

Resumen

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, condenando al procesado por un delito contra la salud pública, por tráfico de sustancia que no causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, previsto y penado en los arts. 344 bis a) 3º y 344 bis b), ya que la operación fue de 4.000 kilos de hachís, en cuyo trasiego ha tenido que intervenir una organización que preparase en Marruecos las 4 toneladas, que financia la operación y se encarga de cargar los fardos con la droga, por lo que se trata de un tráfico internacional de droga realizado en un barco dedicado exclusivamente a su transporte desde su punto de partida como de destino. Por otra parte, también declara que procede decretar el comiso del barco, medida que solo será eficaz en caso de reflotamiento del barco que se ha hundido. En cuanto al recurso del acusado, el Ts lo desestima confirmando la calificación de autoría de todos los tripulantes del barco, ya que todos llevaron a cabo la misma acción necesaria de posibilitar con su pericia profesional la navegación y el transporte, no actuando como simples instrumentos intercambiables sino como personas concretas que accedieron voluntariamente a la consecución de un objetivo económico con el desarrollo de una actividad ilícita.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 8/1992 de 23 diciembre 1992. Modifica CP y LECr. en materia de Tráfico de Drogas
art.48
D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971
art.344.bis.b

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO 2
FUNDAMENTOS DE DERECHO 3
FALLO 5
SEGUNDA SENTENCIA 6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA
 - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES
 - Modalidades agravadas
 - Cantidad de notoria importancia
 - Derivados del Cannabis. Hachís, marihuana y THC
 - Jefes, administradores, o encargados de organización
 - Partícipes
 - Autor
 - Supuestos diversos
 - Cooperador
 - Penalidad
 - Comiso

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación
Legislación

Aplica art.48 de LO 8/1992 de 23 diciembre 1992. Modifica CP y LECr. en materia de Tráfico de Drogas
Aplica art.344.bi.b de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971
Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita LO 8/1992 de 23 diciembre 1992. Modifica CP y LECr. en materia de Tráfico de Drogas
Cita art.1, art.849.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 23 diciembre 2003 (J2003/252364)
Citada en el mismo sentido por SAP Huelva de 20 septiembre 2004 (J2004/240593)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Modalidades agravadas - Conductas de extrema gravedad por STS Sala 2ª de 10 mayo 2004 (J2004/259906)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Modalidades agravadas - Cantidad de notoria importancia - Derivados del Cannabis. Hachís, marihuana y THC por SAP Málaga de 15 marzo 2005 (J2005/73647)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 2 mayo 2006 (J2006/65278)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 31 octubre 2007 (J2007/194934)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 29 junio 2007 (J2007/223744)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 25 abril 2007 (J2007/40222)

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 Ciudad Real de 22 mayo 2008 (J2008/179468)

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 Las Palmas de 22 abril 2009 (J2009/117088)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 13 abril 2009 (J2009/379022)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 18 octubre 2011 (J2011/251412)

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 treinta de Mayo de mil novecientos noventa y siete.

