



Roj: **STS 470/2023 - ECLI:ES:TS:2023:470**

Id Cendoj: **28079120012023100093**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2023**

Nº de Recurso: **10481/2022**

Nº de Resolución: **75/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 75/2023

Fecha de sentencia: 09/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10481/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/02/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10481/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 75/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de febrero de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10481/2022 por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por **D. Justino**, representado por el procurador D. Pablo José Trujillo Castellano y bajo la dirección letrada de D. Javier Vicente Gimeno Ortega y por D. Luciano, D. Manuel y D. Mariano, representados conjuntamente por el procurador D. Manuel María Méndez Perea y bajo la dirección letrada de D. Elías Carcedo Fernández, contra la sentencia núm. 149/2022, de 8 de junio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación núm. 28/2022, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes contra la Sentencia núm. 271/2021, de 17 de noviembre y aclarada por auto de fecha 17 de diciembre de 2021, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 20/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Barbate, que condenó a D. Justino, D. Luciano, D. Manuel y D. Mariano como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud con las circunstancias agravantes específicas de extrema gravedad por la cantidad de droga y utilización de embarcación y de un delito de contrabando en concurso medial sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Es parte el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera e Instrucción núm. 1 de Barbate, incoó Diligencias Previas núm. 241/2019, por delitos contra la salud pública y contrabando contra D. Justino, D. Luciano, D. Manuel, y contra D. Mariano y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Cádiz cuya Sección Cuarta dictó, en el Rollo núm. 20/2021, sentencia el 17 de noviembre de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"**ÚNICO.**- Justino, Luciano, Manuel y Mariano, mayores de edad y de nacionalidad marroquí, se concertaron para el transporte de hachís hasta las costas españolas, para destinarlo al tráfico.

Sobre las 10.00 horas aproximadamente del día 13 de mayo de 2019, la Guardia Civil fue informada de la detección de una embarcación sospechosa de estar realizando un transporte de hachís, ocupada por cuatro personas no identificadas y navegando al sur de la localidad de Barbate, con rumbo oeste. Rápidamente, la embarcación auxiliar de la Guardia Civil, con matrícula LPJ-....-...., al mando del Sargento 1º con TIP núm. NUM000, estando este acompañado de los Guardias Civiles con TIP NUM001, NUM002, y NUM003, pusieron rumbo hacia el Cabo de Trafalgar para interceptar la mencionada embarcación. Al encontrarse próximos a la misma, sobre las 11:00 Horas, y percatándose los acusados, que se encontraban en dicha embarcación, de la presencia de la embarcación de la guardia civil comenzaron a arrojar fardos de hachís al agua. Al maniobrar la embarcación de la guardia civil para abarcar a la de los acusados y abordarlos, la embarcación de los acusados hizo unas maniobras para evitarlo colisionando con la embarcación de la guardia civil, rajándole el flotador de la amura de babor y de proa. Los citados guardias civiles lograron detener a los acusados, en cuya embarcación intervinieron 6 fardos de hachís y recuperaron del agua 46 fardos similares a los primeros, siendo asistidos por otra semirrígida del Servicio Marítimo de Cádiz que se trasladó al lugar y que tenía al mando al agente con TIP NUM004, la cual recuperó del agua otros 25 fardos más.

La embarcación utilizada por los acusados para el transporte de la droga era una embarcación de alta velocidad de 12'5 metros de eslora, sin matrícula, con tres motores de 350 CV de potencia cada uno de ellos, encontrándose en su interior garrafas de gasolina. El valor de la embarcación asciende a 63.900 euros y el de los tres motores en 59.836 euros.

En el momento de la detención, se intervino a los acusados siete teléfonos móviles (cuatro de la marca Nokia y tres smartphones de las marcas Iphone y Samsung).

La droga intervenida, una vez analizada, arrojó el siguiente resultado: 66.340 gramos (peso neto) con un índice de THC del 29'4%; 93.202 gramos (peso neto) con un índice de THC del 35'5%; 656.634 gramos (peso neto) con un índice de THC del 36'7%; y 1.561,781 gramos (peso neto) con un índice de THC del 20'4% (peso neto) total del droga intervenida de 2.377,957 gramos.

La sustancia habría obtenido un valor de mercado ilícito de 3.983.150 euros.

Los daños sufridos por la embarcación oficial de la Guardia Civil ascienden a 9.350 euros, cantidad que ha sido abonada por los acusados antes de la celebración del juicio."

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

"CONDENAMOS a Justino, Luciano, Manuel y a Mariano como autores penalmente responsables de un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA de sustancias que no causan grave daño a la salud con las circunstancias



agravantes específicas de extrema gravedad por la cantidad de droga y utilización de embarcación y de un delito de CONTRABANDO en concurso medial sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad final a las penas conjuntamente para ambos delitos, a cada uno de ellos, de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, dos multas de 10 mil euros cada una así como al pago de las costas del presente procedimiento. Se acuerda prorrogar la prisión preventiva de los condenados Justino , Luciano , Manuel y a Mariano hasta la mitad de la pena impuesta, esto es hasta el 11/05/2023.

