

## Resumen

*Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por la procesada, y estima parcialmente el formulado por los procesados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos y otros, por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia en la que, entre otras cuestiones, establece la no acreditación de que la conducta del acusado fuera de especial relevancia, no suponiendo una intervención eficaz, trascendente y necesaria en el delito de posesión y tráfico de drogas por el que se le condena, sino únicamente como "favorecedor del favorecedor", es decir, no como autor directo o cooperador necesario, sino como cómplice.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.368 , art.369.3 , art.374

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.18.3 , art.24.2

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal  
art.849.2

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	6
FALLO .....	15
SEGUNDA SENTENCIA .....	15

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN  
COMISO

CONTRABANDO Y TRÁFICO DE DROGAS

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

Sustancias que causan grave daño a la salud

Cocaína

Actividades

Tenencia preordenada al tráfico

Apreciación

Modalidades agravadas

Cantidad de notoria importancia

Cocaína

Partícipes

Autor

Supuestos diversos

Cómplice

Penalidad

Graduación de la pena

Proceso penal

Presunción de inocencia

Prueba

Testigos

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR  
SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Intervención telefónica  
Control judicial

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS  
DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Tutela judicial efectiva  
Alcance  
Resolución motivada de todos los temas planteados  
Motivada

Proceso con todas las garantías  
Inexistencia de violación del derecho

PROCESO PENAL

PRUEBA

Medios  
Prueba documental  
Documentos a efectos casacionales  
Documentos ineficaces  
Declaraciones de procesados o testigos

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.368, art.369.3, art.374 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Aplica art.18.3, art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Aplica art.849.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal  
Cita dfi.12 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Cita ape.368, art.27, art.28, art.63, art.66.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Cita art.5.4, art.11.1, art.238, art.240.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
Cita art.18, art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.384, art.503, art.849, art.850.1, art.852, art.855, art.903 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Barcelona de 29 enero 2002 (J2002/15992)  
Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Tenencia preordenada al tráfico - Apreciación por SAP Teruel de 4 noviembre 2003 (J2003/178397)  
Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Autor - Supuestos diversos por SAP Madrid de 9 julio 2004 (J2004/146466)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 22 septiembre 2006 (J2006/303340)  
Citada en el mismo sentido sobre COMISO - EN GENERAL por STS Sala 2ª de 6 marzo 2006 (J2006/31795)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 6 octubre 2006 (J2006/367456)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 8 noviembre 2006 (J2006/379312)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 10 noviembre 2006 (J2006/379334)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 29 noviembre 2006 (J2006/385024)  
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 29 noviembre 2006 (J2006/385025)  
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 2 mayo 2006 (J2006/65278)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 1 marzo 2006 (J2006/68069)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 14 febrero 2006 (J2006/85938)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 23 febrero 2006 (J2006/85991)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 22 febrero 2006 (J2006/85997)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 14 junio 2007 (J2007/122118)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 13 julio 2007 (J2007/179588)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 18 julio 2007 (J2007/179591)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 28 junio 2007 (J2007/179681)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 9 julio 2007 (J2007/185794)  
 Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Autor - Supuestos diversos por SAP Madrid de 20 julio 2007 (J2007/185832)  
 Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 31 octubre 2007 (J2007/194934)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 9 julio 2007 (J2007/220602)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 24 octubre 2007 (J2007/297727)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Orense de 7 noviembre 2007 (J2007/371864)  
 Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 25 abril 2007 (J2007/40222)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 1 febrero 2007 (J2007/47691)  
 Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 4 junio 2007 (J2007/70160)  
 Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Penalidad - Comiso por STS Sala 2ª de 7 febrero 2007 (J2007/7327)  
 Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 1 julio 2008 (J2008/111604)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 16 diciembre 2008 (J2008/356904)  
 Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 8 abril 2008 (J2008/48928)  
 Citada en el mismo sentido por SJdo. Penal de 11 junio 2008 (J2008/72694)  
 Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 27 enero 2009 (J2009/10492)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 13 abril 2009 (J2009/379022)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 24 marzo 2010 (J2010/117762)  
 Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 12 diciembre 2010 (J2010/290472)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 1 junio 2010 (J2010/294693)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 15 septiembre 2010 (J2010/315929)  
 Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 18 octubre 2011 (J2011/251412)  
 Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 20 junio 2011 (J2011/307365)  
 Citada en el mismo sentido por AJuzgado de Instrucción de 7 febrero 2011 (J2011/6515)  
 Cita STS Sala 2ª de 25 octubre 2002 (J2002/44054)  
 Cita STS Sala 2ª de 4 octubre 2002 (J2002/42752)  
 Cita STS Sala 2ª de 20 septiembre 2002 (J2002/35922)  
 Cita STS Sala 2ª de 19 julio 2002 (J2002/31416)  
 Cita STS Sala 2ª de 1 julio 2002 (J2002/26521)  
 Cita STS Sala 2ª de 5 junio 2002 (J2002/24318)  
 Cita STS Sala 2ª de 10 mayo 2002 (J2002/19811)  
 Cita Acuerdo no JurisdiccionalTS Sala 2 Pleno de 19 octubre 2001 (J2001/40277)  
 Cita STS Sala 2ª de 12 marzo 2001 (J2001/7232)  
 Cita STS Sala 2ª de 27 febrero 2001 (J2001/3258)  
 Cita STS Sala 2ª de 22 marzo 2001 (J2001/1409)  
 Cita STS Sala 2ª de 15 noviembre 2000 (J2000/52673)  
 Cita STS Sala 2ª de 30 junio 2000 (J2000/20670)  
 Cita STS Sala 2ª de 17 marzo 1999 (J1999/5863)  
 Cita STS Sala 2ª de 28 noviembre 1997 (J1997/10557)  
 Cita STC Sala 2ª de 15 septiembre 1997 (J1997/5380)  
 Cita STS Sala 2ª de 30 marzo 1995 (J1995/1526)  
 Cita STS Sala 2ª de 27 diciembre 1994 (J1994/10500)  
 Cita STS Sala 2ª de 5 julio 1993 (J1993/6709)  
 Cita STC Sala 1ª de 13 octubre 1992 (J1992/9917)  
 Cita STC Sala 1ª de 14 septiembre 1992 (J1992/8756)  
 Cita STC Sala 2ª de 8 junio 1992 (J1992/5974)  
 Cita STC Sala 1ª de 8 julio 1991 (J1991/7480)  
 Cita STS Sala 2ª de 24 junio 1991 (J1991/6752)  
 Cita STC Pleno de 12 julio 1988 (J1988/461)

## Bibliografía

Citada en "La reforma de los delitos contra la seguridad vial y especial referencia al comiso del vehículo"

En la Villa de Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil tres.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de los procesados Hernando, Edgar, Carlos Hernando, Adriana Patricia y Jaime Eduardo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima EDJ 2002/15992, que les condenó a los mismos y a otros, por delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el procesado recurrente Hernando por la Procuradora Sra. Martín de Vidales Llorente; los procesados recurrentes Edgar, Carlos Hernando y Adriana Patricia por la Procuradora Sra. Muñoz González; y el procesado recurrente Jaime Eduardo por la Procuradora Sra. Gilsanz Madroño.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 6 de los de Vilanova i La Geltrú, instruyó Sumario con el número 1 de 2000, contra los procesados Hernando, Edgar, Carlos Hernando, Adriana Patricia y Jaime Eduardo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima) que, con fecha veintinueve de enero de dos mil dos, dictó sentencia EDJ 2002/15992 que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Primero.- El procesado Hernando, de nacionalidad colombiana como la totalidad de los restantes procesados, mayor de edad, previa y ejecutoriamente condenado como reincidente en Sentencia firme de 2/12/93, por sendos delitos de tráfico de drogas y falsedad documental e impuesta por el primero de ellos la pena de 10 años de prisión menor y multa, tras haber mantenido distintos encuentros con los también procesados Carlos Hernando (conocido como "F.") y Jaime Eduardo, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, durante los últimos días del mes de octubre de 1999, ora con uno ora con ambos, siempre en el bar "O." sito en la confluencia de las calles E. y Diputació de la ciudad de Barcelona, concertó nueva cita con ellos en dicho lugar para la tarde del día 30 de noviembre de 1999.

Llegada esta fecha, sobre las 17:00 horas, Hernando salió de su domicilio en Vilanova i La Geltrú conduciendo el automóvil de su propiedad marca "Ford" modelo "Sierra" de matrícula M-...-JL desplazándose hasta el indicado bar donde le esperaba Carlos Hernando a quien aquel le cede el automóvil, quedándose en el bar, hasta que sobre las 18:15 horas vuelve el segundo de nuevo apeándose y subiendo Hernando al automóvil para salir de Barcelona por la autopista A-7 deteniéndose a escasos kilómetros en el área de servicio "L." lugar en el que fue interceptado y detenido por una dotación policial ocupándosele dos paquetes de forma rectangular, ocultos respectivamente bajo la alfombrilla y asiento delantero derecho, luciendo ambos un papel adherido con el dibujo en color rojo de la figura de un campesino, que contenía un total de dos mil cinco gramos con doscientos sesenta y ocho miligramos (2'005268 kilogramos) de sustancia estupefaciente cocaína con una riqueza base del 72'3% que le había sido proporcionada por Carlos Hernando y destinados al comercio ilícito con terceros.

