

Roj: **STS 4074/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4074**Id Cendoj: **28079120012017100756**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/11/2017**Nº de Recurso: **10275/2017**Nº de Resolución: **744/2017**Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 1501/2017,**  
**STS 4074/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10275/17P interpuesto por **D. Virgilio** representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Concepción Villaescua Sanz, bajo dirección letrada de D. Jesús Hoyas García y por **D. Anibal** representado por el procurador D. Javier Cervera Rodríguez, con dirección letrada de D. Raúl Romero Nuñez, contra la sentencia de fecha 22 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Nacional, Sección Tercera. Interviene el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción núm. 3, tramitó Procedimiento Abreviado núm. 31/2014 contra **D. Virgilio y D. Anibal** por delito contra la salud pública; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala Penal, cuya Sección Tercera (Rollo de P.A. núm. 3/2017) dictó Sentencia en fecha 22 de marzo de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Fruto de las investigaciones llevadas a cabo por funcionarios de Vigilancia Aduanera, Unidad Combinada de Málaga, se detectó en marzo de 2014 un buque mercante que llevaba a cabo una navegación errante sin sentido aparente y en una zona no habitual del mar de Alborán, para un barco de sus características.

Dicha embarcación, buque mercante de nombre MAYAK, ostentaba bandera de Sierra Leona, con puerto de matrícula Freetown, dedicado a carga general, número EZU- .... , de 62,6 metros de eslora, 8,7 metros de manga, 4 metros de calado y 1.100 toneladas de peso muerto.

Tras realizar varias navegaciones sin rumbo por el mar de Alborán, el MAYAK recaló en la bahía de Málaga dónde fondeó los días anteriores al 14 de marzo de 2014 en la rada de Málaga, en un lugar próximo a la costa fuera del puerto.

A las 11 horas del día 14 de marzo, dicho mercante levó anclas en la bahía de Málaga y se dirigió hacia el estrecho de Gibraltar. Tras recibir instrucciones del armador cambió el destino de Ceuta a Orán (Argelia). El día 15.03.14 recibió órdenes del armador de parar máquinas esperando instrucciones para el próximo puerto.

Con fecha 14 de marzo de 2014 se obtuvo por el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO), actualmente CITCO, de las autoridades de Sierra Leona, país cuyo pabellón ostentaba el buque, la autorización de abordaje.



En fecha 15 de marzo de 2014 salió del puerto de Cádiz la embarcación denominada FULMAR, siendo pilotada por el Capitán del Buque de Operaciones Especiales del Departamento de Aduanas e ILEE de la A.E.A.T. con la finalidad de aprehender al MAYAK.

El helicóptero ARGOS I, perteneciente a la Unidad Combinada de Vigilancia Aduanera, detectó, alrededor de las 6 horas del día 16 de marzo de 2014, a la altura de la Bahía de Alhucemas, el buque mercante navegando muy despacio, paralelo a la costa y con las luces de navegación apagadas. A las 6,30 horas, en la misma zona, aparecieron dos embarcaciones neumáticas de gran porte navegando paralelas entre sí, con las luces también apagadas y cargadas, dirigiéndose hacia el mercante. Hacia las 7,30 horas las dos embarcaciones contactaron con el mercante y comenzaron a trasbordar mercancía, marchándose estas dos embarcaciones una vez finalizada la descarga.

Hacia las 8:50 horas del día 16 de marzo de 2014 estando el patrullero FULMAR en la posición latitud 35° 41', 3 N y longitud 003° 48'8, W, arrió su embarcación auxiliar que se dirigió a la posición del MAYAK, latitud 35° 37', 2N y longitud 003° 54', 5W y desde donde se procedió al abordaje sobre las 9,15 horas del mismo día, tras contar con la autorización de las autoridades de Sierra Leona. A simple vista se apreciaban en la cubierta del MAYAK varios fardos amontonados, cuyo contenido, tras el análisis practicado por peritos de la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno de Cádiz, resultó ser resina de hachís.