Se acuerda el comiso de la droga, siete teléfonos móviles, embarcación y tres motores intervenidos a los que se dará el destino legal.

Se acuerda el comiso definitivo y la destrucción de la sustancia intervenida.

Se acuerda la PRORROGA DE LA PRISION PROVISIONAL de Justino , Luciano , Manuel y a Mariano hasta la mitad de la pena impuesta, esto es hasta."

La Audiencia de instancia dictó Auto de Aclaración de fecha 17 de diciembre de 2021 con la siguiente parte **dispositiva**:

"Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, los Magistrados, ante mi, la Letrados de la Administración de Justicia ACUERDAN:

Se aclara la sentencia recaída las presentes actuaciones en ese sentido de:

-Suprimir del fallo de la sentencia:"Se acuerda la PRORROGA DE LA PRISION PROVISIONAL de Justino , Luciano , Manuel y a Mariano hasta la mitad de la pena impuesta, esto es hasta."

-Añadir al fundamento séptimo de la sentencia: En cuanto al delito contra salud pública por el que han sido condenados, el art 368 del CP establece para el tráfico de drogas de sustancias que no causa grave daño a la salud la pena de uno a tres años de prisión y multa del tanto al duplo del valor de la droga intervenida, debiendo confirme al art 370 del CP imponerse la pena superior en uno o dos grados. Por tanto el arco penológico sería de tres años a seis años y nueve meses de prisión y multa del tanto al triple del valor de la droga. Teniendo en cuenta la gran cantidad de hachís destinada al tráfico, que supera con creces la cantidad de dos kilos y medio que ya permitiría aplicar el subtipo agravado del art de 369.1.5 y la ausencia de circunstancia atenuante alguna, consideramos que la pena que debería imponerse sería la de cinco años de prisión.

Respecto al delito de contrabando establece el art 3 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. Así mismo dispone que en los casos previstos en las letras a), b) y e), salvo en esta última para los productos de la letra d), del artículo 2.1 las penas se impondrán en su mitad inferior En los demás casos previstos en el artículo 2 las penas se impondrán en su mitad superior.

Por tanto en el presente caso en que se ha cometido un delito de contrabando del art 2.2 b) de la citada Ley debería imponerse la pena de prisión en su mitad superior de 3 a 5 años de prisión, por lo que no concurriendo circunstancia atenuante alguna y conforme al principio acusatorio, la pena a imponer sería de 3 años y 6 meses de prisión.

-rectificarse el fundamento séptimo de la sentencia y el fallo en el sentido de que donde dice "10 mil euros" debe decir "diez millones de euros.

Precisar el fundamento jurídico cuarto de la sentencia en el sentido de que las referencias al art 2,2 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, son al art 2,2b) de dicha Ley."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de los condenados D. Justino , D. Luciano , D. Manuel , y D. Mariano , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en fecha 8 de junio de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 28/2022, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Que desestimando íntegramente los recursos formulados por la defensa de los condenados contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, confirmamos ésta en todos sus extremos. Sin condena al pago de las costas causadas en esta segunda instancia."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por los acusados, 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.



QUINTO.- Las representaciones procesal de los recurrentes basan su recursos de casación en los siguientes motivos:

A) D. Justino :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, en base al art. 852 de la LECrim (en su redacción dada conforme a lo establecido en la Disposición Final 12ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), por vulnerarse el principio constitucional a la presunción de inocencia, íntimamente imbricado con el principio in dubio estandum est pro reo.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, en base al art. 852 de la LECrim (en su redacción dada conforme a lo establecido en la Disposición Final 12ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J. por vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, consagrados en el art. 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en armonía con el cauce procesal previsto en la LECrim, por infracción de ley, en su art. 849.1 .

Tercero.- Por infracción de ley, en base al art. 849.2 de la LECrim (en su redacción dada conforme a lo establecido en Ley 6/1985, de 27 de Marzo, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de infracción de ley) por error en la apreciación de la prueba.

Cuarto.- Por infracción de ley a tenor de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim, en relación al art. 21.5 y 21.6 del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de ley, a tenor de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim, en relación al art. 370.3 del Código Penal.

B) D. Luciano , D. Manuel y D. Mariano :

Primero. - El primer motivo casacional se formula al socaire de lo previsto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como en el art. 852 de la LECrim, que establecen ambos que en todos los casos que proceda el recurso de casación éste podrá interponerse fundándose en la infracción de preceptos constitucionales.

Segundo.- El segundo motivo de casación se formula por infracción de ley y doctrina legal al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim. Vulneración de los preceptos penales de carácter sustantivo y criterios jurisprudenciales que deben observarse en la aplicación de la Ley penal en lo referido a la calificación de los hechos.

Tercero.- Infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra el art. 24 de la Constitución Española.

Cuarto.- Con base en los arts. 370.3 y arts. 21.5 y 21.6 del Código Penal.

Quinto.- Posible condena como petición subsidiaria.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Se tiene por decaída a las representaciones procesales de los recurrentes a evacuar el traslado que les fue conferido a los efectos del art. 882, párrafo segundo de la LECrim. Seguidamente, la Sala admitió los recursos de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes, D. Justino , D. Mariano , D. Luciano y D. Manuel , han sido condenados en sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, como autores de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, de extrema gravedad por la utilización de embarcación, y de un delito de contrabando en concurso medial, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas, a cada uno de ellos, de ocho años de prisión, inhabilitación especial para el derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y dos multas de diez millones de euros. También fueron condenados al pago de las costas procesales.

Igualmente se acordó el comiso de la droga, siete teléfonos móviles, embarcación y tres motores intervenidos a los que se dará el destino legal, así como el comiso definitivo y la destrucción de la sustancia intervenida.



El recurso se dirige contra la sentencia núm. 149/2022, de 8 de junio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en el Rollo de Apelación núm. 28/2022, que desestimó el recurso de apelación presentado por la defensa de los condenados contra la sentencia núm. 271/2021, dictada en fecha 17 de noviembre de 2021 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Procedimiento Abreviado núm. 20/2021.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia.

Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (AATS núm. 662/2019, de 27 de junio, 674/2019, de 27 de junio, 655/2019, de 20 de junio, con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del artículo 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada."

En definitiva el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediación, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

En el mismo sentido, hemos señalado en la sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre que "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de



recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa."

Desde esta perspectiva procede analizar los motivos del recurso que formulan las representaciones de D. Justino, D. Mariano, D. Luciano y D. Manuel.

Recurso formulado por D. Justino

TERCERO.- A través del primer y tercer motivos del recurso, que formula, respectivamente, por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim y art. 24.2 CE y por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim, denuncia el recurrente vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo, así como error en la apreciación de la prueba.

En su desarrollo cuestiona la cadena de custodia de la sustancia estupefaciente aprehendida. Señala que la aprehensión de los fardos de hachís fue realizada en tres fases diferentes, y a través de tres tipos de procedimientos distintos, por personal dispar, en lugares diferentes, sin que existan actas de intervención, de recuento, de identificación del color de los bultos y su estado de conservación, así como relativas al recuento, pesaje y posteriores diferentes y variados traslados de cada uno de esos bultos intervenidos. Añade que no existen elementos probatorios de la correcta conducción de la sustancia y del respeto de su cadena de custodia. Destaca la inclusión en las actuaciones de un acta de recepción de sustancia estupefaciente y de fotografías y peritajes de otras embarcaciones correspondientes a otra actuación distinta a la que dio origen al presente procedimiento. Por ello entiende que han sido vulnerados todos en los protocolos de obligado cumplimiento para el pesaje y la determinación del tipo de sustancia y su pureza/riqueza, y, por ello, considera nula la cadena de custodia. Se queja también de las incongruencias, imprecisiones y contradicciones en que incurrieron el Instructor y Secretario del atestado, entre ellos y con el resto de operativos intervinientes, en relación a la intervención de un helicóptero, embarcaciones oficiales intervinientes, bultos aprehendidos, estado de la embarcación semirrígida intervenida, de los motores, y su valoración.

El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, en base al art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, consagrados en el art. 24.1 y 2 CE.

En el mismo, y con remisión al anterior motivo, insiste el recurrente en que existe una insuficiente prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia por resultar el acervo probatorio absolutamente confuso, dubitativo, pleno de errores, carente de un control suficiente para que se considere firme, veraz y con alcance acusatorio bastante como para enervar la presunción de inocencia.

Reitera que no hay mínima actividad probatoria realizada con las garantías referida a todos los elementos esenciales del delito, como el número de fardos de hachís y su contenido, identificación y valoración de la embarcación que ampara el delito de contrabando, así como que de tal actividad probatoria quepa inferir razonablemente los hechos y su participación en los mismos.

1. Frente a tales consideraciones debemos comenzar recordando que la función casacional encomendada a esta Sala "ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) 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" (SSTS 128/2008; 448/2011, de 19 de mayo y 741/2015, de 10 de noviembre).

2. Conforme exponíamos en la sentencia núm. 513/2018, de 30 de octubre, con referencia expresa a las sentencias núm. 6/2010, de 27 de enero; 776/2011, de 20 de julio; 1045/2011, de 14 de octubre; 776/2011, de 20 de julio y 347/2012, de 25 de abril, "el problema que plantea la cadena de custodia "es garantizar que, desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito, hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello, sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal, es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la "mismidad" de la prueba, pues al tener que pasar la sustancia intervenida por distintos lugares para que se verifiquen los distintos exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se intervienen hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye.

Lo hallado debe ser descrito y tomado con las debidas garantías, puesto en depósito y con las debidas garantías, y analizado con las debidas garantías. El art. 318 LECrim. previene que "los instrumentos, armas y efectos a los que se refiere el art. 334 se sellarán si fuera posible y se acordará su retención, conservación o



envío al organismo adecuado para su depósito. Para el caso de decomiso de drogas y estupefacientes, el art. 3 Ley 17/67, de 8/4, ordena que `las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes y en sentido la consulta 2/86 de la Fiscalía General de Farmacia o Direcciones Provinciales de Sanidad y Consumo -vigencia de la norma recordada por STS. 6.7.90- en cuanto a la relevancia de los protocolos científicos (art. 788 LECrim) en el momento de la recogida y custodia de la pieza de convicción que haya de analizarse, en la orden de 8.11.96, se señalan las normas de preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología.

Ahora bien, existe la presunción de lo recabado por el juez, el perito o la Policía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiese habido algún tipo de posible manipulación.

Por ello en STS. 4.6.20010 hemos dicho que la irregularidad de la `cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar, que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente `cadena de custodia, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados."

3. En el caso de autos, el Tribunal de instancia en base a los datos recabados en las actuaciones, tuvo la plena convicción de que la sustancia y embarcación intervenidas fueron las mismas que fueron peritadas, y por tanto ninguna deficiencia, con efecto en las garantías de la cadena de custodia, se produjo.

Pese a las dudas que suscita el recurrente, el Tribunal Superior de Justicia explica perfectamente cómo, a su juicio, la sustancia analizada coincide con la hallada en poder de los acusados, así como también que la embarcación examinada y peritada es sin duda la utilizada por aquellos.

En primer lugar constata que no obra en las actuaciones el acta de recepción de sustancias, al referirse la que por error obra en autos a un atestado diferente del que originó este procedimiento. Descarta cualquier intento de manipulación o suplantación teniendo en cuenta que el contenido del acta no se presta a confusión alguna. Sin embargo ha podido comprobar que en las actuaciones aparece el documento de ""Datos relativos a la aprehensión", que fue recibido por la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno (consta el sello) con fecha 16 de mayo, y en la que se indica correctamente el número del atestado y la fecha de la aprehensión (13 mayo 2019). La descripción que en dicho documento aparece se corresponde cabalmente con la descripción de lo intervenido en el atestado, que se redacta con fecha 14 mayo 2019 (folio 3), así como con la manifestación del Sargento D. Leon efectuada el mismo día 13 mayo 2019 (folio 9). Aparece también, en el folio 24, una diligencia certificada de pesaje, valoración y destino de la droga intervenida, cuya descripción no ofrece dudas, en la que se menciona que la droga intervenida se remitiría a la Delegación de Sanidad en Cádiz". Destaca además que "En el plenario, el agente de la Guardia Civil NUM005 fue explícito, ratificando la mencionada diligencia de entrega a la Dependencia de Sanidad y explicando de manera coherente cómo fue recibida la sustancia y llevada a Sanidad; igualmente, la técnico de la Subdelegación del Gobierno NUM006 también ratificó dicha diligencia y manifestó que recibió la droga de la unidad que la había aprehendido. Es esa la sustancia que fue analizada y que da lugar al informe pericial que obra al folio 64, y que constituye la prueba en la que se basa la condena por el delito contra la salud pública".

Junto a ello, ha verificado que "la droga que se describe en los mencionados documentos es perfectamente compatible y se corresponde con lo manifestado como testigos por los agentes que intervinieron en la detención, y que los recurrentes no han introducido eficazmente dudas concretas que permitan valorar como posible una manipulación o alteración involuntaria, o la falta de veracidad de las declaraciones testimoniales de los agentes". Todo ello le lleva a concluir de forma racional que "la sustancia analizada es la misma que la incautada en posesión de los acusados".

Igual conclusión alcanza sobre la embarcación. Sustenta su parecer en la descripción que los agentes que declararon como testigos realizaron de la embarcación utilizada, refiriéndose a su tamaño, características físicas y existencia de tres motores. A ello añade el reconocimiento por parte de los recurrentes al señalar que algunos de los motores estaban averiados, sin discutir eficazmente que fueran tres motores y sin ofrecer detalles que permitan apreciar algún error en su identificación.



No existe pues vulneración de la cadena de custodia, y la prueba pericial ha sido debidamente valorada. Lo que debe analizarse es si el proceso de razonamiento del Tribunal en torno a la pericia e incautación de la sustancia es correcto, y, como se ha expuesto, así debe entenderse el verificado por el Tribunal.

Las circunstancias alegadas por el recurrente no pueden dar lugar sin más a una nulidad probatoria. Máxime cuando no constan datos objetivos ni signos indiciarios concretos que permitan ni siquiera intuir una modificación o sustitución de la sustancia estupefaciente, sino todo lo contrario. Pues, como ya ha sido examinado, el Tribunal ha explicado debida y razonablemente porqué considera acreditado que la sustancia que aparece en el atestado es la misma que la que fue entregada para su análisis a la dependencia de sanidad, fue efectivamente analizada con el resultado consignado en el informe correspondiente. Igual conclusión cabe alcanzar sobre la embarcación utilizada.

