

Resumen

Se estiman los recursos de casación interpuestos por los acusados y el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada en causa seguida por delito contra la salud pública. El Tribunal Supremo dicta segunda sentencia por la que viene a calificar la participación de los recurrentes como complicidad y no como autoría, por cuanto su aportación, además de sobrevenida, es accesoria y prescindible en abstracto, y se endereza a colaborar en un tramo posterior de los hechos, después que la ilícita mercancía estaba ya a disposición de los autores.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.20.6 , art.21.1 , art.28 , art.29 , art.368 , art.369.6 , art.370 , art.451

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1.6

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	6
SEGUNDA SENTENCIA	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

Sustancias que causan grave daño a la salud

Cocaína

Actividades

Transporte

Apreciación

Modalidades agravadas

Difusión por organización a tal fin

Cantidad de notoria importancia

Cocaína

Conductas de extrema gravedad

Partícipes

Cómplice

Circunstancias modificativas

Atenuantes

Adicción a sustancias estupefacientes

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.20.6, art.21.1, art.28, art.29, art.368, art.369, art.370, art.451 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.1.6 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.849.1, art.849.2, art.901.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Autor - Supuestos diversos por SAP Burgos de 10 junio 2005 (J2005/111437)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Modalidades agravadas - Difusión por organización a tal fin por STS Sala 2ª de 6 julio 2005 (J2005/171701)

Citada en el mismo sentido por ATS Sala 2ª de 1 diciembre 2005 (J2005/227238)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Cómplice por SAP Huelva de 16 marzo 2005 (J2005/78624)

Citada en el mismo sentido por SAP Almería de 26 abril 2006 (J2006/261655)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 20 septiembre 2006 (J2006/273674)

Citada en el mismo sentido por ATS Sala 2ª de 4 mayo 2006 (J2006/85058)

Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 2 febrero 2006 (J2006/8916)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 21 abril 2006 (J2006/92042)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 14 febrero 2007 (J2007/15782)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 9 marzo 2007 (J2007/21028)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 21 diciembre 2007 (J2007/260292)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 18 diciembre 2007 (J2007/301722)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 7 diciembre 2007 (J2007/322459)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Penal de 17 abril 2007 (J2007/357431)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Penal de 13 julio 2007 (J2007/357449)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Penal de 18 octubre 2007 (J2007/360415)

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 1 julio 2008 (J2008/111604)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Penal de 14 febrero 2008 (J2008/287674)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Penal de 20 mayo 2008 (J2008/307113)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Penal de 27 marzo 2008 (J2008/325176)

Citada en el mismo sentido por SAP Murcia de 1 diciembre 2008 (J2008/369897)

Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 30 junio 2009 (J2009/233588)

Citada en el mismo sentido por SAN Sala de lo Penal de 3 diciembre 2009 (J2009/365228)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 2 junio 2010 (J2010/196212)

Citada en el mismo sentido por SAP Alava de 24 septiembre 2010 (J2010/254491)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 8 septiembre 2003 (J2003/97988)

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

- Modalidades agravadas - Difusión por organización a tal fin STS Sala 2ª de 25 junio 2003 (J2003/80585)

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

- Modalidades agravadas - Difusión por organización a tal fin STS Sala 2ª de 28 febrero 2003 (J2003/6577)

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

- Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 17 junio 2002 (J2002/23904)

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

- Modalidades agravadas - Conductas de extrema gravedad STS Sala 2ª de 17 abril 2002 (J2002/10522)

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

- Modalidades agravadas - Difusión por organización a tal fin STS Sala 2ª de 12 febrero 2002 (J2002/2885)

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

- Modalidades agravadas - Conductas de extrema gravedad STS Sala 2ª de 16 julio 2001 (J2001/25222)

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

- Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 20 julio 2001 (J2001/16169)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 8 junio 2001 (J2001/11848)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 1 junio 2001 (J2001/11813)

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

- Modalidades agravadas - Difusión por organización a tal fin STS Sala 2ª de 10 marzo 2000 (J2000/2562)

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

- Partícipes - Cómplice STS Sala 2ª de 9 diciembre 1999 (J1999/36415)

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

- Modalidades agravadas - Difusión por organización a tal fin STS Sala 2ª de 3 diciembre 1998 (J1998/28266)

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

- Modalidades agravadas - Difusión por organización a tal fin STS Sala 2ª de 4 febrero 1998 (J1998/755)

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 veintiuno de octubre de dos mil cuatro.