Entre los miembros de la tripulación se hallaban los dos acusados Virgilio y Anibal que fueron detenidos procediéndose a su traslado, así como el del buque, al puerto de Málaga donde se realizó la entrada y registro hallando:

- 45 bultos en la proa del buque.
- 223 bultos en la cubierta del buque.
- 107 bultos en la popa del buque.
- 190 bultos en la bodega bajo cubierta del buque.

La droga intervenida resultó ser un total 14397.442 gramos de resina de hachís de los cuales 8.389.632 tenían un índice de THC del 12,8% y 6.207.810 de un 10,8% cuyo precio en el mercado ilícito hubiera alcanzado los 21.793.977,92 euros.

Además de la droga se intervinieron:

- Un equipo de radar marca Krupp modelo Atlas 4300 con número de serie: 1930110585
- Un equipo de radar marca Furuno modelo FR-7040D, con número de serie: 2328-2258.
- Un piloto automático marca Comnav. modelo 1001. sin nº de serie.
- Equipo de altavoces de órdenes y señales marca Aymónt, sin nº de serie.
- Equipo Navtex marca Lo-Kata, sin número de serie.
- Una corredera modelo Scatarer-700, número de serie no visible.
- Un receptor GPS modelo JMC GP-I00i, con número de serie: 1309-0, V6.
- Un equipo VHF marca Pronav, modelo RT-2500, con número de serie 7013584
- Equipo VHF marca JRC, modelo: JHA-32A. nº de serie: jBV4I 619.
- Equipo: AIS marca Nauticat, con número de serie: Q6S5658044.
- Equipo de radio Icom modelo GMIIODSC. con numero: 04490.
- Equipo de radio Icom modelo M710. con numero de serie: 05521.
- Dos unidades de transponder SART modelo RTG-3.
- 7 teléfonos móviles:
  - SAMSUNG DUOS GT-19082. IMEI NUM000
  - SAMSUNG GT18150. IMEI NUM001
  - SAMSUNG GT- S55570. IMEI NUM002
  - NOKIA M-306 TYPERM-767. IMEI NUM003
  - NOKIA M-1202-2 TYPERH-112. IMEI NUM004



- .- NOKIA M-ES2-1 TYPE RM-469. IMEI NUM005
- .- NOKIA M-1280TYPE. RM-647. IMEI NUM006
- .- 8 cartillas de navegación a nombre de los ocho detenidos expedida por Siria.
- .- 1 carpeta de color verde con la inscripción LLOYD'S REGISTER OF SHIPPING. en cuyo interior se halló documentación personal del capitán del buque, SAFWAN NADAR
- .- 1 Carpeta de plástico de color amarilla que contenía documentación 611 de la tripulación que habían sido detenidos.
- .-1 Ordenador portátil de la marca HPS50 con número de serie CNU9096PP2.
- .- Maletín de color negro con la inscripción BELKIN, conteniendo un ordenador portátil de la marca SAMSUNG, con número de serie NP300E5Z-S05AE. En la funda interior del maletín había programas y distintas conexiones a Internet. En la funda exterior del maletín había unos auriculares y el conector a batería del ordenador portátil y una cámara Web y cables del ordenador.
- .- Caja de teléfono satélite de la marca THURAYA XT-DUÁL que contiene libro de Instrucciones y un portatarjeta que lleva adherido un cartón de color blanco en el que figura "THURAYA NUMARANIZ+8821661135112", y en el interior hay una tarjeta SIM de la compañía THURAYA TELECOMUNICACIONES COMPANY con número 898821152011050774644, y en la misma figura además PINK1:1342. PUK 1: 42317641. PIN2:0096 y PUK 2:94126526.

El teléfono satélite de la Cía, THURAYA 882-1661135112 había tenido contactos con el número satélite 881-632512706 de la Cia IRIDIUM con sede en EEUU que a su vez había contactado unos días anteriores al abordaje del MAYAK con teléfonos marroquíes uno de los cuales, también en fechas anteriores próximas al abordaje, había tenido contactos con teléfonos españoles.

.- Libro de navegación de color azul con la inscripción GUVORTE JURNALI DECK LOG-BOOK, en la que figuran los datos de la embarcación aprehendida y en la que figuran anotaciones de la citada embarcación desde el 06.13 hasta la aprehensión.

El MAYAK abandonó territorio español en fecha 30 de diciembre de 2014 sin haber obtenido autorización de salida por las autoridades Portuarias de Málaga».

**SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:**

«Que debemos condenar y condenamos a los acusados Virgilio Y Anibal como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública ya definido en relación con sustancia que no causa grave daño a la salud (hachís), en cantidad de notoria importancia, desarrollando conductas de extrema gravedad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas a cada uno de ellos de CINCO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA Y DOS MULTAS DE VEINTICINCO MILLONES DE EUROS, además del abono cada uno de la mitad de las costas procesales.

Asimismo, acordamos el COMISO y destrucción de la droga intervenida, así como el comiso de la embarcación cuando sea interceptada y demás efectos intervenidos que no les han sido devueltos a los que se dará el destino legal.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se abona a los condenados todo el tiempo que han estado privados de libertad preventivamente por esta causa, expuesto en el encabezamiento de esta resolución».

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Virgilio y de D. Anibal, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación:**

*Virgilio*

**Motivo Primero.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la LECr ..., al haberse infringido el artículo 24 de la Constitución por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales y a un proceso con todas las garantías.



**Motivo Segundo.-** Por infracción de ley con base en el artículo 849.1 de la LECr ., al haber incurrido el Tribunal de instancia en infracción de precepto penal sustantivo por indebida inaplicación del artículo 787 de la LECr ., (conformidad del acusado) e indebida aplicación de los artículos 368 , 369.5 y 370.3 del Código Penal .

Se articula este motivo con carácter subsidiario, sólo para el caso de que sea desestimado el anterior motivo.

Anibal

**Motivo Primero.-** Por infracción de precepto constitucional, a tenor de lo prevenido en el art. 852 LECr ., y en el art. 5.4 LOPJ , vulneración del artículo 24.2 CE en relación al derecho a la presunción de inocencia, por no existir prueba suficiente sobre el conocimiento por parte de D. Anibal de la actividad ilícita.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr ., se denuncia la inaplicación del artículo 14.1 del CP e indebida aplicación del artículo 368 CP .

**Motivo Tercero.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr ., se denuncia la inaplicación del artículo 14.2 del CP e indebida aplicación del artículo 369.1.5º CP .

**Motivo Cuarto.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr ., se denuncia la inaplicación del artículo 16 CP .

**Motivo Quinto.-** Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr ., se denuncia la inaplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 CP por tramitación anormal del procedimiento.

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de todos los motivos interpuestos y subsidiariamente solicitó la desestimación de los mismos, de conformidad con lo expuesto en su informe de fecha 14 de junio 2017; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 7 de noviembre de 2017.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Virgilio

**PRIMERO.-** Este recurrente condenado por un delito contra la salud pública por transporte de sustancia que causa daño no grave a la salud en cantidad de notoria importancia y a su vez de extrema gravedad en atención tanto al exceso notable de la droga intervenida sobre esa notoriedad como por el uso de buque, de conformidad con los arts. 368 , 369.1.5 º y 370.3 CP , formula un primer motivo por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 de la LECr ., al haberse infringido el artículo 24 de la Constitución por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales y a un proceso con todas las garantías.