Los motivos por ello no pueden prosperar.

CUARTO.- El cuarto motivo se deduce por infracción de ley, a tenor de lo dispuesto en el art. 849 LECrim, por infracción de los arts. 21.5 y 21.6 CP.

Considera que le debió ser apreciada la atenuante de reparación ya que antes del inicio del juicio los cuatro acusados procedieron a abonar el importe de los daños ocasionados en la embarcación de la Guardia Civil como consecuencia de las maniobras realizadas para eludir el abordaje, que ascendía a 9.350 euros, debiendo ser valorado el esfuerzo realizado teniendo en cuenta que lleva tres años en prisión.

Igualmente estima de aplicación la atenuante de dilaciones indebidas. Al efecto señala que el proceso sufrió un retroceso en abril de 2020, a instancia del Ministerio Fiscal, más de un año después de haber sido incoado el procedimiento, a fin de que se les recibiera declaración por los hechos constitutivos de delito de contrabando, demorándose esa segunda fase acusatoria más de un año. Igualmente destaca que la embarcación intervenida el día 13 de Mayo de 2.019 no fuera analizada ni peritada hasta el día 8 de Julio de 2.020. Además destaca que tal dilación es más significativa si tenemos en cuenta que los cuatro acusados se encuentran en prisión provisional desde el inicio de las actuaciones.

1. En relación a la atenuante de reparación, con carácter general, la doctrina de esta Sala ha considerado que no puede ser apreciada en los delitos de simple actividad, como es el tráfico de drogas, ya que no pueden ser reparados los efectos del delito, cuando se trata de ilícitos penales de mero peligro, sin necesidad de resultado o efectos especiales como elementos integrantes del tipo penal. En este sentido, decíamos en la sentencia núm. 545/2012, de 22 de junio, que esta atenuante "solo es aplicable a los delitos de resultado, no se simple actividad, pues solo aquellos pueden dar lugar a una reparación del daño o disminución de sus efectos y, en la medida en que se exige que el autor de la infracción haya reparado, el daño y los efectos con ella ocasionados, se trata de una consecuencia de muy difícil aplicación cuando se trata de un delito de peligro". En el mismo sentido, destacábamos en la sentencia núm. 1365/2005, de 22 de noviembre, que esta atenuante "no es aplicable ni por analogía, desde el momento que ninguna reparación del daño se ha producido, (...) no se compagina bien la naturaleza del delito con la aplicación de tal atenuación, en tanto, en cuanto el bien jurídico protegido es de naturaleza abstracta, la salud de las personas in genere, aunque pueda concretarse, posteriormente, en la afectación negativa a personas individuales, circunstancia no necesaria para la consumación del delito".

En todo caso, además, en el supuesto sometido a consideración la consignación realizada no ha ido destinada a disminuir los efectos del delito, cuya autoría no ha sido admitida en momento alguno por los acusados, sino a resarcir el daño ocasionado en la embarcación de la Guardia Civil como consecuencia de la actuación de los acusados contraria al abordaje de su embarcación y consecuentemente a su detención.

2. Tampoco puede ser apreciada la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Según expresábamos en la sentencia núm.169/2019, de 28 de marzo, "este Tribunal viene señalando (sentencias núms. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal.

Como criterios a tener en cuenta en la doctrina del Tribunal Constitucional y en jurisprudencia del Tribunal Supremo para determinar si se han producido o no las dilaciones indebidas, se encuentran: a) la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas; b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso; d) el interés que



en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes; e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles, etc."

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 703/2018, de 14 de enero, "el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

También debe recordarse que es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS 440/2012, de 29 de mayo; 1394/2009, de 25 de enero; 106/2009, de 4 de febrero; 553/2008, de 18 de septiembre; 1123/2007, de 26 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 1288/2006, de 11 de diciembre y la expresada por el Tribunal de instancia, núm. 277/2018, de 8 de junio), la que considera (STS 1394/2009 de 25 de enero) que "la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, correremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud." En este mismo sentido, exponíamos en la sentencia núm. 1123/2007, de 26 de diciembre, "como fecha de inicio para la determinación de posibles dilaciones no puede tomarse la de la ocurrencia de los hechos, ni tan siquiera la de la denuncia efectuada ante la autoridad judicial, sino aquella fecha en la que el denunciado/querellado comenzó a sufrir las consecuencias del proceso. Por decirlo con las palabras del TEDH en las sentencias Eckle vs. Alemania de 15 de Julio de 1982 ó López Solé vs. España, de 28 de Octubre de 2003 "....el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos....".

En el caso de autos, los hechos acontecieron el día 13 de mayo de 2019, el procedimiento se inició el día 15 de mayo de 2019 y la Audiencia Provincial dictó sentencia el día 17 de noviembre de 2021. Señala el Tribunal Superior de Justicia que aun cuando el auto de transformación en procedimiento abreviado fue dejado sin efecto como consecuencia del recurso formulado por el Ministerio Fiscal, las nuevas actuaciones realizadas no se limitaron a recibir nueva declaración a los investigados sino que fueron practicadas otras diligencias a instancia de las defensas. Además pese a la tardanza en la realización de la pericia acordada sobre la embarcación, durante aquel tiempo las actuaciones son quedaron paralizadas, habiendo sido practicadas otras diligencias.

Atendiendo a tales hitos temporales no puede apreciarse que la causa haya sufrido una dilación extraordinaria. Transcurrió un año y medio desde que los recurrentes fueron detenidos y prestaran declaración como investigados hasta la celebración del Juicio Oral y el dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial. No se detecta ninguna paralización importante.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 1. El quinto motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 370.3 CP.

Denuncia a través de este motivo que la Audiencia Provincial no razona ni explica si, en aplicación de este precepto, ha decidido aumentar la pena en uno o en dos grados, lo cual le ocasiona indefensión.

Indica que la cantidad total de droga aprehendida es 2.377,957 grs, inferior por tanto a los 2.500 kg que permiten la aplicación de la agravante de extrema gravedad. Por ello, si la cantidad de sustancia intervenida es de notoria importancia y no de extrema gravedad y se aumentase en un grado la pena del tipo básico del



artículo 368 del CP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 369.1.5ª del mismo texto legal, el arco penológico aplicable, en cuanto a la pena de prisión se refiere, podrá ser de 3 años y 1 día a 4 años y 6 meses.

Continúa señalando que la relación en concurso medial con el delito de contrabando llevaría a aumentar la pena en otro grado más, correspondiendo el abanico penológico con una pena de entre 4 años, 6 meses y 1 día, hasta la de 6 años y 9 meses.

Se refiere también al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 25 de Noviembre de 2008, que señala: "Sobre el alcance de la extrema gravedad en relación con el exceso notable de notoria importancia y utilización de buque: la aplicación de la agravación del artículo 370.3 del Código Penal, referida a la extrema gravedad de la cuantía de la sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en el que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia. A los efectos del artículo 370.3 del Código Penal, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de "buque". La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propio o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por lo tanto, quedan excluidas de este concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras para efectuar travesías de cierta entidad".

En base a tal Acuerdo, estima que, además de no deberse cuantificar, a los efectos de determinar la notoria importancia, los bultos recogidos del agua por no poder ser atribuidos a los acusados, el total de la droga aprehendida es inferior a los 2.500 kg.

En relación a la embarcación señala que nunca se peritó el estado de funcionamiento de los motores, siendo peritados como si fueran nuevos, y desconociendo si eran aptos o no para el funcionamiento, así como, en su caso, el coste de reparación de los mismos.

2. El concepto de buque al que se refiere el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 25 de noviembre de 2008, al que hace alusión el recurrente, ha sido abandonado tras la nueva redacción del precepto contenido en el art. 370.3 CP llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio. En este sentido en la sentencia núm. 859/2015 de 28 de diciembre explicábamos, con remisión a la sentencia núm. 886/2012, que "tras la reforma operada por la LO 5/2010, en vigor al tiempo de los hechos enjuiciados, se amplían las previsiones anteriores que solamente se referían al empleo de buques o aeronaves. "Con independencia, por lo tanto, de que el término "embarcación" pueda ser interpretado con un sentido más amplio que la referencia al "buque", lo cierto es que desde la entrada en vigor de la nueva redacción ambos supuestos son considerados como de extrema gravedad a los efectos de la aplicación del artículo 370."

(...) si bien con anterioridad a la LO 5/2010, estaban excluidas, con carácter general, las planeadoras, lanchas motoras y semirrígidas carentes de cubierta, dicha limitación desaparece cuando el texto reformado, se refiere tanto a "buques" como, con carácter más genérico, a "embarcaciones".

(...) En la exposición de motivos de la reforma legislativa se justifica y explica el añadido argumentando que "se precisa más adecuadamente la agravante de buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término 'embarcación' a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrígidas".

En esta misma línea se ha pronunciado la sentencia 690/2013, de 24 de septiembre, al incluir dentro del concepto legal a los efectos de interpretar el subtipo agravado una lancha semirrígida de siete metros de eslora y con un motor de 40 CV de potencia".

En el mismo sentido, señalábamos en la sentencia núm. 942/2021 de 1 de diciembre, con cita de la sentencia núm. 52/2017, de 3 de febrero, que "(...) si bien la jurisprudencia de la Sala ha ido fijando el concepto de buque y embarcación a estos efectos, en la actualidad, existe un concepto normativo de ésta última, al que se refiere el Real Decreto Ley 16/2018, de 26 de octubre, por el que se adoptan determinadas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de personas y mercancías en relación con las embarcaciones utilizadas, en cuya Exposición de Motivos se dice que:

"El incremento del contrabando de determinados géneros, en especial drogas y tabaco, es consecuencia parcialmente del uso cada día más habitual por parte de las organizaciones criminales de las denominadas embarcaciones de alta velocidad neumáticas y semirrígidas.

El uso de embarcaciones neumáticas y semirrígidas de alta velocidad para la rápida introducción de géneros de contrabando (fundamentalmente hachís, cocaína y cigarrillos) mediante el trasbordo o el alijo en la playa es una de las principales amenazas a la que se enfrentan diariamente el Servicio de Vigilancia Aduanera de la Agencia



Estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Recientemente, además, estas embarcaciones de alta velocidad están siendo utilizadas también para el transporte ilegal de inmigrantes."

El artículo Único, en su apartado 2º, dice que se entenderá por "a) Embarcaciones neumáticas o semirrígidas: Aquellas que tengan flotadores rellenables o insuflables o en las que la totalidad o parte de su casco esté constituida por elementos no rígidos.". En consecuencia, la descripción que consta en el relato fáctico coincide con el concepto normativo de embarcación por lo que sí es procedente la aplicación de la agravación del art. 370.3º del CP".

En nuestro caso, según refiere el hecho probado, "la embarcación utilizada por los acusados para el transporte de la droga era una embarcación de alta velocidad de 12'5 metros de eslora, sin matrícula, con tres motores de 350 CV de potencia cada uno de ellos, encontrándose en su interior garrafas de gasolina", la que, conforme a la doctrina que ha sido expuesta se encuentra comprendida en el subtipo agravado contemplado en el art. 370.3 CP. Con independencia de cual fuera su valor, el Tribunal ha constatado, a través de la testifical practicada, que la embarcación funcionaba correctamente, habiendo sido arrancados los motores por los agentes de la Guardia Civil que la trasladaron a tierra navegando por sus propios medios. Además, la embarcación funcionaba a propulsión, lo que permitió a los acusados realizar maniobras evasivas intentando la fuga, lo que dificultó su detención.

3. Frente a las consideraciones realizadas por el recurrente, conforme se indica por la Audiencia, tanto en el fundamento séptimo de la sentencia como en el auto aclaratorio de la misma dictado con fecha 17 de diciembre de 2021, y ello avalado por el Tribunal Superior de Justicia, la elevación en dos grados de la pena prevista en el art. 368 CP, ha sido consecuencia de la apreciación de la agravación contenida en el art. 370.3 CP por la utilización de una embarcación como medio de transporte específico. Junto a ello el Tribunal ha tomado en consideración la cantidad de droga intervenida que, aun cuando "no integra la cantidad de hachís que transportaban (2.377,957 grs) superaba muy ampliamente la cantidad que ya había permitido apreciar la agravante específica de notoria gravedad, así como las características y valor del bien objeto de contrabando".

4. Además el Tribunal, en su sentencia completada con el auto de aclaración dictado el día 17 de diciembre de 2021, expone convenientemente los motivos que le llevan a la imposición de una única pena en extensión de ocho años. El Tribunal Superior de Justicia ha reexaminado, a la luz de la queja del recurrente, las valoraciones y cálculos efectuados por la Audiencia Provincial para la fijación de la pena, llegando a idéntica conclusión.

La agravación prevista en el art. 370 CP lo es con referencia al art. 368 CP, sin pasar por el art. 369.1 CP. Así lo dispone expresamente el citado precepto y así lo entendió también la Audiencia, la que tanto en la sentencia como en el auto que la complementó, expone con meridiana claridad que la aplicación del art. 370.3 CP viene motivada por el uso de embarcación y no por la cuantía de la sustancia incautada. Tal precepto permite elevar la pena en uno o dos grados. Por ello, la pena a imponer por el delito contra la salud pública oscilaría entre los 3 años y 6 meses y 1 día y los 6 años y 9 meses de prisión. El Tribunal optó por la imposición de la pena en extensión de 5 años, lo que implica que elevó la pena en dos grados imponiéndola en extensión próxima al mínimo. Para ello valoró, no solo el uso de la embarcación que obligaba ya elevar la pena en al menos un grado, sino también la gran cantidad de droga que los acusados transportaban (2.377.957 grs), explicando "que supera con creces la cantidad de dos kilos y medio que ya permitiría aplicar el subtipo agravado del art. 369.1.5 y la ausencia de circunstancia atenuante alguna". Expresado en otros términos, como explica el Tribunal Superior de Justicia, "la gran cantidad de droga intervenida por sí sola permitiría el incremento de un grado por la aplicación del artículo 369.5º, y, habida cuenta de que excede tan notoriamente de la cantidad de 2,5 kg. y roza los 2.500 kgs. (es decir, la cantidad considerada como de notoria importancia multiplicada por mil), permite que la agravación correspondiente al art. 370 como consecuencia del empleo de la embarcación se concrete en dos grados, y no en uno".

Igualmente, en relación al delito de contrabando, siendo la pena señalada al delito por el que los acusados resultan condenados la de prisión de 3 a 5 años, atendiendo a la no concurrencia de circunstancia atenuante alguna, determinó que la pena a imponer debía serlo en su mitad inferior, en extensión de 3 años y 6 meses, y, por tanto muy próxima al mínimo legalmente previsto.

Finalmente, aplicando el art. 77.3 CP, la Audiencia decidió la imposición de una única pena en extensión de 8 años, pena superior a la que habría correspondido imponer por la infracción más grave (delito contra la salud pública). Tal pena resulta ser inferior a la suma de las que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos (5 años por el delito contra la salud pública, y 3 años y 6 meses por el delito de contrabando).

Por tanto, en la sentencia recurrida existen elementos suficientes valorados por el Tribunal para considerar que las penas impuestas son adecuadas y proporcionadas a los hechos por los que el recurrente ha sido condenado. Y, conforme a doctrina reiterada de esta Sala (SSTS 239/2018, de 23 de mayo; 183/2018, de 17 de abril; 1426/2005, de 7 de diciembre y 145005, de 7 de febrero), la concreta individualización de la pena,



corresponde al tribunal de instancia, de forma que la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser objeto de revisión, cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria.

Como hemos comprobado, ello no ocurre en el caso que nos ocupa, por lo que procede la desestimación del motivo.

Recurso formulado por D. Mariano , D. Luciano y D. Manuel .

SEXTO.- El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 852 LECrim., en relación con el art. 5.4º LOPJ, por infracción de precepto constitucional, al entender que se ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y proscripción de indefensión del art. 24.1 CE en conexión con el art. 120.3 CE en cuanto a la necesidad de la motivación de las sentencias.

En desarrollo de este motivo, se limitan los recurrentes a reproducir determinadas sentencias de esta Sala que señalan la necesidad de que las sentencias sean motivadas, sin concretar en el caso los motivos que sustenta su queja.

Como indicábamos en la sentencia núm. 539/2018, de 8 de noviembre, "El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional (STC 5 de abril de 1990); que lo reconocido en el art. 24.1 de la Constitución es el derecho de todas las personas a ser acogidas y oídas en el proceso, pero no a obtener una sentencia de conformidad, que la tutela judicial efectiva se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente; y que la indefensión con relevancia constitucional es tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997)".

En el supuesto examinado, la resolución recurrida ofrece a los recurrentes explicación suficiente sobre los motivos que han llevado a estimar los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública y de un delito de contrabando, así como las pruebas sobre las que fundamenta la participación en los mismos de los recurrentes. Igualmente, expone los motivos del rechazo de las circunstancias atenuantes invocadas por las defensas y las circunstancias tomadas en consideración en la individualización de las penas que han sido impuestas. De la misma manera el Tribunal Superior de Justicia ha ofrecido a los recurrentes oportuna, racional y suficiente explicación sobre los motivos que le han llevado al rechazo de sus recursos.

Ello ha permitido a las partes conocer puntualmente y combatir los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, por lo que existe indefensión alguna derivada de un defecto de motivación.

El motivo por ello no puede acogerse.

SÉPTIMO.- El segundo motivo se deduce por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849 LECrim.

Refieren que la cadena de custodia de la sustancia estupefaciente aprehendida ha sido quebrantada por completo, indicando la existencia de un acta de recepción de la sustancia en las dependencias de Sanidad que no corresponde a la sustancia ocupada en el presente procedimiento.

En el tercer y cuarto motivos, que enumeran como segundo y tercero, invocan, de manera genérica, el principio in dubio pro reo, estimando que existen dudas más que razonables para considerarles autores de los delitos por los que han resultado condenados. Igualmente afirman vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, limitándose a señalar que existe una insuficiente prueba de cargo que desvirtúe tal presunción, llegando incluso a solicitar la libre absolución de Leopoldo , persona ajena totalmente al presente procedimiento.

En un quinto motivo, que no sustentan en precepto legal alguno y que encabezan con la expresión "posible condena como petición subsidiaria", invocan la apreciación de las atenuantes de reparación de daño, al haber procedido a reparar el daño antes de juicio y pese a encontrarse privados de libertad, y de dilaciones indebidas, al haberse tardado en peritar la embarcación catorce meses.



Por último, excluyen la aplicación del supuesto agravado contemplado en el art. 370.3 CP, invocando el Acuerdo no jurisdiccional de esta Sala de fecha 25 de noviembre de 2008, al ascender la cantidad de hachís incautado a 2.3767,957 gramos y no haberse podido comprobar la operatividad de los tres motores, de 350 cv cada uno, que tenía la embarcación ocupada.

Los recurrentes reproducen las mismas quejas del recurso anterior, las cuales han sido analizadas en los fundamentos jurídicos tercero a quinto, que damos por reproducidos, para evitar reiteraciones innecesarias.

OCTAVO.- La desestimación de los recursos formulados por D. Justino , D. Mariano , D. Luciano y D. Manuel , determina la imposición de las costas de sus recursos. Todo ello de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) **Desestimar** los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D. Justino , D. Mariano , D. Luciano y D. Manuel , contra sentencia núm. 149/2022, de 8 de junio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación núm. 28/2022, en la causa seguida por delito contra la salud pública.

2) **Imponer** a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.