



Roj: **STS 854/2018 - ECLI:ES:TS:2018:854**

Id Cendoj: **28079120012018100105**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2018**

Nº de Recurso: **1496/2017**

Nº de Resolución: **117/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1496/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 117/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 12 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 1496/17 interpuesto por el Ministerio Fiscal, por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, contra la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Nacional (Sección Tercera) en fecha 17 de mayo de 2017, en causa seguida por delito de tráfico de drogas. Han sido parte recurrida D. Clemente representado por la procuradora D.^a Berta Rodríguez Curiel Espinosa y bajo la dirección letrada de D. José Miguel Garrido Maestre, D. Edemiro, representado por la procuradora D.^a M.^a Luisa Carretero Herranz, D.^a María Luisa representada por el procurador D. Juan Torrecilla Jiménez y bajo la dirección letrada de D. José Anibal Alvarez García, D.^a Miriam representada por la procuradora D.^a María Dolores Fernández Prieto y D. Luis Antonio, representada por la procuradora D.^a Belén Aroca Flórez bajo la dirección letrada de D. Jacinto Romera Martín.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción num. 3 incoó sumario 4/2015 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional (Sección Tercera), que con fecha 17 de mayo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** PRIMERO.- Con fecha 16 de mayo de 2014, la Oficina de la DEA en Madrid, a través del Agregado D. Leon, transmitió al Grupo 42 de la Unidad Central de Estupefacientes una información según la cual se habría recibido una alerta de una organización que pretendía importar importantes cantidades de cocaína a territorio español por modo de envío marítimo. El grupo se componía de varios miembros de diferentes nacionalidades, entre los identificados, españoles y colombianos. Procedente de una investigación



conjunta de nuestra oficina en Cartagena de las Indias, Colombia, y la oficina aquí de Madrid, se ponía en conocimiento que este mismo grupo estaba dentro de la fase de planificación de un envío de aproximadamente 500 kilogramos de cocaína desde Colombia con destino final a Huelva, España. El organizador principal de este envío a España se llama Oscar , ciudadano colombiano y residente legal en España (n.º NUM016 -1967 pasaporte colombiano NUM000) que se afincó en Madrid, usuario de Blackberry PIN NUM001 . Se sabe que Oscar actúa como un intermediario entre los proveedores de la cocaína en Colombia y sus compradores aquí en España y otros países europeos. Se ha enterado también de que Oscar y su organización criminal tienen acceso a una marina privada dentro del puerto de Huelva donde tienen personas de confianza, hasta ahora desconocidas, para recibir envíos de cocaína escondidos dentro de veleros y otros barcos. Al respecto del envío pendiente, según la inteligencia hemos recibido en esta oficina desde Colombia, que Oscar está utilizando el antes mencionado móvil para coordinar el envío desde España. Ya tiene un velero preparado y ha contratado un piloto a embarcar desde un puerto desconocido para recoger la cocaína en aguas internacionales, cerca de la costa de Colombia, y luego continuar a Huelva a entregar la mercancía. Se concluía solicitando el apoyo investigativo para confirmar el usuario de dicho móvil y también para identificar a otros miembros de la organización criminal que podrían estar operando y viviendo en España.

Sobre la base de dicha información, así como de investigaciones propias, la UDYCO Central. Grupo 42, en fecha 4 de junio de 2014, solicitó la interceptación, observación, grabación y escucha de una serie de números de teléfono, cuyos usuarios serían Edemiro y Luis Antonio , la cual fue acordada por resolución del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional mediante resolución de 13 de junio de 2014.

Con posterioridad, mediante oficio de 16 de junio de 2014, el citado Grupo policial daba cuenta de las investigaciones, solicitando nuevas intervenciones telefónicas, en este caso de un número de teléfono cuyo usuario sería Clemente , a la vez que ponía en conocimiento del Juzgado una posterior información de fecha 9 de junio de 2014, remitida por la Oficina de la DEA en Madrid, en la que indicaban que una de las personas encargadas de la coordinación de la entrega aquí en España sería un tal " Cebollero ", de ascendencia colombiana y usuario del teléfono NUM002 . Al respecto del envío pendiente, según la inteligencia que hemos recibido en esta Oficina desde Colombia, " Cebollero " estaría utilizando el antes mencionado teléfono móvil para coordinar junto a otros miembros, la recepción de la droga en España. También se sabe que el velero contratado ha salido del puerto en las Islas Vírgenes Británicas y su carga en la alta mar es inminente, solicitando el apoyo investigativo; accediendo el órgano judicial citado a dichas pretensiones, por auto de 25 de junio de 2014.