En los recursos de casación por Infracción de Ley interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación de Ramón, contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que le condenó 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 del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel, siendo partes recurridas José, representado por el Procurador Sr. Ayuso Morales, y Juan Francisco y Rodolfo representados por la Procuradora Sra. Prieto González, y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Rojas Santos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado Central Uno, instruyó sumario núm. 28/93 contra Ramón, José, Juan Francisco y Rodolfo, por Delito Contra la Salud Pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, que con fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y cinco dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"José, patrón y armador del barco "C.", casado y con dos hijos, de alta en actividades económicas como trabajador del mar, por las que compensó el IVA en las declaraciones de los ejercicios 1989 a 1993 haciendo declaración por el IRPF, igualmente negativa, y sin más patrimonio conocido que una embarcación para pescar, en precarias condiciones para la navegación, enfermo por insuficiencia renal avanzada secundaria a nefropatía diabética con retinopatía diabética muy evolucionada e incapacitante. En tratamiento insulínico desde el año 1992 y con diálisis peritoneal continua ambulatoria desde enero de 1993. En estas circunstancias personales, en fecha indeterminada de 1993, recibió la propuesta de persona no identificada de trasladar en su barca una importante cantidad de hachís, desde las costas marroquíes a un punto en aguas internacionales próximas a las costas de España o Portugal, donde sería recogidas por otro barco del promotor.- Movido por el interés de mejorar su situación económica agravada por la imposibilidad de desempeñar de forma habitual un trabajo que permitiera afrontar, entre las demás cargas de la vida cotidiana la deuda contraída con la seguridad social por cuotas obligatorias al Instituto Social de la Marina, aceptó llevar a cabo el viaje propuesto y el transporte de la mercancía prohibida, a cuyo fin contrató como tripulante a Juan Francisco, marinero que ya había pertenecido a la tripulación del barco, Ramón y Rodolfo, explicándoles la finalidad del viaje, ofreciéndoles en pago entre ochocientos mil y un millón de pesetas por su participación en el transporte de hachís proyectado, desconociendo los procesados la cantidad exacta de mercancía que habría de portar, pero accediendo todos ellos a llevar a cabo la operación.- El referido barco con todos los procesados a bordo, partió del Puerto de Santa Eugenia de Ribeira (La Coruña), el viernes día 4 de junio de 1993, dirigiéndose a un lugar del mar situado a unas tres millas de Larache (Marruecos), donde se acercaron dos embarcaciones tripuladas por varias personas no identificadas de nacionalidad marroquí, que transbordaron 124 paquetes o fardos con un peso total aproximado de 4.000 kg. de la sustancia estupefaciente denominada hachís (concretamente 4.180 kg. de peso bruto, y 4.005 kg. sin pesar los envoltorios).- El Servicio Central de Estupefacientes tenía conocimiento de la actividad que realizaba el barco "C.", por lo que con el auxilio del Servicio de Vigilancia Aduanera y con la utilización de diversos medios técnicos, en particular el empleo de un helicóptero, se detectó el citado barco en su viaje de regreso, cuando todavía se encontraba en aguas internacionales, concretamente en la posición núm....30, encargándose la embarcación patrullera de dicho servicio sobre las 0'30 horas del día 12 de junio

de 1993 de interceptar y proceder al abordaje del citado barco, interviniéndose a bordo del mismo la sustancia estupefaciente indicada.- En la fecha de los hechos el valor del kilogramo de hachís en el mercado ilícito era de 240.000 pesetas.- Tras su detención el procesado José hubo de ser conducido en ambulancia e ingresado en el Hospital Meixoeiro de Vigo, por padecer un proceso infeccioso del que antes de iniciar el viaje, había sido atendido en el Hospital Xeral de Galicia, habiendo permanecido desde el 18-6-93 hasta ser puesto en libertad, en el Hospital General penitenciario de Madrid.- Atracado el barco en la dársena del puerto de Vigo, se hundió al día siguiente de forma espontánea dado su mal estado de mantenimiento por lo que se ha estimado fuera una vía de agua en el casco" (sic).

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

Que debemos condenar y condenamos a José, Juan Francisco, Ramón y Rodolfo, como autores de un delito contra la salud pública, por tráfico de sustancia que no causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, a las penas de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DIA de prisión menor y multa de QUINIENTAS MIL PESETAS (500.000 pts.), accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho a sufragio durante el tiempo de condena y pago de las costas en iguales partes.- Continúese la tramitación de la Pieza de responsabilidad civil.- Al notificarse esta sentencia, hágase saber a los notificados, los recursos procedentes contra la misma" (sic).

Con fecha 13 de noviembre de 1995 la mencionada Sala de la Audiencia Nacional dictó Auto de Aclaración con la siguiente parte dispositiva: ACORDAMOS:

"Que en el Fallo de la sentencia dictada en este rollo de Sala con fecha 31-10-95, donde dice "QUINIENTAS MIL PESETAS (500.000 PTAS.), debe decir "CINCUENTA MILLONES UNA PESETAS" (50.000.001 ptas.)" (sic).

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparan recursos de casación por el Ministerio Fiscal y por la representación de Ramón, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y la representación del recurrente, formalizaron los recursos, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , por inaplicación del art. 344 bis b) del C.P.

SEGUNDO.- Se interpone con carácter subsidiario, para el caso de que no fuera estimado el Motivo anterior, por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , por inaplicación del art. 91 del C.P. EDL 1995/16398

TERCERO.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , por inaplicación de los arts. 27, 48 y 344 bis e) del C.P.

RECURSO DE Ramón

UNICO.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , por aplicación inadecuada de los arts. 14 y 34 del C.Penal EDL 1995/16398 y inaplicación del art. 16 del C.Penal EDL 1995/16398 en relación con los principios constitucionales de presunción de inocencia y de legalidad.

Quinto.- Instruidas todas las partes personadas de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Dado traslado al Ministerio Fiscal a los efectos previstos en la disposición transitoria 9ª de la L.O. 10/95, de 23 de noviembre EDL 1995/16398 , el mismo evacuó el trámite conferido, en escrito de fecha 9 de julio de 1996 obrante en al Rollo de Sala.

Séptimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de mayo de 1997.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO.- El primer Motivo se encauza a través del art. 849-1º de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , para denunciar inaplicación del art. 344 bis b) del C.Penal EDL 1995/16398 .

El Ministerio Público, antes de desarrollar sus alegatos reseña los siguientes extremos fácticos:

1.- Que los procesados han sido condenados por haber trasladado desde las proximidades de Larache (Marruecos), con destino a España, 4.005 kilogramos de hachís empaquetados en 124 fardos con un peso bruto de 4.180 kg. y con un valor en el mercado ilícito de 240.000 ptas. por kilogramo.

2.- Que el transporte se realizó en el barco "C.", del que era patrón y armador el procesado José, y tripulantes los también procesados Juan Francisco, Ramón y Rodolfo, que percibieron entre ochocientos mil y un millón de pesetas por su participación en los hechos.

A partir de tal soporte se referencian diversas resoluciones de esta Sala definitivas de los criterios computables para justificar la aplicación del tipo agravado que se cuestiona.

Tal planteamiento responde a la negativa de la Sala de instancia a activar las previsiones del precepto cuya vulneración se censura. Su justificación está reflejada en el apartado b) del fundamento jurídico quinto de la combatida en términos de una forzada interpretación restrictiva de los criterios impuestos jurisprudencialmente a la hora de determinar el alcance operativo de la expresión "extrema gravedad" por cuanto, con la aislada cita de una sentencia de 1-5-95, reconduce la plural y variada concurrencia de posibles circunstancias

determinantes de la aplicación del subtipo agravado a la de pertenencia a una organización y al papel desempeñado por los acusados en el seno de aquélla.

Es cierto que la benevolencia de la Audiencia Nacional en el momento de evaluar penológicamente la gravedad de las conductas enjuiciadas aparece como expresión ponderada de una serie de circunstancias personales concurrentes en algunos de los acusados y, especialmente, en la del patrón y armador del buque utilizado en el transporte de la droga, más si ello es comprensible y se justifica desde una perspectiva pietista, en modo alguno se acomoda a criterios de proporcionalidad ni a postulados de estricto carácter jurídico cuya exclusión -no la intensidad de su concreta activación- carece de justificación en el supuesto sometido a nuestra consideración en trance casacional. La doctrina de la Sala sobre tan polémica expresión legal ha ido encajando sus iniciales discrepancias, decantándose hacia posiciones de equilibrio en la fijación de tal concepto indeterminado a fin de garantizar el juego de principios como el de Seguridad Jurídica y Legalidad en términos de aceptable convivencia. Para ello ha establecido unos genéricos elementos concurrentes destinados, por una lado, a servir de pauta jurisdiccional aplicativa desde los que contemplar las diversas circunstancias concurrentes en cada caso y, de otro, a eliminar posiciones dogmáticas excluyentes o criterios reduccionistas extremos.

De ello son expresión, tanto el acuerdo del Pleno de la Sala de 27-4-95, como las Sentencias de 19-6 y 11-12-95 y 29-1-96, cuyo contenido permite fijar las siguientes precisiones:

a) No es suficiente por sí solo el dato de la cantidad (S.S.TS. de 17 de julio de 1993, 21 de abril de 1994, 1.889/1994, de 31 de octubre); aunque sí sea un primer y necesario punto de partida en aquellos casos en que, como señala la reciente S.T.S. 358/1995, de 14 de marzo, las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho superen lo que, según la experiencia, permita deducir un especial merecimiento de pena superior a la imponible por la simple aplicación de la "notoria importancia".

En este sentido será preciso comparar el umbral fijado como mínimo por la jurisprudencia para la droga de que se trate y la ocupada en el caso concreto. De existir una enorme desproporción entre ambos términos será de aplicar, sin incurrir en vulneración del "non bis in idem", la segunda agravación específica.

b) No cabe distinguir a estos efectos entre drogas "duras" y las que no afectan gravemente a la salud, aunque naturalmente las cifras diverjan según la naturaleza de cada sustancia.

c) Otro criterio puede ser, como señala la citada S.T.S. 791/1995, el uso de elementos especialmente preparados para este tráfico ilícito, en cuanto muestren una especial destreza para la ocultación.

Por tanto, si en el caso que ahora se analiza, la operación se refiere a 4.005 kilogramos de hachís, en cuyo trasiego ha tenido que intervenir una organización que prepara en Marruecos esas 4 toneladas de dicha sustancia, financia la operación y se encarga de aproximarse al buque con dos embarcaciones tripuladas por varias personas que transbordan los 124 fardos precitados, y se trata de un tráfico internacional de droga realizado en un barco dedicado exclusivamente a su transporte tanto desde su punto de partida como de destino, no puede ofrecer duda la calificación de correcta que merece la pretensión acusatoria del Ministerio Público, pues la misma se ajusta a los parámetros jurisprudenciales mencionados, si bien aún cuando el efecto penológico que tal determinación estimatoria comporta no supere los mínimos punitivos previstos tal como el propio Ministerio Fiscal solicita en su Recurso.

SEGUNDO.- La expresa subsidiariedad que le es asignada al segundo Motivo respecto al que le precede y a cuya virtud sólo sería operativa la denuncia de infracción, por inaplicación, del art. 91 del C.Penal EDL 1995/16398 que se ampara también en el art. 849-1º de la L.E.Cr. EDL 1882/1, en el caso de ser aquél desestimado, nos releva de formular consideraciones sobre tal cuestión en tanto que, a la vista del resultado sancionador deducido de la alternativa estimatoria del primero de los Motivos, entraría en juego la previsión establecida en el párrafo tercero del citado art. 91 del Texto Legal mencionado.

TERCERO.- El último de los Motivos se reconduce por la vía del art. 849-1º de la L.E.Cr. EDL 1882/1 para denunciar infracción por inaplicación de los arts. 27, 48 y 344 bis e) del C.Penal EDL 1995/16398.

El Fiscal alega que en su escrito de conclusiones, solicitó expresamente que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 27, 48 y 344 bis e) C.P., se decretara el Comiso del barco "C." y que no obstante declararse en Sentencia que el procesado José era "patrón y armador del barco C." y que, encontrándose el buque a unas tres millas de Larache (Marruecos) se, introdujeron en el mismo 4'005 kilogramos de hachís, con el fin de transportarlo a España o Portugal, de lo que claramente se desprende que la mencionada embarcación constituye el instrumento con el que se ha cometido el delito, la Sala no acuerda el comiso del buque para su adjudicación al Estado.

De acuerdo con la doctrina de esta Sala (Sentencias de 6-4-95, 18-7 y 17-12-96) el comiso es una pena accesoria que consiste en la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción, íntimamente unida no a la ejecución del delito sino al resultado punitivo. Pese a los términos del artículo 27 del Código, no es una pena imperativa por cuanto que cabe no decretarla cuando pertenezcan los efectos o los instrumentos a un tercero o cuando, siendo de lícito comercio, no guarde proporción su valor con la naturaleza y gravedad de la infracción penal.

El comiso se encuentra establecido en el Código Penal EDL 1995/16398 desde 1827, con la excepción del de 1928, pero precisamente por su especial naturaleza, ha de ser sometido a debate por la acusación en cada supuesto de caso concreto y solamente puede ser impuesto en sentencia para cumplir con la garantía jurisdiccional inherente al principio de legalidad: "no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme" (art. 80 del Código Penal EDL 1995/16398), y "no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles... sino en virtud de sentencia dictada por el Juez competente" (art. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1); en este sentido, la sentencia de 7 de noviembre de 1991 afirmaba que no es posible construir una condena de manera implícita o indirecta, y si el Tribunal omite este pronunciamiento, no ha lugar a mantenerlo sobre la base de una especie de presunción o hacerlo para aclarar el fallo de la sentencia.

La redacción del art. 48 según la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre EDL 1992/17841 , responde a la idea de agotar las posibilidades que tiendan a evitar la expansión de los efectos del narcotráfico en general. El texto legal comprende así distintas consecuencias todas ellas propiciatorias del comiso, naturalmente que teniendo en cuenta la importancia del delito y los efectos incautados en función de la debida proporcionalidad.

A partir de tales parámetros, y aún cuando -como se refleja en el "factum"- la mencionada embarcación se hundió de manera espontánea dado su mal estado de mantenimiento cuando se encontraba atracada en la dársena del puerto de Vigo al día siguiente de su apresamiento, debe acordarse el comiso solicitado por la acusación pública, medida que será verdaderamente eficaz, como es lógico sólo en el caso de reflotamiento del buque.

En definitiva, pues el Motivo se estima.

RECURSO DE Ramón

CUARTO.- Un único Motivo, amparado en al art. 849-1º de la L.E.Cr. EDL 1882/1 , conforma el recurso del condenado -con otros acusados- como autor de un Delito Contra la Salud Pública por tráfico de sustancia que no causa grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia a la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de Prisión Menor y Multa de 50.000.000 ptas. para denunciar infracción por aplicación indebida de los arts. 14 y 344, así como inaplicación del art. 16, todos ellos del C.Penal EDL 1995/16398 "en relación con los Principios Constitucionales de Presunción de Inocencia y de Legalidad".

El alegato esencial del Motivo cuestiona el grado de participación asignado al recurrente a través de un planteamiento cuyo inciso final admitiría subsidiariamente el título de cómplice y desde una opción dubitativa que justifica la invocación de los Principios constitucionales aludidos junto al "in dubio pro reo"; este último, sin otro significado que el de puro complemento formal de unos argumentos que, descartando el "pactum scaeleris" y la posesión y tenencia de la droga y, en definitiva, el dominio funcional del hecho, se adereza con citas jurisprudenciales "ad hoc".

No dejaría de tener razón quién recurre de ser otra la narración de los hechos, más, ajustándose al "factum" inalterado de la combatida cuyo respeto integral es debido, carece de posibilidades de éxito la pretensión deducida para mutar el título de imputación delictiva.

La entidad de la cooperación prestada por el condenado permite considerarla como necesaria en idénticos términos en que aparece concretada en la resolución de instancia, la cual, dando adecuada respuesta al debate suscitado por las defensas de otros acusados para atribuir a los marineros intervinientes en la operación de transporte de 4'005 kg. de hachís un papel meramente secundario que no rebasaría los límites de la complicidad sin quitar protagonismo al armador del buque en la iniciativa del viaje, constata como extremo acreditado que previamente a la iniciación del mismo, aquel puso en conocimiento de las personas que habían de acompañarle la misma propuesta, para que, realizando todos juntos la actividad material y laboral necesaria, consiguieran un beneficio económico idéntico. En el orden de la ejecución del delito todos los procesados llevaron a cabo la misma acción necesaria de posibilitar con su pericia profesional la navegación y el transporte, no actuando como simples instrumentos intercambiables sino como personas concretas que accedieron voluntariamente a la consecución de un objetivo económico con el desarrollo de una actividad ilícita.

Por tanto si, como señala el Ministerio Fiscal, todos los integrantes de la tripulación hubieron de aportar la precisa actividad profesional para que pudiera llevarse a cabo el transporte, de modo que, aunque el patrón y armador aportara un bien, como es el barco, por sí solo no se habría podido efectuar el transporte al ser imprescindible contar con una tripulación cuya necesaria actuación y el considerarse como de difícil obtención se evidencia con la importante cantidad ofrecida, habrá de concluirse en que fue compartido por todos el dominio del hecho en los términos en que tal tecnicismo es entendido por la doctrina de esta Sala (Sentencia de 18-9-95, por todas).

Es asimismo una constante jurisprudencial (S.S. 18-9 y 24-6-96, entre otras) la dificultad de estimar la figura de la "complicidad" en delitos de tráfico de drogas por la amplitud de los términos en que está redactado el artículo 344 del Código Penal EDL 1995/16398 y sólo se ha aplicado en casos de colaboración mínima de "favorecimiento al favorecedor" del tráfico, tales como la mera indicación y el acompañamiento hasta el lugar donde se vendía la droga (Cfr. S. de 9 de Julio de 1.987) o la ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de ésta (Cfr. S. de 30 de Mayo de 1.991), pero no cuando existe un "previo acuerdo" para delinquir, que convierte en "autores" a todos los concertado para la actividad de tráfico, cualquiera que sea su "rol" concreto, siempre que su colaboración contribuya, como establece el citado precepto a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, o estupefacientes o sustancias psicotrópicas (Cfr. SS., entre otras muchas, de 15 de Julio, 8 y 11 de Noviembre y 3 de Diciembre de 1.994 y 16 y 24 de Junio de 1.995).

La actividad desarrollada por el recurrente en la ocasión de autos consistió en tripular el barco que en un largo viaje transportaba 124 fardos con 4'005 kg. de hachís y ello en aras de obtener una remuneración prometida por el armador, coacusado no recurrente, de donde, por una parte, se infiere el "concerto previo" y, de otra, la realización de un acto de "cooperación necesaria" para así facilitar la navegación del buque en que el impugnante iba como miembro de la tripulación, pues indudablemente el patrón no habría podido pilotar y manejar personalmente el barco, ni trasegar tal cantidad de droga. De ahí que sea imposible aplicar a este supuesto de acuerdo previo, cooperación necesaria y actos de tal autoría, la figura de la "complicidad" del artículo 16 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Por todo ello el Motivo, se desestima.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por Infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 31 de octubre de 1995 por la Sección Primera de la Sala de lo

Penal de la Audiencia Nacional, en la causa seguida contra Ramón, José, Juan Francisco y Rodolfo, por Delito Contra la Salud Pública, casando y anulando dicha resolución y declarando de oficio las costas ocasionadas en dicho recurso.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por Infracción de Ley interpuesto por la representación del condenado Ramón, contra la meritada resolución de la Audiencia Nacional, condenándole al pago de las costas ocasionadas en dicho recurso.

Todo ello sin perjuicio de que por el Tribunal que conozca de la ejecutoria se lleve a efecto la revisión de la sentencia de instancia, si ello fuere procedente.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Móner Muñoz.- Roberto García-Calvo y Montiel.- Manuel Areal Alvarez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Mayo de mil novecientos noventa y siete.

El Sumario núm. 28/93 procedente del Juzgado Central núm. 1, y seguido ante la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por Delito Contra la Salud Pública, contra Ramón, nacido el 13-12-71, provisto de D.N.I. núm....2, hijo de Manuel y Purificación, sin antecedentes penales, privado provisionalmente de libertad desde el 13-6-93, fecha en que fue detenido hasta el 28-4-94 en que se ordenó la libertad bajo fianza. De solvencia desconocida; José, nacido el 1-3-44, con D.N.I. núm....5, hijo de Juan y Rosa, sin antecedentes penales, privado provisionalmente de libertad desde su detención el 13-6-93, hasta el 23-8-94 que se ordenó su libertad provisional bajo fianza, con solvencia imprecisada; Juan Francisco, nacido el 26-3-50, con D.N.I....6, hijo de Francisco y Carmen, sin antecedentes penales, privado provisionalmente de libertad desde su detención el 13-6-93, hasta el 16-9-94 que se ordenó su libertad provisional bajo fianza, de solvencia desconocida; y Rodolfo, nacido el 22-5-71, provisto de D.N.I....7, hijo de Ramón y Carmen, sin antecedentes penales valorables, habiendo sido condenado a la pena de un mes y un día de arresto mayor por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de la Coruña por delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, condena que fue suspendida condicionalmente con efectos del día 31-1-92. Ha estado privado provisionalmente de libertad desde su detención el 13-6-93, hasta el 12-11-94 que se ordenó su libertad provisional bajo fianza, de solvencia no determinada; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 31 de octubre de 1995, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por Excmos. Sres. arriba expresados y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia y los demás contenidos en la resolución anteriormente dictada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia que a ésta precede.

PARTE DISPOSITIVA

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos a José, Juan Francisco, Ramón y Rodolfo, como autores de un delito contra la salud pública, por tráfico de sustancia que no causa grave daño y en cantidad de notoria importancia, previsto y penado en los arts. 344, 344 bis a) 3º y 344 bis b), a las penas de SEIS AÑOS Y UN DIA de Prisión Mayor. Se decreta el comiso del buque "C.", caso de su reflotamiento.

Manteniéndose y dando por reproducidos los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Móner Muñoz.- Roberto García-Calvo y Montiel.- Manuel Areal Alvarez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.