Segundo.- A resultas del seguimiento y detención señaladas prosiguieron los centrados en los hermanos procesados antes referidos y sus movimientos en el vehículo marca "Renault" modelo "19" de matrícula B-...-NK que ambos utilizaban indistintamente, que culminaría en su detención el día 2 de diciembre de 1999 interviniéndose en ese instante a Carlos Hernando un juego de llaves correspondientes a los dos pisos que se dirán.

Dichos procesados, junto con la procesada Adriana Patricia, mayor de edad y sin antecedentes penales, esposa de Carlos Hernando, se habían provisto, en régimen de alquiler, de un primer piso en la puerta 3ª del ático de la calle M. en la población de L'Hospitalet de Llobregat destinado a almacenamiento y custodia de la sustancia estupefaciente, tarea que tenía encomendada permanentemente el también procesado Gustavo Aquiles, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Con la debida autorización judicial tuvo lugar la entrada y registro en el mencionado piso a las 20:00 horas del día 3 de diciembre de 1999. Al acceder la Comisión judicial a dicha vivienda y llamar al timbre identificándose de viva voz, el mencionado Gustavo Aquiles al percibirse de su presencia se dirigió de inmediato a una de las habitaciones disponiéndose a lanzar por la ventana varios paquetes del total de veinticinco que serían finalmente ocupados conteniendo un total de veinticuatro mil seiscientos treinta y dos gramos (esto es 24'632 kilogramos) de sustancia estupefaciente cocaína con riqueza base del 737%, con idéntico adhesivo todos ellos a los dos intervenidos a Hernando. Una vez la Comisión pudo penetrar en el piso derribando la puerta de entrada detuvo en su interior al mencionado procesado y a su esposa, también procesada, Katherine, mayor de edad y sin antecedentes penales, que se encontraba sosteniendo en brazos a la hija de ambos, Verónica Daniela de apenas dos años de edad, hallando en el inmueble, además del estupefaciente referido, dos bolsas de sustancia pulverulenta, una cuchara y cuchillo con restos de polvo, tres balanzas de precisión (marcas "Gram", "Alco" y "Tanyta") un aparato de carpintería y un troquel de madera.

Los expresados Carlos Hernando y Jaime Eduardo y Adriana Patricia utilizaban también, por igual título que el anterior, otro piso sito en la puerta 2ª del piso 5º del núm.... en la calle L., de L'Hospitalet.

Al igual que en el caso anterior y provista de la correspondiente autorización judicial, acudió la Comisión a las 5:30 horas ya del día siguiente, 4 de diciembre, a realizar registro de dicho piso. Tras intentar infructuosamente abrir con las llaves de la vivienda ocupadas a Carlos H. Carmona debido a que se encontraba cerrada con cerrojo interior, se procede a derribar la puerta, encontrando en el interior a Adriana Patricia, en compañía de su hija Deisy Alexandra de ocho años, y al también procesado Edgar, mayor de edad y carente de antecedentes penales, quien de inmediato trata de refugiarse hacia el fondo de la vivienda, lugar en el que es reducido y detenido, hallándose en la habitación que éste ocupaba dos bolsas de viaje, una verde y otra negra, en las que junto a ropa diversa se ocultaban numerosos fajos de billetes haciendo un total de 44.235.000 pesetas y 214.602 dólares norteamericanos una vez abiertas ambas, una

con el llavín que poseía dicho procesado, dinero procedente de ignoto número de ventas anteriores de estupefaciente. En el dormitorio de matrimonio es hallado el bolso de la procesada Adriana Patricia que contenía, entre enseres personales, un cuaderno pequeño con anotaciones de cantidades, fechas y nombres así como hojas sueltas con iguales apuntes y un fax con notas de igual índole; en el armario consulta sobre trayectos marítimos trasatlánticos y el pasaporte de la indicada menor y bajo el colchón de la cama de matrimonio un sobre de color sepia con 990.000 pesetas y 5.250 dólares norteamericanos, así como otro de 50 \$ en el que se expresaba la segunda de dichas cantidades y la inscripción "F".

Tercero.- En la época de los hechos el kilogramo de cocaína alcanzaba en el mercado ilícito el precio aproximado de 6.000.000 ptas."

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

"Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos libremente a Katherine del delito por el que venía siendo acusada, con los pronunciamientos inherentes.

Y debemos condenar y condenamos a Hernando, a Carlos Hernando, a Jaime Eduardo, a Edgar, a Adriana Patricia y a Gustavo Aquiles como responsables en concepto de autores de un delito contra la salud pública precedentemente definido, concurriendo en aquel primero la circunstancia agravante de reincidencia y sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los demás, a la/s pena/s de doce años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y multa de ocho millones de pesetas (8.000.000 ptas.) o su equivalente en euros al primero de ellos (Hernando); de diez años de prisión con la misma accesoria por el período de la condena y multa de cuatrocientos millones de pesetas (400.000.000 ptas.) o su equivalente en euros a cada uno de los tres siguientes (Carlos Hernando, Jaime Eduardo, y Edgar) y de nueve años y un día de prisión con la repetida accesoria por su tiempo y multa de trescientos millones de pesetas (300.000.000 ptas.) o su equivalente en euros a cada uno de los dos últimos (Adriana Patricia y Gustavo Aquiles) y al pago, respectivamente, de una séptima parte de las costas procesales.

Decretamos el comiso de la sustancia estupefaciente intervenida, de la totalidad del dinero ocupado, de los automóviles marca "Ford" modelo "Sierra" de matrícula M-...-JL y marca "Renault" modelo "19" de matrícula B-...-NK, instrumentos (balanzas de precisión marcas "Gram", "Alco" y "Tanyta", un aparato de carpintería, un troquel de madera y bolsas de viaje) a los que se dará legal destino.

Abónese para el cumplimiento de la/s pena/s privativa/s de libertad el tiempo permanecido en prisión preventiva por esta causa si no se hubiere computado en otra.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes procesales con expresión que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada la sentencia EDJ 2002/15992 a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación de los procesados Hernando, Edgar, Carlos Hernando, Adriana Patricia y Jaime Eduardo, 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, la representación del procesado Hernando, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, por haberse denegado diligencias de prueba propuestas en tiempo y forma por esta parte y que se estiman pertinentes.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por vulneración del artículo 18 de la Constitución Española EDL 1978/3879 en relación con los también vulnerados artículos 11.1 EDL 1985/8754, 238 y 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754.

La representación del procesado Edgar, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por no aplicación del principio de presunción de inocencia.

Motivo Segundo.- Esta parte renuncia al segundo motivo de casación anunciado.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo Cuarto.- Esta parte renuncia al cuarto motivo de casación anunciado.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por indebida aplicación de los artículos 368 y 369.3º del Código Penal EDL 1995/16398.

Motivo Sexto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por indebida aplicación del artículo 374 del Código Penal EDL 1995/16398.

La representación del procesado Carlos Hernando, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por no aplicación del principio de presunción de inocencia.

Motivo Segundo.- Esta parte renuncia al segundo motivo de casación anunciado.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo Cuarto.- Esta parte renuncia al cuarto motivo de casación anunciado.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por indebida aplicación de los artículos 368 y 369.3 del Código Penal EDL 1995/16398.

Motivo Sexto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por indebida aplicación del artículo 374 del Código Penal EDL 1995/16398 .

La representación de la procesada Adriana Patricia, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por no aplicación del principio de presunción de inocencia.

Motivo Segundo.- Esta parte renuncia al segundo motivo de casación anunciado.

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo Cuarto.- Esta parte renuncia al cuarto motivo de casación anunciado.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 por indebida aplicación de los artículos 368 y 369.3 del Código Penal EDL 1995/16398.

Y, la representación del procesado Jaime Eduardo, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 introducido por la disposición final 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 EDL 2000/77463 , por estimar infringido el derecho constitucional de mi Mandante a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ).

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 introducido por la disposición final 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 EDL 2000/77463 , por estimar infringido el derecho constitucional de mi Mandante a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 ).

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 introducido por la disposición final 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 EDL 2000/77463 , por estimar infringido el artículo 24 de la Constitución Española (derecho a la tutela judicial efectiva) EDL 1978/3879 .

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 introducido por la disposición final 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 EDL 2000/77463 , por estimar infringido el artículo 18.3 de la Constitución Española (derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas) EDL 1978/3879 .

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por aplicación indebida de los artículos 368 y 369.3 del Código Penal EDL 1995/16398.

Motivo Sexto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por aplicación indebida del artículo 374 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Motivo Séptimo.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por error en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos, apoyando parcialmente el Motivo Sexto de los recursos de los procesados Carlos Hernando y Edgar, solicitando la inadmisión de los restantes motivos de todos los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- La Procuradora Sra. Martín de Vidales Llorente en representación del procesado Hernando por escrito de fecha 5 de julio de 2002 solicitó que se les tuviera por desistidos del recurso de casación en su día formalizado.

Esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por Auto de fecha 24 de octubre de 2002 se le tiene por desistido del recurso de casación.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 13 de marzo de 2003.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Jaime Eduardo.

PRIMERO.- El Motivo Primero se formula al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 .

Alega el recurrente que en las actuaciones no existe actividad probatoria mínima hábil para desvirtuar el mencionado derecho fundamental, "al no haber prueba plena y carecer la indiciaria del enlace preciso y directo entre los hechos que se consideran probados y su consecuencia incriminatoria".

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona dice en el párrafo sexto del Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia EDJ 2002/15992 que "la participación de Jaime Eduardo viene de la mano de la prueba testifical y de las intervenciones telefónicas, toda vez que una y otra fuente acreditan los diversos contactos anteriores a la entrega que procedió a la detención de Hernando y la primera, además, amen de la indistinta utilización del mismo vehículo para sus desplazamientos su frecuente presencia en ambos pisos señalados en la resultancia".

A lo que opone el recurrente que a Jaime Eduardo no se le incautó nada relacionado con el tráfico de drogas, como resulta del folio 176 en el que únicamente se reseña como efecto intervenido en el momento de su detención un juego de llaves, las del turismo R 19 y las de su domicilio en la Avenida R. núm.... de Barcelona; que no hubo ningún encuentro previo entre Hernando y Jaime Eduardo; que no es extraño sino por el contrario normal, que dos hermanos utilicen indistintamente un mismo vehículo, así como que Jaime Eduardo visitara a su hermano Carlos Hernando en el domicilio de éste, "por mucho que en ese domicilio pudiera eventualmente llevarse a cabo alguna actividad delictiva".

Ante la parquedad de la exposición del Tribunal de instancia sobre este extremo, resulta preciso acudir al examen de las actuaciones, en las que consta:

- Escrito de fecha 4 de noviembre de 1999 firmado por el Jefe de la Sección de Estupefacientes de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Barcelona diciendo:

- Que el día 26 de octubre de 1999 Hernando, al que estaba vigilando y siguiendo por su posible implicación en el tráfico de estupefacientes, se dirigió en su vehículo Ford Sierra matrícula M-...-JL al "Bar O.", sentándose en la terraza con una persona de unos 28 años que portaba al hombro una bolsa de color negro, que acabó introduciendo en el coche de Hernando.

- Que en la tarde del mismo día 26 de octubre Hernando se dirigió de nuevo al "Bar O.", donde se entrevistó con dos individuos de aspecto sudamericano durante unos quince minutos aproximadamente. Hernando extrajo del maletero la bolsa que le habían entregado por la mañana y se la dio a estos dos individuos, los que la introdujeron, adoptando extremas medidas de seguridad, en el interior del vehículo R 19 matrícula B-...-NK que utilizaban, al que no se pudo seguir.

- Que sobre las 17 horas del día 27 de octubre de 1999 Hernando recibió en el "Bar O." de un individuo de aspecto sudamericano distinto del que intervino el día anterior, una bolsa negra de las mismas características que la entregada en día anterior.

- Que sobre las 19.30 horas del día 28 de octubre de 1999 se observó que Hernando conectaba en el "Bar O." con los mismos individuos con los que se citó el día 26, que conducían el R 19 B-...-NK. Uno de los citados individuos abandonó el lugar en el R 19, y el otro se dirigió con Hernando a la Plaza E. donde se apeó, recogiendo del coche de Hernando una bolsa de color negro, que podría ser la recibida por éste el día anterior.

- El 3 de diciembre de 1999 se recibe en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de Vilanova i la Geltrú atestado policial en el que se hace constar:

- Que a las 17 horas del día 30 de noviembre se ha visto como Hernando se dirigió en su turismo M-...-JL al "Bar M.", donde contactó con uno de los individuos con quien se había entrevistado los días 26 y 28 de octubre, el que se introdujo en el vehículo de Hernando.

- Que sobre las 18,15 horas del mismo día 30 de noviembre este individuo se apeó del vehículo cerca de la calle E., subiéndose a él Hernando.

- Que a la altura del Área de Servicio "L." el automóvil fue registrado, encontrándose en el lado derecho del acompañante, bajo el asiento y la alfombra, dos paquetes conteniendo una sustancia blanca -que resultaron ser 2,005 kilogramos de cocaína, con una riqueza base del 72,3 %.

- Que las señas físicas de los que contactaron con Hernando los días 26 y 28 de octubre son:

Primero.- De unos 48 años de edad, 1,70 mts. de estatura, complexión fuerte, pelo corto con entradas, un poquito ondulado, y gafas graduadas.

Segundo.- De unos 30 años de edad, 1,73 mts. de estatura, complexión delgada, pelo corto negro, peinado a un lado.

- El 9 de diciembre de 1999 se remite nuevo atestado policial al indicado Juzgado de Vilanova i la Geltrú dando cuenta de que los hermanos Carlos Hernando y Jaime Eduardo han sido detenidos. En él se afirma:

- Que los citados hermanos Carlos Hernando y Jaime Eduardo eran los usuarios del Renault 19 B-...-NK, que desde los primeros momentos de la investigación aparecieron intercambiando bolsas con Hernando.

- Que Jaime Eduardo, conocido como "el gordo", es la persona que se describía como de 48 años, 1,70 de estatura, complexión fuerte, pelo corto con entradas y gafas graduadas.

- En el Acta del juicio oral aparecen, entre otras, las siguientes declaraciones de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía:
  - Carnet profesional número...514: Que actuó como Secretario en el atestado y es correcta la descripción que en él se hace; que uno de los que contactó el 28 de octubre era el más corpulento y con gafas; que esas personas son las que detuvieron el día 30.
  - Carnet profesional número...573: Que Carlos Hernando y Jaime Eduardo se habían encontrado con el señor Hernando el día 26; siendo el más flaco el que se llevó el vehículo.
  - Carnet profesional número...894: Que el 2 de diciembre se detectó el vehículo que utilizaban los hermanos Carlos Hernando y Jaime Eduardo; que vieron salir a Carlos del núm.... de la calle M.; que estando Carlos en un bar llegó Jaime en el Renault, yéndose los dos a la calle L., estacionando el coche y siendo detenidos.

Esta sintética enumeración de actuaciones acredita que existe en las actuaciones actividad probatoria, legalmente practicada, que supone cargos contra Jaime Eduardo, en cuanto lo relacionan simultáneamente con Hernando, al que le fueron encontrados dos kilogramos de cocaína, y con los pisos de las calles M. y L. de Hospitalet en los que se intervinieron, respectivamente, 24,632 kilogramos de cocaína, y más de ochenta millones en pesetas y dólares.

Extremos que deriva de las manifestaciones en el juicio oral de los Policías ya citados y de los titulares del carnet profesional números...182,...064,...643,...636,...740,...585 y...756, excesivamente resumidas en el Acta del Juicio oral.

Actividad probatoria que desvirtúa en los términos que más tarde se precisarán el derecho a la presunción de inocencia e implica la desestimación del Motivo Primero de este recurso.

Ello sin necesidad de recurrir a conversaciones telefónicas intervenidas, ni al documento con cifras denominado Documento 2, que según manifestaciones obrantes en el atestado fue encontrado en la cartera de Jaime Eduardo (folios 223 y 235), lo que ha negado siempre el acusado.

SEGUNDO.- Primero.- En el Motivo Segundo, por la misma vía que el anterior, se estima infringido el derecho a un proceso público con todas sus garantías -artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 -, ya que "el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que redacta la sentencia condenatoria EDJ 2002/15992 ha tenido participación activa en otras resoluciones previas que decretaban la denegación de libertad a mi mandante, lo que supone también la necesaria apreciación, antes de la celebración del juicio oral, de la concurrencia de indicios de criminalidad, produciéndose una objetiva contaminación procesal".

Respecto a la cuestión así planteada se dice en sentencias de esta Sala:

- 367/2001, de 22 de marzo EDJ 2001/1409 :

- Se trata de comprobar si se ha podido incurrir en causa de abstención y consiguiente recusación por haber conocido, por vía de los recursos, sobre los autos de procesamiento o prisión, o sobre sobreseimientos acordados por el Juez de Instrucción.

- En primer lugar hemos de señalar, como hacen las sentencias de 30 de junio de 2000 EDJ 2000/20670 y 27 de febrero de 2001 EDJ 2001/3258 , que no constituye motivo suficiente para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal Colegiado, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del Juez Instructor.

- 826/2002, de 10 de mayo EDJ 2002/19811 :

- Tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala en doctrina jurisprudencial consolidada (SSTC 145/1988 EDJ 1988/461 , 151/1991 EDJ 1991/7480 , 85/1992 EDJ 1992/5974 , 113/1992 EDJ 1992/8756 , 136/1992 EDJ 1992/9917 y 142/1997 EDJ 1997/5380 y SSTC de 24 de junio de 1991 EDJ 1991/6752 , 27 de diciembre de 1994 EDJ 1994/10500 , 30 de marzo de 1995 EDJ 1995/1526 , 28 de noviembre de 1997 EDJ 1997/10557 , 16 de octubre de 1998 y 17 de marzo de 1999 EDJ 1999/5863 , entre otras), ya se ha pronunciado en el sentido de que la resolución dictada por el Tribunal sentenciador, como órgano jurisdiccional de apelación predeterminado por la ley, de recursos formulados contra resoluciones del instructor, no afecta, como regla general, a su imparcialidad objetiva, a no ser que en meritada confirmación se expresen juicios de valor propios de donde resulte comprometida su imparcialidad objetiva.

- 23/2003, de 21 de enero:

- En aquellos supuestos en los que la Audiencia se limita a resolver un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el Juez Instructor, confirmando dicho procesamiento sobre la base de un relato que el Tribunal no ha construido ni preparado, no habiendo tenido contacto directo con el material de hecho objeto de investigación, no queda afectada su imparcialidad objetiva.

Segundo.- Cita el recurrente dos Autos de la Sección Décima de la Audiencia de Barcelona, ambos de fecha 20 de septiembre de 2000(folios 67 a 73 del Rollo).

En el primero de ellos, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el procesamiento de Jaime Eduardo, la Sala a quo, tras los oportunos razonamientos jurídicos, afirma con la vista puesta en el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , que "el examen de la resolución originariamente impugnada revela que el acervo indiciario que se expone se desprende efectivamente de la instrucción".

En el segundo, que igualmente desestima el recurso de apelación interpuesto contra la prisión preventiva de Jaime Eduardo, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 503 y siguientes de la citada Ley Procesal EDL 1882/1 , se afirma que estamos ante unos hechos que, según expresa el Auto recurrido, indiciariamente y a salvo de la ulterior calificación, revisten los caracteres de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, y en él se valoran las circunstancias personales del acusado en orden al peligro de fuga.

Se trata, de dos resoluciones de constatación en las que no se hace juicio de valor alguno; por lo que, según la doctrina jurisprudencial antes expuesta, no se produce en quién las dicta contaminación objetiva.



Tercero.- También se refiere el recurrente al Auto de la Sección Décima de la Audiencia de Barcelona de 28 de febrero de 2001 en el que se deniega la libertad a Jaime Eduardo (folio 146 del Rollo).

Respecto a él dice acertadamente el Fiscal en su Informe que se produjo cuando ya la causa se hallaba en fase de juicio oral y la intervención de la Sala la provocó el propio recurrente pidiendo una modificación de su situación, lo que supondría, de estimar tal Auto como instructorio, la posibilidad de las partes de provocar mediante peticiones, la eliminación de los componentes del Tribunal de su elección. Comprobado además tal Auto, en el que también participó, otro Magistrado de la Sala firmante de la sentencia, se observa que no contiene, fuera de la referencia a un auto de apelación anterior, concreción fáctica alguna que sugiera prejuicio o contaminación ya que se basa en la pena correspondiente al delito imputado y al riesgo de fuga.

Por todo lo cual el Motivo Segundo del recurso debe ser también desestimado.

TERCERO.- El Motivo Tercero, continuando por idéntico cauce, se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 en cuanto reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, desde dos perspectivas diferentes:

A.- Porque el cambio de Defensa de Jaime Eduardo no puede acarrear perjuicio alguno a éste.

B.- Porque la sentencia EDJ 2002/15992 no motiva de forma alguna la extensión de las penas impuestas.

A'.- Con posterioridad al escrito de preparación del recurso de casación y del Auto de 1 de marzo de 2002 teniéndolo por preparado, la defensa de Jaime Eduardo la asumió otro Letrado, quién solicitó de la Sala la ampliación y modificación del escrito de preparación del recurso de casación

Petición a la que la Sala a quo, en sendas Providencias de 19 y 22 de marzo del mismo año, contestó que habiendo precluido el término legal para la interposición del recurso de casación, y habiendo hecho uso la parte del mismo, no había lugar a lo solicitado.

Dice el Fiscal sobre este extremo con acierto que un cambio de Letrado no puede suponer retrotraer las actuaciones, dejando sin efecto las anteriores cuando no se comparta o se disiente del enfoque dado.

En este caso los siete Motivos del recurso de casación formalizado por la representación procesal y defensa jurídica del procesado Jaime Eduardo han sido admitidos, y sobre ellos se está pronunciando esta Sala en la presente sentencia.

Siendo de notar que en el último de los Motivos se citan un gran número de folios tanto del sumario como del Rollo de la Audiencia a los efectos del artículo 849.2 de la Ley Procesal EDL 1882/1 .

Situación en la que no cabe hablar de una falta de tutela judicial efectiva en los términos utilizados por el recurrente.

B'.- El procesado Jaime Eduardo fue condenado autor de un delito contra la salud pública referido a sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, tipificado en los artículos 368, inciso primero, y 369, número tres, del Código Penal EDL 1995/16398. Delito sancionado con las penas de prisión de nueve años a trece años y seis meses y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito.

Dado que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en la determinación de la pena se aplicó la regla 1ª del artículo 66 del Código Penal EDL 1995/16398 , imposición en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

La Audiencia, fijó la pena de Jaime Eduardo, al igual que la de otros dos procesados, en diez años de prisión. Extensión claramente incluida en la mitad inferior de la pena legalmente procedente.

Dado que no se planteaban problemas de participación -complicidad-, ni de grado de ejecución -tentativa-, ni de disminución en uno o dos grados de la pena en razón a eximentes incompletas, el procesado de determinación de la pena aparece con una gran claridad, sin que surjan dudas sobre el razonamiento pertinente.

Por ello el Motivo Tercero del recurso, en su doble proyección, debe ser desestimado. Máxime teniendo en cuenta lo que luego se dirá respecto al título de participación del procesado Jaime Eduardo en los hechos enjuiciados, lo que supondrá una nueva determinación e individualización de las penas a imponer.

CUARTO.- En el Motivo Cuarto, con cita de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución EDL 1978/3879 .

Alega el recurrente que "no ha existido ningún control judicial sobre la selección y transcripción de cintas lo cual, por sí sólo, ya las invalida como prueba hábil para enervar la presunción de inocencia". Añadiendo que la transcripción mecanográfica de las conversaciones telefónicas intervenidas "ha de hacerse con compulsas y fe del Secretario".

Obra en el sumario, remitido por la Policía al Juzgado Instructor, "acta de transcripción de las conversaciones telefónicas de interés", mantenidas a través del aparato móvil número...052 los días 23 a 30 de noviembre de 1999. Figurando como funcionario transcriptor en unas actas el número...447 y en otras el número...585 (folios 93 a 162).

El 7 de diciembre de 1999 se dictó Providencia teniendo por recibidas las citadas actas, "las cuales corresponden a las seis cintas de cassette y dos cintas master entregadas, que forman la pieza de convicción 48/99 de este Juzgado; acordándose su unión a las presentes diligencias.

Se afirma en la sentencia 1748/2002, de 25 de octubre EDJ 2002/44054 , que "la selección de los pasajes a transcribir por parte de la Policía, que ordinariamente constituye una labor que no tiene más que un carácter meramente auxiliar o instrumental, puede afectar al valor probatorio de la prueba si se utilizan como tales las transcripciones, y no la audición de las cintas originales".

En este caso efectivamente no consta la audición de las cintas y el cotejo de las transcripciones bajo la fe del Secretario del Juzgado, ni su reproducción en el juicio oral.

En estas condiciones se puede aceptar que, como solicita el recurrente al inicio de su argumentación, las conversaciones no puedan ser tenidas como prueba hábil contra Jaime Eduardo.

Ahora bien, como razona el Tribunal de instancia en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia impugnada EDJ 2002/15992, la intervención de las conversaciones telefónicas judicialmente acordada en Autos debidamente motivados, -extremo no discutido en este recurso-, no vulnera el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución EDL 1978/3879.

Se trata de incumplimiento de ciertos requisitos pertenecientes a la legalidad ordinaria, que no afecta en ningún caso a las otras pruebas derivadas de las intervenciones; por lo que el Motivo Cuarto del recurso debe ser sólo parcialmente estimado, ya que lo argumentado no "acarrea la absolución" de Jaime Eduardo, como se pretende en el inciso final del Motivo.

QUINTO.- Primero.- El Motivo Quinto se formula al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1, por aplicación indebida de los artículos 368 y 369.3 del Código Penal EDL 1995/16398, por no resultar típico penalmente para Jaime Eduardo el relato fáctico y, alternativamente, por no deberse aplicar el subtipo agravado de notoria importancia dada la nueva doctrina del Tribunal Supremo al respecto.

Del examen de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia EDJ 2002/15992 resulta:

- Que durante los últimos días del mes de octubre de 1999, los procesados Carlos Hernando y Jaime Eduardo mantuvieron distintos encuentros, con el también procesado Hernando, siempre en el "Bar O." de Barcelona.

- Que Hernando concertó una nueva cita para la tarde del día 30 de octubre de 1999, encontrándose con Carlos Hernando a quien cedió el automóvil Ford Sierra M-...-JL que conducía, al que regresó Hernando cuando Carlos Hernando se lo devolvió.

- Que inmediatamente fue interceptado por una dotación policial este vehículo, en cuyo interior se ocuparon dos paquetes de forma rectangular ocultos, bajo la alfombrilla y el asiento delantero derecho, conteniendo 2,005 kilogramos de cocaína, con una riqueza del 72,3 %.

- Que el día 2 de diciembre de 1999 fueron detenidos Carlos Hernando y Jaime Eduardo, usuarios ambos del Renault 19 B-...-NK.

- Que en el interior del piso sito en el ático 3ª del núm.... de la calle M. de Hospitalet de Llobregat, fueron encontrados 24,632 kilogramos de cocaína, con una pureza del 73,7 %.

- Que en el piso sito en la puerta 2ª del piso 5º del núm.... de la calle L. también de Hospitalet, domicilio de Carlos Hernando en el que se encontraban su esposa y su hija, se hallaron dos bolsas de viaje, una negra y otra verde, en la que se ocultaban billetes por un total de 44.235.000 pesetas y 214.602 dólares; y en un sobre bajo la cama de matrimonio, 990.000 pesetas y 5.250 dólares.

De este relato puramente descrito infiere la Sección Décima de la Audiencia de Barcelona que estamos ante un delito contra la salud pública en su modalidad de posesión destinada al tráfico de estupefacientes que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia (Fundamento de Derecho Primero).

Del que es responsable en concepto de autor, entre otros procesados, Jaime Eduardo, al haberlo ejecutado personalmente (artículos 27 y 28 del Código Penal EDL 1995/16398) (Fundamento Jurídico Tercero).

Sin embargo, en el muy completo estudio que sobre la complicidad en los delitos de tráfico de drogas se realiza en la sentencia 1609/2002, de 4 de octubre EDJ 2002/42752, se afirma que aunque el relato de hechos contenido en la sentencia de instancia que examina sí da cobertura a la participación del recurrente a título de autor, la implícita voluntad impugnativa ínsita en el recurso y el principio de tutela judicial efectiva permiten el análisis de la verdadera caracterización jurídico penal de su conducta participativa, aunque con ello tengamos que introducirnos en el estudio del material probatorio existente.

En este caso es evidente que aunque se hable en plural de los hermanos Carlos Hernando y Jaime Eduardo, la participación de Carlos Hernando, que se entrevista con Hernando momentos antes de que a éste se le ocupen dos kilogramos de cocaína, y en cuyo domicilio se encuentran ochenta millones en pesetas y dólares, es de un rango muy superior a la de Jaime Eduardo, que siempre aparece en un segundo plano, como acompañante de Carlos y como conductor del R 19 B-...-NK, trasladando a aquel a distintos lugares.

Una de las formas de complicidad que se reseñan en la sentencia 1609/2002 EDJ 2002/42752, con cita de otra de 5 de julio de 1993 EDJ 1993/6709, es la de acompañar al autor del delito en sus ilícitas actividades, ayudándole en sus comunicaciones con terceros.

Y en este aspecto resultan reveladoras las declaraciones de Hernando ante la Policía, asistido de Letrado, en las que tras relatar sus relaciones con "F.", afirma que a veces a éste la acompañaba otro colombiano con gafas (folio 48), característica que como se ha dicho anteriormente corresponde a Jaime Eduardo.

Aparece de la prueba practicada legalmente valorable en esta Causa la participación en los hechos de Jaime Eduardo pero como accesoria y de segundo grado, en cuanto no se determina contacto directo con Hernando ni relación de este tipo con los pisos en los que se encontró la droga y el dinero; consistente fundamentalmente en acompañar y trasladar en su coche a su hermano Carlos en las actividades de éste, las que conocía por su estrecha relación con él.

Por ello, entendiendo que la conducta de Jaime Eduardo respecto a la cual existe en las actuaciones actividad probatoria de cargo legalmente practicada, no suponen una intervención en el delito de posesión y tráfico de drogas por el que se le condena eficaz, trascendente y necesaria, sino únicamente, en frase ya clásica, como favorecedor del favorecedor, es decir, no como autor directo o cooperador necesario, sino como cómplice, el Motivo Quinto del recurso debe ser parcialmente estimado.

Ya que el artículo 369.3 del Código Penal EDL 1995/16398, también invocado por el recurrente, ha sido correctamente aplicado, en cuanto que el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en reunión celebrada el 19 de octubre de 2001 EDJ 2001/40277,

fijó el límite de la notoria importancia cuando de cocaína se trata, en 750 gramos, cantidad notablemente inferior a la que es objeto de estas actuaciones.

SEXTO.- En el Motivo Sexto, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la aplicación indebida del artículo 374 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Argumenta el recurrente que el vehículo Renault 19 matrícula B-...-NK, en el que no consta haya tenido entrada ninguna sustancia estupefaciente, pertenece a una persona que no ha sido procesada ni condenada en esta Causa, y a la que el órgano judicial no ha hecho comunicación alguna para que pudiera reclamarlo; por lo que debe levantarse la medida de comiso acordada durante la instrucción y confirmada en la sentencia EDJ 2002/15992 .

Es de notar que según el relato fáctico el indicado turismo aparece vinculado a las actividades ilícitas que en él se describen, y que Jaime Eduardo en sus manifestaciones en el Juzgado (folio 345) e incluso en el juicio oral, aparece como la persona que dispone del mismo; sin que durante la larga tramitación de la Causa haya aparecido alguna otra persona que lo reclame.

Sin embargo es lo cierto que su comiso no ha sido solicitado en momento alguno por el Ministerio Fiscal, por lo que en aplicación del principio acusatorio, como más tarde se razonará, el Motivo Sexto debe ser estimado.

Lo que en aplicación del artículo 903 de la Ley Procesal EDL 1882/1 , se debe extender al procesado Hernando y al automóvil Ford Sierra matrícula M-...-JL.

Sin perjuicio de su afeción al cumplimiento de las importantes responsabilidades civiles -multas- acordadas en la sentencia EDJ 2002/15992 .

SÉPTIMO.- Primero.- El Motivo Séptimo se formula por infracción de Ley al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley Procesal Penal EDL 1882/1 , por error en la apreciación de la prueba.

El recurrente, con referencia concreta a la relación de Jaime Eduardo con los pisos sitos en las calles M. y L., extremo ya analizado anteriormente, señala en el que estima supone cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 855 de la citada Ley Procesal EDL 1882/1 , de forma separada según se encuentren en cada uno de los ocho tomos que integran el sumario, o en el Rollo de la Audiencia, un gran número de folios, cuyos particulares no señala.

Hemos dicho reiteradamente que el cauce casacional abierto por el artículo 849.2 EDL 1882/1 está restringido a los casos de directa oposición entre una afirmación fáctica de la sentencia y lo que un documento casacional propiamente dicho, no una prueba personal documentada, acredite por su propia literosuficiencia, sin que sirva este Motivo para repetir la valoración del conjunto de la prueba.

Por ello, sin perjuicio de lo afirmado en el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia EDJ 2002/15992 relativo a la participación de Jaime Eduardo en los hechos no en concepto de autor sino como cómplice, el Motivo Séptimo del recurso debe ser desestimado.

Segundo.- Alega también el recurrente en este Motivo que la defensa del procesado Hernando impugnó el informe pericial de la sustancia intervenida, no habiendo ratificado en el juicio oral los peritos el mismo, por lo que no ha quedado acreditada que dicha sustancia fuera droga.

Efectivamente la defensa del Sr. Hernando propuso en su escrito de conclusiones provisionales que por dos peritos adscritos al Instituto Nacional de Toxicología se elabora "un dictamen sobre la sustancia supuestamente intervenida a Hernando y que consta a los folios 529 y 530 de la Causa", que afecte a la totalidad de la misma, que se ratifique y, en su caso, se amplíe en el juicio oral.

Prueba que fue denegada por la Sala a quo en Auto de 9 de noviembre de 2001 "por ser reiterativa y por ello impertinente"; lo que motivo primero que se formulara protesta y más tarde que en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia EDJ 2002/15992 se incluyera un motivo por denegación de prueba al amparo del artículo 850.1 de la Ley Procesal EDL 1882/1 ; recurso del que posteriormente desistió Hernando.

Por lo tanto:

1. Al ahora recurrente Jaime Eduardo no se le denegó diligencia de prueba alguna, y en ningún momento se ha opuesto a los informes periciales relativos a la droga intervenida.

2. La impugnación del citado Hernando se refería expresamente al informe del Área de Sanidad de la Delegación del Gobierno en Cataluña obrante a los folios 529 y 530, relativo a los dos kilogramos de cocaína a él intervenidos, sin afectar al informe del mismo organismo relativo a los 24,632 kilogramos de cocaína ocupados en el piso de la calle M. de Hospitalet, relacionados en los términos ya expuestos con Jaime Eduardo (folios 525 y 526).

Razones por las que esta segunda alegación, inadecuadamente ubicada en el Motivo que ahora se analiza, no pueda ser tampoco estimada.

Recurso de Carlos Hernando.

OCTAVO.- El Motivo Primero se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 en el que se recoge el principio de presunción de inocencia.

Dice el recurrente que en los Hechos Probados de la sentencia de instancia EDJ 2002/15992 se adjudica a Carlos Hernando la siguiente actividad:

1. Tener contactos con otro procesado, Hernando, en un bar de Barcelona.
2. Suministrar al Sr. Hernando sustancia estupefaciente en una bolsa de color negro.

3. Tener acceso a título de arrendatario al piso sito en el núm.... de la calle M., donde se encontró la sustancia estupefaciente, por tener las llaves de esa vivienda.

Extremos que considera no acreditados por lo que, explicada adecuadamente la existencia de importantes cantidades de dinero en su domicilio, no hay prueba de cargo válida y sí únicamente sospechas y conjeturas.

En el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia, al analizar el recurso de Jaime Eduardo, se han enumerado con la síntesis que exige la redacción de la misma, la actividad policial que vincula a Carlos Hernando con Hernando, a quién a raíz de su encuentro en aquél, se le intervino en el interior del vehículo que conducía 2.005 gramos de cocaína, y con las viviendas sitas en el núm.... de la calle M. y de la calle L. de Hospitalet, esta última domicilio de Carlos Hernando, donde se ocuparon muy importantes cantidades de cocaína, de pesetas y de dólares.

Extremos sobre los que declararon en la vista oral los funcionarios policiales con carnet profesional núms....573,...894,...514,...064,...182,...643,...636,...746,...643 y...586, que ratificaron los correspondientes informes y atestados; aclarando los dos últimos que tenían las llaves del piso de la calle M. por haberla encontrado en poder del acusado, si bien tuvieron que derribar la puerta que tenía puesto el pestillo por dentro.

Siendo de señalar también que el procesado Hernando, en su declaración prestada ante la Policía a raíz de su detención -1.12.99-, asistido de Letrado, dijo que la droga que se le ocupó se la había entregado "F.", al que describió físicamente, añadiendo que a veces le acompañaba otro individuo también colombiano, de similar constitución física, pero con gafas.

Ello supone la existencia de actividad probatoria suficiente para desvirtuar el derecho constitucional invocado, y la consiguiente desestimación del Motivo Primero del recurso.

NOVENO.- Renunciados los que se habían anunciado como Motivos Segundo y Cuarto, y remitiéndose el recurrente en el Tercero íntegramente a lo argumentado en el Primero, ya analizado, procede ahora examinar el Motivo Quinto en el que por la vía del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la indebida aplicación de los artículos 368 y 369.3 del Código Penal EDL 1995/16398.

Alega el recurrente que los agentes de la policía nunca observaron con total certeza que Carlos Hernando entregase sustancia estupefaciente al Sr. Hernando ni a ninguna otra persona, y que no se ha probado que tuviera la posesión o disponibilidad de la droga encontrada en la vivienda de la calle M.

Argumentación que, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 849.1 EDL 1882/1 en el que se basa este Motivo, no respeta la narración fáctica realizada por el Tribunal de instancia.

Por ello, remitiéndonos íntegramente a lo dicho en el apartado 1 del Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia respecto al contenido de los hechos que han sido declarados probados por la Sala a quo, a las razonables consecuencias jurídicas que de ellos infiere respecto a Carlos Hernando y a la indudable notoria importancia de la cocaína intervenida, se desestima el Motivo Quinto de este recurso, ya que descrita la posesión y la entrega a terceros por Carlos de unas importantes cantidades de cocaína, la aplicación de los artículos 368, inciso primero, y 369, número tres, del Código Penal EDL 1995/16398, resulta correcta.

DÉCIMO.- En el Motivo Sexto, por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la aplicación indebida del artículo 374 del Código Penal EDL 1995/16398 .

El recurrente reconoce a través de citas de sentencias de esta Sala, que el decomiso de la droga procede en todo caso por tratarse de un objeto de tráfico ilícito, cuyo destino legal no puede ser otro que su destrucción. Pero subraya respecto al dinero intervenido que el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, no solicitó su comiso en sus escritos de conclusiones provisionales y definitivas, por lo que su adopción vulnera el principio acusatorio.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en reunión celebrada el 5 de octubre de 1998, acordó que el comiso de las ganancias al que se refiere el artículo 374 del Código Penal EDL 1995/16398 debe extenderse a las procedentes de operaciones anteriores a la concreta descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.

En este caso la primera exigencia aparece cumplida en cuanto se afirma en la sentencia EDJ 2002/15992 que los 44.235.000 pesetas y los 214.602 dólares norteamericanos encontrados en el piso sito en la calle L. de Hospitalet "procedían de un ignoto número de ventas anteriores de estupefaciente".

Sin embargo es lo cierto que el Fiscal, única parte acusadora, no solicitó se decretara el comiso que, en consecuencia, no fue debatido en el juicio oral con la consiguiente infracción del principio acusatorio, por lo que el Motivo Sexto del recurso debe ser estimado.

Sin perjuicio de que, como dice el Fiscal que lo apoya, el dinero intervenido quede afecto a la cumplimiento de responsabilidades civiles, y concretamente al pago de las multas que se imponen a sus poseedores.

Debiendo hacerse constar que esta exigencia acusatoria aparece reconocida, entre otras, en las sentencias 1736/2000, de 15 de noviembre EDJ 2000/52673 , 418/2001, de 12 de marzo EDJ 2001/7232 , y 1528 EDJ 2002/35922 , 1260 EDJ 2002/26521 y 1349 de 2002 EDJ 2002/31416 , de 20 de septiembre EDJ 2002/35922 , 1 de julio EDJ 2002/26521 y 19 de julio.

Recurso de Edgar.

UNDÉCIMO.- El Motivo Primero de este recurso, paralelo al antes examinado, se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , por vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 .

Respecto al procesado Edgar se dice en la sentencia de instancia EDJ 2002/15992 :

A.- Hechos Probados: Sobre las 5,30 horas del día 4 de diciembre de 1999 acudió la Comisión provista de la correspondiente autorización a realizar el registro del piso 5º puerta 2 de la casa núm.... de la calle L. de Hospitalet de Llobregat, donde "tras intentar infructuosamente abrir con las llaves de la vivienda ocupadas a Carlos H. Carmona debido a que se encontraba cerrada con cerrojo interior, se procede a derribar la puerta, encontrando en el interior a Adriana Patricia, en compañía de su hija Deisy Alexandra de ocho años, y al también procesado Edgar, mayor de edad y carente de antecedentes penales, quien de inmediato trata de refugiarse hacia el fondo de la vivienda, lugar en el que es reducido y detenido, hallándose en la habitación que éste ocupaba dos bolsas de viaje, una verde y otra negra, en las que junto a ropa diversa se ocultaban numerosos fajos de billetes haciendo un total de 44.235.000 pesetas y 214.602 dólares norteamericanos una vez abiertas ambas, una con el llavín que poseía dicho procesado, dinero procedente de ignoto número de ventas anteriores de estupefaciente".

B.- Fundamento de Derecho Tercero, párrafo ocho: "La vigilancia del dinero en el piso de la calle L. a cargo de Edgar se desprende también del conjunto probatorio. Demostrada su presencia en la vivienda, así como de objetos personales suyos en la habitación en que aparece en dos grandes bolsas entre ropas, la mayor parte del dinero (en poder suyo además el llavín de una de ellas), dormitorio que según se lee en el acta de entrada y registro el ya detenido Carlos Hernando identifica como el ocupado por aquél, el alegato de exculpación que ofrece resulta a todas luces inconsciente. Según refirió inicialmente en la causa el motivo de su presente en España obedecía a procurar unas ventas de piedras preciosas (esmeraldas concretamente), manifestación que matizaría a presencia judicial para señalar que realmente era para procurar el cobro de las mismas a ignotos clientes al parecer morosos y que el dinero en su poder procedía de tales cobros. Basta para advertir lo endeble y frágil de la declaración constatar que si de ventas ilícitas de tales minerales preciosos se tratase, cuando menos poseería la facturación original, el nombre o listado de clientes, los albaranes de entrega, etc.; e incluso si fuere venta clandestina, no se explicaría tampoco la inexistencia de un listado mínimamente clarificador de los cobros por lo menos hasta tal momento efectuado y quedaría sin respuesta satisfactoria la razón última de hallarse importante suma dineraria en moneda que no es de curso legal en España (dólares)".

Edgar manifestó en el Juzgado Instructor el día 7 de diciembre de 1999 (folio 369), asistido de Letrado, que los ochenta millones de pesetas ocupados son suyos; que trajo de Colombia unas esmeraldas, y se trata del dinero que le han pagado por ellas; que no recuerda a quién tenía que entregar ese dinero ni donde; que le llamarían a través de un teléfono móvil; que llevaba quince días en España; que los siete primeros los pasó en Madrid, en el "Hotel R." y los ocho últimos en la calle L.; que las esmeraldas las entregó al tercer día de estar en España en el apartamento; que el dinero lo recibió en un parque público de Barcelona; que tiene en Madrid un billete de Iberia para regresar a Colombia el día 17.

Declaración substancialmente mantenida en el juicio oral y corroborada por las de Carlos Hernando y Adriana Patricia, en lo que a ellas afecta.

Es pues un hecho plenamente acreditado que el día 4 de diciembre de 1999, horas después de que en el piso de la calle M., núm.... de la misma localidad se encontraban 24,632 kilogramos de cocaína, Edgar estaba instalado en el domicilio de Carlos Hernando, poseedor como ya se ha dicho de la indicada sustancia, teniendo bajo su guarda ochenta millones de pesetas en esta moneda y en dólares.

Piso de solo dos habitaciones, la del matrimonio y la de su hija de 8 años, en la que se había instalado Edgar con una cierta vocación de permanencia, a pesar de que su amistad con los titulares de la vivienda era poco más que superficial, derivada según sus manifestaciones de haber realizado Carlos algunos transportes para Edgar en Colombia.

Cantidad de dinero -80 millones de pesetas- insólita, atendidas las circunstancias económicas de quienes la tenían y el lugar que se encontraba, respecto a la que Edgar da una explicación que la Sección Décima de la Audiencia de Barcelona califica razonadamente de a todas luces inconsistente.

Siendo de notar que si bien es cierto que no recae sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia, el que una persona acusada como ahora ocurre de un delito muy grave no proporcione una versión coherente de los hechos, es un dato jurídicamente valorable (ver sentencia 1073/2002, de 5 de junio EDJ 2002/24318 ).

De todo ello deriva que la inferencia relativa a que Edgar era la persona encargada de recaudar, guardar o transportar el dinero obtenido con la venta de la droga, no es en modo alguno ilógica, por lo que debe ser respetada en esta vía de la casación.

Todo lo cual acredita que sí existe en las actuaciones actividad probatoria de la que se desprenden cargos contra Edgar, que al haber sido valorada razonablemente por el Tribunal de instancia, desvirtúa el derecho a la presunción de inocencia; lo que supone que el Motivo Primero de este recurso debe ser desestimado.

DUODÉCIMO.- También ahora, habiéndose renunciado a formular los Motivos anunciados como Segundo y Cuarto, y remitiéndose en el Tercero a lo argumentado en el Primero, procede analizar el Motivo Quinto en el que por el cauce del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la aplicación indebida de los artículos 368 y 369.3 del Código Penal EDL 1995/16398.

Ahora bien, de la actividad probatoria, hechos declarados probados y razonamientos jurídicos expuestos en el Fundamento de Derecho anterior resulta que el que el Tribunal de instancia considere a Edgar autor de un delito contra la salud pública como encargado -al menos- de la vigilancia del dinero procedente de ventas anteriores de sustancia estupefaciente, es totalmente razonable.

Dada la naturaleza de esta sustancia -cocaína- y la elevada suma de dinero encontrada -ochenta millones de pesetas-, lo que confirma la también importante cantidad de droga vendida, hay que concluir que los artículos 368, inciso primero, y 369, número 3, del Código Penal EDL 1995/16398, han sido debidamente aplicados, lo que supone la desestimación del Motivo Quinto del recurso.

Siendo de resaltar que el Ministerio Fiscal ya afirmaba en su escrito de conclusiones provisionales que el dinero ocupado en el piso de la calle L. era "todo el producto de ventas anteriores de sustancias estupefacientes", lo que ha permitido debatir la cuestión resuelta por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona al declarar en el párrafo cinco del Hecho Probado que el dinero que se

ocultaba en las bolsas de viaje encontradas en la habitación, que usaba el acusado en la calle L. de Hospitalet era "dinero procedente de ignoto número de ventas anteriores de estupefaciente".

DECIMOTERCERO.- El Motivo Sexto es idéntico en su formulación y argumentación al Motivo Sexto del recurso de Carlos Hernando; denunciándose en ambos la aplicación indebida del artículo 374 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Por ello para su estimación nos remitimos también íntegramente a lo expuesto en el Fundamento Jurídico Décimo de esta sentencia. Recurso de Adriana Patricia.

DECIMOCUARTO.- Primero.- En un encuadre idéntico al de los dos recursos anteriormente analizados, en el Motivo Primero de éste, por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , se aduce inaplicación del principio de presunción de inocencia, con la consiguiente violación del artículo 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 .

Alega el recurrente que a pesar del largo espacio de tiempo que transcurre desde la detención de su esposo Carlos Hernando -18 horas del día 3- hasta la entrada en el piso de la calle L. -5,30 horas del día 4-, Adriana no realiza acto alguno encaminado a la ocultación de los efectos que considerara perjudiciales para ellos; lo que acredita desconocía la conducta ilícita de su marido. Añadiendo que su actividad se iguala como mucho a la desarrollada por la también procesada Katherine, absuelta por la Sala a quo por entender que la mera convivencia con el autor de un hecho delictivo "no resulta por sí sola inequívocamente inculpatoria".

Segundo.- En la parte final de los hechos probados de la sentencia de instancia EDJ 2002/15992 se afirma que, con ocasión del registro efectuado en el piso de la calle L. de Hospitalet, se halló en el dormitorio del matrimonio "el bolso de la procesada Adriana Patricia que contenía, entre enseres personales, un cuaderno pequeño con anotaciones de cantidades, fechas y nombres, así como hojas sueltas con iguales apuntes y un fax con notas de igual índole; en el armario consulta sobre trayectos marítimos trasatlánticos y el pasaporte de la indicada menor y bajo el colchón de la cama de matrimonio un sobre de color sepia con 990.000 pesetas y 5.250 dólares norteamericanos, así como otro de 50 \$ en el que se expresaba la segunda de dichas cantidades y la inscripción "F".

Argumentándose en el párrafo décimo del Fundamento Jurídico Tercero de la misma EDJ 2002/15992 :

- Que la mera convivencia con su cónyuge Carlos Hernando no aboca necesariamente a afirmar su participación en los hechos de autos.

- Que dicha participación se sustenta:

- En el constante trasiego testificalmente acreditado entre los pisos de la calle M. -donde se encontró la droga- y la calle L. -donde se halló el dinero-.

- De forma aún más concluyente, del hallazgo en su dormitorio, y concretamente en su bolso, de documentos en los que se expresan fechas, cantidades y personas de las que no ha ofrecido en ningún momento explicación alguna.

- Del elevado coste de los pedidos solapados en géneros que nada tienen que ver con la que declara como ocupación laboral, manifiestamente incompatibles con la práctica ausencia de ingresos propios y con la inexistencia de bienes a su nombre que, igual que ocurre con los otros procesados, deriva de las comunicaciones obrantes a los folios 597 y siguientes, remitidos por la Agencia Tributaria.

Tercero.- Las anteriores afirmaciones parecen confirmadas por las manifestaciones en el juicio oral de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía ya citados, especialmente de los números...573 y....894 en lo que al trasiego existente entre los pisos de las calles M. y L.

En cuanto a los efectos encontrados en el dormitorio del matrimonio Carlos Hernando y Adriana Patricia, los mismos se consignan bajo la fe del Secretario Judicial y la firma de los policías intervinientes en el Acta correspondiente (ver folios 279 a 283). Refiriéndose a este registro en el acto de la vista el policía con carnet profesional número...585.

En consecuencia, también respecto a Adriana Patricia existe actividad probatoria de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que el Motivo Primero de este recurso debe ser igualmente desestimado.

Sin que, al igual que sucede en los dos recursos antes examinados, se aprecie infracción alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, respecto a la que no se hace argumentación distinta a la ya analizada.

DECIMOQUINTO.- En el Motivo Quinto, único de los restantes efectivamente formulado, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , se denuncia la aplicación indebida de los artículos 368 y 369.3 del Código Penal EDL 1995/16398, por cuanto "en la sentencia recurrida EDJ 2002/15992 se acuerda la libre absolución de la procesada Katherine, persona que convivía con el otro condenado Gustavo Aquiles, en el piso sito en la calle M., núm.... donde se intervino la sustancia estupefaciente y los útiles, según consta en autos, argumentando que la mera convivencia con el autor de un ilícito, en el presente caso delito contra la salud pública, no implica una conducta de coautoría, y a los efectos cita sentencias dictadas por la Sala a la que tengo el honor de dirigirme".

Ciertamente se ha dicho por esta Sala en numerosas ocasiones que la mera convivencia en común no permite por sí sola afirmar la culpabilidad de una persona que niega conocer la actividad del otro, siendo necesario que de las circunstancias concurrentes resulten otros datos que justifiquen racionalmente tal conclusión.

En este caso la importancia de las operaciones de posesión y tráfico a las que se dedicaba Carlos Hernando, y el lugar y régimen de vida del matrimonio, hacen difícil imaginar que la esposa pudiera desconocer la actividad delictiva del marido.

En todo caso en el Fundamento Jurídico anterior, con referencia a la sentencia de instancia EDJ 2002/15992 , se han enumerado datos concretos que permiten lógicamente inferir que Adriana participaba en dichas operaciones, como es el ir de uno a otro piso, y el tener en su dormitorio e incluso en su bolso, el dinero y los documentos a los que se refiere el Acta de registro del piso de la calle L. y la sentencia de instancia.

Lo que, como se ha dicho al analizar recursos anteriores, implica la correcta aplicación a Adriana Patricia de los artículos 368, inciso primero, y 369, número tres del Código Penal EDL 1995/16398.

Razones por las que el Motivo Quinto de este recurso es desestimado.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la procesada Adriana Patricia, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, con fecha veintinueve de enero de dos mil dos EDJ 2002/15992, en causa seguida a la misma y otros, por delito contra la salud pública. Condenamos a dicha procesada al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Y, que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial de los Motivos Cuarto y Quinto y total del Motivo Sexto del recurso del procesado Jaime Eduardo, y por estimación del Motivo Sexto de los recursos de los procesados Carlos Hernando y Edgar, a los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de los procesados Edgar, Carlos Hernando y Jaime Eduardo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, con fecha veintinueve de enero de dos mil dos EDJ 2002/15992, en causa seguida a los mismos y otros, por delito contra la salud pública, y en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y declaramos de oficio las costas causadas por estos recurrentes.

Notifíquese por medio de Fax la presente sentencia al Tribunal del que procede la causa a los efectos legalmente procedentes.

Comuníquese ésta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día se remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Martín Pallín.- Joaquín Giménez García.- Juan Saavedra Ruiz.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Enrique Abad Fernández.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil tres.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción 6 de los de Vilanova i La Geltrú, con el número 1 de 2000, y seguida ante a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, por delito contra la salud pública, contra los acusados Gustavo Aquiles, Katherine, Edgar, Carlos Hernando, Adriana Patricia, Jaime Eduardo y Hernando, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha veintinueve de enero de dos mil dos, que ha sido casada y anulada EDJ 2002/15992 por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández, hace constar lo siguiente:

### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se reproducen los de la sentencia de instancia EDJ 2002/15992 y los de la de casación, introduciéndose en el relato de Hechos Probados las precisiones siguientes.

Hecho Primero, párrafo primero: El procesado Hernando... tras haber mantenido distintos encuentros con el procesado Carlos Hernando (conocido como el "F."), a quién a veces acompañaba su hermano también procesado Jaime Eduardo,...

Hecho Segundo, párrafo segundo: El procesado Carlos Hernando, junto con la procesada Adriana Patricia,... se había provisto en régimen de alquiler de un primer piso en la puerta 3ª del ático de la calle M. de la población de L'Hospitalet de Llobregat,... Piso al que a veces el procesado Jaime Eduardo llevaba en el R 19 B-...-NK a su hermano y a su cuñada.

Hecho Segundo, párrafo cuarto: Los expresados Carlos Hernando y Adriana Patricia utilizaban también, por igual título de alquiler que el anterior, otro piso situados en la puerta 2ª del piso 5º del núm.... de la calle L. de L'Hospitalet, al que también acudía el procesado Jaime Eduardo.

Reproduciéndose el resto de la narración fáctica contenida en la sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero de 2002 EDJ 2002/15992, descriptiva de la conducta de los restantes procesados.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen los de la sentencia de casación y también los de la de instancia EDJ 2002/15992 en cuanto no se opongan a aquellos.

SEGUNDO.- Como se ha dicho en la sentencia de casación, existe en las actuaciones actividad probatoria de cargo que vincula al procesado Jaime Eduardo con el delito de posesión y tráfico de drogas tipificado en los artículos 368, inciso primero, y 369, número tercero, del Código Penal EDL 1995/16398.

Actividad consistente en llevar en su vehículo y acompañar en ocasiones a su hermano Carlos Hernando a las entrevistas que éste mantuvo con Hernando, al que se le ocuparon dos kilogramos de cocaína, al piso de la calle M., donde se intervinieron 24,632 kilogramos de la indicada sustancia, y al piso de la calle L., ambos de Hospitalet, donde se encontraron en una habitación aproximadamente ochenta millones en pesetas y dólares, y en otra, bajo el colchón de la cama de matrimonio, 990.000 pesetas y 5.250 dólares.

Conducta que realizaba con pleno conocimiento de las actividades ilícitas de su hermano, como racionalmente se infiere tanto del tiempo de duración y frecuencia de esas relaciones, como de las personas y pisos a los que llevaba a Carlos Hernando.

Ahora bien, como se ha razonado en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia de casación, no se ha acreditado que la conducta de Jaime Eduardo fuera de especial relevancia, limitándose a llevar en su coche y acompañar a su hermano en los desplazamientos ya dichos. Conducta favorecedora de quién sí se dedica al tráfico y posesión con destino al mismo de sustancias estupefacientes, calificable de complicidad.

TERCERO.- El delito descrito en los artículos 368, inciso primero, y 369, número tres, del Código Penal EDL 1995/16398, está sancionado con las penas de nueve años a trece años y seis meses de prisión, y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito.

Al ser la responsabilidad criminal de Jaime Eduardo en concepto de cómplice, dichas penas deben rebajarse en un grado -artículo 63 del Código Penal EDL 1995/16398 -, siendo la extensión de la pena de prisión de cuatro años y seis meses a nueve años.

Teniendo en cuenta la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, valorando lo que respecto a la importancia de los hechos y a la personalidad del acusado ya se ha dicho, se individualizan las penas en cinco años de prisión -incluida en la mitad inferior de la pena legalmente procedente, aunque no sea su mínimo- y multa de sesenta millones de pesetas, equivalente a trescientos sesenta mil seiscientos siete euros.

CUARTO.- De acuerdo con lo argumentado en los Fundamentos de Derecho Sexto, Décimo y Decimotercero de la sentencia de casación, procede dejar sin efecto el comiso de los automóviles matrículas B-...-NK y M-...-JL y del dinero ocupado que, sin embargo, quedarán retenidos para garantizar el cumplimiento de las responsabilidades civiles de los respectivos acusados, de gran importancia en lo que a las multas se refiere.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Se condena al procesado Jaime Eduardo, como cómplice de un delito contra la salud pública ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cinco años de prisión y multa de sesenta millones de pesetas (trescientos sesenta mil seiscientos siete euros), penas que sustituyen a las de diez años de prisión y multa de cuatrocientos millones de pesetas, impuestas en la sentencia de instancia EDJ 2002/15992 .

Se mantienen las condenas de Carlos Hernando y Edgar, como autores de un delito contra la salud pública ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de diez años de prisión y multa de cuatrocientos millones de pesetas, o su equivalente en euros.

Se mantiene la condena de Adriana Patricia, como autora de un delito contra la salud pública ya definido, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de nueve años y un día de prisión y multa de trescientos millones de pesetas, o su equivalente en euros.

Se mantienen las condenas de los procesados no recurrentes Hernando y Gustavo Aquiles en los mismos términos acordados por la Audiencia, doce años de prisión y multa de ocho millones de pesetas, y nueve años de prisión y multa de trescientos millones de pesetas, respectivamente.

Se deja sin efecto el comiso del dinero ocupado y de los vehículos Ford Sierra M-...-JL y Renault 19 B-...-NK, que quedarán afectos al cumplimiento de las responsabilidades civiles de los respectivos procesados.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos relativos a las sustancias intervenidas y otros.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Martín Pallín.- Joaquín Giménez García.- Juan Saavedra Ruiz.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Enrique Abad Fernández.

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