En los recursos de casación por infracción de ley, que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por la representación de Vicente, Carlos Manuel, Jesús Carlos, Pedro Miguel, Benito, Eloy, contra sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, que condenó a los acusados por un 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. Juan Saavedra Ruiz, estando representados los recurrentes por la Procuradora D^a Ana Belén Hernández Sánchez, siendo parte recurrida Jaime, representado por el Procurador D. Carlos Naharro Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, instruyó Sumario 103/01 contra Carlos Manuel y otros, por delito contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, que con fecha quince de septiembre de dos mil tres, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Hechos Probados: En el mes de diciembre del año 2000, Jaime, de nacionalidad danesa, mayor de edad y sin antecedentes penales, puesto de cuerdo con al menos dos individuos de identidad, hasta ahora, desconocida, para introducir en nuestro país un cargamento de cocaína, adquirió a su nombre, en Gibraltar, la propiedad de una embarcación denominada "DIRECCION000", siendo la operación financiada por aquellas personas no identificadas. Seguidamente Jaime, como capitán del barco, contrató como tripulantes a Eloy, chileno, mayor de edad, mecánico, y sin antecedentes penales, quien, a su vez, contactó con Carlos Manuel, chileno, mayor de edad y sin antecedentes penales, con Jesús Carlos, chileno, mayor de edad y sin antecedentes penales, con Pedro Miguel, portugués, mayor de edad y sin antecedentes penales, y con Benito, chileno, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo todos ellos contratados como tripulantes por Jaime; posteriormente éste contrató a Vicente, francés, mayor de edad y sin antecedentes penales, teniendo todos ellos conocimiento del objetivo ilícito del viaje que realizaban, conocimiento cabal alcanzado si no al inicio del viaje, sí a lo largo del trayecto.

Dicha embarcación, capitaneada por Jaime y con los referidos tripulantes a bordo, inició el viaje el 24 de diciembre de 2000 partiendo de Gibraltar con rumbo a Panamá, si bien a causa de una avería hubo de atracar durante unos días en Cabo Verde para hacer las reparaciones precisas, reanudando el trayecto el día 27 de enero de 2001. Una vez atravesado el Canal de Panamá el capitán recibió instrucciones, de unos individuos no identificados, de desplazarse hacia el sur, y en la zona fronteriza entre Colombia y Ecuador a unas 20 o 25 millas de la costa le fue ordenado reducir la velocidad, lo que hizo a fin de facilitar ser abordado durante la noche por un barco del que descendieron 8 o 9 personas para cargar en la embarcación DIRECCION000 varios paquetes envueltos en tela de saco, que fueron depositados entre las paredes de los camarotes y el casco del barco.

Mientras se cargaba y escondía la carga el capitán Jaime permaneció en el puesto de mando, el acusado Eloy permaneció en la sala de máquinas manteniendo una velocidad mínima del barco, y el resto de los tripulantes permanecieron en la cocina siguiendo todos las órdenes dadas por los cargadores. Una vez que éstos, tras esconder la carga, abandonaron el DIRECCION000, los tripulantes sospecharon que los fardos cargados podían contener cocaína y pidieron explicaciones al capitán Jaime quien les tranquilizó diciéndoles que él asumía toda la responsabilidad, que pondrían rumbo a Dakar donde podrían desembarcar y les sería pagado el sueldo convenido, una gratificación, y un pasaje de vuelta, sin que conste que alguno de los tripulantes se opusiera.

Continuó el viaje durante varios días sin que ninguno de los tripulantes hiciera uso del sistema de comunicaciones para alertar o denunciar los hechos a las autoridades, y tras pasar el Cabo de Hornos, sobre las 4,05 horas de la madrugada del día 7 de abril de 2003, el patrullero de Vigilancia Aduanera "Petrel I", abordó al "DIRECCION000" en aguas internacionales en la posición 10°3 S y L 20°04,7, a una distancia de 2.300 millas al sur de las Islas Canarias, aprehendiendo los paquetes antes referidos que sumaban 150 fardos, de los cuales 148 estaban escondidos entre las paredes de un camarote y el casco del barco, y dos de ellos en, dichos fardos, con un peso neto total de 2.990,6 kilogramos, contenían cocaína con una riqueza media entre 75,6 % y 81,7 %, siendo su valor económico de 109.264.000,58 euros" (sic).

SEGUNDO.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Jaime como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública, con sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, en concurso ideal con un delito de contrabando a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta para ejercer su profesión de capitán de buque y para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y al pago de multa de 115.000.000 euros; y a los acusados Eloy, Carlos Manuel, Jesús Carlos, Pedro Miguel, Benito y Vicente, como responsables en concepto de autores de un delito contra la salud pública, con sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, y en concurso ideal con un delito de contrabando, a la pena de NUEVE AÑOS Y UN DIA DE PRISIÓN y al pago de multa de 110.000.000 euros, a cada uno de ellos, imponiendo una séptima parte de las costas del juicio a cada acusado.

Procede el comiso de la embarcación denominada "DIRECCION000". Para el cumplimiento de las penas impuestas se abonará a cada penado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por la presente causa".

TERCERO.- Con fecha 26/09/03, se dictó Auto de aclaración de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, cuya parte dispositiva es como sigue: "Subsanar el error padecido en la sentencia de fecha 15 de septiembre de dos mil tres, que figura en la página 5^a, respecto del abordaje del DIRECCION000 por el patrullero de Vigilancia Aduanera "Petrel I", modificando la fecha de 7 de abril de 2003, por la de 7 de abril de 2001".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, por el MINISTERIO FISCAL y por Vicente y otros, 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.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes, formalizaron sus recursos, alegando los motivos siguientes:

I.- Recurso del Ministerio Fiscal:

Primero.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por inaplicación del artículo 369.6 del Código Penal EDL 1995/16398 a todos los procesados.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por inaplicación del artículo 370 del Código Penal EDL 1995/16398 .

II.- Recurso de Vicente, Carlos Manuel, Jesús Carlos, Pedro Miguel, Benito, Eloy:

Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicar indebidamente los artículos 368 y 369 del Código Penal EDL 1995/16398.

Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por indebida aplicación del artículo 29 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Tercero.- Por infracción de ley del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , invocando error de hecho en la apreciación de la prueba y falta de aplicación del artículo 20.1 en relación con el artículo 20.6 del Código Penal EDL 1995/16398 .

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

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 6 de octubre de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Vicente, Carlos Manuel, Jesús Carlos, Pedro Miguel, Benito, Eloy.

PRIMERO.- El motivo inicial se formaliza ex artículo 849.1 LECrim. EDL 1882/1 por indebida aplicación de los artículos 368 y 369 C.P. EDL 1995/16398. Aducen los recurrentes que su participación en los hechos no infringe el delito calificado y que la misma debería ser tipificada como encubrimiento del artículo 451 del mismo Texto legal, tipo respecto del que no se ha ejercitado acusación. También alegan que su conducta consistió en no oponerse a que otro cometa el delito sancionado.

El motivo debe ser desestimado.

Como se desprende del "factum", intangible en un motivo como el presente, los acusados fueron sorprendidos cuando transportaban la cocaína, con conocimiento de ello, luego no es posible entender aplicable la subsunción que se propone en la medida que el hecho delictivo se estaba desarrollando. Por otra parte, la acción de transportar dicha sustancia es un acto típico ex artículo 368 C.P. EDL 1995/16398 .

SEGUNDO.- El siguiente motivo también se ampara en el artículo 849.1 LECrim. EDL 1882/1 para denunciar la indebida aplicación del artículo 29 C.P. EDL 1995/16398 . Entienden los recurrentes que no debieron ser condenados como autores sino como cómplices.