En oficio policial de 30 de junio de 2014, con fecha de entrada en el Juzgado Central de Instrucción nº 3 el 1 de julio de 2014, nada indicaba la fuerza actuante española acerca de la interceptación del catamarán en aguas internacionales por parte de los grupos policiales norteamericanos, siendo así que según ellos dicha intervención se habría producido el 23 de junio de 2014. No es hasta el oficio policial de 21 de julio de 2014, es decir, casi un mes después de la interceptación, cuando el Grupo 42 UDYCO Central, pone en conocimiento de la autoridad judicial española una operación encubierta llevada a cabo por la DEA en la que se habría intervenido en alta mar una embarcación auxiliar que al parecer tenía una cantidad indeterminada de sustancia estupefaciente en el caso de la misma, sin más especificaciones. Siendo en un oficio posterior, con fecha de entrada en el Juzgado el 1 de agosto de 2014, cuando aluden ya de manera más concreta a la citada operación encubierta llevada a cabo, por la que se habría interceptado por agentes de la DEA el día 23 de junio de 2014 en las costas sudamericanas un catamarán de nombre " DIRECCION000 ", en el que se trataba de llevar a cabo el transporte de una importante cantidad de cocaína, habiendo sido llevado el mismo hasta una base militar en Puerto Rico, sin que tengan conocimiento de este hecho los proveedores ni los encargados de recibir la sustancia ilícita. Se indicaba que la cocaína venía escondida herméticamente en una embarcación auxiliar de 11 pies de eslora (3,5 metros), marca " DIRECCION002 ", la cual se encontraba a bordo del catamarán mencionado. La misma fue escaneada presentando varias anomalías detectadas dentro del casco de la embarcación. A falta de un peso exacto, se refiere que contiene aproximadamente entre 300 y 500 kilogramos de cocaína en su interior

No es sino hasta una comunicación posterior de 30 de septiembre de 2014, a requerimiento del Juzgado, en el que la DEA informa al Grupo 42 de la Unidad Central de Estupefacientes que en la operación encubierta llevada a cabo se produjo la intervención del catamarán " DIRECCION000 ", lo que hizo posible a su vez la ocupación de la embarcación auxiliar tipo " DIRECCION002 " en alta mar, que venía con una partida de cocaína sellada herméticamente dentro del casco. La fecha de la intervención fue el 23 de junio, y se realizó en aguas internacionales cerca de Aruba, sin alertar a los interesados aquí en España. La embarcación auxiliar fue trasladada a Puerto Rico bajo el control de la DEA, con el apoyo de la Guardia de Costas de EE.UU.

Indicaban asimismo que investigación continuaba en Colombia y las Islas Vírgenes, sin que hasta la fecha se efectuasen detenciones adicionales, más allá de las llevadas a cabo por miembros del Cuerpo Nacional de Policía en El Rompido (Huelva) y Madrid el día 11 de agosto.



SEGUNDO.- Después de la entrega de la embarcación auxiliar a la Guardia de Costas estadounidenses, el catamarán se hizo a la vela hacia España bajo el control de la DEA. Una vez llegada a Puerto Rico la " DIRECCION002 " fue guardada en un almacén de la DEA hasta el día 26 de julio, cuando fue transportada a España en un avión de la Fuerza Aérea de los EE.UU bajo custodia conjunta DEA y Cuerpo Nacional de Policía, para cuya finalidad se habían trasladado los miembros del aquel con carnés profesionales nº NUM003 y NUM004 respectivamente, comprobando que se les hacía entrega de una embarcación " DIRECCION002 " con número de identificación NUM005 , levantando la correspondiente acta de traslado y custodia de fecha 26 de julio de 2014 en San Juan de Puerto Rico (EE.UU) y procediendo al etiquetado de la embarcación con el número de referencia NUM006 , siendo trasladada a la bodega de carga de la aeronave de las Fuerzas Aérea de los Estados Unidos de América Charleston NUM017 , con destino a España, en concreto a la base Aérea Militar de Torrejón de Ardoz (Madrid) a donde llegó el día 27 de julio de 2014; sin que se pudiese determinar a ciencia cierta que la misma era la embarcación que el día 23 de junio de 2014 había sido intervenida a bordo del catamarán " DIRECCION000 " en aguas internacionales, al no constar soporte documental alguno o de otro tipo que así lo acreditase.