1. Argumenta que al comienzo del Juicio Oral alcanzó un acuerdo de conformidad con la Fiscalía por el cual el acusado reconocía los hechos y aceptaba una pena principal de cuatro años de prisión. El acusado al comienzo del Juicio Oral admitió y reconoció los hechos, pero a preguntas del Fiscal manifestó no saber el contenido de los fardos que había en la embarcación y que dicho contenido fuera sustancia estupefaciente. Debido a esa discrepancia, que el recurrente achaca al nerviosismo o a un problema con el intérprete, el Fiscal elevó sus conclusiones a definitivas en el trámite correspondiente y la defensa persistió en la petición de pena de cuatro años. El acusado al hacer uso de la última palabra indicó que se conformaba con la pena solicitada por su abogado y que el día anterior se encontraba muy nervioso.

2. Es exigencia normativa para que la conformidad tenga eficacia que la aceptación de la descripción de hechos de la acusación, lo sea, por **todas las partes** ( art. 787.2 LECr ); es decir, conformidad total, que en autos, en modo alguno no se ha producido, pues al margen de cual fuere lo acaecido con el recurrente, el coacusado nunca reconoció hecho alguno, lo que imposibilita la tramitación y conclusión del proceso por conformidad.

Ya la STS 971/1998, 27 de julio , que por razón de su fecha incluye alguna referencia a preceptos cuya numeración se ha trocado tras diversas reformas, pero cuyo contenido sustancial a estos efectos pervive en la actual redacción, recordaba que "...una sentencia de conformidad viene siempre condicionada por la unánime prestación de la conformidad por todos los acusados de un delito: el artículo 691 exige que, si los procesados fueren varios, se pregunte a cada uno sobre la participación que se le haya atribuido, de modo que únicamente podrá el Tribunal dictar sentencia de conformidad en los términos expresados en el artículo 655 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, no considerando los defensores



necesaria la continuación del juicio ( artículo 697, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ). Pero si cualquiera de ellos no se confiesa reo del delito que se le haya imputado -o su defensa considera necesaria la continuación- se procederá a la celebración del juicio ( artículo 673, párrafo segundo , y 696 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ). Que un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad, e incierto por el resultado de las pruebas, es un contrasentido evitado con la exigencia de la unanimidad de los acusados al conformarse con la calificación, y la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos. Tal hipótesis conducirá a una determinación de los hechos probados, no en razón de esa especie de disponibilidad «sui generis» del objeto procesal, presente en cierto modo en la figura de la conformidad, sino sobre la base de la subsiguiente actividad probatoria desarrollada en el juicio oral con observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. De modo que **una conformidad expresada por sólo parte de los acusados resultará irrelevante para determinar el sentido de la sentencia que en tal caso habrá de ser para todos los acusados -incluso para los que expresaron la conformidad- el resultado de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguno ; y así las conformidades expresadas sólo por algunos devienen intrascendentes si faltan las de los demás , diluyéndose aquéllas en el ámbito de la actividad probatoria total, a valorar en conciencia por el Tribunal de instancia ( artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal )".**

Criterio en el que abundan, las SSTS 1014/2005, de 9 de septiembre ; 260/2006, de 9 de marzo , 88/2011 de 11 febrero , 73/2017, de 13 de febrero ó 422/2017, de 13 de junio ; resoluciones algunas ellas citadas en la sentencia recurrida, pero de las que no obtienen la conclusión adecuada.

3. Consecuentemente, este primer motivo no puede estimarse; así como tampoco el segundo formulado por infracción de ley con base en el artículo 849.1 de la LECr ., por entender infracción de precepto penal sustantivo por indebida inaplicación del artículo 787 de la LECr ., (conformidad del acusado) e indebida aplicación de los artículos 368 , 369.5 y 370.3 del Código Penal ; pues tiene el mismo sustento que el anterior, hasta el extremo de que en su desarrollo se limita a dar "por reproducidas todas y cada una de las argumentaciones, tanto fácticas como jurídicas, vertidas en el motivo primero".

En este caso, en cuanto que no se discuten los hechos ni la calificación, sino simplemente se interesa que derivado de la conformidad alegada, el reproche penal adecuado conlleva que la pena de prisión le sea reducida a cuatro años de prisión, la desestimación deriva, no solo porque el art. 787.2 LECr , condiciona el pronunciamiento de la sentencia de conformidad que la descripción de los hechos sea aceptada por todas las partes; sino porque esa norma, estrictamente procesal, no puede considerarse precepto penal sustantivo, cuya infracción pueda sustentar este motivo.

En todo caso, desde la estricta motivación de la pena, la cantidad de droga transportada, catorce toneladas de resina de hachís, más de cinco veces de lo que sería suficiente para calificar como extraordinaria gravedad, deviene circunstancia suficiente para entender justificada la pena en dos grados y si además añadimos que concurre otra causa suficiente por sí sola para calificar el hecho como de extraordinaria gravedad, el empleo de un buque con sesenta y dos metros de eslora y mil cien toneladas de peso muerto, resulta proporcionada a la gravedad del hecho enjuiciado, mitigado por la falta de oposición al abordaje de las autoridades, que conlleva en la motivación de la Audiencia, la imposición de la pena superior en dos grados pero en su mitad inferior.

#### *Recurso de Anibal*

**SEGUNDO.** - Este recurrente, condenado por el mismo delito y a la misma pena, formula un primer motivo por infracción de precepto constitucional, a tenor de lo prevenido en el art. 852 LECr ., y en el art. 5.4 LOPJ , vulneración del artículo 24.2 CE en relación al derecho a la presunción de inocencia, por no existir prueba suficiente sobre el conocimiento de la actividad ilícita.

1. Afirma la falta de prueba sobre el conocimiento del recurrente de la actividad ilícita de transporte de droga en el buque mercante Mayak, donde prestaba sus servicios profesionales como ingeniero de máquinas; cuando solo existe un indicio, su mera presencia en el barco en el momento del abordaje por los funcionarios de la Unidad Combinada de Vigilancia Aduanera de Málaga. Fue contratado como ingeniero/jefe de máquinas del buque en su país de origen, Siria, por el capitán del barco Safwan Najjar (ilocalizado y rebelde en el presente procedimiento), a fin de que prestara sus servicios profesionales a cambio de una retribución que le fue prometida de 2.500 dólares, aceptando el trabajo con el pleno convencimiento de que se trataba de una buena oportunidad laboral como ingeniero de máquinas, sin que en ningún momento tuviera conocimiento de que en realidad la carga que transportaría el barco no sería tabaco, como le informó el capitán, sino hachís. Como jefe de máquinas del buque, se encontraba tres niveles por debajo de la cubierta principal, (zona completamente sumergida), saliendo sólo en determinados momentos para comer y dormir en su camarote; en definitiva, concluye, desconocía absolutamente la actividad ilícita que se llevaba a cabo, y tampoco se apercebía del



trasbordo de mercancía que fue llevado a cabo por las embarcaciones neumáticas, ni tan siquiera de su aproximación.

2. El motivo necesariamente ha de ser desestimado; pues consta derivado de prueba directa que:

- El acusado era el jefe de máquinas del barco, el MAYAK, que iba navegando de manera errante, sin rumbo fijo desde hacía varios días por los alrededores de las costas española y marroquí.

- El buque no portaba otra carga que no fuera el hachís que resultó intervenido.

- Sobre las 6'00 horas del 16 de marzo de 2004, el MAYAK, navegaba en paralelo a la costa, muy despacio, a muy poca máquina, casi con arrancada, y con las luces apagadas.

- Cuando dos embarcaciones neumáticas que también iban con las luces apagadas, toman contacto con el mercante, hacia las 7'00 horas del mismo día, el MAYAK se para.

- Con una especie de puntal grúa se procede a traspasar mercancía desde las neumáticas hasta el MAYA, tarea en la que emplean unas dos horas.

- Los fardos se apreciaban a simple vista, había por toda la cubierta, y también por el castillo de proa y en otros compartimentos entre la bodega de popa y el castillo de proa.

- El peso del hachís que contenían fue superior a catorce mil kilogramos; y su valor superior a veintidós millones de euros.

- Tras el abordaje, los agentes, llevaron al recurrente a la sala de máquinas para que encendiera motores y durante el trayecto a Málaga, no permaneció en esa sala sino que estuvo en una camareta.

De donde la Audiencia infiere, en racional deducción lógica que el recurrente "como jefe de máquinas, figura esencial para que el barco se desplace, excluyen que no conocieran cuál era el contenido de su trabajo, la carga que tenían que recoger y transportar y para ello cuando tenía que reducir motores o parar por causas distintas al estado de la mar, como, por ejemplo, parar para cargar el barco, durante varias horas en medio del mar. De las observaciones realizadas por el SVA nunca se vio al MAYAK hacer otra cosa que dar vueltas sin rumbo por el Mediterráneo y mar de Alborán hasta que cargó el hachís, y nadie puede creer razonablemente que le contraten y le paguen para navegar sin rumbo de un lado a otro, sobre todo cuando lleva 19 años, como Anibal dijo en el juicio, trabajando en buques".

E igualmente que dada "la envergadura de la operación en términos de cantidad de droga, despliegue de medios y valor económico de la mercancía, 22.842.900 ? en el mercado ilícito, hace irrazonable pensar que alguien vaya a arriesgar el buen fin de la misma contratando a unas personas que no saben lo que van a hacer y que pueden frustrarla"; corroborado y reforzado por la inusual forma de contratación de ambos acusados, verbal, lo que "revela que no se trataba de un contrato, sino de un reparto de papeles entre todos los que iban a cometer el delito".

La conclusión de su participación en la carga de la ingente operación de hachís, integra una cerrada inferencia, debidamente motivada en la resolución recurrida, con amplia suficiencia para destruir la presunción de inocencia.

**TERCERO.** - El segundo motivo, lo formula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr ., donde denuncia la inaplicación del artículo 14.1 del CP e indebida aplicación del artículo 368 CP ; y el motivo tercero, también por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr ., donde denuncia la inaplicación del artículo 14.2 del CP e indebida aplicación del artículo 369.1.5º CP . Inaplicación pues, en ambos casos, de un error de tipo.

1. Argumenta que el desconocimiento por parte de D. Anibal de la actividad ilícita que iba a llevarse a cabo cuando fue contratado, en concreto el transbordo de mercancías que se realizaría desde dos embarcaciones neumáticas, y el hecho de que esa mercancía se tratara de una sustancia ilegal como el hachís, debería incardinarse en el error de hecho del artículo 14 del Código Penal , sin que, sin embargo, la Audiencia Nacional haya apreciado su aplicación; y en todo caso, si desconocía la actividad ilícita que se llevaba a cabo y la carga ilegal que se transbordó desde las embarcaciones neumáticas, mucho menos podía conocer la circunstancia agravante de que la carga transbordada era de notoria importancia, lo que impide que puede resultarle de aplicación del tipo agravado del art. 369.1.5º CP .

2. El error de tipo se produce cuando el imputado se representa falsamente una realidad con relevancia en la subsunción ( STS núm. 523/2017, de 7 de julio ). Supone que el autor desconociera que actúa en la forma descrita en el tipo -transporte de sustancias tóxicas- porque desconoce que la carga del buque cuyas máquinas



opera y dirige, es un objeto ilícito. Nada de eso se relata en el factum; y por el contrario, conforme se motiva en el fundamento anterior, resulta plenamente acreditada la participación activa del recurrente en el tráfico ilícito.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado, en numerosas ocasiones, que para la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia, no es preciso que el acusado tenga una conciencia exacta y pormenorizada de la cantidad de droga objeto del delito, bastando para ello, la concurrencia del dolo eventual, cuando, como en el caso presente, el sujeto, en la situación concreta, el tamaño del buque para esa exclusiva carga, la duración de la parada durante el trasvase que tuvo que dirigir, dada su condición de jefe de máquinas, y los múltiples fardos trasvasados, debió albergar serias sospechas de que la cantidad objeto de tráfico es significativa, (véase por ejemplo la sentencia de esta Sala 1237/2009, de 23 de noviembre ). Práctica certeza en autos, cuando bastan 2.500 gramos para integrar la agravante del 369.1.5ª, es decir, cinco mil seiscientas veces menos de la intervenida, una diferencia superior a 14.594.000 gramos.

**CUARTO.** - El cuarto motivo, lo formula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr ., se denuncia la inaplicación del artículo 16 CP .

1. Argumenta que el delito ha de estimarse en grado de tentativa y no de consumación, bajo el argumento de que cuando interviene la Policía la carga del hachís o se estaba produciendo o se acababa de realizar, por lo que no existió disponibilidad efectiva de la droga por parte de los tripulantes, nunca llegó a perfeccionarse el delito.

2. La sentencia de esta Sala núm. 524/2017, de 7 de julio , con cita de la 867/2011 de 20 de Julio , 899/2012 de 2 de noviembre , 183/2013 de 13 de marzo o 273/2014 de 7 de abril , enumera las pautas que condensan la doctrina de este Tribunal sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas:

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 artículo 368 CP , 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 éste 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 consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto 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 tráfico existe desde que una 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. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

3. Consecuentemente en el caso actual no resulta viable apreciar una tentativa, cuando el recurrente participó en las tareas de recepción y trasvase de un relevante cargamento de droga, previamente transportado hasta la ubicación del buque por dos embarcaciones neumáticas, con la obvia finalidad de su transporte a distancias mayores. La consumación ya se había producido desde que se pone en ejecución el transporte de la droga en las embarcaciones neumáticas, destinado a ser recepcionado por la tripulación del buque Nayak, que las esperaba para su trasvase, incluso aunque no hubiesen llegado a materializar la detentación física de la sustancia prohibida, tanto más cuando el acuerdo de recepción queda evidenciado con la carga inmediata a embarcación parada y luces apagadas, tras el arribo de las embarcaciones neumáticas.



**QUINTO.** - El quinto y último motivo lo formula por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr., donde denuncia la inaplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 CP por tramitación anormal del procedimiento.

1. Entiende el recurrente que las vicisitudes que experimenta la tramitación, y que determinaron en un primer momento su ingreso en prisión y más adelante su liberación hasta que el Tribunal Supremo atribuyó la competencia a la Audiencia Nacional provocando nuevamente su detención al establecerse la jurisdicción española para el conocimiento del caso, justifican la estimación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, por la anormal tramitación del procedimiento. Recuerda que fue juzgado no en 2014, sino dos años después cuando había rehecho su vida junto a su mujer y tres hijos menores en Alemania donde residen como refugiados de guerra.

2. Para que los Tribunales puedan apreciar una circunstancia como analógica, es indispensable la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, debiendo rechazarse las meras similitudes formales y cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente ( SSTS 145/2007, de 28 de febrero ; 1057/2006, de 3 de noviembre ; o 19/2016, de 26 de enero y las que allí se citan).

De igual modo, la STS 131/2010, de 18 de enero, nos decía: "sabido es que la análoga significación a que se refiere el artículo 21.6º no supone identidad de elementos concurrentes, ni permite como queda dicho configurar atenuantes incompletas. Los términos de la comparación no son los morfológicos o estructurales, sino los del fundamento o razón de ser de la atenuante concretamente invocada, que puede responder a una disminución del injusto o del reproche de culpabilidad o a consideraciones político-criminales enlazadas con la punibilidad. De modo que si esa misma ratio atenuatoria es apreciable en el caso concreto que se contempla será posible estimar la análoga significación a que se refiere el Texto Legal sin asentarla en la identidad parcial de los elementos estructural o morfológicamente definitorios de la atenuante nominada" (Sª 18 de octubre de 1999).