Ante todo debemos partir de lo constatado en el hecho probado de la sentencia. Se afirma fueron contratados como tripulantes del barco, "teniendo todos ellos conocimiento del objetivo ilícito del viaje que realizaban, conocimiento cabal alcanzado si no al inicio del viaje, sí a lo largo del trayecto", para añadir más adelante que "mientras se cargaba y escondía la carga el capitán Jaime permaneció en el puesto de mando, el acusado Eloy permaneció en la sala de máquinas manteniendo una velocidad mínima del barco, y el resto de los tripulantes permanecieron en la cocina siguiendo todos las órdenes dadas por los cargadores. Una vez que éstos, tras esconder la carga, abandonaron el DIRECCION000, los tripulantes sospecharon que los fardos cargados podían contener cocaína y pidieron explicaciones al capitán..... quien les tranquilizó diciéndoles que él asumía toda la responsabilidad, que pondrían rumbo a Dakar donde podrían desembarcar y les sería pagado el sueldo convenido, una gratificación, y un pasaje de vuelta, sin que conste que alguno de los tripulantes se opusiera", una vez pasado el cabo de Hornos el barco fue interceptado en aguas internacionales por el patrullero del Servicio de Vigilancia Aduanera. También se afirma que fue el capitán, puesto de acuerdo con al menos dos individuos de identidad desconocida, quien adquirió a su nombre el buque mencionado "para introducir en nuestro país un cargamento de cocaína..... siendo la operación financiada por aquellas personas no identificadas", contratando seguidamente el capitán a su tripulación. Sólo una lectura en perjuicio de los acusados puede dar por acreditado su conocimiento del plan con anterioridad a la carga de los fardos de cocaína.

La Audiencia, fundamento de derecho cuarto, condena a estos acusados como responsables en concepto de autores del artículo 28 C.P. EDL 1995/16398 . Pues bien, en primer lugar, del "factum" no se deduce dicha coautoría sino la participación por título distinto de los acusados, por cuanto aquella se refiere a un hecho ajeno. Trazado el plan y adquirido el barco por uno de los autores, el único identificado, el mismo contrata la tripulación, lo que demuestra su participación accesorio en hechos que son propios de los autores. Siendo ello así, dicha participación puede serlo a título de cooperación necesaria o de complicidad.

La distinción entre ambas formas de participación no es desde luego sencilla, sosteniéndose diversos criterios o teorías al objeto de trazar la frontera entre el cooperador que se considera como autor (artículo 28.1.b)) y el cómplice al que se refiere el artículo siguiente. La Jurisprudencia de esta Sala (S.S.T.S., entre otras, 1743/99 EDJ 1999/36415 , 1456/01 EDJ 2001/16169 , 1145/02 EDJ 2002/23904 u 1031/03 EDJ 2003/97988) ha venido declarando que la diferencia radica en la consideración de la actividad del cómplice como

secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario, habiéndose acudido a distintas teorías para fundamentar y resolver esa diferenciación.

Pues bien, podemos manejar como criterios, en primer lugar, la perspectiva de lo abstracto o lo concreto como método para el análisis y según la consideración de una u otra que tengamos en cuenta podremos resolver el problema, de forma que si sin la ayuda del partícipe no se hubiese producido el hecho tampoco bajo otras circunstancias se trataría de un caso de cooperación necesaria, mientras que en caso contrario debería calificarse como complicidad, inclinándose la Jurisprudencia por la perspectiva del caso concreto, aunque precisamente por ello no cabe excluir radicalmente la consideración abstracta de la cuestión; también se ha aplicado la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito tiene este carácter, teniendo también en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar de la comisión; la teoría del dominio del hecho en función de que el cooperador hubiese tenido la posibilidad de impedir la infracción, aún cuando este supuesto también se ha entendido como coautoría; por último, puede también distinguirse entre la cooperación para la producción del resultado (adquisición de la mercancía por los autores) y para las distintas modalidades de la acción, como en el presente caso sucedería con el transporte de la mercancía, de forma que la aportación de los acusados, ajenos al plan trazado y al acuerdo entre los coautores, se dirige no a la consumación del delito por éstos sino a cooperar en un segmento posterior de la acción que es el transporte.

Realmente los criterios apuntados tampoco son radicalmente incompatibles entre si, si tenemos en cuenta el caso. Es cierto que desde un punto de vista concreto su aportación difícilmente puede considerarse prescindible en la medida que el objetivo de los autores era hacer llegar el cargamento a España. Igualmente las circunstancias del caso no admiten discusión sobre la necesidad de su aportación hallándose el barco en alta mar y a merced de su colaboración para llegar hasta su destino, pero precisamente por ello se suscita la cuestión de la autodeterminación de los acusados para elegir otra alternativa teniendo en cuenta la situación. En cualquier caso tampoco es absoluta su falta de libertad para decidir. Sin embargo, en abstracto sería prescindible por cuanto el capitán podía poner rumbo a un puerto próximo (se encontraban a 25 millas de tierra) y contratar una nueva tripulación.

Por último, su participación consiste en cooperar en un segmento de la acción una vez que la carga se encuentra ya a bordo, precisamente en las circunstancias ya descritas. Por todo ello su aportación, además de sobrevenida es accesoria y prescindible en abstracto, se endereza a colaborar en un tramo posterior de los hechos, después que la ilícita mercancía estaba ya a disposición de los autores. Por todo ello debemos calificar dicha participación como complicidad.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- Se formaliza un último motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba del artículo 849.2 LECrim. EDL 1882/1 , al que se añade, como consecuencia de lo anterior, la inaplicación del artículo 21.1 en relación con el 20.6, ambos C.P. (miedo insuperable), no obstante debe leerse 21.1 (eximente incompleta). Se refiere exclusivamente al acusado Vicente.

La denuncia por ordinaria infracción de ley está subordinada a la estimación del error de hecho. Respecto de éste se designan como documentos la denuncia de la mujer del mencionado acusado sobre amenazas graves a su persona (folios 1451 a 1454 de la causa). Sin embargo, una denuncia no es otra cosa que una declaración testifical documentada y como tal carece de eficacia casacional ex artículo 849.2 LECrim. EDL 1882/1 , como la Jurisprudencia de esta Sala ha reiterado hasta la saciedad. Por lo tanto permaneciendo intangible el "factum" de la sentencia la aplicación de la eximente incompleta es inviable por carecer de sustrato fáctico.

El motivo se desestima.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL.

CUARTO.- El motivo primero se formaliza ex artículo 849.1 LECrim. EDL 1882/1 para denunciar la inaplicación del artículo 369.6 C.P. EDL 1995/16398 a todos los procesados, es decir, el supuesto agravado relativo a la existencia de organización.

El motivo debe ser parcialmente estimado en relación con el acusado Jaime.

Como ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación y la existencia de personas coordinadas sin más no implica la pertenencia a la misma. La organización, a su vez, positivamente, puede abarcar todos los supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto o propósito para desarrollar una idea criminal, sin que sea precisa una ordenación perfecta, pero deben subrayarse las notas de estructura jerárquica y cierta permanencia (S.S.T.S. de 04/02 EDJ 1998/755 , 07/04, 03 EDJ 1998/28266 y 05/12/98, 10/03/00 EDJ 2000/2562 , 12/02/02 EDJ 2002/2885 o 28/02/03 EDJ 2003/6577 , citadas todas ellas en la 719/03 EDJ 2003/80585).

En el presente caso, conforme al "factum", concurre desde luego el subtipo agravado en el autor que ha consentido la sentencia, pues no puede entenderse de otra manera el acuerdo previo con otras personas no identificadas, el plan trazado, la costosa financiación del mismo, la compra de un buque y su desplazamiento, todo ello no es concebible sin el soporte de una organización o infraestructura. Sin embargo, en relación con los otros acusados no se describen los mínimos datos de integración en la organización exigibles, pues su inclusión en el plan, no afirmándose siquiera su conocimiento sobre el acuerdo previo entre los autores, se produce mediante su contratación como tripulantes al objeto de realizar un viaje cuya finalidad en dicho momento no se constata que fuese conocida por los mismos. Su intervención tiene lugar fuera del círculo de la organización en sentido estricto.

QUINTO.- El segundo motivo, por la misma vía procesal, denuncia la inaplicación del artículo 370 C.P. EDL 1995/16398 , supuesto de extrema gravedad.

También el motivo debe ser parcialmente estimado en relación con el autor de los hechos.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda a propósito de la agravante de extrema gravedad prevista en el artículo 370.1 C.P. EDL 1995/16398 , también llamada "hiperagravante", ha ido construyendo y consolidando una interpretación cautelosa teniendo en cuenta los problemas que suscita su propia existencia. Así, se trata de un concepto jurídico indeterminado que se superpone a otro cual es el de la notoria importancia (artículo 369.3 C.P. EDL 1995/16398) previsto también por el Legislador con fuerza agravatoria respecto

de la pena básica establecida en el artículo 368 C.P. EDL 1995/16398 , lo que quiere decir que se trata de una figura cualificada de "segundo grado". De aquí surge una especial complejidad de la que no se puede prescindir como línea de principio.

Suscita, además de problemas de legalidad en relación con el principio de "lex certa", posible vulneración del "non bis in idem" en relación con el subtipo agravado de notoria importancia. En este sentido las S.S.T.S. de 1 y 8/6/01, números 889/01 EDJ 2001/11848 y 997/01 EDJ 2001/11813 , se expresan afirmando la compatibilidad constitucional de las exigencias del principio de legalidad con las cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, "siempre que ésta sea razonablemente factible mediante la aplicación de criterios lógicos, técnicos o de experiencia", desplazando sobre los Tribunales (artículo 1.6 C.C. EDL 1889/1)"el deber de dotar a las normas penales, muy especialmente a las que tienen un significado agravatorio, de la certeza a que los ciudadanos tienen derecho en virtud de los principios de legalidad y seguridad jurídica".

Teniendo en cuenta dichos principios generales de partida, podemos señalar las orientaciones concretas asumidas como pautas de interpretación por esta Sala del concepto "extrema gravedad" (además de las S.S. citadas, la 1954/00, de 1/3, y la 1095/01, de 16/7 EDJ 2001/25222 , y las muy abundantes citas precedentes recogidas en las mismas).

En primer lugar, su interpretación debe ser restrictiva, teniendo en cuenta lo señalado más arriba, y como consecuencia de ello (exigencia de los principios de legalidad y del "non bis in idem"), llegándose a afirmar incluso en algunas sentencias la necesidad de que la extrema gravedad presupone, al menos, la concurrencia de dos o más circunstancias de las enumeradas en el artículo 369 C.P. EDL 1995/16398 , aunque ciertamente se ha entendido mayoritariamente que ello puede tratarse de un requisito mínimo pero no una regla aplicable en todo caso "porque, si así fuese tomada, se incurriría en un automatismo, de creación jurisprudencial, no exento de riesgos para la proporcionalidad de la respuesta penal" (ni es obligada la aplicación de la "hiperagravación" cuando concurren dos o más circunstancias del artículo 369 C.P. EDL 1995/16398 , ni cabe descartar su empleo cuando concorra una sola de ellas).

En segundo lugar, también ha señalado la Jurisprudencia que su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos, pues el precepto no habla de "extrema gravedad" sin más, haciéndola depender, más que del producto en sí mismo objeto del tráfico, de la "conducta" observada por los traficantes, pues el precepto emplea la expresión "extrema gravedad" aplicándola a las conductas, habiendo matizado la Jurisprudencia por ello de forma expresiva que "extrema gravedad" no equivale a "extrema cantidad".

En tercer lugar, en cualquier caso, es preciso partir de una cantidad de droga enormemente elevada, extrema o excepcional, pero ello no es suficiente para apreciar la circunstancia, sino que deben concurrir otras circunstancias y condiciones como son las relativas a la existencia de una organización, peligrosidad de la misma por su complejidad y eventual eficacia criminal, pluralidad y riqueza de los medios empleados en la actividad delictiva, en suma, el despliegue de una logística particularmente relevante y próxima al límite de gravedad de la conducta en materia de introducción y distribución, tráfico en suma, de sustancias estupefacientes, pudiendo desde luego suscitarse tanto en los supuestos de sustancias que causan grave daño a la salud como en aquéllos que conllevan menor gravedad; por último, tampoco es indiferente el papel desplegado por cada uno de los partícipes en la empresa criminal, de forma que cuanto mayor sea el rango o responsabilidad también será más grave la conducta realizada, sin que desde luego ello signifique que no pueda aplicarse la "extrema gravedad" a otros partícipes que no sean jefes, administradores o encargados de las organizaciones, como se desprende de la propia literalidad del precepto (S.T.S. 655/02 EDJ 2002/10522).