Mientras, el catamarán " DIRECCION000 " había iniciado la singladura hacia las costas españolas, supuestamente con agentes de la DEA a bordo, a donde llegó el 10 de agosto de 2014, concretamente al puerto de Rota (Cádiz) siendo izada la embarcación auxiliar en citado catamarán por uno de los agentes encubiertos españoles, cuya intervención había sido autorizada por auto de 18 de julio de 2014, con la sustancia estupefaciente en su interior (oculta en el casco), llegando al puerto de El Rompido (Huelva) el día 11 de agosto de 2014, siendo amarrado en el pantalán NUM011 del Club Náutico del Puerto.

TERCERO.- Entre tanto, los procesados Luis Antonio , Clemente , y Miriam en el mes de junio de 2014 habían trasladado su residencia a una casa rural situada en una finca de la localidad de Cartaya-Lepe, próxima al puerto de El Rompido y a la localidad de Isla Cristina, término municipal de Cartaya (Huelva), propiedad de Doña Ruth , y alquilada en el mes de junio de 2014 por Clemente por un periodo de seis meses, donde iban a permanecer hasta que finalizará toda la operación, y donde al parecer iban a acondicionar la finca para la recepción de la embarcación auxiliar. La renta correspondiente a los seis meses de alquiler (700 euros/mes), fue abonada en su totalidad por el procesado Clemente en el momento del contrato.

El día 11 de agosto de 2014, los procesados Luis Antonio y Miriam fueron detenidos por los agentes actuantes en el Puerto de El Rompido (Huelva).

Ese mismo día, fue detenido Clemente a bordo del vehículo Volkswagen Golf matrícula-QRH , en la carretera N-431, término municipal de Lepe (Huelva), a la altura del Centro Comercial "Marina Ocio". Al igual que los procesados Edemiro y María Luisa , que fueron detenidos en su domicilio de Madrid, sito en la PLAZA000 nº NUM007 . NUM008 NUM009 .

El día 12 de agosto de 2014, tras romper la fibra que recubría la embarcación auxiliar incautada, se intervinieron ocultos en la misma 200 paquetes rectangulares que contenía cocaína, arrojando un peso bruto de 240 kilogramos. Analizada debidamente, la citada sustancia estupefaciente incautada arrojó un peso neto de 204,600 kilogramos de cocaína con una pureza del 65,34%. La citada sustancia podría alcanzar en el mercado ilícito un valor de 7.125.232,42 euros, si se vendiera al por mayor, y de 18.738.813,98 euros, si se vendiera al por menor.

Practicadas las pertinentes diligencias de entrada y registro en los domicilios de los procesados entre los días 11 y 12 de agosto de 2014, se obtuvieron los siguientes resultados:

En el domicilio de Edemiro y de María Luisa , sito en la PLAZA000 nº NUM007 . NUM008 NUM009 de Madrid, se incautaron varios teléfonos móviles, tarjetas SIM, un teléfono vía satélite "Iridium", una carta náutica, un contrato de compraventa de una embarcación " DIRECCION001 " y su hoja de registro de 28 de abril de 2014, una agenda con anotaciones, una cartilla de la entidad "Monty Global Payment" a nombre de Clemente , 8.420 euros y 520 libras esterlinas producto del ilícito tráfico de sustancias estupefacientes. En una caja fuerte, se encontraron dos cajas con varios relojes. A María Luisa , en el momento de su detención, le fue incautada una agenda con anotaciones, varios teléfonos y un soporte de tarjeta.

En el domicilio de Clemente , sito en la URBANIZACIÓN000 nº NUM010 , NUM011 . NUM012 de la CALLE000 de Madrid, se encontró documentación consistente en diversas facturas de hoteles en Ayamonte y Huelva a nombre de Edemiro y de Luis Antonio , y a su nombre, varias cartas náuticas de Isla Canela a Cabo Trafalgar, varios teléfonos y tarjetas SIM.

En la finca de Cartaya (Huelva) se ocupó diversa documentación y un GPS náutico.



A Clemente en el momento de su detención se le incautaron: dos tarjetas SIM, dos terminales telefónicos, una Blackberry, anotaciones manuscritas, 90 euros, una bandolera con una tarjeta SIM, una anotación del número NUM013 , y el vehículo Volkswagen Golf matrículaQRH a nombre de Luis Antonio .

A Miriam , se le intervino: una Blackberry modelo Curve, un teléfono Samsung, un soporte de tarjeta con anotación NUM014 , un ticket de locutorio de recarga del número de teléfono NUM015 y 190 euros.

A Luis Antonio , se le intervino: un teléfono Samsung, y el vehículo Ssanyong antes reseñado con el remolque matrículaPVL de su propiedad. En el interior del citado vehículo, se ocupó una Blackberry Curve y un teléfono I Phone 5.

No ha quedado debidamente acreditado sobre la base de las garantías constitucionales vigentes en el proceso penal español, que la embarcación auxiliar del tipo " DIRECCION002 " intervenida el día 23 de junio de 2014 en aguas internacionales a bordo del catamarán " DIRECCION000 " y que contenía la sustancia estupefaciente en su interior, fuese la misma que posteriormente se entregó a los funcionarios policiales españoles en las dependencias de la DEA en San Juan de Puerto Rico (EE.UU), al desconocerse los más mínimos detalles de aquella operación de intervención y abordaje en alta mar del citado catamarán.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «FALLO: Debemos absolver y absolvemos, con todos los pronunciamientos favorables, a los acusados Edemiro , María Luisa , Clemente , Luis Antonio , y Miriam , del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de las costas procesales causadas.

Se dejan sin efectos cualesquiera medidas cautelares personales o reales que a lo largo de la causa se hubieren acordado respecto de los acusados.

Procédase a la destrucción de la sustancia estupefaciente de ilícito comercio incautada en las presentes actuaciones, sino se hubiera efectuado ya con anterioridad.

Notifíquese esta resolución a todas las partes y a los interesados, haciéndoles saber que la misma no es firme, y cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante este mismo Tribunal en plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación.

TERCERO.- Notificada la resolución a la partes, por el Ministerio Fiscal se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguiente **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECRIM por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE

QUINTO.- Instruidas las partes recurridas, del recurso interpuesto, la Sala admitió mismo que dando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 14 de diciembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 17 de mayo de 2017 por la que acordó absolver a Edemiro , María Luisa , Clemente , Luis Antonio , y Miriam , del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal.

Contra dicha resolución interpuso recurso en Ministerio Fiscal basado en un único motivo, que a través del artículo 852 LECRIM denuncia infracción de la tutela judicial efectiva.

Sostiene el recurso que la sentencia recurrida declaró probada la existencia de «una operación encubierta llevada a cabo por la DEA en la que se habría intervenido en alta mar una embarcación auxiliar que al parecer tenía una cantidad indeterminada de sustancia estupefaciente». Se refiere que contiene aproximadamente entre 300 y 500 kgr de cocaína en su interior; que dicha embarcación «fue trasladada a Puerto Rico bajo el control de la DEA, con el apoyo de la Guardia de Costas de EE.UU»; que una vez allí «fue guardada en un almacén de la DEA hasta el 26 de julio, cuando fue transportada a España en un avión de las Fuerzas Aéreas de los EE.UU bajo custodia de la DEA y Cuerpo Nacional de Policía; aterrizando en la Base Aérea de Torrejón de Ardoz». Finalmente «tras romper la fibra que recubría la embarcación auxiliar incautada se intervinieron ocultos en la misma 200 paquetes rectangulares que contenían cocaína, arrojando un peso bruto de 240 kgr.



Analizada debidamente, la citada sustancia estupefaciente incautada arrojó un peso neto de 204,600 kgr de cocaína con una pureza del 65 ' 34%».

Igualmente, el relato de hechos probados concluyó la imposibilidad de determinar a ciencia cierta que se trataba de la embarcación que el día 23 de junio de 2014 había sido intervenida a bordo del catamarán DIRECCION000 en aguas internacionales, al no constar soporte documental alguno o de otro tipo que así lo acreditase.

Señaló al respecto «no ha quedado debidamente acreditado sobre la base de las garantías constitucionales vigentes en el proceso penal español, que la embarcación auxiliar del tipo DIRECCION002 intervenida el día 23 de junio de 2014 en aguas internacionales a bordo del catamarán DIRECCION000 y que contenía la sustancia estupefaciente en su interior, fuese la misma que posteriormente se entregó a los funcionarios policiales españoles en las dependencias de la DEA en San Juan de Puerto Rico (EE.UU), al desconocerse los más mínimos detalles de aquella operación de intervención y abordaje en alta mar del citado catamarán».

Sostiene el Fiscal que la conclusión recogida en este último párrafo del relato de hechos probados se sustenta en una motivación arbitraria e irrazonable, y como tal vulneradora del artículo 24.1 CE . Que no existe espacio para las dudas que justificaron la absolución que se combate. Así, a juicio del recurrente, la identidad de la embarcación y sustancia incautada y analizada puede extraerse de diversos datos obrantes a la causa como son los referidos a la propia embarcación, DIRECCION002 modelo 110, incluido su número de identificación; así como el hecho de que se informase sobre la localización de «cocaína sellada herméticamente dentro del casco» y que tras romperse la fibra que recubría la embarcación se intervinieran los 200 paquetes que contenían cocaína, en los porcentajes que se recogen en la causa.

Frente a estos datos, a juicio de la recurrente, no concurre suceso o circunstancia alguna que permita siquiera sospechar que la embarcación y sustancia incautada no fueran las mismas que posteriormente se trasladaron a España. La embarcación se incautó por funcionarios de la DEA y se mantuvo en las dependencias de dicho cuerpo hasta su entrega a la Policía española. Prosigue en su argumentación la Fiscal arguyendo que la ruptura de la cadena de custodia que la sentencia afirma no tiene otra base que la incomparecencia en el acto del Juicio de los miembros de la DEA que intervinieron en las actuaciones, motivada, según se informó porque «la legación diplomática de EE.UU no estaba autorizada a aceptar las notificaciones de los Sres. Leon , Victorino y Carlos Manuel , y que por tanto las mismas quedaban sin efecto y no comparecerán al acto del Juicio Oral. Además se encuentran acreditados como agentes diplomáticos de la Embajada, y como tales gozan de plena inmunidad testifical en España, según artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas», y que no existe ningún otro motivo que permita sustentar la duda de que la embarcación o la sustancia hubiesen sido de algún modo manipuladas hasta su llegada a España.

Para la recurrente la conclusión que alcanza la sentencia de instancia implica prácticamente establecer una presunción de que las actuaciones de la DEA en la ocupación y custodia de tales efectos intervenidos son ilegítimas o irregulares mientras no conste lo contrario, presunción totalmente inadmisibles como recuerda la sentencia de esta Sala 2a del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010 . Califica de suspicacias infundadas las dudas acerca de sí la embarcación auxiliar incautada el día 23 de junio de 2014 a bordo del catamarán DIRECCION000 cuando navegaba por aguas internacionales por los funcionarios policiales norteamericanos, es la misma que posteriormente fue entregada a los funcionarios policiales españoles, casi un mes después, el 25 de julio, según acta de recepción obrante al folio 171 de las actuaciones. Y sostiene que no existe motivo alguno para dudar, y que la conclusión alcanzada por la sentencia resulta arbitraria o falta de razonabilidad, por lo que solicita que se declare la nulidad de la sentencia recurrida y devolución de las actuaciones la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que, por distintos Magistrados, se proceda a la celebración de nuevo Juicio, con la práctica de la prueba interesada, y el dictado de nueva sentencia previa valoración del resultado de aquella.

SEGUNDO: 1. - Las posibilidades de revisión en casación de sentencias absolutorias, dada las características de este recurso, cada vez discurre por senderos más angostos. Especialmente porque de manera unánime ha afirmado esta Sala que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo. Audiencia que como garantía del derecho de defensa, se viene exigiendo por el Tribunal Constitucional, en línea con la doctrina que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun cuando, a partir del mismo relato de hechos, solo se cuestione el juicio de inferencia respecto a los elementos subjetivos, salvo la revisión respecto a estos basada en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia. Es decir, cuando la revisión se concreta en la corrección de errores de subsunción jurídica, a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, supuestos en los que bastará la intervención de la defensa técnica. Por todas nos remitimos a la reciente STC 125/2017 de 13 de noviembre .



2. - Distinto es cuando la revisión de pronunciamientos absolutorios en casación surge porque la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma ha vulnerado lo recogido en los artículos 24.1 , 9.3 y 120.3, todos ellos CE , en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (SSTS 178/2011 de 23 de febrero ó 631/2014 de 29 de septiembre).

