

Resumen

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a sentencia que condenó a los acusados como autores de un delito contra la salud pública, así como parcialmente el de dos de ellos, desestimando el resto y dictando segunda sentencia. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que dada la envergadura de la operación, a todas luces procede la aplicación de la extrema gravedad del art. 370 CP 95, como solicita el Ministerio Fiscal, en base a la redacción anterior a la reforma de la LO 13/2003, por ser el texto aplicable a los hechos enjuiciados que ocurrieron antes de la vigencia del texto actual. Dicho artículo en aquella redacción permitió su aplicación en casos de extrema gravedad, o cuando se trate de jefes o administradores. En el caso de autos, sin perjuicio de reconocer que según la doctrina de la Sala para interpretar aquel texto, declaró que había que huir de automatismos interpretativos y que la extrema gravedad no era, "sic et simpliciter", equivalente a la extrema cantidad, verificamos que, la condición de jefes o administradores que se ha predicado de tres de los acusados, permite la aplicación de la super-agravante en los términos solicitados por el Ministerio Fiscal.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

art.21.1 , art.368 , art.369.3 , art.370

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

art.730 , art.741

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO	6
FALLO	19
SEGUNDA SENTENCIA	20

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

Cuestiones generales

Concepto

Bien jurídico protegido

Sustancias que causan grave daño a la salud

Cocaína

Actividades

Transporte

Apreciación

Supuestos diversos

Tenencia preordenada al tráfico

Apreciación

Supuestos diversos

Modalidades agravadas

Cantidad de notoria importancia

Cocaína

Jefes, administradores, o encargados de organización

Conductas de extrema gravedad

Formas y grados de ejecución

Grados de ejecución

Consumación

Partícipes

Autor

Supuestos diversos

Penalidad

En general

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Condenado, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Condenado, Ministerio Fiscal

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.21.1, art.368, art.369.3, art.370 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.730, art.741 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita LO 15/2003 de 25 noviembre 2003. Modificación de LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal

Cita LO 13/2003 de 24 octubre 2003. Reforma de la LECr en materia de prisión provisional

Cita Ley 17/2003 de 29 mayo 2003. Regulación del Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados

Cita art.1, art.20, art.21, art.66.2, art.70, art.369.1, art.369.6, art.369.61 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.370 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.368, art.849, art.850.1, art.851, art.852, art.855 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAN Sala de lo Penal de 4 noviembre 2008 (J2008/307201)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 7 julio 2010 (J2010/153041)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 junio 2010 (J2010/145112)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 junio 2010 (J2010/133428)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 julio 2010 (J2010/132917)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 marzo 2010 (J2010/53521)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 febrero 2010 (J2010/14219)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 febrero 2010 (J2010/12433)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Modalidades agravadas - Jefes, administradores, o encargados de organización STS Sala 2ª de 28 enero 2010 (J2010/11528)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 diciembre 2009 (J2009/321749)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 diciembre 2009 (J2009/299949)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 noviembre 2009 (J2009/265719)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 octubre 2009 (J2009/259091)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 junio 2009 (J2009/134697)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 abril 2009 (J2009/56256)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 15 julio 2008 (J2008/166725)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Modalidades agravadas - Jefes, administradores, o encargados de organización STS Sala 2ª de 30 junio 2008 (J2008/118986)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Modalidades agravadas - Jefes, administradores, o encargados de organización STS Sala 2ª de 17 septiembre 2007 (J2007/175218)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 junio 2007 (J2007/92352)

Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 21 mayo 2007 (J2007/39871)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 27 abril 2007 (J2007/36092)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 diciembre 2006 (J2006/358849)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 17 julio 2006 (J2006/109820)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 junio 2006 (J2006/98732)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

- Modalidades agravadas - Jefes, administradores, o encargados de organización STS Sala 2ª de 3 abril 2006 (J2006/71177)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 mayo 2006 (J2006/59557)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 17 marzo 2006 (J2006/31781)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 marzo 2006 (J2006/21346)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 febrero 2006 (J2006/21339)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 22 febrero 2006 (J2006/12004)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 diciembre 2005 (J2005/237379)

- Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 octubre 2005 (J2005/207237)
- Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 24 octubre 2005 (J2005/157436)
- Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 30 junio 2005 (J2005/116883)
- Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 junio 2005 (J2005/96643)
- Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 26 enero 2005 (J2005/71472)
- Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES
- Modalidades agravadas - Jefes, administradores, o encargados de organización STS Sala 2ª de 14 abril 2005 (J2005/62565)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 junio 2004 (J2004/259930)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 octubre 2004 (J2004/159773)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 junio 2004 (J2004/82671)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 abril 2004 (J2004/26052)
 - Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES
 - Modalidades agravadas - Jefes, administradores, o encargados de organización STS Sala 2ª de 8 marzo 2004 (J2004/17445)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 marzo 2004 (J2004/13232)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 20 febrero 2004 (J2004/12765)
 - Cita en el mismo sentido STEDH de 8 abril 2004 (J2004/9151)
 - Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 27 octubre 2003 (J2003/136205)
 - Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 30 junio 2003 (J2003/30554)
 - Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES
 - Modalidades agravadas - Jefes, administradores, o encargados de organización STS Sala 2ª de 20 marzo 2003 (J2003/25323)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 9 enero 2003 (J2003/976)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 noviembre 2002 (J2002/51377)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 julio 2002 (J2002/27782)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 junio 2002 (J2002/26741)
 - Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES
 - Modalidades agravadas - Jefes, administradores, o encargados de organización STS Sala 2ª de 22 mayo 2002 (J2002/22317)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 3 abril 2002 (J2002/13397)
 - Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 28 enero 2002 (J2002/3356)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 22 junio 2001 (J2001/15428)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 18 junio 2001 (J2001/12568)
 - Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 4 junio 2001 (J2001/6255)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 octubre 2000 (J2000/37096)
 - Cita en el mismo sentido STEDH de 27 junio 2000 (J2000/17096)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 14 febrero 2000 (J2000/908)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 11 febrero 2000 (J2000/518)
 - Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 10 mayo 1999 (J1999/6921)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 abril 1999 (J1999/5997)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 febrero 1999 (J1999/1682)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 23 diciembre 1998 (J1998/33220)
 - Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 30 marzo 1998 (J1998/1481)
 - Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 noviembre 1995 (J1995/6389)
 - Cita en el mismo sentido STEDH de 18 enero 1978 (J1978/1)
 - Cita Acuerdo no Jurisdiccional TS Sala 2 Pleno de 20 diciembre 2006 (J2006/353057)

Bibliografía

Citada en "Reflexiones sobre la libertad vigilada"

Versión de texto vigente null

FRANCISCO MONTERDE FERRER

JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

JOSÉ MANUEL MAZA MARTIN

MANUEL MARCHENA GOMEZ

SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de julio de dos mil diez.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por el Ministerio Fiscal y las representaciones de Evaristo, María Inmaculada, Adriano, Eloy, Leon, Torcuato, Amador, Eulogio y Mariano, contra la sentencia dictada por la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia

del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sra. Muñoz González, Sr. García Barrenechea, Sr. Pozas Osset, Sr. García Martínez, Sra. Muñoz González, Sra. Cano Lantero y Sr. Calvo Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 1, instruyó Sumario núm. 2/2004, seguido por delito contra la salud pública, contra Eloy, Leon, Amalia, Torcuato, María Inmaculada, Evaristo, Mariano, Eulogio, Franco, Adriano, Amador, Remigio y Pedro Miguel, y una vez concluso lo remitió a la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 4 de noviembre de 2008 dictó sentencia EDJ 2008/307201 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declara, por esta sentencia, expresamente probado que: I.- Los procesados todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales computables, Leon, Torcuato, María Inmaculada Y Evaristo, y con antecedentes penales computables, Eloy Y Amador, entre finales de julio y principios de agosto de 2001, se concertaron para articular la infraestructura necesaria a fin de recepcionar y almacenar importantes cantidades de sustancia ilícita, procedente de Sudamérica y a tal fin mantuvieron una serie de contactos previos.- Es por ello que el día 1 de agosto de 2001, los hermanos e inculpados, Eloy y Leon, se dirigieron a bordo del vehículo Ford Focus matrícula.... SPR, propiedad de un tercero ajeno a la operación y al que no se juzga por estos hechos, a un polígono industrial próximo al aeropuerto de Valencia, cercano al Hotel Azafata, donde tras dar numerosas vueltas y adoptando inusuales medidas de seguridad, contactaron con Mariano, quien conducía el camión marca IVECO, matrícula V.2788-GB, acompañado de Amador, ambos procedentes de la ciudad catalana de Tarragona.- Sobre las 17,45 horas del mismo día, el citado vehículo Ford Focus se dirigió a la calle San Juan de Dios núm. 17 de Valencia, descendiendo Eloy y Leon del vehículo e introduciéndose en el local allí existente, propiedad de su madre, la procesada Amalia, donde permanecieron un breve tiempo, para a continuación, dirigirse a los apartamentos "Viladrau", sito en la Avenida de Neptuno de la capital Valenciana, en el que los inculpados, Eloy y Amador, alquilaron dos apartamentos para ser ocupado durante quince días, pagando en efectivo y en billetes de 5.000 pesetas, 240.000 pesetas.- Sobre las 18,10 horas, el vehículo Ford Focus se dirigió, de nuevo a las inmediaciones del local de la Calle San Juan de Dios, donde al poco tiempo apareció el camión Iveco V-2788-GB, el cual fue descargado por su conductor, Mariano, y otros dos individuos no identificados y a los que no se juzga por estos hechos, introduciendo en el almacén cajas de color marrón con etiquetas rojas con la leyenda "sardinar REALEZA en salsa de tomate".- Sobre las 21 horas del mismo día, llegó al referido local otro camión, matrícula 5750BGL, propiedad de la mercantil, "Manipulados Met., S.L." conducido por Eulogio, el cual realizó la misma operación que el anterior, descargando numerosas cajas con las mismas características que las anteriores y en cuyo interior se alojaría la sustancia prohibida.- Finalizada la descarga sobre las 21,20 horas, el referido camión 5750BGL conducido por Eulogio y otras tres de las personas que habían participado en la descarga y a las que no se juzga por estos hechos, se dirigieron a la Avenida de Aragón, donde a las 22 horas llegó el Ford Focus con los hermanos Eloy Leon, manteniendo todos ellos una reunión, tras lo cual, Eulogio, emprendió la marcha a bordo del camión, matrícula 5759 BGL en dirección Barcelona.- A continuación el Ford Focus se dirigió a los apartamentos "Viladrau", donde se encontraba aparcado el otro camión marca Iveco, subiendo Eloy a uno de los apartamentos que había alquilado, donde mantiene un contacto de 15 minutos con Mariano.- II.- Con fecha 13 de agosto de 2001 tuvo lugar una inspección en el local sito en la calle San Juan de Dios 17, bajos, de Valencia, propiedad de Amalia, el cual en aquella fecha se hallaba a su disposición. En el transcurso de dicha diligencia se aprehendieron 3.600 paquetes, ocultos en 259 cajas con la denominación "Sardinas Realeza en salsa de tomate", que contenían 1.962.881 gramos de cocaína con un grado de pureza del 79,1%, con un valor en el mercado ilícito de 184.569.700,43 euros; 801.787 gramos de cocaína con un grado de pureza del 66%, con un valor en el mercado ilícito de 62.808.208,02 euros; y 1.100.171 gramos de cocaína con un grado de pureza del 67,5%, con un valor en el mercado ilícito de 88.283.869,05 euros.- III.- La anterior mercancía había sido transportada en la tarde del día 1 de agosto de 2001, desde las instalaciones de la empresa consignataria BOOKING CARGO, sita en Manises, Polígono La Cova, hasta el mencionado local de la calle San Juan de Dios. Para dicho transporte se habían empleado el camión Iveco V-2788-GB, anteriormente citado, alquilado a la entidad "Lider Rent", figurando en el contrato como conductor Mariano, abonándose el precio con la Tarjeta Visa núm. núm.000 de la cual era titular Adriano, pagando la prorrogación del alquiler Amador, quien se sirvió a tales fines de terceros ajenos a toda la operación.- De la misma manera, se utilizó, el camión matrícula 5750 BGL, titularidad de la entidad Manipulados Met, S.L., conducido por Eulogio; todo lo cual se desarrolló bajo la supervisión de los hermanos Eloy Leon, desde el interior del vehículo Ford Focus,.... SPR, circulando por los alrededores.- El día 11 de agosto de 2001, Mariano, procedió a la devolución del camión IVECO, matrícula V-2788-GB, a la entidad "Lider Rent de Valencia, estando acompañado del inculpadado Franco, quienes se desplazaron desde Tarragona en el vehículo Renault propiedad de éste.- IV.- La mercancía ilícita aprehendida, así como la legal, había embarcado en Guayaquil (Ecuador) de donde, vía Kingston (Jamaica), llegó al puerto de Valencia, a bordo de los barcos ESTECLIPPER, de bandera aluxemburguesa (contenedores (núm.001 Y núm.002) y del OLIMPIA, de bandera Antigua y Barbuda (contenedores núm.003, núm.004 Y núm.005). De los cinco contenedores aparecía como importador Victorio. La mercancía fue remitida al PIF (Puesto de Inspección Fronteriza) del Puerto de Valencia con el fin de realizar la inspección sanitaria, diligencia que se verificó el 1 de agosto de 2001 a las 8,30 horas, y que no superó por cuestiones de etiquetaje.- No obstante, el día anterior, 31 de julio, cuando aún era desconocida esa circunstancia, ya constaba la disposición de trasladar los contenedores a la entidad "Booking Cargo" con el fin de cargar la mercancía a otros contenedores y con destino a Marruecos. En los locales de la mencionada entidad, se descargó la cocaína que a la postre sería aprehendida, introduciéndose la misma en los camiones que la trasladaron al local donde sería intervenida.- En principio constaba que los contenedores portaban un total de 3.240 cajas, comprobándose cómo las transbordadas con destino a Marruecos eran 2.862 y las aprehendidas en el local de la calle San Juan de Dios de Valencia, fueron 359, de las cuales 259 contenían la sustancia ilícita.- La empresa "Booking Cargo", estaba dirigida por los procesados Torcuato y María Inmaculada, quienes junto a Evaristo, dirigieron las operaciones precisas para que la sustancia ilegal saliera del Puerto de Valencia, habiéndose empleado de manera indebida, la licencia a nombre de Victorio, para quien había trabajado en anteriores ocasiones y a quien no se juzga por estos hechos. En los días inmediatamente anteriores a los hechos,

se verificaron distintas llamadas entre representantes de Booking Cargo y los hermanos Eloy Leon.- En los locales de la mencionada entidad se descargó la cocaína aprehendida, introduciéndose la misma en los camiones anteriormente citados, que la trasladaron al local donde fue incautada.- V.- Se declara expresamente no probado, la participación en los hechos de Amalia, Franco, Remigio Y Pedro Miguel, a quienes les fueron intervenidos en el momento de su detención, 6.590 euros y 2589 euros, respectivamente.- VI.- Eloy Y Amador, han resultado ejecutoriamente condenados, en Sentencia de 19 de septiembre de 1996 dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Ejecutoria 178/1996, a la pena de cuatro años de prisión, por delito de tráfico de sustancias estupefacientes". (sic)

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

"FALLAMOS: I.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS, a: Eloy, como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, y previsto en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.3º, del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de prisión de ONCE AÑOS Y MULTA DE 184.569.7001 # e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y al pago de las costas proporcionales.- Amador, como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, previsto y penado en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.3º del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de prisión de DIEZ AÑOS Y MULTA DE 184.569.7001 #, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y al pago de las costas proporcionales.- Leon, como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, previsto y penado en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.3º, del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de prisión de NUEVE AÑOS Y UN DÍA y MULTA DE 88.283.870 #, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas proporcionales.- Torcuato, como autor penalmente responsable, de un delito contra la salud pública, ya definido, previsto y penado en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.1, 3º, del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de DIEZ AÑOS y MULTA DE 88.283.870 #, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas proporcionales.- María Inmaculada, como autora penalmente responsable, de un delito contra la salud pública, ya definido, previsto y penado en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.1, 3º, del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de NUEVE AÑOS Y UN DÍA y MULTA DE 88.283.870 #, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas proporcionales.- Evaristo, como autor penalmente responsable, de un delito contra la salud pública, ya definido, previsto y penado en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.1, 3º, del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de NUEVE AÑOS Y UN DÍA y MULTA DE 88.283.870 #, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas proporcionales.- Adriano, como cómplice penalmente responsable, de un delito contra la salud pública, ya definido, previsto y penado en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.1, 3º, del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de TRES AÑOS MENOS UN DÍA DE PRISIÓN, MULTA DE 62.808.209 Euros, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas proporcionales.- Mariano, como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, previsto y penado en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.1, 3º, del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de NUEVE AÑOS Y UN DÍA y MULTA DE 88.283.870 #, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas proporcionales.- Eulogio, como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, previsto y penado en los artículos 368, inciso primero, y artículo 369.1, 3º, del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción anterior a la operada por la Ley Orgánica 13/2003 EDL 2003/103451 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de NUEVE AÑOS Y UN DÍA y MULTA DE 88.283.870 #, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas proporcionales.- Se decreta el comiso y destrucción inmediata de la droga incautada, y de las muestras obtenidas, una vez sea firme la sentencia y la totalidad del dinero y efectos incautados, a excepción de las cantidades intervenidas a Pedro Miguel Y Remigio, así como del local sito, en la calle San Juan de Dios, número 17 de Valencia, a los que dará el destino previsto en la Ley 17/03 de 29 de mayo EDL 2003/10341 , reguladora del Fondo para bienes decomisados procedentes del tráfico de drogas y otros relacionados, Será de abono a dichos procesados el tiempo de privación de libertad sufrido en esta causa.- II:- Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS, a los procesados, Amalia, Franco, Remigio Y Pedro Miguel, del delito contra la salud pública del que venían acusados, con declaración de oficio de las costas procesales causadas, dejándose sin efecto cuantas medidas cautelares se hubiese adoptado contra estos procesados absueltos.- Remítase copia de la presente Sentencia, con indicación de que no es firme, a la Audiencia Provincial de Tarragona, a efectos de su conocimiento y constancia". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal y las representaciones de Evaristo, María Inmaculada, Adriano, Eloy, Leon, Torcuato, Amador, Eulogio y Mariano, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal formalizó su recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1 LECriminal EDL 1882/1 .

SEGUNDO.- Con el mismo amparo legal que el anterior.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECriminal EDL 1882/1 .

CUARTO.- Fundado en el art. 849.1 LECriminal EDL 1882/1 .

QUINTO.- Al amparo del art. 852 LECriminal EDL 1882/1 .

La representación de Evaristo y María Inmaculada, formalizó su recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECriminal EDL 1882/1 .

TERCERO.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba con fundamento en el art. 849.2 LECriminal EDL 1882/1 .

CUARTO.- Por Quebrantamiento de Forma y con amparo en el art. 851.1 LECriminal EDL 1882/1 .

La representación de Eloy, formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Fundado en el art. 850.1 LECriminal EDL 1882/1 .

SEGUNDO.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 LECriminal EDL 1882/1 .

TERCERO.- Por vulneración del art. 24.2 C.E EDL 1978/3879 .

CUARTO.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 C.E EDL 1978/3879 . y al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 852 LECriminal EDL 1882/1 .

La representación de Leon, formalizó su recurso de casación en base a un UNICO MOTIVO: Por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 C.E EDL 1978/3879 . y con amparo en el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 .

La representación de Torcuato, formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Fundado en el art. 849.2 LECriminal EDL 1882/1 .

SEGUNDO.- al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 por vulneración del art. 24 C.E EDL 1978/3879 .

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECriminal EDL 1882/1 por infracción, por indebida aplicación del art. 368 C.P EDL 1995/16398 .

CUARTO.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 C.E EDL 1978/3879 . con amparo en el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 .

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

PRIMERO.- Fundado en el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 por vulneración del art. 24.1 C.E EDL 1978/3879 .

SEGUNDO.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba y con fundamento en el art. 849.2 LECriminal EDL 1882/1 .

TERCERO.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E EDL 1978/3879 . y con amparo en el art. 852 LECriminal EDL 1882/1 .

CUARTO.- Con el mismo amparo legal que el anterior denuncia vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que consagra el art. 24 C.E EDL 1978/3879 .

La representación de Eulogio formalizó su recurso alegando un UNICO MOTIVO DE CASACION: Con amparo en los arts. 849.1 y 852 LECriminal EDL 1882/1.

La representación de Mariano formalizó el recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO.- Con amparo en el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 849.1 y 2 LECriminal EDL 1882/1 por vulneración del art. 24 C.E EDL 1978/3879 .

SEGUNDO.- Con el mismo amparo legal que el anterior denuncia en este caso error en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- Fundado en el art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 por vulneración del art. 24 C.E EDL 1978/3879 .

CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ EDL 1985/8754 y art. 849.1 y 2 LECriminal EDL 1882/1.

QUINTO.- Con el mismo amparo legal que el anterior.

La representación de Adriano, formalizó su recurso en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- y SEGUNDO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 851 LECriminal EDL 1882/1 .

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1 LECriminal EDL 1882/1 .

CUARTO.- Fundado en el art. 849.1 LECriminal EDL 1882/1 por indebida aplicación del art. 369.1.3 C.P EDL 1995/16398 .

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1 LECriminal EDL 1882/1 .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos los impugnó, exceptuando los motivos tercero y quinto del recurrente Mariano que los apoya; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 15 de junio de 2010. Por la complejidad del tema objeto de estudio con fecha 29 de junio de 2010 se dictó auto de prórroga del término para dictar sentencia por treinta días hábiles.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de la Sección IV de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2008 EDJ 2008/307201 condenó a Eloy, Amador, Torcuato, a su hermana María Inmaculada, Evaristo, Mariano y a Eulogio, como autores de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud con aplicación del párrafo 31 del art. 369-1º Cpenal EDL 1995/16398 a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo. A Adriano lo condenó como cómplice del mismo delito.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que los condenados entre finales de julio y agosto de 2001 se concertaron para articular una infraestructura que permitiera recepcionar y almacenar importantes cantidades de cocaína procedente de Sudamérica.

A tal fin, los hermanos Eloy y Leon se dirigieron al polígono industrial próximo al aeropuerto de Valencia/Manises y al hotel Azafata. Allí contactaron con Mariano conductor de camión Iveco V-2788-GB que procedía de Tarragona y que iba acompañado de Amador. Por la tarde del mismo día 1 de agosto, ambos hermanos se dirigieron a la c/ San Juan de Dios de Valencia, núm. 17 donde su madre es propietaria de un local comercial y de allí se dirigieron a los apartamentos "Viladrau" sitos en la Avda. de Neptuno, y allí Eloy y Amador alquilaron dos apartamentos por espacio de 15 días y que abonaron en efectivo.

Sobre las 18'10 horas del mismo día se dirigieron de nuevo al local de la c/ S. Juan de Dios, donde apareció el camión Iveco antes insinuado y conducido por Mariano quien procedió, con otras dos personas no identificadas a descargar cajas de color marrón etiquetadas como "sardinas realeza" en salsa de tomate, que fueron introducidas en el local.

A las 21 horas del mismo día llegó al referido local otro camión Iveco matrícula 5750 BGL conducido por Eulogio que realizó idéntica operación de descargar cajas de sardinas idénticas a las anteriores.

Finalizada la descarga del segundo camión Eulogio se dirige en el camión a la Avda. de Aragón sobre las 22 horas, y allí se encontró con el Ford Focus en el que iban los hermanos Eloy y Leon; tras una reunión entre todos, el camión conducido por Eulogio marcha en dirección a Barcelona.

Seguidamente, los hermanos Eloy Leon se dirigen en el Ford Focus a los apartamentos Viladrau donde se encontraba aparcado el otro camión Iveco, y allí Eloy, sube a los apartamentos que previamente habían sido alquilados y mantiene un contacto de unos 15 minutos con Mariano.

Como resultado de esta investigación y seguimientos policiales, el 13 de agosto de 2001 se procedió a registrar el local de la calle S. Juan de Dios núm. 17, ocupándose en su interior, ocultas en 259 cajas de "Sardinas Realeza" un total de 3.869'6 kilos de cocaína con unas concentraciones entre el 66% y el 79'1% en la forma especificada en el "factum".

Dicha mercancía, había sido transportada en la tarde del día 1 de agosto desde la Consignataria Booking Cargo, sita en Manises hasta el local de la c/ S. Juan de Dios, habiéndose utilizado en el transporte los dos camiones ya citados, respectivamente conducidos por Mariano y Eulogio.

La mercancía aprehendida había sido embarcada en Guayaquil -Ecuador- y transportada hasta el puerto de Valencia en los barcos Esteclipper y Olimpia, estando oculta en los contenedores identificados en el "factum". Se trataba de cinco contenedores. La mercancía no superó la inspección sanitaria efectuada el 1 de agosto a las 8'30 horas.

El día anterior, 31 de julio y cuando se desconocía el rechazo de la inspección sanitaria --que se declaró al día siguiente como ya se ha dicho-- ya existía la disposición de trasladar los contenedores a la Consignataria Booking Cargo, lo que se llevó a cabo en la tarde del día 1 de agosto. Allí las cajas de sardinas fueron cargadas en otros contenedores con destino a Marruecos, pero del total de cajas de sardinas, 359 cajas fueron llevadas al local de la c/ S. Juan de Dios, y de ellas, en 259 se encontraba oculta la cocaína en la cantidad ya expresada.

Booking Cargo estaba dirigida, a la sazón, por los hermanos Torcuato y María Inmaculada, quienes junto con Evaristo dirigieron las operaciones precisas para que la mercancía saliese indebidamente del puerto de Valencia, se descargase en el local de la Consignataria y parte de ella fuera llevada al local de la c/ S. Juan de Dios.

Segundo.- Contra la expresada sentencia EDJ 2008/307201 se ha formalizado recurso de casación por todos los condenados, si bien consta el fallecimiento de Adriano, habiéndose acordado en el rollo de Sala la extinción, por tal causa, de la responsabilidad civil --folio 403 Rollo de Casación--.

También formalizó recurso el Ministerio Fiscal.

Pasamos al estudio de los diversos recursos formalizados, en primer lugar, por los condenados, para luego, pasar al estudio del formalizado por el Ministerio Fiscal.

Tercero.- Recurso formalizado por Eloy.

Aparece desarrollado a través de cuatro motivos.

Pasamos al estudio conjunto de los motivos primero, segundo y tercero.

El motivo primero por la vía del art. 850.1º LECriminal EDL 1882/1 denuncia Quebrantamiento de Forma por denegación de pruebas pertinentes, lo que se reproduce en el motivo tercero, solo que por la vía de la vulneración de derechos fundamentales por violación del derecho a la tutela judicial efectiva por tal denegación. En el motivo segundo por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal EDL 1882/1 se alega error en la valoración de las pruebas derivadas de prueba testifical.

El recurrente centra su denuncia en estos tres motivos en que se denegaron tres pruebas que habían sido temporáneamente propuestas y que el recurrente considera necesarias.

Tales pruebas fueron tres:

a) Que se identificase a la persona que remitió al Tribunal el escrito del folio 10058, para lo que se interesaba dirigir oficio a Telefónica Móviles de España.

b) Que se oficiase al Parque Temático de "Terra Mítica" para que en relación al documento del apartado c) de su escrito de proposición de prueba se determine a qué atracción corresponde y

c) Dirigir oficio al mismo parque para que en relación al documento b) de la prueba documental se acredite si dicha foto está hecha en el interior del Parque.

Recordamos la doctrina de la Sala que en relación a la denegación de pruebas, exige para que sea efectiva la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en el aspecto relativo a la proposición de pruebas, que las denegadas no solo han de ser pertinentes sino necesarias por su potencialidad de modificar la decisión final del caso, para lo que el recurrente tendrá que argumentar con una suficiente consistencia al respecto; reconocemos que el recurrente cumplió con los presupuestos procesales de protesta ante la negativa del Tribunal --negativa sin argumentar al folio 666 Tomo II del auto de 6 de junio de 2008, Rollo de la Audiencia -- y protesta al folio 885 del mismo Rollo, escrito de 12 de junio de 2008--. Partiendo de lo expuesto, es lo cierto que las pruebas denegadas no fueron necesarias ni por tanto tuvieron la potencialidad de modificar la solución final, con la conclusión de no lesionarse derecho fundamental alguno.

En efecto resulta irrelevante la identidad de la persona que hiciese el informe del folio 10.058.

Se trata de un informe de Telefónica Móviles firmado por la Dirección de la Asesoría Jurídica de Relaciones con la Administración, Consumo y Protección de Datos que en relación con las conversaciones intervenidas policialmente entre las tarjetas telefónicas que allí se citan, se dice que en relación a las tarjetas telefónicas a que se refiere el oficio del Juzgado de Instrucción y que en base a ellas se captó las conversaciones referidas, se informa que en relación a las numeraciones de tales tarjetas "...son numeraciones que pertenecen a un rango de MSISDN (Estación móvil de la Red Digital de Servicios Integrados) que se han reservado internamente para ser utilizados como parámetro de configuración de esos modos de red y no se han sacado a la venta como numeraciones de tarjetas SIM de clientes ni están definidos en el registro de abonados de la red (HLR); nadie por tanto puede hacer llamadas ni enviar mensajes desde una tarjeta con estas numeraciones....".

En base a ello, se argumenta en el motivo que resultaría imposible el cruce de llamadas que se dicen intervenidas entre los hermanos Eloy Leon y el Sr. Torcuato) que era el administrador de la Consignataria Booking Cargo.

Resulta evidente que la identidad del autor de tal informe nada aporta en clave de esencialidad y necesidad a tal informe, y lo mismo debe decirse en relación a la identidad del oficio de Telefónica del art. 1053, también citado por el recurrente. En dicho oficio se dice, simplemente, que de acuerdo con lo interesado por el Juzgado, se inician los trámites oportunos para cumplir lo ordenado.

Por lo que se refiere al original de la foto aportada por el recurrente que capta al recurrente en una atracción del parque Terra Mítica, la sentencia recurrida en los folios 87 y 88 da una explicación plausible que desvirtuaría la tesis de que al estar el recurrente ese día 1 de agosto en el parque de Terra Mítica, no podría encontrarse en Valencia, porque en primer lugar, estaban siendo seguidos y observados por la policía, y por otra parte la distancia entre Benidorm y Valencia hubiera permitido el desplazamiento a Terra Mítica (Benidorm) y a Valencia en poco tiempo. La sentencia dice que ambos problemas están a "algo más de 300 km.". Es un cálculo erróneo. Es hecho notorio que de Benidorm a Valencia hay, por autopista solo unos 140 km y que pueden ser recorridos en poco más de una hora u hora y media.

Finalmente, y ex abundancia, hay que decir que la intervención telefónica no fue la única fuente de prueba, sino que de forma autónoma también existieron seguimientos como lo acredita el propio relato de hechos probados y se recoge al folio 88 de la sentencia, primer párrafo.

Finalmente, y en relación al cruce de llamadas entre Torcuato --administrador de la Consignataria-- y el recurrente además de lo que consta sobre tales llamadas en el informe policial de 25 de octubre de 2001 al folio 1620, Tomo IX, ciertamente contradicho por el oficio de Telefónica Móviles antes citado, pero al respecto hay que decir que sea cual fuera la explicación que merezca el informe de Telefónica Móviles del folio, es lo cierto que las conversaciones con los dos teléfonos concernidos -- núm.006 y núm.007 -- tuvieron lugar como lo acredita el oficio policial y del folio 2620, así como el desglose de las llamadas que obran a los folios 2631, con cuyo desglose se confeccionaron los cuadros o esquemas efectuados por la policía, que relacionan los números telefónicos con las personas correspondientes y que obran a los folios 2624 al 2630, hay que tener en cuenta la declaración del agente policial núm.008 a que luego nos referimos, así como la declaración en sede judicial del empleado Felix a que se refiere la sentencia, si bien dicho testigo no compareció al Plenario por encontrarse en paradero desconocido --folio 1119, por lo que se reintrodujo su declaración en sede judicial--.

Como conclusión de todo lo razonado, hay que desestimar los tres motivos estudiados.

El motivo cuarto, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia. Una denuncia de esta clase, exige de esta Sala Casacional la verificación de un triple objetivo.

a) En primer lugar, debe analizarse el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de

certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, --SSTC 68/98 EDJ 1998/1481 , 85/99 EDJ 1999/6921 , 117/2000, 4 de junio de 2001 EDJ 2001/6255 ó 28 de enero de 1002 EDJ 2002/3356 , ó de esta Sala 1171/2001 EDJ 2001/12568 , 6/2003 EDJ 2003/976 , 220/2004 EDJ 2004/12765 , 711/2005 EDJ 2005/96643 , 866/2005 EDJ 2005/116883 , 476/2006 EDJ 2006/59557 , 548/2007 EDJ 2007/92352 , 1065/2009 EDJ 2009/259091 , 1333/2009 EDJ 2009/321749 , 104/2010 EDJ 2010/14219 , 259/2010 de 18 de marzo EDJ 2010/53521 y 557/2010 de 8 de junio EDJ 2010/133428 , entre otras--.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal EDL 1882/1 y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas --SSTS de 10 de junio de 2002 EDJ 2002/26741 , 3 de julio de 2002 EDJ 2002/27782 , 1 de diciembre de 2006 EDJ 2006/358849 , 685/2009 de 3 de junio EDJ 2009/134697 , entre otras--, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

El recurrente insiste en que el día 1 de agosto se encontraba en el parque Temático Terra Mítica, de Benidorm, y que por ello no pudo estar en el aeropuerto de Manises ni tener las entrevistas que se dice en el "factum", se dice que la Sala de instancia llenó con afirmaciones sin sustento probatorio, verdaderos vacíos de prueba, y, finalmente cuestiona la verosimilitud de la declaración del agente policial núm.009.

El Tribunal a los folios 46 y 47 concreta las fuentes de pruebas de cargo, partiendo de que el recurrente, que solo fue habido bastante tiempo después --mayo 2003--, siempre ha negado su intervención y presentó como coartada las fotos que le sitúan en el parque temático de Terra Mítica.

El Tribunal se refiere a los seguimientos policiales de que fue objeto, y que, por contra le sitúan en el interior del Ford Focus en las cercanías del aeropuerto de Manises, en el local de la c/ S. Juan de Dios y en el momento de alquilar unos apartamentos en el edificio Viladrau, y a ello ha de añadirse el hecho incontrovertido de que en el local de su madre se ocupó la droga.

La declaración del agente núm.009 en la sesión sexta del Plenario del 3 de julio, es concluyente, dicho agente reconoció en el Plenario que Eloy iba de copiloto en un Ford Focus localizado en el polígono de Manises, y luego, tras introducirse con otros en un local de dicho polígono se fueron a un bajo donde posteriormente se encontró la droga, y asimismo, el Jefe de Grupo de la Brigada de estupefacientes --Agente núm.010 -- en el Plenario --folio 1072-- manifestó que por los informes que recibía de los agentes que efectuaban los seguimientos, y cuyo resultado se lo iban contando, vieron a los hermanos Eloy Leon. Textualmente:

"...Se sigue al camión y a un vehículo, llegan hasta la nave, se observa a un Ford y a un camión que está haciendo descarga de cajas de sardinas. Ven a los usuarios de los vehículos y ven que son los hermanos Leon Eloy, la primera vez les ve en Booking Cargo y luego en el local de S. Juan de Dios....".

En este control casacional comprobamos que el juicio de certeza al que arribó el Tribunal en relación a la autoría de Eloy está sólidamente anclado en pruebas de cargo concretadas en los seguimientos policiales de que fue objeto y demás datos citados.

Ciertamente, todo juicio es un decir y un contradecir, y es que solo a través de la contradicción puede llegarse a descubrir la verdad policial, por eso nada tiene de particular que el recurrente presentase la coartada de estar en Terra Mítica, y, enlazado con ello, la declaración de Patricia y su novio, declaración que fue prestada en el Plenario en el mes de julio de e 2008 y referida a hechos de agosto de 2001.

El Tribunal ni concedió credibilidad a tales declaraciones y estimó de superior credibilidad la declaración de los policías que efectuaron el seguimiento frente a la foto ya citada. Tal proceder no es arbitrario y está razonado, se trata de una conclusión que en este control casacional aparece como sólido, lo que lleva a la desestimación del motivo.

No existió el vacío probatorio que se proclama. El recurrente fue condenado en virtud de prueba obtenida con todas las garantías, legalmente introducida en el Plenario, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y prueba que, en fin, fue razonada y razonablemente motivada.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- Recurso formalizado por Leon.

Es el hermano del anterior.

Su recurso está formalizado a través de un único motivo, en el que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, se denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

Se reconoce en la argumentación que la madre del recurrente es la propietaria del local, y que es el recurrente quien gestiona el patrimonio de su madre, lo que ésta también reconoció.

Se añade que el mismo día 1 de agosto de 2001 se arrendó el local a D. Melchor, que no ha sido procesado en la causa, y que por ello, el recurrente careció de toda posesión mediata o inmediata de la cocaína que apareció oculta en las latas de sardinas depositadas en el local.

Se afirma que el juicio inferencial al que llegó el Tribunal de instancia EDJ 2008/307201 para estimar que en realidad el depósito de las cajas dejadas en el local pertenecía a los hermanos Eloy Leon, atenta contra el derecho a la presunción de inocencia.

En este control casacional la decisión del Tribunal de instancia de estimar autor al recurrente es conclusión sólidamente anclada en los seguimientos policiales que acreditaron el control y vigilancia de la descarga de las cajas en dicho local, que fue precedido por el encuentro en un polígono cerca del aeropuerto de Manises y el contacto con el conductor del camión Iveco, uno de los vehículos utilizados para el transporte de las cajas. En tal sentido nos remitimos a lo declarado por el Jefe de la Brigada de Estupefacientes --agentes 1890-- a la que nos hemos referido anteriormente.

No se cuestiona la realidad del contrato de arrendamiento, lo ocurre es que el Tribunal consideró que tal contrato solo tuvo por finalidad ocultar --tratar de ocultar-- la verdadera finalidad del mismo que se agotaba con la finalidad ya expresada, de impedir que se pudiera relacionar al recurrente con el cargamento descargado, por eso, la sentencia, en el folio 47 se refiere al "fingido alquiler del almacén".

Se coincide con la razonada y razonable conclusión a la que arribó la Sala de instancia.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- Recurso de Amador.

Su recurso está desarrollado a través de cuatro motivos.

Pasamos al estudio del motivo primero, que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

Según el "factum", Amador es la persona que acompañó a Mariano, conductor del camión Iveco desde Tarragona, la misma que acompañó a Eloy cuando se alquilaron dos apartamentos en el edificio Viladrau, y la que abonó la prórroga del alquiler del camión Iveco.

La sentencia EDJ 2008/307201 le considera autor del delito, junto con los hermanos Eloy Leon.

La prueba tenida en cuenta para llegar a esa conclusión en la sentencia, la encontramos en los folios, 53, 68, 70 y 89 de la resolución recurrida, en donde se identifican las fuentes de prueba, con valor incriminatorio.

En el folio 53 se dice que el recurrente negó toda vinculación con los hechos, y, asimismo, negó que le dijera a Felicísima que abonara la prórroga del contrato del camión Iveco.

Al folio 89 se da por hecho cierto el abono de tal prórroga efectuado por Felicísima ya que ésta, en su declaración en el Plenario obrante al folio 1115 así lo reconoció tajantemente.

Asimismo se dice que en el interior del Seat Ibiza se le ocupó documentación relativa a un local que tienen los hermanos Eloy Leon --Gran Café--. De esto se extrae en la sentencia que el recurrente acompañó el día de los hechos a los hermanos Adolfo Felicísima.

Asimismo se dice que fue identificado por Leonor como uno de los que le alquilaron un apartamento en el edificio Viladrau.

Y, finalmente, al folio 68 se dice que fue identificado por los agentes núm.011 y núm.009 3n los alrededores del local de la c/ S. Juan de la Cruz, junto con Eloy y Mariano. También al folio 70 de la sentencia se hace referencia, in genere, a las declaraciones de Adolfo, hermano de Felicísima y a la de los agentes núm.012 y núm.013.

Un examen de este inventario probatorio acredita que:

a) En la declaración de los cuatro agentes policiales citados en el Plenario, ninguno identifica concretamente a Amador como persona objeto de los seguimientos. La sentencia --folio 64-- se refiere a la declaración de los agentes núm.014 y núm.009 en el Plenario. Examinadas ambas declaraciones --folio 1112 del acta--, y sin foliar la del segundo policía, pero practicada en la sesión sexta del Plenario, no aparece ninguna referencia clara y contundente a que el recurrente estuviera entre las personas objeto de seguimiento, en ambas se habla de varias personas, sin concretar ni identificar al recurrente por lo que se refiere a los agentes policiales números núm.012 y núm.013, examinadas sus declaraciones en el Plenario --folio 1077 y 1078-- tampoco existe referencia alguna al recurrente y lo mismo puede decirse de la declaración de Adolfo --hermano de Felicísima --, cuya declaración será examinada a continuación.

El citado Adolfo en su declaración en el Plenario nada dice en sentido incriminatorio para Amador Véase su declaración, sin foliar en la sesión sexta del Plenario del día 3 de julio.

b) En la declaración de Leonor folio 1196 del acta, esta no identificó al recurrente como uno de los que le alquilaron dos apartamentos el día 1 de agosto. En su declaración en sede policial obrante al folio 262 es cierto que reconoció en fotografía tanto a Eloy como a Amador pero con independencia de que el reconocimiento en foto tiene solo el valor de medio de investigación y no de prueba, siendo exigible el reconocimiento en rueda de acuerdo con el protocolo del art. 368 LECriminal EDL 1882/1, es lo cierto que en su declaración en sede judicial efectuada el 5 de septiembre de 2006 --folio 10.064--, no ratificó dicho reconocimiento y lo mismo dijo en el Plenario. En esta situación es patente que ningún valor probatorio de cargo puede dársele a aquella inicial declaración en sede policial.

Más aún: Mariano, conductor del camión Iveco en ningún momento afirma que fuera acompañado por Amador, el indicado Mariano ejerció su derecho a guardar silencio en el Plenario --folio 1031 del Acta--. El Tribunal de instancia EDJ 2008/307201 solo valoró su

declaración en el Juzgado de El Vendrell del día 25 de agosto en calidad de detenido, declaración que se recoge en los folios 25 y siguientes de la sentencia y que solo tuvo un valor autoincriminatorio como se reconoce en el folio 45 de la sentencia, al tratarse de un coimputado.

El deber de motivación, para ser cumplido debe proyectarse en un doble y complementario sentido: a) identificar la fuente de prueba y b) concretar los elementos incriminatorios que en esas fuentes se encuentren.

Pues bien, el examen casacional efectuado ha verificado que en relación a los elementos incriminatorios, que no concretó el Tribunal de instancia, estos no existen, a salvo lo que se dirá seguidamente.

En esta situación solo se mantienen dos indicios de entre los enumerados por el Tribunal:

a) Que el recurrente le dijo a Felicísima que pagase la prórroga del camión Iveco que conducía Mariano.

b) Que en el vehículo Seat Ibiza se encontró documentación del Gran Café, propiedad de los hermanos Eloy Leon, lo que si bien es sugerente de que se conocían, no permite afirmar que estuviera implicado en los hechos enjuiciados.

Es obvio e incuestionable que la prueba indirecta o de indicios es prueba capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. Son incontables las sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional que así lo tienen declarado, ad nauseam, por lo que nos eximimos de la oportuna cita jurisprudencial.

Ahora bien es evidente que la conclusión a que ha de llegarse cuando la culpabilidad de la persona concernida lo es a través de la valoración de una serie enlazada de indicios concordantes y no desvirtuada, debe alcanzar el canon de certeza"....más allá de toda duda razonable...." que constituye como se sabe, el nivel de certeza exigible para todo pronunciamiento condenatorio -- SSTC 135/2003 EDJ 2003/30554 ; 187/2003 EDJ 2003/136205 ; 263/2005 EDJ 2005/157436 ó 117/2007 EDJ 2007/39871 ; SSTEDH de 18 de enero de 1978 EDJ 1978/1 ; 27 de junio de 2000 EDJ 2000/17096 ; 8 de abril de 2004 EDJ 2004/9151 ; STS, entre las últimas, núm. 649/2010 EDJ 2010/145112 ; 652/2010 de 1 de julio EDJ 2010/132917 ó 679/2010 EDJ 2010/153041 --.

Cuando a través de los recursos previstos, un Tribunal Superior --ya de apelación, ya de casación, o el Tribunal Constitucional-- examina la condena impuesta a una persona el control de la inferencia que le permitió al Tribunal de instancia la condena debe ser examinada desde un doble punto de vista.

Siguiendo al Tribunal Constitucional en sus sentencias 135/2003 de 30 de junio EDJ 2003/30554 y 263/2005 de 24 de octubre EDJ 2005/157436 , seguida por otras posteriores, el control de la razonabilidad de la inferencia debe ser efectuado tanto desde el canon de la lógica o coherencia, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se quiere acreditar y que se hace desprender de los indicios acreditados, o no conducen a él de forma natural, como desde el canon de su suficiencia o carácter concluyente, no siendo razonable la conclusión cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa.

Pues bien, en el caso de autos lo único que acreditan los indicios es que el recurrente Amador conocía a los hermanos Eloy Leon y que pagó la prórroga del alquiler del camión Iveco que se utilizó para el transporte de las latas de sardinas que contenían la cocaína desde Booking Cargo al local de la c/ S. Juan de Dios.

Que en base a esos dos solos indicios, se pueda afirmar que Amador sea coautor junto con los hermanos Eloy Leon del delito de tráfico de drogas enjuiciado, es conclusión arriesgada tanto desde el canon de la lógica porque no quedan descartadas otras hipótesis posibles con parecida fuerza convictiva, como desde el canon de la suficiencia por ser conclusión débil, abierta e imprecisa, máxime si se tiene en cuenta que en relación al acreditado pago de la prórroga del camión Iveco por parte del recurrente --lo que se materializó a través de Felicísima, como ella misma declaró-- no consta en la sentencia ni siquiera la fecha del pago de la prórroga del alquiler, constando solo en el "factum" que el camión lo alquiló Mariano como éste reconoció y que el 11 de agosto --diez días después del alquiler-- el mismo Mariano procedió a la devolución --"factum", pág. 11--, y tampoco la declaración de Felicísima en el Plenario ofreció datos concretos al respecto --Acta folio 1115--. Ambos indicios no permiten traspasar el juicio de probabilidad, sin arribar al juicio de certeza en la implicación del recurrente, sin que el pasado histórico- penal del recurrente --tiene antecedentes por este delito-- pueda operar para robustecer la debilidad de aquellos indicios.

La conclusión del examen casacional efectuado no puede ser otra que la declaración de haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

Procede la admisión del motivo con la consiguiente absolución del recurrente, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

No es preciso entrar en el resto de los motivos de casación formalizados.

Sexto.- Recurso de Torcuato.

Se trata del administrador de la Consignataria Booking Cargo, donde se trasladó --desde el puerto de Valencia-- el cargamento de sardinas, y desde donde las cajas que contenían la cocaína fue trasladada en los camiones al local de la c/ S. Juan de Dios.

Su recurso está formalizado a través de cuatro motivos a cuyo estudio pasamos, en primer lugar, el cuarto es el que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

Reiteramos la doctrina ya citada en relación a idéntica denuncia efectuada por el recurrente Leon.

La Sala de instancia, aborda esta cuestión a los folios 48, 67 y siguientes y 90.

En síntesis, los elementos incriminatorios que tuvo en cuenta, partiendo de que el recurrente en ningún momento reconoció su intervención en los hechos, y en el Plenario mantuvo idéntica negativa --folios 1037 y siguientes del acta del Juicio Oral--, fueron los siguientes:

1- El recurrente reconoce ser uno de los directivos de la Consignataria Booking Cargo, y sin embargo desconoce que los contenedores con las sardinas arribaron a su nave industrial, lo que quedó acreditado, por la declaración de los distintos choferes que en los camiones correspondientes llevaron todo el cargamento de sardinas que había llegado en dos buques al puerto de Valencia. Es un hecho admitido la realidad del depósito en dicha Consignataria de la carga, y la salida de parte de ella en dos camiones al local de la c/ S. Juan de la Cruz, lo que se acreditó, también por los seguimientos policiales.

2- La declaración en sede judicial de Felix, empleado del recurrente (si bien éste dice desconocerlo). Como ya se ha dicho, dicha persona, debidamente citada no acudió al Plenario por estar en paradero desconocido, por lo que su declaración en sede judicial fue introducida en el Plenario mediante su lectura, y al amparo del art. 730 LECriminal EDL 1882/1 . Ninguna censura u objeción puede efectuarse a tal lectura dada la imposibilidad acreditada de que su testimonio fuese escuchado por el Tribunal. Este lo justifica de la forma expuesta y ninguna censura puede serle efectuada. Véase al respecto los folios de la diligencia negativa de citación de 19-06-2008, así como el informe policial de 11 de julio de 2008 de encontrarse en paradero desconocido, así como la petición de lectura de sus declaraciones judiciales --folio 4 de la 8ª sesión del Plenario, y la efectiva lectura de dicha declaración--.

Ciertamente el recurrente no pudo contradecir su declaración en el Plenario al no haber comparecido, pero no es menos cierto que el art. 730 prevé excepcionalmente tal lectura para casos como el expuesto, y además la declaración del insinuado testigo prestada el 1 de marzo de 2002 --folio 5073-- claramente inculpativa para el recurrente como luego veremos, lo fue de forma contradictoria, porque estaban presentes los abogados Manuel Barrios Sánchez, Pilar Más Bonardo y Antonio Plaza Rius, en sustitución de su compañero Benjamín Prieto, y precisamente el letrado Manuel Barrios Sánchez era el letrado del recurrente Torcuato, tanto en el momento de la declaración del testigo ya indicado, como en la segunda declaración judicial de dicha persona de 24 de agosto del 2001 --folio 387--, aunque en el Plenario fuese defendido por otro letrado.

Existió, pues, contradicción en la declaración en sede judicial introducida, legalmente en el Plenario.

¿Y qué dice esa declaración?

La declaración del 1 de marzo de 2002 obrante al folio 5073 --Tomo 16 de la instrucción-- es muy extensa --tres folios--.

Un poco a vuelopluma, entresacamos algunas de sus manifestaciones.

"...Que el Sr. Torcuato le dijo que dijera a la policía que iban desprecintados, que por el contrario todos (los contenedores) estaban precintados, incluso el quinto camión....".

"...Que es cierto que recibió instrucciones del Sr. Torcuato de cómo tenía que descargar los camiones y concretamente el cuarto era el que tenía que dejar según el esquema que le había hecho el Sr. Torcuato....".

"...Que los palets que descargó de dicho camión los metió en un camión Furco blanco, tipo furgoneta....".

"...Que Torcuato, estando María Inmaculada presente y no puede precisar si Evaristo también estaba, le dijo que tuviera cuidado con no pinchar la mercancía cuando estaba descargando el cuarto camión....".

"...Que cuando llegó al día siguiente a trabajar vio cómo se habían cambiado algunos palets de sitio, y María Inmaculada sin darle ninguna explicación del motivo por el cual se habían cambiado le dijo que los volviera a dejar en su lugar....".

"...Que Evaristo es igualmente Jefe de Booking así como Torcuato, y que la empresa era de los dos....".

"...Que María Inmaculada le dijo que los palets los había cambiado de ubicación había sido --sic-- su marido por la noche. Que no era práctica habitual el cambiar los palets de sitio y menos por la noche....".

"...Que María Inmaculada también estaba cuando descargó los contenedores....".

En dicha declaración constan también las preguntas que le hizo el letrado Sr. Manuel Barrios Sánchez, letrado, a la sazón del recurrente, con lo que no solo existió la posibilidad de contradicción sino que ésta fue posible efectivamente.

3- En tercer lugar, se tuvo en cuenta el tráfico de llamadas telefónicas habidas entre los hermanos Eloy Leon y el recurrente, cuestión que ya ha sido estudiada en los recursos de los insinuados hermanos Leon Eloy.

4- Los contactos existentes entre ambos observados por los policías que efectuaron los seguimientos.

5- La utilización de una licencia a nombre de terceros --Sr. Victorio -- como acreditó la referida persona en su declaración en el Plenario --folio 1116 del acta--.

6- Finalmente, también se valoró por el Tribunal sentenciador la negativa del recurrente y de su hermana, María Inmaculada, a entregar la documentación de la importación de la mercancía, lo que, como se dice en el informe del Ministerio Fiscal --folio 32--, mal se compagina con el desconocimiento de la operación.

Todos estos elementos inculpativos estudiados en este control casacional con la minuciosidad que hubiera correspondido hacer al Tribunal de instancia, (porque reiteramos que la motivación exige no solo la identificación de la prueba sino también el examen de los concretos elementos inculpativos que en ellos existan, cuestión esta última que ha sido cumplida de forma incompleta en la sentencia), permiten en este control casacional coincidir con la conclusión a la que arribó el Tribunal de instancia de que el recurrente estaba al tanto de la operación delictiva teniendo un efectivo dominio del hecho compartido con el resto de implicados.

No existió el vacío probatorio que se proclama. Antes bien, el recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo obtenida de acuerdo con las exigencias constitucionales del proceso debido, prueba que fue introducida en el Plenario, que fue suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia y prueba que, en fin, fue razonada y razonablemente valorada.

No hubo decisión arbitraria, se está ante un juicio de certeza más allá de toda duda razonable.

El primer motivo por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal EDL 1882/1 , denuncia error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal sentenciador.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos --entre las últimas STS 762/2004 de 14 de junio EDJ 2004/82671 , 67/2005 de 26 de enero EDJ 2005/71472 y 1491/2005 de 1 de diciembre EDJ 2005/237379 , 192/2006 de 1 de febrero EDJ 2006/21339 , 225/2006 de 2 de marzo EDJ 2006/21346 y 313/2006 de 17 de marzo EDJ 2006/31781 , 835/2006 de 17 de julio EDJ 2006/109820 , 530/2008 de 15 de julio EDJ 2008/166725 y 342/2009 de 2 de abril EDJ 2009/56256 , entre otras--.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 EDJ 1995/6389 en la que se precisa por tal"...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma..." , quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de febrero EDJ 2000/908 , 1553/2000 de 10 de octubre EDJ 2000/37096 , y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala --SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre EDJ 1998/33220 , núm. 372/99 de 23 de febrero EDJ 1999/1682 , sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre EDJ 2004/159773 --. La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediatez y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal EDL 1882/1 . Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. --SSTS 158/2000 EDJ 2000/518 y 1860/2002 de 11 de noviembre EDJ 2002/51377 --.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99 EDJ 1999/5997 , 765/04 de 11 de junio EDJ 2004/259930 .

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo --art. 855 LECriminal EDL 1882/1 -- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02 EDJ 2002/13397), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo EDJ 2004/13232 , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí --SSTS 465/2004 de 6 de abril EDJ 2004/26052 , 1345/2005 de 14 de octubre EDJ 2005/207237 , 733/2006 de 30 de junio EDJ 2006/98732 , 685/2009 de 3 de junio EDJ 2009/134697 , 1121/2009 EDJ 2009/265719 , 1236/2009 de 2 de diciembre EDJ 2009/299949 , 92/2010 de 11 de febrero EDJ 2010/12433 ó 259/2010 de 18 de marzo EDJ 2010/53521 --.

Como documentos que acreditarían tales errores citados:

a) Los informes de Telefónica Móviles de los folios 3089 y 1088 sobre la imposibilidad de tráfico de llamadas telefónicas entre los hermanos Eloy Leon y el recurrente y

b) El informe "sólido" de los folios 2750 y 2751 de la Dependencia Provincial de Adunas e Impuestos Especiales de Valencia.

A la primera cuestión ya hemos dado respuesta en los recursos de los hermanos Leon Eloy, por lo demás es patente la falta de potencia acreditativa de tal informe a los efectos pretendidos, y por lo que se refiere al segundo se está en el mismo caso, además de estar contradichos por la abundante prueba que ya ha sido examinada.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la quiebra al derecho a un juicio con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, y todo ello en relación a la validez dada al testimonio de Felix, empleado de la Consignataria Booking.

Es cuestión ya abordada y rechazada en el motivo cuarto ya estudiado.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo tercero, por la vía del error iuris denuncia como indebidamente aplicado el art. 368 Cpenal EDL 1995/16398 .

El rechazo del actual motivo, no es sino el corolario del rechazo de los anteriores.

Los hechos probados que son intangibles y actúan como presupuesto de admisión de este cauce casacional han quedado incólumes, por lo que no pueden ser cuestionados dentro de esta vía impugnatoria.

Procede la desestimación del motivo.

Séptimo.- Recurso de María Inmaculada y de Evaristo.

María Inmaculada es la hermana de Torcuato, y la esposa de Evaristo, y los tres --o al menos los dos primeros-- los titulares de Booking Cargo.

El recurso común, está desarrollado a través de cuatro motivos, a cuyo estudio pasamos por el orden por el que han sido propuestos. Los motivos van precedidos de una serie de reflexiones críticas hacia la sentencia que se desarrollan en nuevo apartados --folios 1 a 29 del recurso--. Nos limitamos a dar respuesta a las denuncias.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia. Reiteramos la doctrina ya expuesta en el estudio del motivo cuarto del primer recurrente.

En síntesis, toda la batería impugnatoria de ambos recurrentes se centra en la consideración de que la declaración del empleado de la Consignataria Booking Cargo, Felix son nulas, y nulo fue la introducción de la declaración prestada en sede judicial en el Plenario.

Se trata de cuestión ya examinada, in extenso, en el recurso de Torcuato.

Simplemente reiteramos, resumidamente que en el Plenario no compareció el testigo citado y que consta su situación de estar en paradero desconocido, lo que legitima la introducción de su declaración en sede judicial, legalmente prestada con todas las garantías, vía art. 730 LECriminal EDL 1882/1 . Por ello la validez declarada en la sentencia en los folios 37 y 38 es totalmente correcta.

Ya hemos analizado dicha declaración y hemos verificado concretos, consistentes y reiterados elementos incriminatorios entre Torcuato y, ahora, contra los recurrentes María Inmaculada y Evaristo. Ambos son matrimonio, y confesadamente, reconocieron ser, respectivamente, Evaristo socio de la Consignataria junto con Torcuato, y María Inmaculada, hermana, además de Torcuato, administrativa y destinada a recepcionar y cargar la mercancía.

De las declaraciones del testigo Felix, y por lo que se refiere a ambos recurrentes, reiteramos, en síntesis, los elementos de cargo que se contienen en la declaración de aquél, y que ya han sido estudiados con más detenimiento en el recurso de Torcuato.

El testigo afirma que cuando llegaron los palets con las cajas al almacén de Booking Cargo, estaban allí ambos recurrentes, que las órdenes se las dio Torcuato no recordando si estaba presente en ese momento Evaristo pero sí María Inmaculada. Que colocó los palets en la forma que le dijo Torcuato. Que al día siguiente vio que el orden había sido cambiado, y que María Inmaculada les dijo, sin darle importancia, que su marido Evaristo, había efectuado el cambio por la noche. Que eso era claramente anormal"....y menos de noche....".

Se trata de declaración efectuada a presencia del letrado Manuel Barrios y que por tanto fue sometida a contradicción, ya que ese mismo letrado fue el que defendió en el Plenario a ambos recurrentes.

La sentencia, ante esta situación y teniendo en cuenta la posición de ambos en la Consignataria, estimó acreditado el conocimiento y consentimiento de ambos en la recepción de la mercancía sabiendo lo que ésta contenía. Es decir alcanzó el juicio de certeza sobre la existencia del dolo.

En este control casacional verificamos la razonabilidad de tal conclusión, que no es fruto de una intuición o sospecha, sino que está anudada sólidamente en datos objetivos solo comprensibles desde la perspectiva que se sabía ex ante qué palets contenían la cocaína, y que serían los que fueron desviados en los dos camiones al local de la c/ S. Juan de la Cruz.

Sostener desconocimiento de tal operación solo sería exteriorización de un "angelismo" o candidez que ni la Sala de instancia tuvo, ni se lo pudo permitir, ni tampoco esta Sala Casacional.

Se está ante una certeza"....más allá de toda duda razonable....". No existió el vacío probatorio de cargo que se proclama por los recurrentes.

Estos fueron condenados en virtud de prueba válida, legalmente introducida en el Plenario, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia y, prueba que, en fin, fue razonada y razonablemente valorada.

Procede la desestimación del motivo.

El rechazo de este motivo, arrastra inexorablemente las otras denuncias casacionales.

En efecto, el motivo segundo estima indebidamente aplicado el art. 368 Cpenal EDL 1995/16398 , lo que efectúa a través del cauce casacional del error iuris del art. 849-1º LECriminal EDL 1882/1 , pero mantenido el "factum", resulta imposible la tesis de los recurrentes porque la actuación de ellos encaja en los verbos tráfico, posesión y favorecimiento del tipo, ya que ellos trasladaron y almacenaron la cocaína, en una operación ciertamente más compleja y en la que intervinieron concertadamente más personas.