Más recientemente, en la STS 508/2015, de 27 de julio, se concluye:

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre el alcance y extensión de las circunstancias atenuantes "de análoga significación que las anteriores" ( hoy 21.7 CP, a partir de la L.O. 5/2010 ), en el estado actual ha superado antiguos criterios excesivamente restrictivos hasta alcanzar una amplitud que tendría como límite que la circunstancia o la conducta alegada tenga el mismo fundamento que las expresamente previstas por el legislador sin que sea necesario que participe de su apariencia externa, formal o estructural, y dicho fundamento consiste en que exista una equivalencia de significado, lo cual quiere decir que los hechos o circunstancias aducidos se refieran a una menor intensidad del injusto, un menor grado de imputación del agente o la conveniencia político-criminal de una disminución de la pena, es decir lo relevante es que el fundamento tiene que ver con el análogo significado de las anteriores y no con la estructura de sus elementos. También hay que considerar dos límites para el reconocimiento de esta analogía a favor del reo: uno de ellos es que no es posible admitir las atenuantes típicas genéricas incompletas porque ello constituiría verdaderamente un fraude en relación con lo dictado por el legislador; y, en segundo lugar, si tenemos en cuenta que cuando no concurren circunstancias atenuantes la regla del artículo 66.6 CP ( antes del 30/09 / 2004, 66.1 CP ) determina a efectos de fijar la extensión de la pena la consideración de las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, habrá que tener presente la misma al menos cuando se trate de una disminución del injusto o de la culpabilidad del sujeto..

El recurrente niega que inste la atenuante de dilaciones indebidas, sino la analógica a la misma por anormal tramitación, pero lo cierto es que esa anomalía, la *eadem ratio* que lo posibilita únicamente radica en la dilación que hubiere ocasionado; pero el propio recurrente admite que el procedimiento se ha tramitado en unos plazos razonables de temporalidad.

El fundamento de la atenuante ya típica ( dilaciones indebidas ) no es otro que el resultado de entender que la inactividad judicial debe ser compensada mediante una disminución de la pena, pero solo la inactividad judicial, sin que se haya aplicado a otras posibles vulneraciones de derechos fundamentales explícitas en el proceso, ausencia de motivación o violaciones del artículo 18 CE, o incluso errores judiciales, cuya corrección se establece a través de los mecanismos procesales revisorios de la sentencia de instancia, que puede alcanzar la absolución del acusado como consecuencia, de dichas vulneraciones ( STS 508/2015, de 27 de julio ).

Y en autos, la anomalía procedimental alegada, no deriva de inactividad procesal, sino de la tramitación de un recurso de casación contra la inicial decisión de negar la atribución del caso a la jurisdicción española, decisión que no trasciende del moderado retraso del procedimiento a ningún otro derecho del recurrente, ni supone una disminución del injusto ni de la culpabilidad del sujeto. De modo, que no cabe la estimación





de la atenuante alegada por anormal tramitación, cuando el único fundamento o razón de ser derivado de la irregularidad alegada y subsanada a través del correspondiente recurso ha sido un moderado retraso procedimental, que en modo alguno alcanza una dilación extraordinaria, cuando los hechos enjuiciados corresponden a marzo de 2014.

**SEXTO.** - En materia de costas rige el art. 901 LECr ., que para caso de desestimación del recurso, prevé su imposición al recurrente.

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**NO HABER LUGAR** al recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Virgilio** y al formulado por la representación procesal de **D. Anibal** , contra la sentencia de fecha 22 de marzo de 2017 dictada por la Audiencia Nacional, Sección Tercera, en su rollo de Sala 3/2017 , PA núm. 31/2014, proveniente del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, seguido por delito contra la salud pública; ello, con la condena a cada recurrente de las costas generadas por su respectivo recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco