargo, y tal como ya se argumentó en profundidad en los apartados 4 y 5 del fundamento dieciocho de esta sentencia, ha de aplicarse al recurrente la calificación jurídica de la tentativa inacabada en los mismos términos en que se le apreció al coacusado Rogelio Genaro, en virtud del efecto extensivo en lo favorable al recurrente que prevé el art. 903 de la LECr.

Dado lo cual, Ovidio Eulalio debe ser condenado como autor por cooperación necesaria de una tentativa inacabada del art. 368 del C. Penal, en relación con el art. 370.3 del C. Penal, en relación con los arts. 16.1 y 62 del C. Penal), a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos penas de multa de 100 millones de euros cada una, con una responsabilidad penal subsidiaria de 3 meses de prisión por cada una de ellas.

Procede, pues, estimar parcialmente su recurso, con declaración de oficio de las costas del recurso en esta instancia (art. 901 LECr.).

G) *Recurso de Felipe Luis*

**VIGÉSIMO SEGUNDO.** En el **único motivo** que formula, por la vía del art. 852 de la LECr., le reprocha al Tribunal la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y también la conculcación del principio acusatorio.

Alega a tal efecto que la Audiencia aplicó a otros acusados la **atenuante de confesión** y les redujo merced a ello la pena en un grado, cosa que no hizo con el recurrente, ya que le redujo la pena en un grado por complicidad y no se le redujo en otro por la atenuante de confesión, reducción que habría conllevado una pena inferior a tres años de prisión, en lugar de los tres años y seis meses que se le impusieron.

La tesis de la defensa no puede prosperar, habida cuenta que al recurrente no se le aplicó una atenuante de confesión muy cualificada sino meramente ordinaria o simple, cualificación que, en contra de lo que aduce, tampoco se aplicó a otros recurrentes.

A Felipe Luis se le ha condenado como cómplice de un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en cantidad de notoria importancia (arts. 368, penúltimo inciso del primer párrafo, en relación con el art. 369.5ª del C. Penal). Ese tipo penal conlleva una pena de seis años y un día a nueve años de prisión, pena que ha sido reducida en este caso en un grado por haber sido condenado el recurrente como cómplice del delito (art. 29 del C. Penal). La horquilla punitiva que le corresponde al delito comprende pues desde tres hasta seis años de prisión, y como le ha sido aplicada una atenuante genérica de confesión, ha de serle impuesta en la mitad inferior. Es decir, con un límite máximo de cuatro años y seis meses de prisión. Ello significa que al haber sido individualizada la pena en la cuantía de 3 años y seis meses de prisión, la cuantificación, en contra de lo que aduce el impugnante, se ajusta a derecho.

En cambio, no figura bien aplicada la pena accesoria de inhabilitación absoluta, toda vez que al no alcanzar la pena privativa de libertad los diez años de prisión no cabía la imposición de esa pena privativa de derechos (art. 55 del C. Penal). Debe, pues, ser sustituida por la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 del C. Penal).

Se estima así parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 del C. Penal).



**VIGÉSIMO TERCERO.** Al haberse observado que a los acusados Herminio Gabino , Constancio Onesimo , Argimiro Julian , Juan Basilio , Benjamin Alejo , Victorio Teodoro , Marcial Amadeo , Carmelo Victorio , Jacinto Horacio y Horacio Victorio , se les ha impuesto en la sentencia recurrida una pena accesoria de inhabilitación absoluta, a pesar de haber sido condenados por una pena privativa de libertad inferior a diez años de prisión ( art. 55 del C. Penal ), procede rectificar de oficio, en aplicación del principio de legalidad penal, el error padecido por el Tribunal de instancia, sustituyendo esa pena en la segunda sentencia que se dictará por la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ( art. 56 del C. Penal ).

### III. FALLO

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN** por infracción de ley interpuestos por las representaciones de los acusados **Matias Urbano , Anibal Feliciano , Rogelio Genaro , Ovidio Eulalio y Felipe Luis** , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta, con sede en Vigo, de fecha 22 de diciembre de 2015 , que condenó a los cuatro primeros recurrentes como autores de un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en la modalidad de extrema gravedad, y al último reseñado en concepto de cómplice del mismo delito en su modalidad agravada de notoria importancia, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

**DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de **Raul Juan y Aquilino Isaac** contra la referida sentencia, imponiéndoles a los recurrentes las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde

### 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 veintitrés de Diciembre de dos mil dieciséis.

En la causa sumario nº 7106/12, del Juzgado de instrucción número 6 de Vigo, seguida por un delito contra la Salud Pública contra Matias Urbano , con DNI NUM113 , nacido en Noalla-Sanxenxo (Pontevedra) el NUM114 de 1955, hijo de Millan Carmelo y Macarena Mariola , Felipe Luis , con DNI NUM115 , nacido en Vilagarcía de Arosa (Pontevedra) el NUM116 de 1976, hijo de Julio Aureliano y Tarsila Nicolasa , Anibal Feliciano , con DNI NUM117 , nacido en Vilanova de Arousa (Pontevedra) el NUM118 de 1966, hijo de Eduardo Moises y Macarena Mariola , Raul Juan , con DNI NUM119 , nacido en Gondomar (Pontevedra) el NUM120 de 1964, hijo de Leovigildo Ignacio e Amalia Patricia , Santos Inocencio , con DNI NUM121 , nacido en Caracas (Venezuela) el NUM122 de 1971, hijo de Eduardo Moises y Angelina Remedios , Rogelio Genaro , con DNI NUM123 , nacido en Vigo el NUM124 de 1947, hijo de Candido Donato y Macarena Mariola , Ovidio Eulalio , con DNI NUM125 , nacido en Vigo (Pontevedra), el NUM126 de 1966, hijo de Demetrio Teodoro y Macarena Mariola y otros, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta dictó en el Rollo de Sala 55/2013 sentencia en fecha 22 de diciembre de 2015 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En virtud de lo argumentado en los fundamentos sexto y décimo de la sentencia de casación, procede modificar la sentencia recurrida en el sentido de condenar a los acusados Matias Urbano y Anibal Feliciano como





cómplices de un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en la modalidad de extrema gravedad ( arts. 368, inciso penúltimo del párrafo primero , y art. 370.3º, en relación con el art. 29, todos ellos del C. Penal ), a la pena, a cada uno de ellos, de 7 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a dos multas de ciento cincuenta millones de euros cada una.

De otra parte, con base en lo argumentado en los fundamentos decimoctavo y vigésimo primero se modifica la condena de los acusados Rogelio Genaro y Ovidio Eulalio , en el sentido de condenarles como coautores del delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en la modalidad de extrema gravedad en grado de tentativa inacabada ( arts. 368, inciso penúltimo del párrafo primero , y art. 370.3º, en relación con los arts. 16.1 y 62, todos ellos del C. Penal ), a la pena, a cada uno de ellos, de cuatro años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a dos multas de cien millones euros cada una, con una responsabilidad penal subsidiaria de 3 meses de prisión por cada una de ellas.

Por último, se deja sin efecto la pena accesoria de inhabilitación absoluta impuesta al recurrente Felipe Luis y se le impone la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

### III. FALLO

**Se modifica** la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra el 22 de diciembre de 2015 , en el sentido de que condenamos a los acusados Matias Urbano y Anibal Feliciano como **cómplices** de un delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en la modalidad de extrema gravedad, a la pena, a cada uno de ellos, de **7 años de prisión** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a **dos multas de ciento cincuenta millones de euros cada una** .

De otra parte, condenamos a los acusados Rogelio Genaro y Ovidio Eulalio como **coautores** del delito contra la salud pública de tráfico de cocaína en la modalidad de extrema gravedad **en grado de tentativa** , a la pena, a cada uno de ellos, de **4 años y 6 meses de prisión** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a **dos multas de cien millones de euros cada una** , con una responsabilidad penal subsidiaria de 3 meses de prisión por cada una de ellas.

Se deja sin efecto la pena accesoria de inhabilitación absoluta impuesta al recurrente Felipe Luis y se le impone la **pena accesoria de inhabilitación especial** para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por último, **se deja sin efecto la pena accesoria de inhabilitación absoluta** impuesta a los condenados no recurrentes Herminio Gabino , Constancio Onesimo , Argimiro Julian , Juan Basilio , Benjamin Alejo , Victorio Teodoro , Marcial Amadeo , Carmelo Victorio , Jacinto Horacio y Horacio Victorio , sustituyéndola por la de **inhabilitación especial** para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia **Ana María Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde**

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. **D. Alberto Jorge Barreiro** , mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.