Por lo que se refiere al motivo tercero, se reitera con apoyo en el art. 849-2º LECriminal EDL 1882/1 el tema de las llamadas telefónicas entre los hermanos Eloy Leon y Booking Cargo, así como la documental de los folios 337 y 339, así como 340 y 341. Se refiere al hecho declarado en la sentencia de que con anterioridad al 1 de agosto en que se llevó la mercancía a Booking Cargo -- concretamente el día 31 de julio-- ya constaba la disposición de trasladar los contenedores a tal Consignataria, con el fin de cargar la mercancía en otros contenedores y enviarlos a Marruecos --previa reparación de aquéllos que contenían la droga--.

Los documentos referidos no acreditan error alguno en la valoración de la prueba por parte del Tribunal.

Una cosa es que el talón para transbordar los géneros --y a ello se refieren los documentos citados--, se presentasen a la Aduana el 13 de agosto y cuestión distinta es que la decisión, y el plan fuese anterior. Por lo demás toda esta cuestión resulta intrascendente e irrelevante a los efectos del delito cometido.

El motivo cuarto, por la vía del art. 851-1º LECriminal EDL 1882/1 , denuncia falta de claridad en los hechos probados porque el "factum" no dice que ambos recurrentes intervinieran en los hechos, ni se individualizara su actuación y, además, la autoría fue de una persona jurídica --Booking Cargo--.

Se trata de una endeblez argumental notoria. Hay que recordar que las personas jurídicas actúan a través de personas físicas, y por lo demás no existe tal oscuridad. Basta retener el párrafo siguiente del "factum" para patentizar la sinrazón de los recurrentes:

"...La empresa Booking Cargo, estaba dirigida por los procesados Torcuato y María Inmaculada, quienes junto a Evaristo dirigieron las operaciones precisas para que la sustancia ilegal saliera del puerto de Valencia...".

Procede el rechazo de los tres motivos estudiados.

Octavo.- Recurso de Mariano.

Se trata del conductor del camión Iveco blanco en el que se trasladó parte de los palets que contenían la droga desde la Consignataria Booking Cargo al local de la c/ S. Juan de la Cruz.

Su recurso está formalizado a través de cinco motivos.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

En síntesis, en la argumentación del motivo se dice que no existe ningún elemento del que se infiera que el recurrente se dedicara al tráfico de drogas. Que la única participación de éste fue conducir un camión, por un encargo recibido a tal fin, para lo cual, y al ser el conductor, dejó su carnet de conducir y fueron otras personas las que realizaron el alquiler del vehículo. Que no participó en la negociación del alquiler del camión que el condenado --recurrente-- fallecido, Adriano dijo que era un mero conductor, y finalmente, se dice que el recurrente no conocía el contenido de las cajas de sardinas, que a simple vista no podía apreciarse otra cosa. Que ni sabía que ocultaba cocaína, y menos, su cantidad, por lo que tampoco le sería aplicable el subtipo de gravedad que se le ha aplicado.

La Sala, al valorar la prueba de cargo existente contra el recurrente, y partiendo de que en el Plenario ejerció su derecho a guardar silencio --folio 1031 del acta--.

En esa situación, y a petición del Ministerio Fiscal fue leída la declaración del recurrente efectuada en sede judicial, con todas las garantías y en concepto de detenido. Dicha declaración fue efectuada el 25 de agosto de 2001 y obra a los folios 622 a 625. al folio 25 de la sentencia EDJ 2008/307201 se recoge dicha declaración en la que manifestó:

"...Que es cierto que accedió con otras dos personas, llamándose una de ellas Evaristo, a la empresa de alquiler de vehículos "Lider Rent" de Valencia. Que un compañero suyo llamado Luis Manuel, le ofreció la posibilidad de sacar un camión conversando con él, hace tres meses en un área de servicio dirección Zaragoza y el día anterior al alquiler del vehículo, el tal Evaristo, lo llamó para bajar a Valencia y alquilar un camión. A las cinco de la tarde del día 31 de julio, el tal Evaristo lo recogió de su casa, junto con ese señor cuyo nombre no sabe.

Que cuando llegaron a Valencia le metieron en un hotel porque no daba tiempo de alquilar el camión. Que al día siguiente acudieron a la empresa de alquiler y allí pagó ese otro señor con una tarjeta y dinero en metálico.

Que este otro señor y Evaristo se montaron en un vehículo blanco, Wolwagen Golf, matrícula de Valencia y le dijeron que le siguieran. Que fueron a cargar el camión el polígono cuyo nombre no sabe porque no es de Valencia. Que le cargaron el camión con cajas que ponía sardinas en unas pegatinas rojas y cargaron el mismo dos personas del almacén cuyos nombres no saben. Que no cargaron toda la mercancía porque el peso era excesivo y solo podrían cargar 7.000 kilos. Cuando el camión estuvo cargado fue a avisar a Javi y a ese otro señor que estaban desayunando y le indicaron que le siguieran en ese mismo vehículo para descargar la mercancía en otro polígono.

Todos estos hechos sucedieron por la mañana; cuando salieron con la carga era al mediodía. Que cruzaron Valencia y tardaron unos 40 minutos hasta llegar al otro polígono, donde otras personas descargaron el camión, tras lo cual, le dicen que siga otra vez al vehículo blanco, para estacionar el camión en un aparcamiento de camiones, donde estas dos personas cogieron un audi 4 azul metalizado con matrícula francesa u holandesa y le indican que se marche para Reus, y quedaron al día siguiente, lo que no aconteció...".

En relación a esta declaración fue valorada por el Tribunal sentenciador en términos como para estimarla de suficiente entidad como para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

El recurrente no cuestiona la realidad del transporte, lo que alega es que ignoraba el contenido de las cajas de sardina, pero el Tribunal sentenciador, en un juicio lógico-inductivo llegó a la conclusión de que sí era conocedor de tal dato y ello por la forma en que se produjo el alquiler del camión y el transporte, así como por lo significativo que fueron los seguimientos policiales que acreditaron no solo el transporte, sino lo que es más relevante, el encuentro previo del recurrente con los hermanos Eloy Leon, lo que se acreditó con la testifical de los agentes que efectuaron el seguimiento así como que éstos estaban también cuando el recurrente descargó las cajas en el local de la c/ S. Juan de Dios --págs. 63 y 64 de la sentencia--.

Ciertamente, como ya hemos dicho en varias ocasiones, la acreditación del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención, normalmente solo puede obtenerse en un juicio lógico-inductivo, efectuado a posteriori y fundamentado en unos datos que permitan arribar a la aprehensión de aquellos elementos.

En el presente caso, resulta altamente sospechosa la contratación del recurrente y la forma en que se llevó a cabo el transporte, pero una sospecha es un juicio de probabilidad, no de certeza y solo con ello no estaría cumplida la prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pero tal sospecha se va adensando y consolidando con los encuentros previos al traslado de la droga con las personas que estaban en el núcleo de la acción, y más aún, hay que recordar que el recurrente efectuó con posterioridad a la citada otras declaraciones a las que se refiere la sentencia y que, acertadamente, fueron declaradas nulas por las razones que allí constan --folios 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33--.

Se trata de varias declaraciones efectuadas en sede policial y sin asistencia letrada, una el 29 de julio de 2002 en la Comisaría de Reus, otra el día siguiente y en idénticas circunstancias, y otra el 7 de agosto de 2002. Todas estas declaraciones han sido declaradas nulas y obviamente ni fueron valoradas por el Tribunal sentenciador, ni lo van a ser por esta Sala en cuanto a implicaciones a terceras personas, pero lo cierto es que el hecho de que efectuase acusaciones a otras personas, permite aislar este hecho en lo referente a que el declarante no estaba tan ignorante del transporte que efectuó y ello se refuerza con su declaración indagatoria del día 28 de septiembre de 2004 --folio 8891--, también citada en la sentencia en la que pese a las protestas de ignorar la realidad del contenido de las cajas, manifiesta haber sido engañado por otras personas a las que imputó toda la responsabilidad, mostrándose engañado porque le prometieron 600.000 pesetas por el transporte.

Este dato, facilitado por el propio acredita claramente la ilegalidad que el transporte encerraba, porque no es normal ofrecer por tal trabajo 600.000 ptas.. y si se tiene en cuenta que el transporte era de varios palets que procedían de Guayaquil, el juicio de inferencia alcanzado por el Tribunal de que en este cuadro probatorio y con todos los elementos citados el recurrente conoció que se trataba de cocaína no es conclusión arbitraria, simplemente sospechosa o intuitiva, sino conducción razonada y razonable, lo que así lo verificamos en este control casacional.

No existió el vacío probatorio que se dice.

Procede la desestimación del motivo.

El segundo motivo, por la incorrecta vía simultánea del párrafo 1º y 2º del art. 849 LECriminal EDL 1882/1 , denuncia error en la valoración de la prueba por no estar acreditado el elemento subjetivo del tipo --el dolo-- en la acción de transporte que efectuó el recurrente.

Al margen de que el error facti exige como presupuesto un documento en el sentido casacional que este término tiene y ningún documento cita el recurrente, es lo cierto que la denuncia coincide con el motivo anteriormente estudiado, por lo que nos remitimos a lo allí dicho.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo tercero, denuncia vulneración del principio acusatorio porque el Ministerio Fiscal, única parte acusadora interesó en su escrito de conclusiones definitivas --pág. 7 de la sentencia--, la concurrencia de la atenuante analógica muy cualificada del apartado 6 del art. 21 del Cpenal EDL 1995/16398 en relación con la prevista en el apartado 4º del mismo artículo y solicitó la pena de seis años de prisión y multa de 167.830.888'5 #.

La sentencia en el f.jdco. quinto EDJ 2008/307201 , relativo a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, reconoce tal petición del Ministerio Fiscal pero no la acoge:

"...Ciertamente no hayamos justificada la atenuante analógica de la responsabilidad criminal, de confesión tardía, y con carácter cualificado a que alude el art. 26-61 en relación con el art. 21-41 del Cpenal EDL 1995/16398 interesada por el Ministerio Fiscal...." --pág. 96 de la sentencia--.

La sentencia le impone al recurrente la pena de nueve años y un día de prisión y multa de 88.283.870 #.

El Ministerio Fiscal apoya el motivo.

Es evidente que el motivo debe prosperar, se ha producido una vulneración del principio acusatorio en la medida que con la no apreciación de la atenuante muy cualificada interesada por el Ministerio Fiscal, el Tribunal ha impuesto pena superior a la solicitada por la única acusación, lo que le está vedado.

Ciertamente hubo un tiempo, ya superado hace años, en el que se sostuvo que el Tribunal podía rebajar la concreta pena pedida por la acusación siempre que estuviese incluida dentro del abanico legal imposible, exigiéndose una motivación reforzada en tal caso. Véase Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de julio de 1993.

Afortunadamente, esta doctrina fue superada y hoy con mejor doctrina y acorde con el reparto de roles entre Acusación, Defensa y Tribunal y en concreto en la clara separación de la función acusadora y juzgadora, esta Sala por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 EDJ 2006/353057 , acordó que"...El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa...". Este Acuerdo se ha plasmado en diversas SSTs, entre otras, 1319/2006, 393/2007 EDJ 2007/36092 , 1220/2001 EDJ 2001/15428 ó 164/2006 EDJ 2006/12004 .

El Tribunal sentenciador ha ignorado esta doctrina y por ello debe ser rectificada la sentencia.

Procede la estimación del motivo.

El motivo cuarto, por la doble vía del art. 849-1º y 2º LECriminal EDL 1882/1 --lo que ya de por sí es una incorrección-- denuncia fallo corto porque el Tribunal no resolvió todos los puntos sometidos a debate. Se dice que la sentencia guardó silencio sobre la eximente incompleta del art. 21-1º en relación con la del 20-1º y 3º.

Aunque debió la sentencia EDJ 2008/307201 ser explícita en cuanto a la petición de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, es lo cierto que se plantearon por la parte sin sustento fáctico alguno, tanto en conclusiones provisionales como definitivas, lo que justificaría el silencio de la sentencia en el particular que se denuncia, lo que además se corrobora por lo que se razona en el motivo que sigue. Todo ello sin olvidar que no pasó inadvertido a la sentencia la alegación de la parte, bien que no de un modo específico, como resulta de sus referencias a la falta de pericial psiquiátrica y el resultado del informe forense al hacer un examen de la participación del recurrente y que antes se ha dejado transcrito, lo que puede considerarse suficiente para no apreciar la incongruencia omisiva que se denuncia.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo quinto, por el mismo cauce que el anterior, se denuncia la inaplicación de las eximentes incompletas de anomalía o alteración psíquica vía párrafo 1º ó 3º del art. 20 en relación con el art. 21-1º Cpenal EDL 1995/16398.

El motivo debe rechazarse ante la inexistencia de datos en el "factum" que pudieran justificarlo. Por otra parte tal rechazo, como ya se ha dicho en el motivo anterior, está de alguna manera motivado en la medida que la sentencia hace referencia a la falta de pericial psiquiátrica, y en relación a la toxicomanía, tampoco existe dato al respecto.

Sí procede la aplicación como muy cualificada de la atenuante muy cualificada del art. 21-6º Cpenal EDL 1995/16398 en relación al núm. 4 del mismo artículo --confesión-- como ya se ha razonado.

Procede la admisión parcial de motivo en el sentido expuesto.

Noveno.- Recurso de Eulogio.

Se trata del conductor del segundo camión utilizado para el transporte de las cajas de sardinas que contenían la cocaína desde la Consignataria Booking Cargo a la c/ S. Juan de la Cruz.

El recurso está formalizado a través de un único motivo por la vía de la vulneración de derechos constitucionales por violación del derecho a la presunción de inocencia.

En la argumentación, al igual que el otro chófer del otro camión Iveco -- Mariano -- manifiesta que es cierto que efectuó el transporte que quedó corroborado por los seguimientos policiales, desde la Consignataria Booking Cargo a la c/ S. Juan de la Cruz, pero que ignoraba el contenido del transporte, no sabía que ocultas en las cajas de sardinas iba cocaína.

Sin embargo la sentencia, a los folios 50 y 64, justifica el conocimiento por el recurrente del contenido del transporte en los siguientes términos:

"... Eulogio, transportista y camionero reconoce haberse desplazado desde Barcelona a Valencia por un encargo realizado el 27 de julio de 2001 por un tal José Antonio, quien se le ofreció casualmente y por el que cobró 150.000 ptas., con el fin de recoger cajas de sardinas para llevarlas a Barcelona... y una vez en Valencia el proponente del trabajo le indicó que la carga de cajas de sardinas debía transportarla hasta Valencia... reconociendo las naves desde donde cayó manualmente durante toda la tarde y empleando bastante tiempo con motivo del tráfico y porque "había colegios" aún siendo 1 de agosto, negando haber coincidido con otro camión Iveco..." --pág. 50 de la sentencia--.

"...Sobre las 21 horas, tal y como en la vista oral relataron los funcionarios policiales con carnet.... aparece en la c/ S. Juan de Dios donde se ubica el mentado local, otro camión de color blanco con matrícula 5750 BGL.... conducido por Eulogio, pegando la trasera del vehículo a la entrada del almacén e iniciando la descarga de numerosas cajas con las mismas características que las anteriores, y una vez finalizado, conduce el camión hasta la Avda. de Aragón.... hasta el momento en que aparece el turismo Ford Focus.... conducido por Eloy, y conversando durante unos minutos...." págs 65 de la sentencia--.

En síntesis los elementos incriminatorios para arribar a la conclusión de que el recurrente conoció que el transporte ocultaba una sustancia ilícita, lo extrae el Tribunal de los siguientes elementos, partiendo de la base de que la realidad del transporte fue reconocida por el recurrente.

- a) La oferta del transporte surge a iniciativa de una persona desconocida --José Antonio sin más-- que se lo ofreció casualmente.
- b) Le ofreció por el transporte la cantidad de 150.000 ptas., exactamente 157.000 ptas. según dijo en su declaración en el Plenario --folio 1042, cantidad que reconoce excesiva"....le pagaron una cantidad más de lo normal....".
- c) No hizo el proceso de carga, estaba por allí le metieron en una nave de un almacén.
- d) Que él cargó en un bajo, había tres o cuatro personas, no conocía a nadie, solo al tal José Antonio (del que no ha dado ningún dato identificatorio).
- e) Niega que hubiera otro camión Iveco cargando palets de sardina y descargándolas en la c/ S. Juan cuando este dato está acreditado por la declaración de los agentes policiales que vieron tal descarga en la c/ S. Juan de la Cruz de ambos camiones.
- f) Resulta sorprendente la referencia a la existencia de colegios, que le retrasarían en sus desplazamientos, en pleno mes de agosto, en el que los colegios están cerrados.

En este control casacional verificamos que la contratación ofrece todos los caracteres de opacidad y al margen de los cauces habituales. Si a ello se unen el precio ofertado y aceptado, claramente superior al normal, lo que reconoce el propio recurrente y que éste ha incurrido en contradicciones significativas como la referencia a los colegios, y más significativamente que alega no haber coincidido con otro camión Iveco que efectuaba idéntica operación de descarga en el local de la c/ S. Juan de la Cruz y a todo ello se suma que con posterioridad tuvo lugar una entrevista en la Avda. de Aragón con el también recurrente Eloy --hecho acreditado por los seguimientos policiales--, habrá de concluirse con que las protestas de desconocimiento del contenido del cargamento que efectúa el recurrente no son convincentes en absoluto, más bien existen una cadena de datos objetivos y enlazados que permitieron al Tribunal sentenciador

arribar a la conclusión de que el recurrente conoció la realidad del transporte o al menos le era totalmente indiferente su contenido, no obstante las claras señales que debieron alarmarle.

Si a pesar de ello, continuó prestando su colaboración y beneficiándose económicamente de su ilícito actuar, la aparente ignorancia que alega fue eso, aparente, conoció pero alega desconocimiento, y ese conocimiento se obtiene en un juicio lógico- inductivo a la vista de su actuar en ese escenario y circunstancias, que está patentizando la aceptación de las condiciones de su actuar y por lo tanto es responsable al menos vía dolo eventual de sus consecuencias, no siéndole exigible que conociese con todo detalle ni la calidad ni cantidad de la droga: le era indiferente. Desde otro punto de vista su actuación viene a ser exponente de lo que la doctrina califica "ignorancia deliberada" a la que esta Sala se ha referido en varias sentencias --SSTS 946/2002 EDJ 2002/22317 ; 420/2003 EDJ 2003/25323 ; 628/2003; 465/2005 EDJ 2005/62565 ; 746/2007 EDJ 2007/175218 ó 413/2008 EDJ 2008/118986 y 28/2010 EDJ 2010/11528 --.

No existió el vacío probatorio que se dice. El recurrente al igual que el otro transportista fue condenado en virtud de prueba legalmente obtenida, válidamente introducida en el Plenario, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y prueba que en fin, fue razonada y razonablemente valorada.

Se está ante una certeza más allá de toda duda razonable.

Procede la desestimación del motivo.

Décimo.- Recurso del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal también formalizó recurso de casación contra la sentencia pero en sentido opuesto al de los recurrentes/condenados en la instancia.

Dicho recurso está formalizado a través de cinco motivos.

El primer motivo, por la vía del error iuris y por tanto desde el respeto a los hechos probados, estima que se inaplicó indebidamente el párrafo 6º del art. 369 Cpenal EDL 1995/16398 . El Ministerio Fiscal solicita la aplicación del subtipo agravado de organización para todos los condenados.

El segundo motivo, cuestiona la condición de cómplice de Adriano debiéndosele considerar autor. Es un motivo que ha quedado sin contenido al haber fallecido el recurrente --véase auto de la Sala de 1 de octubre de 2009, folio 403, Tomo II, Rollo de Casación--, en el que se declara extinguida la responsabilidad de Adriano.

El tercer motivo, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal EDL 1882/1 censura la inaplicación del art. 370 Cpenal EDL 1995/16398 , de extrema gravedad respecto de los hermanos Eloy Leon y Torcuato.

El cuarto motivo, solicita también por el cauce del error iuris del art. 849-1º LECriminal EDL 1882/1 penalidad superior para Eloy y Amador al concurrir en ambos la agravante de reincidencia.

El quinto motivo, coincidente con uno de los motivos del recurso de Mariano, reconoce que se le ha vulnerado el principio acusatorio al imponérsele pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

Damos respuesta a estas cuestiones.

Por lo que se refiere al primer motivo, ya adelantamos su éxito al ser evidente la aplicación del subtipo de organización del párrafo 6º del art. 369 Cpenal EDL 1995/16398 si bien queda excluida de ella los dos transportistas de los dos camiones utilizados en el traslado de los palets que contenían la cocaína -- Mariano y Eulogio -- como se razonará seguidamente.

Es doctrina de esta Sala que la organización a que se refiere el párrafo 61 del art. 369 Cpenal EDL 1995/16398 es algo cualitativamente distinto y más grave que la mera codelinuencia.

La sentencia de instancia en el f.jdco. tercero, págs. 76 a 81 EDJ 2008/307201 efectúa una correcta referencia a la doctrina de la Sala respecto el subtipo de organización pero yerra lamentablemente cuando en aplicación de dicha doctrina, estima que en el caso sometido a enjuiciamiento no se supera la mera codelinuencia.

Por el contrario, y en sintonía con la petición del Ministerio Fiscal, estimamos que, desde el riguroso respeto a los hechos probados, se está en presencia de una organización criminal.

Parte el "factum" de la sentencia de que los condenados se concertaron para crear una infraestructura necesaria, con el fin de receptionar importantes cantidades de cocaína de Sudamérica.

La realidad de esa red clandestina se acredita con la llegada en dos barcos y ocultas en cajas de sardinas de unos 4.000 kilos de cocaína, lo que acredita la conexión entre los "exportadores" situados en el país de origen y los "importadores", los condenados que luego se dirán.

Asimismo se acredita la utilización de medios de transporte complejos y sofisticados para ocultar la mercancía.

Finalmente se dispuso de una efectiva infraestructura en Valencia.

Ciertamente parte de la red clandestina la de los "exportadores", es desconocida, lo que nada tiene de particular porque la verdad judicial es casi fragmentaria en relación a la totalidad de las personas implicadas, pero el que se desconozca la identidad de aquéllos no impide para alcanzar la certeza de su existencia y conexión con sus correspondientes en España (los recurrentes que luego se citarán).

Lo relevante a los efectos de la aplicación de la organización y planificación, es que los hermanos Eloy Leon y los directivos de Booking Cargo tenían una efectiva infraestructura que, además de los contactos en Sudamérica, les permitió sacar ilegalmente toda la mercancía de la Aduana del puerto de Valencia, con destino a la Consignataria, y una vez allí tras desviar, según el plan previsto, los palets que contenían la cocaína al local de la c/ S. Juan de la Cruz, reexpedir los restantes, inocuos, en dirección a Marruecos como lo acreditan los documentos de los folios 337 y siguientes.

Es obvio que toda esta operativa, acredita además de la pluralidad de personas, una coordinación y dirección que --frente a lo que estima el Ministerio Fiscal--, consideramos que se centra, exclusivamente, en los hermanos Leon y Eloy --titulares del local-- y quienes mantuvieron las conversaciones con los dos transportistas de los camiones Iveco que trasladaron los palets, así como a Torcuato, su hermana María Inmaculada y su marido Evaristo, bien que Torcuato aparezca como dirigente o coordinador ya que fue quien mantuvo la coordinación con los hermanos Eloy Leon como acreditaron los tráfico de llamadas telefónicas, y que era administrador de la Consignataria y de hecho, además, el que efectivamente tomó las decisiones seguidas --con pleno conocimiento-- por su hermana, el marido de ésta, como integrantes de la red.

También se da la nota de estabilidad o permanencia, al menos con la suficiente consistencia como para culminar el operativo, y, finalmente se encuentra la nota de que el objetivo criminal tiene consistencia propia, tanto, que se podría mantener aunque se modificase o cambiase alguna de las personas --SSTS 280/2004 EDJ 2004/17445 , 1336/2004, 404/2006 EDJ 2006/71177 ó 413/2008 EDJ 2008/118986 --.

Por todo lo expuesto, estimamos el motivo del Ministerio Fiscal pero concretamos las personas citadas:

- Los hermanos Eloy y Leon.
- Torcuato.
- María Inmaculada.
- Evaristo.

Por el contrario, estimamos ajenos a la red --y por tanto a la organización-- a los dos transportistas Mariano y Eulogio, porque si bien ellos conocieron la realidad del transporte que efectuaron, su aporte a los hechos, ciertamente relevante y fundamentado fue puntual, y en el momento en que la droga ya estaba en Valencia.

En definitiva, la organización criminal a que se refiere el apartado 6º del art. 369 Cpenal EDL 1995/16398 en su redacción anterior a la L.O. 15/2003 EDL 2003/127520 , y que viene a ser la cara oculta de la globalización existió en el caso enjuiciado en las personas citadas. Las redes clandestinas como la del presente caso, operan en diversos territorios con desconocimiento de las fronteras, teniendo intereses internacionales, y aprovechando en su caso las divergencias legislativas.

Procede en parte la estimación del motivo.

Por lo que se refiere al segundo motivo, éste ha quedado sin contenido por el fallecimiento del condenado.

Por lo que se refiere al tercer motivo, también debe ser admitido. En efecto, dada la envergadura de la operación, a todas luces procede la aplicación de la extrema gravedad del art. 370 del Cpenal EDL 1995/16398 , su bien concretada la aplicación en los hermanos Eloy Leon y Torcuato --como solicita el Ministerio Fiscal-- que fueron los Jefes u organizadores de la red, y ello en relación a la redacción del art. 370 Cpenal anterior EDL 1973/1704 a la reforma de la L.O. 13/2003 EDL 2003/103451 , por ser el texto aplicable a los hechos enjuiciados que ocurrieron antes de la vigencia del texto actual.

Recordemos que dicho artículo en aquella redacción permitió su aplicación en casos de extrema gravedad --que no definía--, o cuando se trate de jefes o administradores.

Pues bien, en el caso de autos, sin perjuicio de reconocer que según la doctrina de la Sala para interpretar aquel texto, declaró que había que huir de automatismos interpretativos y que la extrema gravedad no era, sic et simpliciter, equivalente a la extrema cantidad, verificamos que en el presente caso, la condición de jefes o administradores se ha predicado de los hermanos Eloy Leon y Torcuato permite la aplicación de la super-agravante en los términos solicitados por el Ministerio Fiscal.

En conclusión procede la admisión del motivo respecto de las tres personas citadas.

Por lo que se refiere al cuarto motivo, ya reducido solo a Eloy, toda vez que Amador ha sido absuelto también procede la estimación ya que al ser reincidente, lo que se reconoce en el fallo, debe ser efectiva la agravación punitiva.

Procede la admisión del motivo en este sentido.

Finalmente, en relación al quinto motivo, coincidente con el motivo tercero del recurso de Mariano, procede su estimación.

Undécimo.- En materia de costas, procede la declaración de oficio de las causadas por el recurrente Mariano al resultar admitido un motivo de su recurso, así como las del recurso de Amador al haber sido estimado su recurso, así como de las derivadas del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

Procede la imposición de las causadas al resto de los condenados.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, al recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de noviembre de 2008 EDJ 2008/307201 , la que casamos y anulamos, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR parcialmente al recurso de casación formalizado por la representación de Mariano, contra la referida sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Amador, contra la referida sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de Evaristo, María Inmaculada, Eloy, Leon, Torcuato y Eulogio, contra la referida sentencia, con imposición a los recurrentes de las costas causadas por sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Manuel Maza Martín Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gómez Siro Francisco García Pérez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de julio de dos mil diez.

En la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Sumario núm. 2/2004, seguida por delito contra la salud pública, contra Eloy, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.015, nacido el 31 de marzo de 1972 en Puerto de Sagunto (Valencia), hijo de Juan y María del Carmen y ejecutoriamente condenado en sentencia de 19-9-96, a la pena de 4 años de prisión por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, de solvencia no acreditada; contra Leon, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.016, nacido el 2 de enero de 1968 en Valencia, hijo de Juan y de María del Carmen y con antecedentes penales no computables en la presente causa, de solvencia no acreditada; contra Amalia, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.017, nacida el 14 de febrero de 1939 en Valencia, hija de Manuel y de María del Carmen, y sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; contra Torcuato, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.018, nacido el 20 de diciembre de 1994 en Valencia, hijo de Onofre y de Blanca y sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; contra María Inmaculada, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.019, y sin antecedentes penales, nacida el día 17 de abril de 1946 en Valencia, hija de Onofre y de Blanca, de solvencia no acreditada; contra Evaristo, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.020, nacido el 18 de febrero de 1953 en Valencia, hijo de Vicente y de María José y sin antecedentes penales; contra Mariano, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.021, nacido el 20 de mayo de 1972 en Reus (Tarragona), hijo de José María y María del Pilar y sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; contra Eulogio, mayor de edad, nacido el 6-5-57 en Porcuna (Jaén), con Documento Nacional de Identidad número núm.022, y sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; contra Franco, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.023, nacido el 17 de diciembre de 1970 en la Línea de la Concepción (Cádiz), hijo de Cristóbal y Josefa y sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; contra Adriano, mayor de edad, con NIE número núm.024 y con antecedentes penales no computables en la presente causa, nacido el 13 de febrero de 1946 en Secano (Roma), hijo de Domenico y de Domenica, de solvencia no acreditada; contra Amador, alias "Chipiron" mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.025, hijo de Juan y de Cecilia, nacido el 6 de diciembre de 1973 en Tarragona y ejecutoriamente condenado en Sentencia de 19-9-96, a la pena de 4 años de prisión por un delito de tráfico de drogas, de solvencia no acreditada; contra Remigio, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.026, nacido el 23 de julio de 1977 en Reus (Tarragona), hijo de Antonio y de Cristina y sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada y contra Pedro Miguel, mayor de edad, titular del Documento Nacional de Identidad número núm.027, nacido el 23 de mayo de 1973 en Lérida, hijo de Antonio y Cristina y sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se admiten los de la sentencia recurrida EDJ 2008/307201 y en relación a los hechos probados se suprime toda referencia a Amador como interviniente en los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En relación al recurrente Amador, por los razonamientos contenidos en el f.jdco. quinto EDJ 2008/307201 debe ser absuelto con todos los pronunciamientos favorables.

Segundo.- En relación a la pena a imponer al recurrente Mariano, conductor de uno de los camiones, por los razonamientos incluidos en el f.jdco. octavo, motivo tercero, al concurrir la atenuante analógica muy cualificada 6ª del art. 21 Cpenal EDL 1995/16398 en relación a la de confesión del párrafo 4º, procede de conformidad con la regla 2ª del art. 66 Cpenal EDL 1995/16398, procede imponer la pena de seis años de prisión.

En relación a la pena de multa que en la instancia quedó fijada en 88.283.870 euros, procede igualmente imponer una pena inferior en un grado de la forma fijada en el art. 70 Cpenal EDL 1995/16398, por ello la multa que se fija es de 44.141.935 euros.

Tercero.- En relación a los recurrentes hermanos Eloy Leon, Torcuato, María Inmaculada y el marido de ésta, Evaristo, de acuerdo con lo razonado en el f.jdco. décimo --Recurso del Ministerio Fiscal--, concurre en todos ellos el subtipo agravado de organización del art. 369-6º, y además, en los hermanos Eloy Leon y Torcuato, concurre la condición de jefe o administrador de la red de acuerdo con el art. 370 Cpenal EDL 1995/16398.

De acuerdo con las previsiones punitivas que contienen los tipos indicados, procede por la integración en organización, en todos los expresados, las penas superiores en un grado a las del art. 368 Cpenal EDL 1995/16398, esto es, pena de prisión de nueve años y un día hasta trece años y seis meses, pudiéndose elevar la multa hasta el cuádruple.

Por el art. 370 Cpenal EDL 1995/16398 , en relación a las tres personas en las que concurre, procede la imposición superior en uno o dos grados de la prevista en el art. 368 Cpenal EDL 1995/16398 , y además otra multa.

Dentro de este abanico punitivo, hay que tener en cuenta la petición del Ministerio Fiscal. Este en sus conclusiones definitivas, que constituyen el techo punitivo que no puede ser superado por respeto al principio acusatorio, solicitó:

- a) Para los hermanos Eloy y Leon y Torcuato, la pena, para cada uno de ellos de veinte años de prisión y multa de 1.006.085.332 euros.
- b) Para María Inmaculada y Evaristo la pena de once años de prisión y multa de 671.323.554 euros.

Asimismo hay que recordar que, por estimación del motivo cuarto del recurso del Ministerio Fiscal, debe ser efectiva la agravación punitiva de la concurrencia de la agravante de reincidencia en relación a Eloy.

Teniendo en cuenta todos estos factores, pasamos a fijar las nuevas penas a imponer:

1- Para Eloy, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, para su hermano Leon y para Torcuato, por el doble juego agravatorio de la agravante específica de organización además de la de notoria importancia ya apreciada, así como por la concurrencia de la superagravante del art. 370 Cpenal EDL 1995/16398 , acordamos la imposición de la pena superior en dos grados, a partir de la pena correspondiente al delito tipo --art. 368 --, todo ello efectuado de conformidad con la matemática prevista en el art. 70 Cpenal EDL 1995/16398 .

Pena superior en un grado:

Desde 9 años y 1 día de prisión, hasta 13 años y 6 meses de prisión.

Pena superior en otro grado:

Desde los 13 años y 6 meses y 1 día de prisión hasta los 20 años y 3 meses.

Dentro de este cuadro punitivo acordamos las siguientes penas:

A Eloy le imponemos la pena superior en dos grados, en la mitad superior por el juego de la reincidencia, esto es 16 años, 10 meses y 15 días de prisión.

A Leon y a Torcuato, la pena superior en dos grados, en el mínimo al no concurrir circunstancias de agravación, esto es, 13 años, 6 meses y 1 día de prisión.

En relación a la pena de multa, la mantenemos en la misma extensión que se les impuso en la instancia, toda vez que el mínimo previsto es común tanto por el art. 368 Cpenal EDL 1995/16398 como para el art. 369 --el tanto equivalente al valor de la droga--, y por otro lado el automático incremento de la multa por encima del tanto equivalente al valor de la droga, dadas las magnitudes en que nos movemos solo tiene efectos teóricos o virtuales de imposible practicidad, ya que no procede la adopción de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago dada la extensión de la prisión impuesta.

Ahora bien, en el art. 370 Cpenal EDL 1995/16398 , se acuerda la imposición de otra multa, una segunda multa que viene prevista en el último párrafo del art. 370 Cpenal.

Fijamos el importe de esta segunda multa en la misma cuantía que la primera.

2- Para María Inmaculada y su marido Evaristo en quienes concurre la agravante específica de organización, además de la de notoria importancia apreciada ya acordamos la imposición de la pena superior en un grado que tiene la extensión antes indicada, lo que supone incrementar en dos años la pena que se le impuso en la instancia --el mínimo legal de la pena superior en un grado, esto es, nueve años y un día--.

Dentro de este abanico individualizamos la pena en 11 años de prisión, idéntica a la solicitada en su día por el Ministerio Fiscal, y mantenemos la pena de multa en la mínima cuantía que la fijada en la instancia.

Cuarto.- Procede asimismo mantener el pronunciamiento de la sentencia recurrida en materia de costas.

III. FALLO

1- Que debemos absolver y absolvemos con todos los pronunciamientos favorables a Amador del delito del que se le condenó en la instancia con declaración de oficio de la parte proporcional de las costas derivadas de su absolución.

2- Que debemos condenar y condenamos a Mariano como autor de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud con la concurrencia de la atenuante analógica muy cualificada 6ª del art. 21 Cpenal EDL 1995/16398 en relación con la 4ª del mismo artículo, a la pena de 6 --seis-- años de prisión y multa por importe de 44.141.935 euros.

3- Que debemos condenar y condenamos a María Inmaculada y a Evaristo como autores de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud con la concurrencia de las agravantes específicas de notoria importancia y organización de las penas, a cada uno, de 11 --once-- años de prisión y multa de 88.283.870 euros.

4- Que debemos condenar y condenamos a Leon y Torcuato como autores de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud con la concurrencia de las agravantes específicas de notoria importancia y organización, así como la de ser jefes de la misma a las penas de 13 años, 6 meses y 1 día (trece años, seis meses y un día) de prisión, así como a dos penas de multa --a cada uno-- de 88.283.870 euros cada una de ellas.

5- Que debemos condenar y condenamos a Eloy como autor de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud con la concurrencia de la agravante ordinaria de reincidencia y las específicas de notoria importancia y organización así como la de ser jefe de la misma a las penas de 16 años, 10 meses y 15 días (dieciséis años, diez meses y quince días) de prisión, así como a dos penas de multa de 184.569.701 euros.

6- Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada no afectados por la presente.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia José Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Siro Francisco Garcia Perez

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012010100752