Esta Sala ha acogido la distinción entre los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia, en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva se extiende solamente a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos en que se funda la absolución o la condena, pero no a la existencia o inexistencia de tales motivos. Por ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios (SSTS 178/2011 de 23 de febrero y 631/2014 de 29 de septiembre). En cualquier caso, es necesario precisar que una ausencia relevante de motivación que no verse sobre la valoración sino sobre la propia concurrencia de prueba suficiente para fundamentar la condena, constituye en realidad una vulneración del derecho a la presunción de inocencia que debe determinar directamente la absolución.

Pero también ha advertido esta Sala que no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que coloque a este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (entre otras STS nº 892/2007 , con cita de la STS de 4 de marzo de 2004 y de la STS núm. 411/2007 o las más recientes SSTS 631/2014 de 29 de septiembre ; 189/2015 de 7 de abril ; 209/2015 de 16 de abril ó 246/2015 de 28 de abril).

Criterio igualmente expresado por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que "Al igual que no existe «un principio de legalidad invertido», que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo , F. 4), tampoco existe una especie de «derecho a la presunción de inocencia invertido», de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (STC 141/2006 , FJ 3).

La supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés (entre otras STS 350/2015 de 21 de abril).

Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza poderosa del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe superar toda prueba de cargo y toda motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria. Por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del *ius puniendi*, para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos absolutamente excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En conclusión, en los casos en que la irracionalidad en la valoración adquiera entidad para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la condena, este Tribunal de casación no puede sustituir al de instancia en la valoración de una prueba que no ha presenciado, por lo que la consecuencia de la mencionada vulneración no puede ser otra que la nulidad de las actuaciones y devolución a la instancia para nuevo examen.

TERCERO: 1. - En el caso que ahora nos ocupa, la Sala sentenciadora explicó que se desconocían datos relativos a la incautación en alta mar de la droga que ocultaba embarcación auxiliar « DIRECCION002 » interceptada a bordo de un catamarán, y al transporte de la misma hasta Puerto Rico. Extremos no aclarados documentalmente ni tampoco a través de la declaración testifical de los agentes intervinientes. Todo ello pese a que, a instancia de las defensas y del Fiscal se había solicitado tal información, y se interesó la declaración testifical en el juicio de los agentes extranjeros intervinientes en la misma.



La respuesta a tal petición por parte de la DEA a través de su delegación en España, no suministró datos distintos de los que en su día se habían puesto en conocimiento del Juzgado de instrucción mediante oficio policial de 21 de julio de 2014 del Grupo 42 UDYCO Central, en el que se aludía a una operación encubierta llevada a cabo por la DEA en la que se habría intervenido en alta mar una embarcación auxiliar que al parecer tenía una cantidad indeterminada de sustancia estupefaciente en el casco de la misma. Respecto a la que ulteriormente, a través de oficio con fecha de entrada en el Juzgado el 1 de agosto de 2014, se añadió que se trató de una operación encubierta en el curso de la cual se habrían interceptado por agentes de la DEA el día 23 de junio de 2014 en las costas sudamericanas un catamarán de nombre « DIRECCION000 » en el que se trataba de llevar a cabo el transporte de una importante cantidad de cocaína, habiendo sido transportado el mismo hasta una base militar en Puerto Rico, sin que tengan conocimiento de este hecho los proveedores ni los encargados de recibir la sustancia ilícita. Se indicaba, que la cocaína venía escondida herméticamente en una embarcación auxiliar de 11 pies de eslora (3,5 metros), marca « DIRECCION002 », la cual se encontraba a bordo del catamarán mencionado. La misma habría sido escaneada, presentando varias anomalías detectadas dentro del casco de la embarcación. A falta de un peso exacto, se refiere que contiene aproximadamente entre 300 y 500 kilogramos de cocaína en su interior.

El intento de contar con la declaración de los agentes extranjeros intervinientes en la operación resultó infructuoso pues, como ha puesto de relieve el recurso, se alegó que estaban dispensados de ello por su asimilación al personal diplomático. De manera que solo se pudo contar con la declaración de los agentes españoles que recogieron la droga incautada de Puerto Rico, donde se encontraba custodiada por agentes de la DEA, y la trasladaron hasta Huelva.

2. - Ciertamente esta Sala ha señalado reiteradamente, entre otras en la STS 6/2010 de 27 de enero que cita el recurso y en las que ella a su vez invoca (SSTS 187/2009 de 3 de marzo y 326/2009 de 24 de marzo) y en otras como las SSTS 85/2011 de 7 de febrero o la 202/2012 de 12 de marzo , que no puede presumirse de principio que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, y como tales vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario.

También hemos dicho (entre otras en la STS 251/2015 de 13 de abril , con cita a su vez de la STS 575/2013 de 28 de junio) que «en relación a la lucha contra las formas más graves de delincuencia transnacional, entre las que se encuentra sin duda alguna los delitos de tráfico de drogas, la actividad descrita en su conjunto se apoya en el principio de reciprocidad y cooperación internacional entre instituciones, también las policiales, que necesariamente lleva a que el funcionamiento de esta colaboración se desenvuelva inspirada por el principio de confianza, tanto en los medios y en las formas utilizadas en la investigación como en los resultados obtenidos y en la fiabilidad de las informaciones facilitadas,.....»

En el mismo sentido se pronunció la sentencia 445/2014 de 29 de mayo , en un caso en el que los agentes de la DEA, amparados en su estatus diplomático en relación a los actos ejecutados en ejercicio de sus funciones, no comparecieron al juicio al que habían sido citados como testigos para declarar acerca de los datos que a su vez habían suministrado a los investigadores españoles.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el recurso omite un extremo de la valoración realizada por el Tribunal sentenciador, que rompe su línea argumental dirigida a tachar de irracional y arbitraria la motivación que sustenta la conclusión absoluta alcanzada por la sentencia recurrida.

La duda del Tribunal de instancia no está basada en una presunción de ilegalidad o irregularidad de lo actuado en el extranjero, sino en un aspecto concreto introducido en el debate contradictorio que el juicio supone, a través de prueba practicada en el mismo a instancia de la defensa de uno de los procesados.

Según la hipótesis acusatoria mantenida a partir de la información suministrada por los agentes de la DEA, y según especifica el relato de hechos probados de la resolución impugnada, la incautación de droga se habría verificado a través «de la intervención del catamarán " DIRECCION000 ", lo que hizo posible a su vez la ocupación de la embarcación auxiliar tipo " DIRECCION002 " en alta mar, que venía con una partida de cocaína sellada herméticamente dentro del casco». Así, separadas ambas embarcaciones la " DIRECCION002 " fue entregada a la Guardia de Costas estadounidenses, que la trasladó hasta Puerto Rico, donde fue guardada en un almacén de la DEA». Allí permaneció « hasta el día 26 de julio, cuando fue transportada a España en un avión de la Fuerza Aérea de los EE.UU bajo custodia conjunta DEA y Cuerpo Nacional de Policía». Por su parte, una vez separada la nave auxiliar en alta mar «el catamarán se hizo a la vela hacia España bajo el control de la DEA»

Y explica la sentencia recurrida en su fundamentación jurídica que «la pericia llevada a cabo por el perito Sr. Heraclio (Ingeniero Técnico Naval) a petición de la defensa de Edemiro , aportada junto con el escrito de defensa, y ratificada en el acto del plenario, concluía que la " DIRECCION002 " no era propiamente una embarcación auxiliar como tal, y que el peso de 540 kilos (la embarcación más la sustancia estupefaciente) izado a más de dos metros de la línea de flotación y en la popa, comprometerían en exceso la estabilidad del



barco, llegándose a partir, haciendo prácticamente imposible una travesía transoceánica. La única forma de izar el bote auxiliar sería con el catamarán atracado o utilizando algún instrumento tipo grúa, o un número considerable de personas. Sería prácticamente imposible la izada en mar abierto».

Tal afirmación, canalizada a través de una pericia practicada en tiempo y forma y cuyas conclusiones el recurso no combate, introduce una fisura en la verosimilitud de la secuencia que describe la incautación de la droga en alta mar a través de la separación de las dos naves concernidas, que, a falta de aclaración por parte de quienes directamente tuvieron intervención en la misma, que declinaron la posibilidad de acudir a juicio como testigos, o de otros técnicos que la pudieran contradecir, dota de racionalidad el discurso argumental de la sentencia de instancia en cuanto desemboca en un fallo absolutorio. No se trata ya del cuestionamiento caprichoso de lo actuado por investigadores extranjeros, sino en un elemento que razonablemente, a falta de otra explicación, distorsiona la lógica de su actuación.

En atención a lo expuesto el recurso se desestima, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, se declaran de oficio las costas de esta instancia.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional de fecha 17 de mayo de 2017 en causa seguida por delito contra la salud pública.

Declarar de oficio las costas causadas en esta instancia

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia