

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 693/2007 de 13 julio
RJ\2007\5456



TRAFICO DE DROGAS: Cantidad de notoria importancia: anfetaminas: inexistencia: cantidad total incautada que sí supera el límite jurisprudencialmente fijado, pero que no es atribuible toda al acusado, que portaba una cantidad de dinero que no le permitiría comprar una cantidad suficiente para superarlo; Tentativa: inexistencia: envío de droga que no se entrega al destinatario por la intervención policial: su intervención es decisiva para iniciarlo; Autor: existencia: búsqueda de otras personas para el transporte e información sobre eventuales compradores; Presunción de inocencia: vulneración: prueba indiciaria insuficiente; vulneración inexistente: existencia de prueba: indiciaria: convoy de transporte de la droga en el que el acusado participa, que no se explica por razones de viaje de placer.

VOTO PARTICULAR.

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación 10749/2006

Ponente:Excmo Sr. Luciano Varela Castro

Voto particular que formula el magistrado don Luciano Varela.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, con fecha 02-05-2006, dictó Sentencia en la que condenó a los acusados como autores responsables de un delito contra la salud pública, a penas de entre once años tres meses y un día de prisión y nueve años y un día de prisión, y multa de 908.877 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Contra la anterior Resolución los condenados interpusieron recurso de casación, que el Tribunal Supremo **declara haber lugar en parte**, el de dos de ellos, y declara haber lugar, el de otros dos, dictando segunda Sentencia en la que absuelve a los dos últimos y reduce la pena de los anteriores a la de siete años de prisión y multa de 5.000 euros a cada uno de ellos, manteniendo el resto de pronunciamientos.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de julio de dos mil siete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, interpuestos por los procesados Ángel representado por la Procuradora Dña. Sonia López Caballero, Lourdes representadas por la Procuradora Dña. Carmen Medina Medina, María Consuelo representada por la Procuradora Dña. María de los Angeles Fernández Aguado, Raúl representado por el Procurador D. Domingo José Collado Molinero, Luis Manuel representado por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas y Alberto representado por la Procuradora Dña. Ana Caro Romero, interpuestos contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 2006 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que los condenó por un delito contra la salud pública; ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Sebastián instruyó Sumario núm. 1/03, por un delito contra la salud pública, contra los recurrentes y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, que con fecha 2 de mayo de 2006, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"El día 21 de enero de 2003 Ángel, Lourdes, Luis Antonio, Aurelio, María Consuelo y Alberto, de común acuerdo, emprendieron el viaje desde Holanda hasta España en tres vehículos con el objeto de trasladar al menos una cantidad de 25 kgs. de anfetamina. Ángel, Alberto Y María Consuelo lo hicieron en un turismo modelo Mercedes C200 Kompesor, matrícula YYY..., propiedad de ésta. Lourdes Y Aurelio circulaban en un segundo vehículo, modelo BMW, matrícula-CWZ, propiedad de aquélla. El tercer vehículo, marca Opel Vectra, matrícula 50-JT-LT, propiedad de la empresa de alquiler AUTOP, C.S., era conducido por Luis Antonio, y trasladaba la sustancia estupefaciente.- Los tres vehículos entraron en territorio español el día 22 de marzo de 2003.- Ese mismo día Ángel, Luis Antonio Y Aurelio mantuvieron un contacto con terceras personas en el Hotel Ibiltze con el fin de proceder a la venta de sustancia que transportaban, desconociéndose el resultado de la transacción.- Sobre las 12:00 horas del día 24 de marzo de 2003 agentes de la Ertzantza procedieron a la detención de Ángel, Luis Antonio, Aurelio, Lourdes y María Consuelo junto al establecimiento de agroturismo denominado AGROTURISMO artOLA, situado en el barrio de Santiagomendi de la localidad de Astigarraga, localizándose momentos después en el interior del maletero del vehículo Opel Vectra, matrícula 50-JT-LT una bolsa de nylón con 24 bolsas de plástico transparente en su interior, que contenían un total de 25.751,60 gramos de anfetamina destinada al tráfico, con una riqueza media del 19,6%, expresada en base y cafeína.- Raúl Y Luis Manuel fueron detenidos algunos minutos más tarde en el exterior del citado establecimiento de agroturismo al que se habían dirigido en vehículo Peugeot 206, matrícula-MZB, con el propósito de comprar la droga que habían transportado los restantes acusados, ocupándose en el interior de la guantera del citado vehículo un sobre conteniendo la cantidad de 4.995 euros, distribuidos en billetes de diversa fracción.- A resultas de los anteriores hechos se autorizó en virtud de diversas resoluciones judiciales la entrada y registro en diversos domicilios y habitaciones utilizadas por los acusados, ocupándose diversos teléfonos móviles, agendas y dinero. Y en concreto, en el domicilio del Sr. Raúl situado en el PASEO000 núm. NUM000 NUM001 de la localidad de Hondarrubia, se hallaron varios trozos de hachish, con un peso total de 181,04 gramos, y una pureza comprendida entre el 3,9% y el 20,2% THC, y una bolsita de 0,76 gramos de cannabis sátiva (marihuana) con una riqueza de 4,7% THC, siendo destinadas ambas sustancias al tráfico.- El precio del Kilogramo de anfetamina, con una riqueza media del 19,6%, ascendía a 17.647 euros en el mercado ilícito el día de los hechos. El precio de un gramo de hachish, con una pureza comprendida entre el 3% y 50%, ascendía a 4,14 euros el día de la comisión de los hechos. Por último, el precio de un gramo de marihuana, con una pureza comprendida entre el 3% y el 50%, ascendía a 2,76 el día de la comisión de los hechos.- Alberto había sido ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 8 de junio de 1994 (firme el día 21 de abril de 1995), dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, a la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor y multa de 55 millones de pesetas por un delito de elaboración, tráfico o tenencia de droga. Igualmente, había sido condenado por sentencia de fecha 16 de diciembre de 1995 (firme el 22 de febrero de 1996), dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, a la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de prisión menor y multa de 51 millones de pesetas por un delito de elaboración, tráfico o tenencia de droga y a la pena de 3 meses y 1 día de arresto mayor y multa de 200.000 ptas. por infracción de contrabando." (sic)

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Ángel como autor responsable de un delito contra la salud pública que causa grave daño a la salud en su modalidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368 y 369.3º del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), no apreciándose la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de 908.877 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Lourdes como coautora responsable de un delito contra la salud pública que causa grave daño a la salud en su modalidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368 y 369.3º del Código Penal, no apreciándose la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de 908.877 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Luis Antonio como autor responsable de un delito contra la salud pública que causa grave daño a la salud en su modalidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368 y 369.3º del Código Penal, no apreciándose la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de 908.877 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A María Consuelo como autora responsable de un delito contra la salud pública que causa grave daño a la salud en su modalidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368 y 369.3º del Código Penal, no apreciándose la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de 908.877 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Aurelio como autor responsable de un delito contra la salud pública que causa grave daño a la salud en su modalidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368 y 369.3º del Código Penal, no apreciándose la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de 908.877 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Raúl, como autor responsable de un delito contra la salud pública que causa grave daño a la salud en su modalidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368 y 369.3º del Código Penal, no apreciándose la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de nueve años y un día de prisión y multa de 910.380,22 con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Luis Manuel como autor responsable de un delito contra la salud pública que causa grave daño a la salud en su modalidad de notoria importancia previsto y penado en los artículos 368 y 369.3º Código Penal, apreciándose la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de once años tres meses y un día de prisión y multa de 908.877 euros.- Se acuerda el comiso de la droga y su destrucción, si no se hubiera realizado ya, así como el comiso del dinero y efectos ocupados a los condenados,. Se imponen a los condenados las costas procesales causadas por octavas e iguales partes.-" (sic)

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los procesados,

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 los recursos.

CUARTO

La representación de D. Ángel, basa su recurso de casación en el siguiente motivo:

Único.- Al amparo del art. 852 de la [LECrim. \(LEG 1882, 16\)](#) y 5.4 de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#), se denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 de la [C.E \(RCL 1978, 2836\)](#).

La representación de D^a Lourdes, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia violación del derecho a un proceso con todas las garantías y entre ellas, el derecho a un Juez imparcial que consagra el art. 24.2 de la CE.

2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 de la CE.

La representación de D^a María Consuelo, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., en relación con el 5.4 de la LOPJ, se denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 de la CE.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 368 del [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#).

La representación de D. Raúl, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art. 851.1 de la LECrim., se denuncia contradicción en el relato de hechos probados.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., se denuncia la indebida aplicación a los hechos imputados al recurrente del art. 369.3 de la LECrim.

3º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim. se denuncia error en la apreciación de la prueba.

4º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., se denuncia violación del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la CE.

5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. se denuncia la indebida aplicación de los arts. 16.1 y 61 del CP.

6º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., se denuncia violación del derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas que contempla el art. 24 de la CE.

La representación de D. Luis Manuel, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. y del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 24 de la CE.

2º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim. por error en la apreciación de la prueba.

3º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. y del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el art. 24 de la CE.

4º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida inaplicación de los arts. 16.1 y 62 y por inaplicación del art. 61 todos ellos del CP.

5º.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación del art. 368 del CP.

6º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 21.6 del CP.

La representación D. Alberto, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación de los arts. 368 y 369.3, 22.8, 29 y 21.6 del CP., así como varios preceptos de la LOPJ.

2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.2 de la CE.

QUINTO

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 28 de junio de 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Ángel

PRIMERO

Interpone este condenado un único motivo de recurso pretendiendo la casación de la sentencia por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo del artículo 852 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) en relación con el 5.4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#).

En sentencia del día 4 de junio pasado, la [núm. 137/2007 \(RTC 2007, 137\)](#), el Tribunal Constitucional ha vuelto a recordar el alcance de la garantía constitucional de presunción de inocencia en los supuestos en que la imputación se funda en pruebas indirectas o de indicios: "...desde la [Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17 de diciembre \(RTC 1985, 174\)](#), hemos sostenido que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: a) que parta de hechos plenamente probados y b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria. Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia; dicho de otro modo, no pueden considerarse válidas las inferencias faltas de lógica o de coherencia o inconsecuentes, así como las inferencias no concluyentes, catalogando como tales las que son excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, y aquellas en las que caben tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas puede darse por probada ([SS. Tribunal Constitucional 189/1998, de 28 de septiembre \[RTC 1998, 189\]](#), F. 3; [220/1998, de 16 de noviembre \[RTC 1998, 220\]](#), F. 4; [120/1999, de 28 de junio \[RTC 1999, 120\]](#), F. 2; [44/2000, de 14 de febrero \[RTC 2000, 44\]](#), F. 2; [155/2002, de 22 de julio \[RTC 2002, 155\]](#), F. 14; [135/2003, de 30 de junio \[RTC 2003, 135\]](#), F. 2; [145/2005, de 6 de junio \[RTC 2005, 145\]](#), F. 5; y [170/2005, de 20 de junio \[RTC 2005, 170\]](#), F. 4, por todas)...".

El control que cabe hacer en el ámbito de recurso de casación cuando tal garantía nos es invocada se limita a los aspectos no comprometidos con la inmediación, si bien se extiende a

los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria ([STS 144/2007 de 22 de febrero \[RJ 2007, 2611 \]](#)). También mantuvimos igual doctrina en la [STS 80/2007 de 9 de febrero \(RJ 2007, 1458\)](#) en que reiteramos la asunción para la casación de la función de controlar "...que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba..."

Pues bien, en el caso a que atañe este recurso, avalan la conclusión de la sentencia los siguientes datos

a) Este acusado parte de Holanda en el viaje en que se utilizan los tres vehículos, en compañía de D. Luis Antonio, D. Aurelio, D^a Lourdes y D^a María Consuelo, además del español acusado D. Alberto. Este último, el recurrente y D^a María Consuelo lo hacen en el vehículo marca Mercedes del que disponía la citada D^a María Consuelo. Tal dato no resulta controvertido y se acredita por sus declaraciones en el juicio oral.

b) El inicio del viaje es precedido de una preparación en la que, el español D. Alberto llega a casa de este recurrente acompañado de D. Aurelio y D^a Lourdes. Después los cuatro van al encuentro de D. Luis Antonio que les espera en el Opel. Este dato de encuentro lo estima acreditado la sentencia por la manifestación de D^a Lourdes que en el juicio oral reconoce que el viaje se organizó una semana antes. Y que estuvo con D. Alberto en casa de D. Ángel en Holanda antes de salir de viaje para España. También D. Aurelio reconoce haber conocido a D. Alberto en casa de D. Ángel antes de iniciar el viaje a España.

c) El contacto de D. Alberto con D. Ángel es explicado por aquél diciendo que como se avería el vehículo de D. Alberto y éste lo había comprado a un holandés, no identificado, ese vendedor le pone en contacto con D. Ángel.

d) Hasta ese momento se utiliza el BMW en el que luego harán el viaje a España D. Aurelio y D^a Lourdes, siendo seguidos por D. Luis Antonio en el Opel, según reconoce este en el juicio.

e) La caravana se conforma con la incorporación de D^a María Consuelo en un hotel holandés, que aporta el Mercedes que ella, el recurrente y el español D. Alberto utilizarán para venir a España. El hecho de la composición de la caravana es admitido en el juicio oral. Ahí D. Luis Antonio reconoce que viaja detrás de D. Aurelio y D^a Lourdes.

f) Tampoco se discute que en España, el primer día, se hospedan todos en el hotel Ibiltze y, al día siguiente, los demás holandeses se trasladan a las instalaciones hoteleras de nombre Artola. Menos D. Luis Antonio. La razón es que inicialmente no había habitaciones para ninguno en el Artola y al día siguiente solamente se disponía de dos. Así lo declara el testigo dueño del Artola.

g) En uno de los bolsos intervenidos cuando se produce la acción policial, se ocupa una agenda en la que aparece una anotación, pericialmente atribuida a este recurrente, y en la que se hacía figurar el número de teléfono del acusado D. Raúl. Y ambos admitieron haber mantenido contactos telefónicos.

h) El recurrente y su hermano D. Luis Antonio se habían hospedado con anterioridad en el establecimiento Artola. Así lo acredita el testimonio del dueño de éste.

i) Los tres holandeses mantiene una conversación con desconocidos en el hotel Ibeltza, según declara D^a Lourdes, de la que ésta y D^a María Consuelo son excluidas. El mismo D. Luis Antonio reconoce en el juicio esa entrevista, si bien él protesta que no participó.

j) En el vehículo Opel, conducido por D. Luis Antonio, se ocupó la droga referida en los

hechos probados. Este vehículo, pese a hospedarse D. Luis Antonio en Ibiltze, después de quedar un día en este hotel, se estaciona ante el Artola, poseyendo sus llaves D^a Lourdes, la compañera de D. Aurelio, siquiera no consta que D^a Lourdes conociese lo transportado en él, siendo las llaves entregadas por D. Luis Antonio a D. Aurelio, según aquél declara en juicio.

k) D. Ángel se proponía encontrarse con D. Raúl, para comer, según declara éste, cuando se produce la detención. D. Raúl explica el conocimiento de D. Ángel "de tomar copas". Pero para entenderse se valían del poco inglés que conocía D. Raúl y del poco español que conocía D. Ángel.

l) El recurrente cuando es detenido se identifica con un pasaporte falso, admitiendo el acusado que hacía tal uso para poder salir de Holanda burlando la prohibición que pesaba sobre él.

m) En la intervención policial se produce la detención del D. Raúl ocupándosele dinero que destinaba a la compra de la droga.

Desde tales premisas, externamente fundadas en los elementos de juicio que con las mismas se indican, la conclusión obtenida se atiene a aquellos parámetros de coherencia interna, sin que se les pueda tachar a tales indicios de excesivamente abiertos o compatibles, a la vez, con conclusiones contrapuestas.

El recurrente, tras contactar con el acusado D. Alberto, a quien de nada conocía, conforma una expedición en la que se integra su hermano, que porta en el vehículo la droga, desde Holanda. Recibe en su casa al acusado D. Aurelio que acaba prestando el vehículo a D. Alberto una vez en España, y cuya acompañante acaba en posesión de la llave del vehículo que porta la droga. Este vehículo, pese a conducirlo el hermano del acusado y condenado, que ni siquiera recurre la sentencia, es estacionado en el hospedaje donde se encuentra este recurrente y no donde se hospeda el conductor D. Luis Antonio. El recurrente concierta una entrevista con desconocidos, acompañado de su hermano y el otro holandés acusado D. Aurelio. Y concierta una comida con el otro español acusado D. Raúl con quien mantenía relaciones y que fue detenido llevando en su poder una importante cantidad de dinero, cuando se dirigía al encuentro con este recurrente, que ya había estado en otras ocasiones en el hospedaje usado esta vez y trata de ocultar su identificación con un falso documento, al ser detenido.

Todo ello lleva desde el más razonable de los discursos a que el recurrente decidió la expedición y transporte con la finalidad de su venta en el lugar en que, antes de lograrla, fue detenido. Y no cabe imaginar una hipótesis alternativa mínimamente razonable. No siéndolo, desde luego, la no acreditada voluntad de disfrutar del viaje a los únicos efectos de recreo.

Por ello el motivo, en cuanto se limita a la invocación de la presunción de inocencia, debe ser rechazado por ausencia de los requisitos citados mas arriba para estimar que haya sido conculcada.

Recurso de D. Alberto

SEGUNDO

Bajo el mismo motivo, al amparo del artículo. 849.1 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) se denuncian varias infracciones de ley: a) indebida aplicación de los artículos 368 y 369.3 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#); b) indebida aplicación del artículo 22.8 del Código Penal por estimar que no concurre la agravante de reincidencia; c) indebida aplicación del artículo 29 ya que no debe ser tenido como autor del delito; d) inaplicación del artículo. 21 del Código Penal estimando dilaciones indebidas y e) artículos 5.1, 7, 9.3, 11.1 y 11.2 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) por haberse

vulnerado diversos derechos fundamentales.

Por lo que concierne a la violación de los arts. 368 y 369 del Código Penal, baste decir que el cauce de la denuncia de infracción de Ley pasa por el más estricto respeto a la declaración de hechos probados. Lo que en este motivo pretende el recurrente es, en realidad, que no se acepte aquella declaración de hechos probados, negando que tuviese conocimiento de que se estaba efectuando ningún transporte ni actuación tendente a la venta de la droga ocupada. Omitido el previo éxito, incluso la interposición, de motivos que lleven a aquella modificación de hechos probados, el motivo aquí examinado debe ser rechazado.

Por lo que concierne a la protesta derivada de la aplicación de reincidencia como agravante, el argumento se centra en la posibilidad de que los antecedentes se encuentren cancelados. Aun beneficiándose de la reforma que entró en vigor en octubre de 2004 sobre la consideración de delitos menos graves, el cómputo del tiempo necesario para la cancelación tiene como dies a quo aquél en que quedó extinguida la pena. La sentencia proclama, y el recurso no combate, que esa extinción ocurrió en fecha desde la que no transcurrieron tres años desde el día de los hechos. La fecha de extinción consta documentalmente acreditada, relata la misma sentencia, al folio 1.374 por certificación del centro penitenciario.

Tampoco puede admitirse la alegación, por el cauce de infracción de ley, de que no concurre en el recurrente la calidad de autor. Los hechos probados atribuyen al recurrente cuya calificación como autoría es indudable. No solamente porque para ello basta cualquier comportamiento que favorezca el transporte o la venta de la droga, sino porque, además, en este caso el recurrente ha protagonizado actos tan esenciales como el contacto con el coacusado D. Alberto, la búsqueda de otras personas (su hermano) para el transporte e incluso los contactos telefónicos con los eventuales compradores, también coacusados. Por ello, intacta la declaración de hechos probados, la calificación de la participación es intachable.

Por lo que concierne a la protesta de dilaciones indebidas tampoco es de recibo la queja del recurrente. La sentencia recurrida da cumplida respuesta a esta pretensión. La interposición de recursos, aunque lo fueran por el Ministerio Fiscal, la práctica de pruebas periciales en el extranjero, que se haya seguido el cauce del procedimiento ordinario y que el número de imputados acusados sea de ocho, son datos que, en el caso concreto, permiten la aplicación del concepto indeterminado, que constituye la garantía de proscripción de dilaciones indebidas, sin estimar su concurrencia. Frente a tales consideraciones el recurrente solamente esgrime el dato cronológico de la duración, junto al de la instauración de la medida cautelar. Pero tal argumentación olvida que no es aquel dato empírico el que da lugar a la infracción por sí solo, sin el añadido normativo que autorice a calificar el mismo como indebido e injustificable, notas que, por lo dicho, no cabe estimar en el presente caso. Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1 en la redacción vigente al tiempo de los hechos, los datos personales de la reincidencia junto con la gravedad del hecho llevarían a mantener la imposición de la pena en la mitad superior y, por ello, la impuesta no había de modificarse lo que hace que justificada la pena, carezca de trascendencia este motivo del recurso.

Finalmente, la genérica alusión a preceptos constitucionales (5, 7, 9 y 11 de la Constitución Española) se indica, sin otra argumentación, que ha de ser el corolario de las anteriores alegaciones: desestimadas, pues, éstas, desestimada ha de ser su corolario.

TERCERO

También denuncia este condenado vulneración de derechos fundamentales al amparo del artículo 852 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#)

Se comienza por alegar que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva porque se realiza una "interpretación extensiva de la intención y participación" del recurrente. Y se añade que para proclamar su participación se carece de todo apoyo probatorio.

En realidad lo que se hace en la argumentación del motivo es discrepar de la valoración de la prueba que se efectúa por el Tribunal de instancia. En modo alguno cabe hablar de vacío probatorio. Como dejamos expuesto al examinar el recurso de D. Ángel, el Tribunal ha dispuesto en el juicio oral de las declaraciones de los acusados, de la del testigo gestor del hospedaje del recurrente y otros acusados y de las declaraciones de los agentes policiales por lo que concierne a lo por ellos presenciados.

Pues bien, partiendo del alcance de la garantía de presunción de inocencia que expusimos al analizar el recurso del anterior condenado, no cabe decir que exista el invocado vacío, ni siquiera insuficiencia, de prueba respecto de la participación de este recurrente. La absurda, además de huérfana de prueba, explicación sobre su contacto con D. Ángel, a cuya casa acude transportado por el vehículo del acusado D. Aurelio y la cita en Holanda para partir juntos hacia España con D. Luis Antonio, que es quien porta la droga en su vehículo, son todos hechos probados que este recurrente no combate en su recurso. Obtenida la justificación externa de esa premisa, la coherencia conforme a parámetros de lógica, del razonamiento por el que se infiere la decidida participación de D. Alberto en el transporte y venta de la droga es conclusión derivada de coherencia interna indiscutible. Cualquier alternativa, como la insinuada por el recurso, de un viaje casualmente coincidente con el de los acusados, respecto de los cuales se niega toda relación, aparece como gratuita y solamente comprensible como defensa. No puede estimarse que los hechos probados, que sirven de indicio para la inferencia que concluye la imputación, den lugar a un espectro excesivamente abierto de conclusiones equiparables en fuerza lógica. Por ello la valoración de los mismos, en la medida controlable en el recurso de casación, no se puede decir que conculque la garantía constitucional de presunción de inocencia, conforme al canon que dejamos expuesto en el anterior recurso.

Por lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, el recurso no especifica la razón de tal conculcación. Dado el contenido de esa garantía, -derecho a resolución motivada sin indefensión- parecería que es precisamente en lo concerniente a la motivación, en lo que se funda el recurrente. Pero, muy al contrario, resulta exquisita la expuesta en la sentencia que explica las razones por las que considera absolutamente inverosímiles las alegaciones del recurrente para explicar la presencia que con tanta fuerza le incrimina en los hechos que se declaran probados.

El motivo debe ser rechazado en su totalidad.

Recurso de D. Raúl

CUARTO

Denuncia, en su primer motivo, al amparo del artículo 850.1º de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#), que concurre quebrantamiento de forma por existir contradicción entre los hechos que se declaran probados. Se refiere a que no cabe compatibilizar la afirmación de que solamente se le ocupa la cantidad de 4.995 euros y se le impute que se proponía comprar droga cuyo valor en el mercado era de 17.647 euros

La citada infracción de forma -contradicción entre hechos que son todos ellos declarados probados simultáneamente- exige como tenemos dicho en nuestra [sentencia 244/2007 de 22 de marzo \(RJ 2007, 2665\)](#) "...en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una, resta

eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos..."

Lo que el recurso pretende es que no se concluya que la droga que intentaba comprar el recurrente era de notoria importancia. El primer ataque a esa imputación lo efectúa tratando de evidenciar que, dado el dinero disponible "en el acto" -4.995 euros, según el hecho probado- y el valor pericial de la droga -17.647 euros "por kilo" según el hecho probado- no podía afirmarse que la droga a la que iba a afectar el comportamiento del acusado era de notoria importancia. Pues bien, una cosa es que la formación del dinero disponible y el valor de la droga sean compatibles entre sí y, otra, la razonabilidad de la inferencia que pueda realizarse partiendo de la veracidad simultánea de ambos datos. Por lo que el cauce casacional es inadmisibile y, por ello, desestimable en este momento.