Pues bien, en el presente caso no sólo se trata cuantitativamente de 2.990 kilogramos de cocaína, con un valor de más de 109 millones de euros, sino que los medios desplegados por los autores conllevan una logística especialmente importante, como apunta el propio Ministerio Fiscal en su informe, mediante la adquisición de un barco en Gibraltar, su reparación en un lugar alejado durante varios meses, su desplazamiento posterior hasta el océano Pacífico, su encuentro con una lancha en alta mar con hombres armados y el trasbordo de la carga. Todas estas circunstancias perfilan conductas próximas a los primeros estadios de la distribución de estupefacientes.

Por otra parte, su aplicación no se superpone a los subtipos agravados, también aplicados, pues la extrema gravedad ha de apreciarse precisamente teniendo en cuenta la conjunción de todos ellos de forma que no admite parangón con los mismos el resultado global de las conductas contempladas en el artículo 370 próximas a las conductas que se encuentran en el límite de lo máximo en la actividad delictiva. Precisamente porque el artículo 370 se refiere a las conductas de los sujetos activos del delito no se rompe el título de imputación cuando se aplica al autor y no a los cómplices u otros partícipes cuyas conductas no hayan alcanzado el grado extremo exigido en aquél.

SEXTO.- Ex artículo 901.1 LECrim. EDL 1882/1 las costas de ambos recursos deben ser declaradas de oficio.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación, con estimación del motivo segundo por infracción de ley, dirigido por los acusados Vicente, Carlos Manuel, Jesús Carlos, Pedro Miguel, Benito, Eloy, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, en fecha 15/09/03, en causa seguida frente a los mismos y otro por delito contra la salud pública (tráfico de drogas), casando y anulando parcialmente la mencionada sentencia, declarando de oficio las costas del recurso.

Que igualmente DEBEMOS DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación, con estimación de los dos motivos formalizados por infracción de ley, dirigido por el MINISTERIO FISCAL, frente a la mencionada sentencia, casando y anulando la misma, declarando de oficio las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, 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. José Antonio Martín Pallín.- Juan Saavedra Ruiz.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Gregorio García Ancos.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil cuatro.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional, Sumario núm. 103/01 y seguida ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, por delito contra la salud pública contra Vicente, de nacionalidad francesa, nacido el 12/12/1964 en París, con pasaporte núm. 000, Carlos Manuel, de nacionalidad chilena, nacido el 05/06/1956, con cédula de identidad núm. 001, Jesús Carlos de nacionalidad chilena, nacido el 18/12/1957, con cédula de identidad núm. 002, Pedro Miguel, de nacionalidad portuguesa, nacido el 22/02/1955, en Socorro Lisboa, con carta de identidad núm. 003, Benito, de nacionalidad chilena, nacido el 16/03/1949, con cédula de identidad núm. 004, Eloy, de nacionalidad chilena, nacido el 09/03/1961, con cédula de identidad núm. 005, Jaime, de nacionalidad danesa, nacido el 02/07/1946, con Pasaporte danés núm. 006; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Igualmente se dan por reproducidos el segundo, cuarto y quinto de la sentencia precedente y los de la Audiencia Nacional que no se opongan a los anteriores. Los acusados Vicente, Carlos Manuel, Jesús Carlos, Pedro Miguel, Benito, Eloy, deben ser condenados como cómplices de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, subtipo agravado de notoria importancia, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN a cada uno de ellos, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, especialmente la cantidad de droga intervenida y la conducta desplegada por los mismos a partir de su conocimiento sobre el contenido de la carga, y multa en la cuantía de 55 millones de euros. Concurren en el acusado Jaime el subtipo agravado de organización y el de extrema gravedad de su conducta, debiendo imponérsele la pena de DIECISIETE AÑOS DE PRISIÓN en sustitución de la de DOCE fijada en la sentencia, en atención al papel relevante desempeñado por el mismo y la importancia del alijo.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados Vicente, Carlos Manuel, Jesús Carlos, Pedro Miguel, Benito, Eloy, como cómplices de un delito contra la salud pública, ya definido, a las penas, a cada uno de ellos, de CINCO AÑOS DE PRISIÓN y MULTA de 55 millones de euros. Concorre en el acusado Jaime el subtipo agravado de organización y la agravante de extrema gravedad de su conducta, imponiéndosele la pena de DIECISIETE AÑOS DE PRISIÓN, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Martín Pallín.- Juan Saavedra Ruiz.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Gregorio García Ancos.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012004101157