QUINTO

Se pretende en el segundo motivo que se infringe el artículo 369.3º del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) por lo que interesa la casación al amparo del artículo. 849.1º de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#). Y, como motivo tercero que la sentencia recurrida incide en error en la valoración de la prueba que denuncia conforme al artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citando como documentos los folios 695 a 701 de la causa. Y como cuarto motivo, subrayando el recurrente la relación entre ambos, denuncia infracción del artículo. 24.1 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este es el segundo ataque a la imputación del subtipo de notoria importancia. Nuevamente se repite la idea de que el recurrente no pretendería en ningún caso adquirir más droga que la que pueda serle suministrada por 4.995 euros. Y, por ello, no toda la ocupada.

Y en este sentido debe admitirse la pretensión del recurrente. Al denunciar que no puede declararse razonablemente que el acusado pretendía adquirir toda la droga transportada a España. Porque nada se indica en la sentencia que justifique que pudiese adquirir cantidad mayor que la que le permitía el dinero disponible. Para lo que es relevante la única pericia sobre el valor en el tráfico ilícito. Informe éste que en cuanto único e injustificadamente desatendido, adquiere carta de naturaleza de documento a efectos casacionales conforme a reiterada jurisprudencia.

Si, efectivamente, la cantidad correspondiente como adquirible apenas rebasa los 283 gramos, según el coste en el tráfico ilícito fijado pericialmente, y la pureza indiscutida es del 19.6%, estima el Tribunal que no se alcanzan los 90 gramos en que venimos estimando ocurre el supuesto de notoria importancia.

El recurso debe ser estimado en este particular con las consecuencias que fijaremos en nuestra segunda sentencia, incluso con la extensión de efectos, al amparo del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al penado D. Luis Manuel, dada la identidad de situación entre ambos acusados, y pese a la no alegación de este motivo por ese otro penado.

SEXTO

Como quinto motivo se pretende la casación de la sentencia por infracción del artículo 16.1 y del 62, ambos del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) en relación con el 849.1º de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#), estimando que el grado de ejecución del delito no habría sobrepasado el límite de la tentativa

Valga reiterar aquí la doctrina recogida en la reciente [sentencia de este Tribunal 266/2007 de 3 de abril \(RJ 2007, 2433\)](#). Advertíamos entonces de la dificultad de construir formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo de consumación anticipada. Pero la admitimos,

cuando se trata de la modalidad de tenencia para el tráfico, en todo el período de tiempo que transcurre desde que se acuerda la adquisición de la droga hasta la entrega de la misma. Así, cuando sólo ha habido un acuerdo para la transmisión de la mercancía ilícita sin iniciarse la ejecución de la actividad destinada a la toma de posesión, puede haber responsabilidad penal por conspiración. Y, si ya empezó la ejecución, con actos dirigidos a la adquisición de la droga, puede haber tentativa inacabada o acabada. Pero advertíamos y reiteramos que, cuando hubiera habido una intervención anterior facilitadora del envío, en tal supuesto ya hubo actividad de favorecimiento del tráfico, que es otra modalidad típica diversa de la tenencia preordenada a aquél. En el mismo sentido puede consultarse la 152/2007 de 23 de febrero.

Niega el recurrente que precediese el aludido encargo por parte de él a los demás acusados. Pero, indiscutida la realidad de las comunicaciones telefónicas con D. Ángel, resulta razonable concluir que ello no tuvo otro contenido que el relativo precisamente a la negociación sobre transporte y adquisición de la droga.

SÉPTIMO

Finalmente se insta, conforme al artículo 852 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#), que se considere vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas garantizado en el artículo 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#). Se argumenta que el procedimiento ha incurrido en dilaciones indebidas.

Basta aquí con remitir a lo dicho en relación con igual motivo en el recurso de D. Alberto. Que este recurrente describa los diversos avatares del procedimiento, lejos de debilitar la conclusión de inexistencia de dilaciones, que merezcan ser calificadas como no justificadas y excesivas, realza dicha valoración y justifica también el rechazo de este motivo.

Y, finalmente, habiendo sido impuesta la pena en su entidad mínima, la apreciación de esta atenuante es intrascendente.

Recurso de D. Luis Manuel

OCTAVO

Como primer motivo se alega la vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, invocando el artículo 852 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) en relación con el 5.4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) en sus dos apartados.

En realidad la exposición justificadora de esta pretensión concierne más exactamente al contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en la medida que aquella infracción se reconduce al reproche de que la condena no cuenta con prueba alguna de contenido incriminatorio, o se trata de medios incursos en la sanción de inatendibilidad establecida en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A su vez, el motivo segundo, trata de añadir hechos probados cuya afirmación debilita las inferencias que llevan al Tribunal a enervar la presunción de inocencia. Por ello examinaremos conjuntamente estos motivos con el articulado bajo el ordinal tercero, en el que se invoca el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24.2 de la Constitución, denunciando ahí expresamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Estima la mayoría del Tribunal que la participación de este acusado ha quedado suficientemente acreditada. Asume la argumentación del Tribunal de la instancia reflejada en los siguientes hechos directamente acreditados desde los que infiere la conclusión de que este

recurrente actuó en pleno acuerdo con los demás acusados:

a) D. Luis Manuel mantenía antes de estos hechos una relación continuada con los coacusados D. Ángel y D. Luis Antonio.

b) D. Luis Manuel mantenía también una relación de amistad y trabajo con el coacusado D. Raúl.

c) Antes de ser detenido D. Luis Manuel mantuvo una conversación telefónica con D. Ángel.

d) D. Luis Manuel fue detenido minutos después de la inicial intervención policial en las inmediaciones de donde se encontraban los coacusados y la droga ocupada.

e) En ese momento acompañaba a D. Raúl en un vehículo -Peugeot 206- en que portaban el dinero para la adquisición de la droga ocupada.

f) No supieron este recurrente y su acompañante dar razón de su presencia en el lugar.

g) En el domicilio de D. Luis Manuel se encontraron documentos de identidad correspondientes a terceras personas.

En los aludidos motivos del recurso se cuestiona que tales hechos básicos de la inferencia, se encuentren acreditados. Y que su afirmación como tales implica vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Por lo que se refiere al hecho a) rechaza el recurso que pueda tomarse en consideración lo dicho por el D. Ángel ya que lo dicho en sede policial ha sido rectificado en juicio y aquella anterior manifestación no es utilizable, como no lo es, y la sentencia no lo utiliza, el reconocimiento fotográfico de los folios 111 y 112. También rechaza la utilizabilidad de lo eventualmente dicho por D. Ángel en fase de investigación policial a través de la manifestación del agente policial que estuvo presente en tales manifestaciones. Porque éste, aunque oyese, no entendía tales manifestaciones. De tal suerte solamente la persona intérprete podría, en su caso, traer a juicio oral lo que oyó y entendió al coacusado citado. Al no comparecer en juicio tal persona intérprete, la declaración policial no es recuperable en juicio. Y tampoco puede olvidarse que la no utilización -se negó en juicio la lectura de la declaración en atestado policial- de la facultad prevista en el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impide dar a aquella previa manifestación valor de medio de prueba a efectos de enervar la presunción de inocencia.

El otro elemento de prueba sobre tal hecho se constituye por la manifestación del testigo que gestiona el hospedaje de agroturismo (Sr. Jose Enrique) que, en reconocimiento judicial, manifiesta reconocer en este recurrente a la persona que en ocasiones anteriores mantuvo contactos en el hospedaje de agroturismo con los Srs. D. Ángel y D. Luis Antonio. No acepta la mayoría del Tribunal que la credibilidad y fiabilidad de tal reconocimiento esté cuestionada en medida que impida su toma en consideración.

El hecho b) no es cuestionando en el recurso.

Respecto al hecho c) -conversación previa a la detención a medio de teléfono entre este recurrente y el D. Ángel - tampoco acepta la mayoría del Tribunal la tesis del recurso. Para el recurrente la llamada que se dice hecha por el D. Luis Manuel a ese coacusado es combatida a través del segundo motivo, que formula bajo el amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que se pretende que se añada como hecho probado la pertenencia del vehículo -Peugeot 206 utilizado por el recurrente y el coacusado D. Raúl - a una tercera persona no acusada. Como documento relevante se indica la documentación del vehículo obrante en las actuaciones. Según el recurrente ello desbarata la tesis de la sentencia. En ésta se decía que en el citado vehículo se ocuparon dos teléfonos y en uno de ellos (marca

LG) se recibieron llamadas del coacusado D. Raúl y del coacusado D. Ángel. Por ello el teléfono LG no era de D. Raúl, por no ser razonable que éste llamase a un teléfono suyo desde otro suyo. Y, siendo, en consecuencia, de D. Luis Manuel, resulta claro que éste recibe la llamada de D. Ángel. La mayoría del Tribunal no estima cuestionable tal inferencia pese a lo dicho por el recurrente que alega más probable la pertenencia del teléfono LG al dueño del vehículo y no al ocupante.

No combate el recurso los demás hechos enunciados bajo las letras d) a g). Pero combate que de los mismos pueda inferirse razonablemente la conclusión de que la presencia en el lugar de su detención del D. Luis Manuel tuviera como objeto la compra de droga a los coacusados. Estima la mayoría del Tribunal que tal inferencia, robustecida por la coincidencia de todos los hechos enumerados, sí que se adecua a parámetros de lógica, haciendo de la conclusión que afirma tal comportamiento del recurrente algo razonable con suficiente certeza. Por lo que la mayoría desestima estos dos motivos del recurso.

NOVENO

-Como cuarto motivo se alega violación de ley, por el cauce del artículo 849.1 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) en relación con el artículo 16.1 y 62 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) estimando de aplicación indebida el 61 del Código Penal en relación con el 368 del mismo cuerpo legal.

Basta aquí remitir a lo dicho sobre la misma cuestión en el recurso de D. Raúl. Y, de esa forma, por igual argumentación, rechazar este motivo.

DÉCIMO

En quinto lugar expone el recurrente, al amparo del artículo 849.1 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) que se infringe por indebida aplicación el artículo 368 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#)

Bajo este motivo no se combate la subsunción de los hechos en el indicado tipo penal. Lo que se cuestiona nuevamente es la ausencia de actividad probatoria que justifique el establecimiento como hechos probados de aquellos que llevan a la incriminación del recurrente.

El desarrollo del motivo pretende poner en evidencia la insuficiencia de fuerza en la inferencia que antes vimos efectuaba el Tribunal de Instancia y éste aceptaba por mayoría. Valga pues lo antes expuesto para rechazar también este motivo.

UNDÉCIMO

Finalmente este condenado reclama la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como analógica conforme al artículo 21.6 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) lo que reclama al amparo del artículo 849.1 al estimar infringido aquel precepto, pero añadiendo como argumento lo dispuesto en el artículo 5.4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#), amparándose en el art. 852 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) en relación con el 24.2 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) y 6.1 del [CEDH \(RCL 1999, 1190, 1572\)](#).

También se reitera aquí el motivo que fue antes objeto de examen y que, por las mismas razones expuestas al examinar el recurso de D. Alberto, rechazamos en este caso. Siendo también de aplicación la manifestación sobre irrelevancia del motivo ya que la pena ya ha sido impuesta en su mínima entidad.

Recurso de Doña María Consuelo

DUODÉCIMO

Interesa esta condenada la casación de la sentencia recurrida por haberse infringido su derecho a la presunción de inocencia, garantizado en el artículo 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) que invoca al amparo del artículo. 852 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) y 5.4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#), cuya eventual estimación haría innecesario el examen del segundo motivo, también de infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 368 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) por indebida aplicación.

Damos aquí por reproducido lo que dijimos en el primer fundamento jurídico en cuanto a las garantías que constituyen la de presunción de inocencia cuando de prueba indiciaria se trata.

Cuando el Tribunal de instancia describe el dato, que estima trascendente, de la relación entre los acusados, en lo referente a esta recurrente se limita a constatar la presencia física de la misma en el viaje y en el hospedaje. Añade que la misma tuvo constancia de que los acompañantes se proponían realizar una venta de droga. Y, finalmente que permitió que viajasen en el vehículo de su propiedad algunos de los coacusados. Aún se añade que la misma poseía una agenda en la que figuraba los teléfonos del acusado D. Raúl. Finalmente da cuenta su presencia en el encuentro de los varones coacusados en el hotel Ibiltze cuando aquello contactan con eventuales frustrados compradores.

Dos tipos de razones llevan a rechazar esta tesis inculpadora. La primera en cuanto establece como probados algunos de esos hechos desde los que, luego, se infiere la participación de D^a María Consuelo. Otra por cuanto la inferencia asumida por el Tribunal de Instancia es una más de las no pocas que cabe extraer desde las mismas premisas, por lo que el espectro de posibilidades es tan abierto que la asunción de la inferencia inculpadora frente a las alternativas posibles exculpadoras conculca la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

Pero, además, como dijimos, el establecimiento de hechos probados desde los que se realiza la inferencia por el Tribunal de Instancia, se deriva, a su vez, de otra presunción o prueba indirecta, tampoco aceptable. Así en lo que concierne a la posesión por la recurrente de la agenda, resulta poco firme atribuir la titularidad a la acusada por el hecho de circular en un vehículo en el que se ocupa un bolso, en el que se contiene la agenda, sin que ninguna otra prueba permita asegurar esa titularidad, pese a que la misma no había de ser especialmente dificultosa.

Y, finalmente, no se valora algún dato que actúa como contraprueba de la indiciaria. Nos referimos al dato no negado en la recurrida, que indica que, en el encuentro del hotel Ibiltze, tanto esta recurrente como la otra acompañante, se retiraron sin trabar contacto con terceros ni participar en las conversaciones preliminares de la frustrada venta. Desde luego tampoco consta contacto alguno de la recurrente con los dos compradores D. Raúl y D. Luis Manuel.

En consecuencia concluimos que en relación a la imputación de participación de esta acusada concurre un verdadero vacío probatorio por falta de rigor en el enlace entre los hechos acreditados y las conclusiones de incriminación afirmadas, por lo que, conforme al canon de control casacional de la prueba indiciaria antes expuesto, debemos estimar vulnerada la garantía constitucional de presunción de inocencia con la consiguiente estimación del recurso y absolución de la recurrente en la sentencia que a continuación dictaremos.

Recurso de Doña Lourdes

DECIMOTERCERO

Alega esta condenada, en primer lugar, que se ha infringido lo dispuesto e el artículo. 24.2 de

la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) en cuanto recoge el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a un juez imparcial, lo que invoca al amparo del artículo. 5.4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y cabe formular conforme al artículo 852 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#).

Se argumenta que formaron parte del Tribunal Juzgador de la instancia dos magistrados que decidieron previamente sobre la prórroga de prisión en auto de 21 de marzo de 2005, cuya resolución es prolija, detallada y fundamentada.

No obstante la citada pérdida de imparcialidad no puede aceptarse ya que la sospecha sobre ello no está justificada. En primer lugar porque la citada resolución no consta dictada de oficio, sino tras la celebración de la pertinente comparecencia en que el Ministerio Fiscal formuló la solicitud de la prórroga de prisión. Que tal decisión es adoptada ya en fase de tramitación ante la Audiencia para la celebración del juicio oral. Se trata de un decisión de prórroga legal. Y el contenido de la decisión pone de manifiesto, como fundamento ineludible para justificar la decisión, que concurren indicios suficientes de la participación de los acusados en el delito, además de otros presupuestos de la privación de libertad.

Se está pues en el supuesto que, como en el de la [sentencia 143/2006 de 8 de mayo \(RTC 2006, 143\)](#) del Tribunal Constitucional "...el demandante de amparo atribuye especial significación a que en el Auto de prisión provisional se aluda a que concurren los requisitos de los arts. 503 y 504 LECrim, entre los cuales se encuentra la existencia de indicios bastantes para creer que la persona contra la que se acuerda la prisión es responsable de un delito. Ahora bien, de una parte, ya hemos advertido que la existencia de indicios de responsabilidad penal contra el demandante viene ya judicialmente apreciada desde la instrucción de la causa; y, de otra parte, debe observarse que el Auto de prisión provisional no contiene relación alguna de elementos que evidencien convicción psicológica de ningún género por parte del órgano judicial, sino que se limita a recoger la concurrencia de los presupuestos legales imprescindibles pero no suficientes para que, si resulta necesario a efectos de la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, pueda adoptarse la medida restrictiva de libertad. Tal como hemos dicho al abordar si el enjuiciamiento en segunda instancia de recursos deducidos contra resoluciones sobre prisión provisional compromete o no la garantía de imparcialidad judicial ([ATC 68/2002, de 22 de abril \[RTC 2002, 68 AUTO\]](#), y resoluciones en él citadas), lo decisivo es si el veredicto que se contiene en las resoluciones pretendidamente «contaminantes de la imparcialidad judicial» es o no sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad. Y en el presente supuesto ninguna duda existe de que en el Auto de 1 de febrero de 2002 no se contiene ninguna valoración que implique o denote la existencia de una toma de postura previa del órgano llamado a enjuiciar los hechos sobre la culpabilidad del demandante de amparo"

DECIMOCUARTO

Finalmente esta condenada justifica su pretensión de casación alegando, como segundo motivo, que se ha vulnerado la garantía de presunción de inocencia del artículo 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) en relación con el 5.4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#).

Como en el caso de la anterior coacusada, el Tribunal de instancia pone el énfasis en el conocimiento que, según afirma la sentencia recurrida, esta acusada tenía del tráfico que se proponían los coacusados. Su contribución se centra en dos datos: a) permitir el uso de su vehículo y b) poseer algún tiempo las llaves del vehículo en el que se ocupó la droga.

Pero el conocimiento se establece, a su vez, a partir de una interpretación de las

manifestaciones de la acusada que no autorizan esa conclusión como admitida por ella. Primero porque alguna de esas declaraciones ni siquiera son utilizables, ya que fueron emitidas en fases anteriores al juicio oral y no se hizo uso de lo establecido en el art. 714 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#), cuando al declarar en el juicio oral niega tal conocimiento. Ni basta la mera sospecha, que es lo que admite la declarante, sobre lo que podían hacer los coacusados, para atribuirle el conocimiento que se utiliza como hecho para, unido al dato de la utilización del vehículo, concluir con certeza razonable que la recurrente se propuso participar en el acto atribuido a los demás coacusados. Así, la facilitación del vehículo se compadece con alternativas tan inocuas como la de "aprovechar" el viaje de su compañero para disfrutar de un viaje de recreo, por más que aquél lo efectuase con más plurales objetivos, sin que estos pasen a ser también los de la recurrente.

Tampoco el dato de la posesión de las llaves, cuya posesión dominaba el compañero coacusado, implica una participación en aquellos objetivos criminales de éste. Tal hecho base no se vincula a la conclusión con lazos lógicos que no autoricen conclusiones inocuas no menos firmes desde esa perspectiva de la lógica.

En consecuencia, aplicando también aquí el canon de control que hemos expuesto en anteriores motivos respecto a la exigencia de prueba real en caso de medios indirectos, debemos concluir que ha sido vulnerada la garantía de presunción de inocencia con deriva estimación del recurso y absolución de la recurrente en la sentencia que seguidamente dictaremos.

DECIMOQUINTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo. 901 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) procede imponer a D. Ángel y a D. Alberto las costas derivadas de sus correspondientes recursos, siendo de oficio las derivadas de los demás estimados parcial o totalmente.

Por ello decidimos el siguiente

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos por los condenados D. Ángel y D. Alberto, contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 2006 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en la causa seguida contra los mismos, por un delito contra la salud pública; en autos de los que procede este recurso, confirmando en su totalidad la citada sentencia en lo que se refiere a dichos condenados. Imponiéndoles la obligación de satisfacer las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN de la misma sentencia, por estimación parcial de los recursos interpuestos por D. Raúl y D. Luis Manuel y total de los interpuestos por D^a María Consuelo y D^a Lourdes, casando y anulando dicha sentencia; con declaración de oficio de las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de julio de dos mil siete.

En el sumario instruido por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Sebastián, contra Ángel, Raúl, Luis Manuel Y Alberto, éstos en prisión por la presente causa, y Lourdes, y María Consuelo, ambas en libertad, habiéndose dictado sentencia el día 2 de mayo de 2006 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

De los hechos declarados probados no pude colegirse racionalmente que las acusadas Doña María Consuelo y Doña Lourdes, conociesen los actos de tráfico imputados a los coacusados y menos aún, que tomasen parte de modo alguno en la tenencia, transporte o venta de la droga ocupada, por lo que no pueden ser tenidas por autoras de delito contra la salud pública, debiendo ser absueltas con los pronunciamientos subsiguientes.

SEGUNDO

No constando que los acusados D. Luis Manuel y D. Raúl, participasen en la tenencia, transporte ni siquiera compra para posterior, enajenación, de toda la droga transportada y destinada al tráfico por los otros coacusados, sino solamente de una cantidad no determinada, que no consta superior a 283 gramos con pureza tal que la cantidad con el principio básico es inferior a 56 gramos. Deben ser condenados como autores del delito previsto y penado en el artículo 368 del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) en relación a sustancias que causan grave daño a la salud.

No obstante dada la importancia económica de la adquisición que tenían concertada y la cantidad de sustancia pura, que iban a destinar al ilícito tráfico, en aplicación del artículo 66.1º del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de los hechos, procede imponer la pena en su mitad superior, fijándola en siete años de prisión. Por su parte la pena de multa, dado el valor que los mismos acusados daban a la droga que se proponían adquirir, se fija en 5.000 euros.

En consecuencia dictamos el siguiente

III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a las acusadas D^a María Consuelo o y D^a Lourdes s, del delito por el que venían condenadas dejando sin efecto las medidas acordadas respecto a ellas y declarando de oficio las costas de la instancia

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Raúl I y a D. Luis Manuel I como autores del delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la misma a la pena siete años de prisión y multa de 5.000 euros a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago a cada uno de la octava parte de las costas de la instancia

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EL EXCMO. SRD LUCIANO VARELA, EN SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 10749/2006 -P

Aun respetando la argumentación asumida por la mayoría del Tribunal, me veo obligado a discrepar del parecer mayoritario en un aspecto concreto de la sentencia: estimar que la condena de D. Luis Manuel I, vulnera su derecho a la presunción de inocencia

Comparto con la mayoría el alcance del control en casación de la existencia de prueba necesaria para enervar la citada presunción. El canon que debe superar la sentencia recurrida, en su fundamentación partiendo de hechos indiciarios para establecer la conclusión incriminadora, es el de la suficiencia desde el punto de vista racional y lógico. Eso solamente ocurre en la medida que sus inferencias sean concluyentes, es decir, cuando no se muestren faltas de lógica, o no resulte tan abierto lo inferible desde el hecho base que la alternativa exoneradora de imputación sea razonable. También cuando aparezcan suficientemente ciertos los hechos desde los que aquellas inferencias son construidas. Lo que no ocurre cuando esos hechos base son, a su vez, conclusiones inferidas por cauce de presunción a partir de otros hechos cuya razonabilidad sea cuestionada en los términos antes dichos

A diferencia de la mayoría, estimo que las relaciones de D. Luis Manuel I con los coacusados D. Ángel I y D. Luis Antonio o, no resultan acreditadas por la manifestación del testigo Sr. Jose Enrique e. Este identifica a este acusado, primero en reconocimiento fotográfico que la sentencia recurrida declara no utilizable. Y, después, en reconocimiento en sede judicial. Pero en juicio oral expresamente manifiesta que no puede afirmar que cuando lo vio en su establecimiento coincidiera con los holandeses

Por otro lado, entiende la mayoría que, existiendo dos teléfonos en el vehículo que usaba este penado con el coacusado D. Raúl I, y habiendo recibido llamadas en los mismos del coacusado D. Ángel I en al menos una de esas llamadas era D. Luis Manuel I el que disponía del terminal. Se añade que la existencia de una llamada desde uno de esos dos terminales al otro predica que alguien diverso de D. Raúl I lo usaba. Y ese alguien tenía que ser D. Luis Manuel I. Me parece, por el contrario, que es demasiado dudoso como para establecerlo como hecho probado. Porque no se dispone de la ubicación de tales terminales en el momento de registrarse la llamada del terminal de D. Raúl I al otro terminal, que nada permite decir no sea también suyo. Ni menos quien, en tal momento lo tenía en su poder. En consecuencia por esta vía tampoco puede establecerse la relación entre D. Luis Manuel I y D. Ángel I, tan esencial para justificar la condena de aquél como partícipe en la actuación de tenencia y tráfico de la droga en la que estaba implicado el holandés

La presencia en el lugar de los hechos acompañando a D. Raúl I es también un dato multívoco. Entre las razones lógicas de la misma puede hallarse la amistad con el acusado D. Raúl I, sin que pueda estimarse concluyente la estimación de que o participaba en el hecho o reforzaba la voluntad de su ejecución por el otro acusado acompañado

La ausencia de hallazgos en el domicilio de D. Luis Manuel I reveladores de actividades relacionadas con la posesión de drogas se erige en un contraindicio de la conclusión inferida por la mayoría del Tribunal y por el de instancia

Por todo ello estimo que no debió aceptarse como razonable la argumentación por la que el Tribunal de instancia llegó a establecer la participación de este recurrente cuyos motivos primero y tercero debieron ser estimados con la consiguiente absolución del acusado.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado

Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico