Roj: **STS 4313/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4313**

Id Cendoj: **28079120012021100905**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **24/11/2021**
Nº de Recurso: **10491/2021**
Nº de Resolución: **906/2021**
Procedimiento: **Recurso de casación penal**
Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 906/2021

Fecha de sentencia: 24/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10491/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10491/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 906/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 24 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Bernardo y D. Borja , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y desestimó los interpuestos por las representaciones de los anteriores acusados, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente, por los Procuradores D. José Ángel Donaire Gómez y bajo la dirección Letrada de D. Jorge Aurelio Moza Quesada y D. Sergio Domínguez Marín y bajo la dirección Letrada de D. Juan José Simón Infante.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Chiclana de la Frontera incoó Diligencias Previas con el nº 77/19 contra Bernardo y Borja , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, que con fecha 20 de noviembre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Queda probado y así se declara que Borja , mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, junto con Bernardo , de nacionalidad marroquí y sin antecedentes penales, y con otras personas que se desconocen, con la finalidad de obtener beneficio económico ilícito, se concertaron con anterioridad al 11 de febrero de 2019, para realizar una importante descarga de hachís en la playa de Santi Petri de Chiclana de la Frontera (Cádiz). Sobre las 05:20 horas de la citada fecha, los citados se encontraban a bordo de una embarcación fuera borda tipo semirrígida en compañía de otras dos personas no identificadas, en la que se transportaba 119 sacos de arpillera que contenían hachís, con rumbo a la playa de Sancti Petri denominada "Lavaculos" del término municipal de Chiclana de la Frontera, lo que fue divisado por el Servicio Integral de Vigilancia del Estrecho que avisó a una patrullera del Servicio Marítimo de la Guardia Civil con indicativo Delfín, que estaba operativa en la zona y que procedió a seguir a la anterior embarcación. Sobre las 06:00 horas del 11 de febrero de 2019, justo cuando la mencionada embarcación semirrígida toco tierra en el lugar reseñado y antes de que empezaran a descargar el hachís, apareció dicha patrullera de la Guardia Civil que bloqueó toda posible maniobra de la primera. En ese momento saltaron a tierra los cuatro individuos que ocupaban la semirrígida dándose a la fuga, siendo perseguidos por agentes de la Guardia Civil de la propia patrullera que consiguieron detener a los dos que arriba han sido citados, escapando el resto. La droga intervenida, que tras ser analizada se confirmó que era hachís, arrojó un peso neto de 3.874.969 gramos, de los cuales 1.597.028 gramos de polvo prensado tenían el 30,9 % de T1-1C y 2.277.941 gramos de polvo prensado tenía el 21,3% de THC. Dicha droga tiene un valor de 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores. En la misma playa se encontró un vehículo todo terreno marca Toyota modelo Land Cruiser con matrícula ....-QJH que figuraba sustraído en Madrid a su legítimo propietario el 23 de diciembre de 2018 y que le fue devuelto. Además en el interior del vehículo figuraba una placa de matrícula con nº .... ZRF que correspondía con un vehículo todo terreno distinto. También se les ocupo a Borja y a Bernardo dos teléfonos móviles a cada uno que se usaban para contactar entre ellos y con otros individuos que intervinieron en dicho alijo y que no han sido identificados. La droga intervenida, tras autorización del Juzgado de Instrucción de 14 de marzo de 2019 fue destruida, salvo las muestras guardadas para posibles contra análisis. SEGUNDO.- Queda probado y así se declara que la embarcación semirrígida intervenida medía 11,58 metros de eslora y 3,20 de manga, carecía de matrícula o número de casco, era de tipo Crompton y llevaba tres motores fuera borda marca Yamaha, modelo FL350 AETX de 350 CV de potencia cada uno de ellos. La embarcación está valorada en 150.000 euros aproximadamente. Sin embargo, no consta acreditado cual de las cuatro personas que viajaban en la misma la patroneaba o si Borja o Bernardo hicieron alguna función de manejo o pertrecho de la misma. La embarcación y los motores fueron destruidos tras autorización judicial del instructor emitida el 5 de marzo de 2019".

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

"Que debemos absolver y absolvemos a Borja y a Bernardo , del delito de contrabando por tenencia de género prohibido por el que fueron acusados declarando de oficio la mitad de las costas procesales. Que debemos condenar y condenamos a Borja y a Bernardo , como autores responsables de un delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, con las circunstancia agravantes específicas de extrema gravedad por la cantidad de droga alijada y utilización de embarcación, a cada uno de ellos a la pena de CINCO AÑOS y OCHO MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y dos penas de MULTA de QUINCE MILLONES DE EUROS. También se acuerda el comiso y destrucción de la droga intervenida, de la embarcación semirrígida y sus motores, de los teléfonos móviles ocupados a los citados y de la placa de matrícula. Por último se les condena al pago de la mitad de las costas procesales. Se acuerda prorrogar la situación de prisión provisional

comunicada y sin fianza de los citados hasta el día 11 de diciembre de 2021, fecha en que deberán quedar en libertad provisional salvo orden en contra. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes con expresa indicación de que la misma no es firme y que contra ella podrá prepararse recurso de apelación en el plazo de 10 días desde la última notificación".

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que con fecha 27 de mayo de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y desestimando los promovidos por las representaciones procesales de Borja y Bernardo , impugnaciones todas ellas dirigidas contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz en fecha 20 de noviembre de 2020, debemos revocar y revocamos dicha resolución. En su lugar, condenamos a los acusados Borja y Bernardo como autores de: 1) un delito contra la salud pública relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud y cometido en condiciones de extrema gravedad por la cantidad de sustancia objeto del hecho y por el uso de embarcación, y 2) un delito de contrabando infracciones ambas perpetradas en concurso medial, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, conjuntamente para ambos delitos, de siete años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, una multa de quince millones cien mil euros y otra multa de quince millones de euros, así como comiso y destrucción de la droga intervenida, de la embarcación semirrígida y sus motores, de los teléfonos móviles ocupados a los citados y de la placa de matrícula. Imponemos a cada uno de los acusados una mitad de las costas de primera instancia y declaramos de oficio las correspondientes a la segunda. Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a los acusados a través de sus Procuradores, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sección de Apelación Penal de la Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala. Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Bernardo y D. Borja , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Bernardo** lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la inaplicación en la Sentencia recurrida del artículo 8 CP, de manera que bajo sus reglas el delito contra la salud pública debería absorber el de contrabando.

Segundo.- Infracción de precepto constitucional (arts. 9.3 y 25.1 CE) en virtud del art. 852 LECr, porque la aplicación del RDL 16/2018 supone una vulneración del principio "non bis in idem" y del principio de proporcionalidad de las penas, siendo incompatible el concurso real/medial del delito de contrabando con el previsto en el art. 370 LECR.

Tercero.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la aplicación indebida del art. 77.1 CP (Concurso Medial), consecuencia de entender el Tribunal a quo que la embarcación era necesaria para la comisión de esta modalidad de delito de tráfico de drogas.

Cuarto.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la indebida inaplicación del art. 77 CP (Concurso Ideal Heterogéneo), toda vez que un mismo hecho comprende dos delitos diferenciados.

Quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 LECr, por infracción de precepto de carácter sustantivo (art. 2.2,b LO 12/1995) al considerar que el acusado estaba en posesión de la embarcación intervenida.

Sexto.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la incorrecta individualización de la pena, sin respetar los criterios contenidos en los artículos 66.6 y 72, así como el art. 77.3, todos ellos del CP.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Borja** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por la vía del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales, se preparó como RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Segundo.- Por la vía del núm. 1º del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo fin es determinar, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, que han de ser respetados en toda su integridad, orden y significación, si se procedió a la correcta aplicación de los preceptos sustantivos en los que se subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían o fueron los aplicados o dejados de aplicar, erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación, el RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tercero.- Por la vía del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales, se preparó como RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Cuarto.- Por la vía del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales, se preparó como RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de Borja respecto del recurso de Bernardo , adhiriéndose al mismo, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 23 de noviembre de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuestos por las representaciones de Borja y Bernardo , contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, por delito contra la salud pública.

RECURSO DE CASACIÓN DE Borja

SEGUNDO.- 1.- Por la vía del núm. 4 del art.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales.

Entiende el recurrente que "no existen pruebas para enervar la presunción de inocencia. Entiende que no obran pruebas suficientes para acreditar la comisión de un delito de contrabando por parte de los acusados, llegando a la conclusión que no se podía considerar como autor de un delito de contrabando por el mero hecho de ir en la embarcación como ocupante, por cuanto carecen del dominio del hecho."

Se cuestiona, pues, la condena por delito de contrabando.

Pues bien, consta en los hechos probados que:

"Queda probado y así se declara que Borja , mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, junto con Bernardo , de nacionalidad marroquí y sin antecedentes penales, y con otras personas que se desconocen, con la finalidad de obtener beneficio económico ilícito, se concertaron con anterioridad al 11 de febrero de 2019, para realizar una importante descarga de hachís en la playa de Santi Petri de Chiclana de la Frontera (Cádiz).

Sobre las 05:20 horas de la citada fecha, los citados se encontraban a bordo de una embarcación fuera borda tipo semirígida en compañía de otras dos personas no identificadas, en la que se transportaba 119 sacos de arpillera que contenían hachís, con rumbo a la playa de Sancti Petri denominada "Lavaculos" del término municipal de Chiclana de la Frontera, lo que fue divisado por el Servicio Integral de Vigilancia del Estrecho que avisó a una patrullera del Servicio Marítimo de la Guardia Civil con indicativo Delfín, que estaba operativa en la zona y que procedió a seguir a la anterior embarcación.

Sobre las 06:00 horas del 11 de febrero de 2019, justo cuando la mencionada embarcación semirígida toco tierra en el lugar reseñado y antes de que empezaran a descargar el hachís, apareció dicha patrullera de la Guardia Civil que bloqueó toda posible maniobra de la primera. En ese momento saltaron a tierra los cuatro individuos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

que ocupaban la semirrígida dándose a la fuga, siendo perseguidos por agentes de la Guardia Civil de la propia patrullera que consiguieron detener a los dos que arriba han sido citados, escapando el resto.

La droga intervenida, que tras ser analizada se confirmó que era hachís, arrojó un peso neto de 3.874.969 gramos, de los cuales 1.597.028 gramos de polvo prensado tenían el 30,9 % de T1-1C y 2.277.941 gramos de polvo prensado tenía el 21,3% de THC. Dicha droga tiene un valor de 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores.

En la misma playa se encontró un vehículo todo terreno marca Toyota modelo Land Cruiser con matrícula ....- QJH que figuraba sustraído en Madrid a su legítimo propietario el 23 de diciembre de 2018 y que le fue devuelto. Además en el interior del vehículo figuraba una placa de matrícula con no .... ZRF que correspondía con un vehículo todo terreno distinto.

También se les ocupo a Borja y a Bernardo dos teléfonos móviles a cada uno que se usaban para contactar entre ellos y con otros individuos que intervinieron en dicho alijo y que no han sido identificados.

La droga intervenida, tras autorización del Juzgado de Instrucción de 14 de marzo de 2019 fue destruida, salvo las muestras guardadas para posibles contra análisis.

SEGUNDO.- Queda probado y así se declara que la embarcación semirrígida intervenida medía 11,58 metros de eslora y 3,20 de manga, carecía de matrícula o número de casco, era de tipo Crompton y llevaba tres motores fuera borda marca Yamaha, modelo FL350 AETX de 350 CV de potencia cada uno de ellos. La embarcación está valorada en 150.000 euros aproximadamente.

Sin embargo, no consta acreditado cual de las cuatro personas que viajaban en la misma la patroneaba o si Borja o Bernardo hicieron alguna función de manejo o pertrecho de la misma.

La embarcación y los motores fueron destruidos tras autorización judicial del instructor emitida el 5 de marzo de 2019."

La sentencia de la AP señala que:

"La embarcación interceptada descrita en los hechos probados está considerada como género prohibido a los efectos de lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, en relación con el RDL 16/2018. En este caso, tipo semirrígida de 11,58 metros de eslora y 3,20 de manga, que carecía de matrícula o número de casco, de tipo Crompton y con tres motores fuera borda marca Yamaha, modelo FL350 AlìTX de 350 CV de potencia cada uno de ellos, puede clasificarse indistintamente o acumulativamente en cualquiera de los tres apartados mencionados y constituye de forma indubitada género prohibido. Además está valorada en 150.000 euros aproximadamente, conforme al informe obrante en las actuaciones (folios 190 y 191), que no ha sido impugnado por las defensas y que ha sido ratificado en juicio por su autor, el funcionario de la Guardia Civil que figura como instructor de las actuaciones, con número profesional NUM000 .

Esto tiene relación con el art. 2.2 b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando que castiga 2. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos: (...)

b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, t *enencia* circulación de géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes.

Por lo tanto nos encontramos con que la tenencia de la embarcación interceptada el 11 de febrero de 2019 tiene perfecto encaje legal en el delito de contrabando en la modalidad de tenencia de género prohibido. La duda y el debate que ha surgido en juicio, es determinar si los hechos relativos a la propia tenencia de la embarcación constituye un delito por sí solo y con independencia de la droga que la misma transportaba, si existen dos delitos independientes y en este caso, la relación que existe entre ambos."

La tenencia de la embarcación con las condiciones del RDL 16/2018 es género prohibido y es contrabando la tenencia de género prohibido.

Es clave este punto que ahora estamos tratando en orden a fijar dos puntos que son básicos y relevantes para fijar luego:

a.- La no absorción del contrabando en el delito de tráfico de drogas.

b.- La existencia de concurso medial ex art. 77.3 y no aplicación del apartado 2º del art. 77 CP como ideal heterogéneo que postulan los recurrentes.

Y estos puntos son dos, a saber:

1.- La tenencia de la embarcación en las condiciones que fija el RDL 16/2018 es *género prohibido*.

2.- Es delito de contrabando siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros...Realicen operaciones de ... *tenencia de, ...Géneros prohibidos*.

No aplicación de la absorción entre tráfico de drogas y contrabando:

"Que los tipos penales previstos en los art 368 y siguientes del Código Penal, tienen perfecta autonomía y significación jurídica separada de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando. Los bienes jurídicos que protegen una y otra norma son distintos; la primera la protección de la salud pública frente a sustancias que objetivamente perjudican a quien las consume y causa problemas sanitarios, económicos y sociales y en el caso de la segunda según su Exposición de Motivos es la defensa del territorio aduanero español integrado a su vez en la zona de mercado único de la Unión Europea y de forma secundaria la hacienda pública española.

Además la reciente regulación del RD Ley 16/2018 refuerza la separabilidad"

No aplicación de la DT Única del RD Ley 16/2018

"Los acusados no se podían acoger en ningún caso a la Disposición Transitoria Unica del RD Ley 16/2018 que otorga la posibilidad a los operadores de las embarcaciones semirrígidas de solicitar la inscripción de las embarcaciones en el registro que se crea durante un periodo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma, el 28 de octubre de 2018, plazo que concluyó el 28 de abril de 2019. Dicha Disposición hace referencia de forma obvia a aquellos supuestos en que teniendo perfectamente matriculada y acreditada la titularidad, se les permite, si acreditan una actividad previa lícita, que puedan acceder a un registro creado ex novo. Las actividades las señala la propia norma y son tal y como ha expuesto las afectas a salvamento y asistencia marítima; las utilizadas para navegación interior por lagos, ríos y aguas fuera de los espacios marítimos españoles, las afectas al ejercicio de actividades empresariales, deportivas, de investigación o formación y las de recreo con requisitos que se especifiquen. Lógicamente se parte de una situación regularizada previa y no como en este caso en que, por lo dispuesto en el que no figura el operador de embarcación semirrígida al que alude el apartado e) del número 2 del art. Único del RD Ley y que se define como, aquellos quienes por cualquier títul ostenten la posesión legal de las embarcaciones. La Exposición de Motivos habla de los titulares de las embarcaciones a la entrada en vigor de la Ley.

En este supuesto la embarcación no estaba matriculada, ni tenía en el casco número identificativo alguno, ni estaba afecta de forma declarada y previa a ninguna actividad lícita, porque nadie figuraba como propietario, titular u operador de la misma y porque no cumple con ninguno de los requisitos para poder regularizarse. Lo contrario sería considerar que esa vacatio para regularizar la embarcación equivale a seis meses de impunidad delictiva, lo que en ningún caso es admisible."

Pues bien, la sentencia de instancia absuelve por delito de contrabando porque "no consideramos que por el mero hecho de ir en la embarcación como ocupante te convierta en autor de un delito de contrabando, puesto que carece del dominio del hecho, que es la propia tenencia de la nave".

La figura del operador: (Art. 1.2 e) RDL 16/2018)

e) Operadores de embarcaciones neumáticas y semirrígidas de alta velocidad: Quienes por cualquier título ostenten la posesión legal de las embarcaciones.

Pero el TSJ apuntó que: "Las reiteradas referencias que contiene el Real Decreto Ley 16/2018 a la figura del operador, citada en la sentencia recurrida en apoyo de su tesis, son todas ellas atinentes a la tenencia y uso legal o legalizable de embarcaciones, no a su empleo para delinquir. Así lo resalta en primer lugar el apartado 2.e) de su artículo único: son operadores de embarcaciones neumáticas y semirrígidas de alta velocidad "quienes por cualquier título ostenten la posesión legal" de las mismas de las embarcaciones."

Con ello, y pese a las citas de ambos recurrentes no es que se esté exigiendo una prueba de que los recurrentes eran patronos, sino que eran quienes utilizaron y poseyeron la embarcación que era género prohibido para el acto del narcotráfico. Pero eran poseedores de la embarcación y en ella llevaban la droga. No existía la pretendida ajenidad ni a la embarcación género prohibido ni a la droga en gran cantidad que trasportaban. Disponían de ambos elementos: embarcación y droga. No eran meros subalternos o que actuaban detrás de otros que estaban en la embarcación. Eran los recurrentes, junto con otras personas más los que desembarcaron pudiendo ser detenidos por los agentes policiales. El dominio del hecho que se pretende excluir es evidente y palmario.

Delito de contrabando:

"El art. 2.2 b) de la Ley Orgánica 12/1995 tipifica como delito de contrabando la tenencia de géneros prohibidos, en este caso de la embarcación que desplazaba el cargamento de hachís; en consonancia con ello, el párrafo

último del apartado 1 del artículo único del Real Decreto Ley 16/2018 extiende el carácter de género prohibido a la tenencia de las embarcaciones calificables como tales."

¿Comete el delito de contrabando quien tiene la posesión de la misma y la utiliza para actividad ilícita?

1.- La Audiencia Provincial: "Viene a considerar que el concepto de tenencia no se colma con el mero uso de las embarcaciones, sino que se limita a los propietarios de las mismas, a sus patrones y a quienes formen parte de la tripulación".

2.- El TSJ: "Por el contrario, el TSJ no ve razón para excluir de la tenencia a quienes, desempeñen, o no, labores de patroneo, orientación, comunicaciones, asistencia técnica u otras, utilizan la embarcación para hacerla navegar, bien personalmente o bien por persona intermedia, llevando a cabo o impulsando su periplo a las costas peninsulares."

Evidentemente que los recurrentes llevaron a cabo los actos de contrabando y de tráfico de drogas. La portaban ellos y en la embarcación que ellos pilotaban. No eran unos meros ocupantes en actividad ajena ni a la embarcación ni a la droga. Los indicios concurrentes son evidentes. No hace falta una prueba adicional.

¿Era delictiva la conducta de los condenados al transporte en la embarcación?

Señala el TSJ para fundar la condena por contrabando que:

"La utilizaban para trasladar a la costa el alijo intervenido; este empleo de la nave que atribuimos a los acusados no es fruto de indagación de indicios o revisión probatoria alguna por parte de esta Sala de apelación, labor ésta que resultaría vedada por los arts. 790.2 y 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que viene reflejada en el propio relato fáctico y en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en tanto se les condena como autores del delito contra la salud pública por traer a la playa de Sancti Petri a bordo de una embarcación ciento diecinueve fardos de hachís".

Es notorio que la conducta de los recurrentes estaba destinada al trasporte de la droga usando la embarcación que era, a su vez, género prohibido que ellos tenían y utilizaron.

Irrelevancia de si hacían actividad de pilotaje o control.

"No siendo necesario que realicen funciones de pilotaje o de asistencia mecánica o técnica".

El TSJ entiende que no hay razón "para limitar el concepto de navegación a los patrones y tripulantes stricto sensu y para excluir a quienes organizan, impulsan o llevan a cabo el transporte de la carga mediante el uso de la embarcación a tal fin." Nada de esto dice la norma. Ni el RDL 16/2018 ni la Ley 12/1995 lo limitan.

Género prohibido de las embarcaciones que naveguen por zonas concretas.

Señala el Artículo único. 1, in fine RDL 16/2018 que:

"El carácter de género prohibido se extenderá a la fabricación, reparación, reforma, circulación, tenencia o comercio de las embarcaciones citadas en el presente apartado, así como a la navegación por cualquier punto de las aguas interiores, mar territorial español o zona contigua."

Conclusión del TSJ para condenar por contrabando:

"El hecho relativo al empleo de la embarcación intervenida es constitutivo del delito de contrabando tipificado en el art. 2.2 b) en relación con el art. 1 .12 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre."

En efecto, se castiga la tenencia de la embarcación de las características fijadas en el RDL 16/2018.

Resulta importante destacar que esta debe ser la interpretación del alcance del RDL 16/2018. Si no fuera así se desnaturalizaría el objeto del citado Real Decreto ley y los objetivos plasmados en la Exposición de Motivos tendentes a reprimir y evitar el uso y disposición o tenencia de esas embarcaciones que se preparan ad hoc para el posterior destino al tráfico de drogas, siendo esto último un plus de antijuridicidad a la actividad previa concretada en la embarcación, que es lo que hace emerger luego el concurso medial del art. 77.3 CP que marca la pauta para la individualización judicial de la pena.

Las conclusiones que pueden obtenerse en este caso serían:

1.- La embarcación intervenida está incluida como género prohibido a los efectos de lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, en relación con el RDL 16/2018.

2.- Es irrelevante que quienes se encuentran en la embarcación navegando con droga con las características que se citan tengan que serlo con labores de patroneo, orientación, comunicaciones, asistencia técnica u otras,

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

ya que en este caso utilizan la embarcación para hacerla navegar, bien personalmente o bien por persona intermedia, llevando a cabo o impulsando su periplo a las costas peninsulares.

Ello determina que la embarcación es género prohibido. Artículo único. 1, in fine RDL 16/2018. Y se castiga a los que tengan a su disponibilidad la posesión y uso de la misma; es decir, quienes sean interceptados en la embarcación con la droga. No puede existir una exoneración por contrabando bajo el alegato de que no son patrones. La condición de usuarios de la navegación de la embarcación en el momento del transporte de la droga les hace responsables sin poder apelar a la teoría del dominio del hecho.

En cualquier caso este existe en tanto en cuanto queda probado que Borja , mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, junto con Bernardo , de nacionalidad marroquí y sin antecedentes penales, y con otras personas que se desconocen, con la finalidad de obtener beneficio económico ilícito, se concertaron con anterioridad al 11 de febrero de 2019, para realizar una importante descarga de hachís en la playa de Santi Petri de Chiclana de la Frontera (Cádiz).... *Sobre las 05:20 horas de la citada fecha, los citados se encontraban a bordo de una embarcación fuera borda tipo semirígida en compañía de otras dos personas no identificadas, en la que se transportaba 119 sacos de arpillera que contenían hachís, con rumbo a la playa de Sancti Petri denominada "Lavaculos" del término municipal de Chiclana de la Frontera, lo que fue divisado por el Servicio Integral de Vigilancia del Estrecho que avisó a una patrullera del Servicio Marítimo de la Guardia Civil con indicativo Delfín, que estaba operativa en la zona y que procedió a seguir a la anterior embarcación.*

Sobre las 06:00 horas del 11 de febrero de 2019, justo cuando la mencionada embarcación semirígida toco tierra en el lugar reseñado y antes de que empezaran a descargar el hachís, apareció dicha patrullera de la Guardia Civil que bloqueó toda posible maniobra de la primera. En ese momento saltaron a tierra los cuatro individuos que ocupaban la semirrígida dándose a la fuga, siendo perseguidos por agentes de la Guardia Civil de la propia patrullera que consiguieron detener a los dos que arriba han sido citados, escapando el resto.

La droga intervenida, que tras ser analizada se confirmó que era hachís, arrojó un peso neto de 3.874.969 gramos, de los cuales 1.597.028 gramos de polvo prensado tenían el 30,9 % de T1-1C y 2.277.941 gramos de polvo prensado tenía el 21,3% de THC. Dicha droga tiene un valor de 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores.

3.- No existe una exigencia de que exista un dominio del hecho, sino que la utilización de la embarcación como género prohibido para el tráfico de drogas conlleva la existencia de contrabando a tenor del RDL 16/2018.

4.- No puede aplicarse la excusa de si está en proceso de inscripción o matriculación. Se les permite, si acreditan una actividad previa lícita, lo que no es el caso. no se podían acoger en ningún caso a la Disposición Transitoria Única del RD Ley 16/2018 que otorga la posibilidad a los operadores de las embarcaciones semirrígidas de solicitar la inscripción de las embarcaciones en el registro que se crea durante un periodo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma, el 28 de octubre de 2018, plazo que concluyó el 28 de abril de 2019, pues dicha Disposición hace referencia de forma obvia a aquellos supuestos en que teniendo perfectamente matriculada y acreditada la titularidad, se les permite, a los titulares que acrediten una actividad previa lícita, que puedan acceder a un registro creado ex novo. La embarcación no estaba matriculada, ni tenía en el casco número identificativo alguno, ni estaba afecta de forma declarada y previa a ninguna actividad lícita, porque nadie figuraba como propietario, titular u operador de la misma y porque no cumplía con ninguno de los requisitos para poder regularizarse.

5.- La presencia de los condenados en el uso de la embarcación (género prohibido) con objeto delictivo consta en el propio relato fáctico y en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en tanto se les condena como autores del delito contra la salud pública por traer a la playa de Sancti Petri a bordo de una embarcación ciento diecinueve fardos de hachís.

6.- El hecho relativo al empleo de la embarcación intervenida es constitutivo del delito de contrabando tipificado en el art. 2.2 b) en relación con el art. 1 .12 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre y son autores los recurrentes como usuarios para el fin del tráfico de drogas por conducto de la embarcación. Señala la exposición de motivos del RDL 16/2018 que: "El objetivo de mejorar la eficacia en la prevención y lucha contra el contrabando practicado por medio de este tipo de embarcaciones justifica la calificación de las mismas como género prohibido a efectos de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, tomando en consideración sus características técnicas, su titularidad y la finalidad de su uso, permitiendo incautarlas incluso en tierra y sin carga ilícita e incoar los correspondientes expedientes sancionadores o formular las denuncias que resulten pertinentes."

7.- El TSJ no ha procedido a realizar una revisión de la valoración probatoria, sino que con los mismos hechos probados realiza una subsunción de los mismos en el delito de contrabando en concurso medial con el delito contra la salud pública.

8.- No existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TSJ ha llevado a cabo un mero proceso de subsunción jurídica del hecho probado en el tipo penal objeto de condena. No se trata de que se constate, o no, prueba de cargo, sino que en el delito de contrabando la prueba es constatada y analizada por el Tribunal de instancia en cuanto a la aprehensión de la droga, su identificación y la presencia de los recurrentes transportándola en la embarcación.

Los hechos probados señalan que:

"Antes de que empezaran a descargar el hachís, apareció dicha patrullera de la Guardia Civil que bloqueó toda posible maniobra de la primera. En ese momento saltaron a tierra los cuatro individuos que ocupaban la semirrígida dándose a la fuga, siendo perseguidos por agentes de la Guardia Civil de la propia patrullera que consiguieron detener a los dos que arriba han sido citados, escapando el resto.

La droga intervenida, que tras ser analizada se confirmó que era hachís, arrojó un peso neto de 3.874.969 gramos, de los cuales 1.597.028 gramos de polvo prensado tenían el 30,9 % de T1-1C y 2.277.941 gramos de polvo prensado tenía el 21,3% de THC. Dicha droga tiene un valor de 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores." El delito fue flagrante, al haber sido detenidos los acusados a bordo de la embarcación que transportaba 3.874,969 kilogramos de hachís.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por la vía del núm. 1º del Art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo fin es determinar, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, que han de ser respetados en toda su integridad, orden y significación, si se procedió a la correcta aplicación de los preceptos sustantivos en los que se subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían o fueron los aplicados o dejados de aplicar, erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación, el RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Señala el recurrente que hubo "error iuris, por aplicación indebida del artículo 77 y siguientes del CP al considerar que existe un concurso ideal de delitos, cuando en realidad es un concurso de normas del Art. 8.3 del Código Penal. Considera, como ya planteó en juicio, la existencia de un concurso de normas entre los Art. 368 y 370 del Código Penal y el Art. 2.2 b) de la ley de represión del contrabando, al estar doblemente criminalizado el uso de embarcaciones" Añade que "en el presente, se dan los elementos del tipo de un delito contra la salud pública con la agravante de uso de embarcación del artículo 370 del Código Penal, por lo que no está el mismo incluido en esas "lagunas" legales, por lo que condenar ese mismo hecho por el artículo 370 del CP, así como por la Ley Orgánica 12/1995 sería penar dos veces el mismo hecho".

Frente a la queja del recurrente que entiende que existe concurso de normas hay que señalar que:

La sentencia recurrida condenó por un delito de tráfico de drogas o contra la salud pública de los artículos 368 y 370.3 CP, concurriendo la extrema gravedad tanto por la cantidad de droga ocupada, 3.874.969 gramos, que supera más de mil quinientas veces la cantidad de notoria importancia que es la de 2.500 gramos, como por el uso de embarcación. Además, también condenó la sentencia recurrida por el delito de contrabando del artículo 2.2.b) en relación con el artículo 1.12 LO 12/1995, de 12 de diciembre.

La relación concursal se entendió como propia de un concurso medial del artículo 77.3 CP.

Se apela a dos cuestiones:

1.- La relación sería la propia de un concurso de normas del artículo 8.3 CP y

2.- El artículo 370.3 CP absorbería por consunción el delito de contrabando

No puede ser aceptado el motivo.

1.- Hay que recordar que el art. 2. 3. A) Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando que: *Cometen, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:*

a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros.

2.- Los arts. 368 y ss CP castigan el tráfico de drogas.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

3.- Se trataría de un concurso medial de delitos cuando nos encontramos con la tenencia para el contrabando con la embarcación y, luego, y, además, la tenencia de la droga para el destino del tráfico. La admisión del concurso medial por el TSJ ha sido correcta. Lo uno facilita lo otro en su utilidad medial.

4.- Existe desconexión que impide el concurso de normas y admite el medial cuando es otro el delito de contrabando en el que ya no coincide el objeto sobre el que recae la acción delictiva con el objeto del artículo 368 y 370.3 CP; es decir, cuando el objeto del delito de contrabando es la tenencia de una embarcación semirrígida extraordinariamente veloz, carente de titularidad y registro, desvinculada de cualquier actividad legal y destinada a la comisión de delitos varios contra la salud pública. Esta utilidad y utilización permite que opere en relación medial para cometer y llevar a cabo el delito contra la salud pública.

5.- La tenencia de la embarcación de las características del RDL 16/2018 determinan la reubicación en compartimentos estancos y separables entre sí del delito de contrabando respecto del delito contra la salud pública. No cabe la absorción del contrabando en el tráfico de drogas.

6.- La embarcación ocupada era género prohibido, en virtud de lo dispuesto en el artículo único del RDL 16/2018, de 27 de octubre.

a.- Que el valor del género sea superior a 50.000 euros y realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: Géneros estancados o prohibidos (Art. 2.2 b) Ley 12/1995).

b.- Tendrán la consideración de género prohibido, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, las siguientes embarcaciones:

"a) Las embarcaciones neumáticas y semirrígidas susceptibles de ser utilizadas para la navegación marítima que cumplan alguna de las siguientes características:

i. Todas aquellas cuyo casco, incluida en su caso la estructura neumática, sea menor o igual a 8 metros de eslora total, que dispongan de una potencia máxima, independientemente del número de motores, igual o superior a 150 kilovatios. ii. Todas aquellas cuyo casco, incluida en su caso la estructura neumática, sea mayor de 8 metros de eslora total. (Art. 1 RDL 16/2018).

Salvo prueba en contrario, se considerarán elementos o indicios racionales:

i. El incumplimiento de la obligación de registro y matriculación que resulten aplicables a la embarcación o buque de porte menor." La embarcación que utilizaron era género prohibido.

Consta en los hechos probados que: *La embarcación semirrígida intervenida medía 11,58 metros de eslora y 3,20 de manga, carecía de matrícula o número de casco, era de tipo Crompton y llevaba tres motores fuera borda marca Yamaha, modelo FL350 AETX de 350 CV de potencia cada uno de ellos. La embarcación está valorada en 150.000 euros aproximadamente.*

Consta en el RDL 16/2018 que: *El incumplimiento de las condiciones de la autorización de uso e inscripción determinará la calificación de la embarcación como género prohibido a efectos de lo previsto en el apartado 12 del artículo 1 y en la letra b) del apartado 2 del artículo 2, ambos de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando* .

c.- Acción consistente en la tenencia o circulación de ese género prohibido. Tenían la plena disposición de uso del vehículo marítimo involucrado en la navegación marítima y usado instrumentalmente como modalidad de transporte de la droga importada y poseída con vocación de tráfico. No resulta aplicable la teoría del dominio del hecho. No se exige que sean patrones, sino meros usuarios de la embarcación con el transporte de la droga.

Los recurrentes utilizaron la embarcación en las condiciones admitidas en el RDL 16/2018 para la navegación, actividad incluida como propia de contrabando en el Real Decreto Ley 16/2018, sin necesidad de que llegare a comprobarse con detalle qué específica función o tarea desempeñaba cada tripulante durante la travesía. No se exige ello para su sanción penal. Tuvieron y dispusieron de la embarcación semirrígida utilizándola como medio para cometer el delito de tráfico de drogas.

La exposición de motivos del RDL 16/2018 hace mención no solo a los patronos, sino también a los tripulantes. No hay exclusión de responsabilidad penal a los que no sean patronos o titulares de la embarcación. Alcanzará a los usuarios y que trasporten la droga. La inscripción o matrícula no determina la responsabilidad penal y su inexistencia su exclusión, sino el uso de la embarcación de las características típicas para el trasporte de la droga.

7.- Concurre el dolo exigido tanto para el delito de contrabando para cometer el delito de tráfico de drogas. Se reduplica el dolo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

8.- Hay diferencia del bien jurídico protegido entre ambos delitos en relación de concurso medial:

a.- El interés fiscal del Estado. Intereses fiscales y aduaneros del Estado.

b.- La salud pública colectiva, que reclama su autonomía delictiva respecto del primero.

9.- El objeto de ambos delitos es distinto:

a. La embarcación que reúna las características del RDL 16/2018.

b. Las sustancias estupefacientes.

10.- El art. 370.3 CP no determina la prohibición del non bis in idem. La cantidad de la droga determina la extrema gravedad por sí misma. Existe diferenciación en los bienes jurídicos protegidos.

La droga intervenida conlleva la extrema gravedad.

Señalan los hechos probados que *La droga intervenida, que tras ser analizada se confirmó que era hachís, arrojó un peso neto de 3.874.969 gramos, de los cuales 1.597.028 gramos de polvo prensado tenían el 30,9 % de T1-1C y 2.277.941 gramos de polvo prensado tenía el 21,3% de THC. Dicha droga tiene un valor de 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores.*

Señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 587/2009 de 22 May. 2009, Rec. 2077/2008 que:

"a) Respecto de la cuestión de si la cantidad de sustancia intervenida excede notablemente de la considerada como de notoria importancia, decíamos en nuestra STS 75/2008, 3 de abril , que las críticas doctrinales formuladas, con carácter general, a la excesiva amplitud de la fórmula jurídica previgente -que no precisaba qué había de entenderse por extrema gravedad, con el consiguiente riesgo para los principios de legalidad y seguridad jurídica -, han sido atendidas por el legislador. Con mayor o menor acierto, la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, se ha ocupado de delimitar en el art. 370.3 del CP los supuestos que justifican la concurrencia de estos tipos superagravados. Entre ellos se incluye la agravación basada en el volumen del alijo, esto es, cuando la cuantía de la droga aprehendida desborde de forma visible los estándares de notoriedad que ya sirven para aplicar la agravación descrita en el art. 369.6 del CP . Es lógico que cuanto mayor sea la capacidad ofensiva para el bien jurídico tutelado, más intensa deba ser también la respuesta penal para esa conducta.

No escapan a la Sala los riesgos de una interpretación aferrada a una dimensión exclusivamente cuantitativa. De hecho, una mal entendida fidelidad numérica podría producir un efecto contrario al que se pretende, ayudando a la desnaturalización del significado y alcance de la seguridad jurídica como valor constitucional (art. 9.3 CE). Advertido ese peligro que, en no pocos casos, obligará a una modulación de aquellas cuantías en atención a otras circunstancias absolutamente excepcionales, lo cierto es que la realidad legislativa resultante de la reforma de 2003 define un espacio típico en el que se priman las razones cuantitativas sobre cualquier otra consideración. Y es en esa porción de injusto en la que ha de moverse la labor de complementación que el art. 1.6 del Código Civil atribuye a la jurisprudencia.

Pues bien, en el Pleno no jurisdiccional de esta misma Sala, celebrado el 25 de noviembre de 2008 se acordó que ".... la aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP , referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía adoptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia". Tal criterio había sido ya proclamada por resoluciones precedentes, como la STS 576/2008, 24 de septiembre .

En el caso del hachís, el límite que determina la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia fue fijado, en el Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, en 2,5 kilogramos. De ahí que la agravación por extrema gravedad, en cuanto a la cantidad, sólo será aplicable a partir de 2.500 kilogramos. En el presente caso, en la medida en que la cantidad de hachís transportada ha sido fijada por la sentencia en 1.300 kilos, no procede la aplicación de la gravedad extrema descrita en el art. 370.3 del CP , sin perjuicio de que, precisamente por ello, resulte aplicable el tipo agravado previsto en el art. 369.6 del C.P .".

Y en la sentencia del Tribunal Supremo 576/2008 de 24 Sep. 2008, Rec. 10139/2008: *"Esa diferencia cualitativa ha de traducirse en una distinta significación cuantitativa. De ahí que la Sala estime adecuado que, mientras para la determinación de la cantidad de notoria importancia, siga plenamente vigente el criterio de nuestro Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 -quinientas veces superior a la dosis habitual de consumo medio-, la fijación de lo extremadamente grave se sitúe a partir de una cuantía mil veces superior a la estimada como notoriamente importante.*

Conforme a esta idea, hemos de concluir que si esta misma Sala ha estimado que una cuantía de 2.500 gramos de hachís integra el tipo agravado de notoria importancia (cfr, entre otras, SSTS 657/2003, 9 de mayo ; 2345/2001

de 10 diciembre y 2055/2001 de 8 de noviembre), parece obvio que la cantidad intervenida en el presente caso -2.250 kilogramos- no supera en mil veces aquella cuantía. Y no la alcanza porque faltan casi 250 kilos de hachís, suma nada despreciable cuando de lo que se trata es de aplicar el tipo hiperagravado."

En la sentencia del Tribunal Supremo 730/2016 de 4 Oct. 2016, Rec. 10169/2016 sí se concedió por tratarse de transporte de casi quince mil kilogramos de hachís ocultos en compartimento creado al efecto de casco de buque mercante. Agravación por la importancia de la cantidad defraudada.

Y en la sentencia del Tribunal Supremo 1003/2016 de 19 Ene. 2017, Rec. 2089/2015 se recuerda que:

"Ante un alijo de más de 10.800 kilogramos de hachís, valorado en más de 15 millones de euros, la incardinación punitiva en el art. 370.3 del Código Penal se encuentra fuera de duda, tanto por la cantidad como por la logística.

En efecto, expresada agravación de segundo grado se ha interpretado auténticamente por el legislador en el art. 370-3º del Código penal (LO 15/2003). Dicho precepto dispone, a partir del día 1 de octubre de 2004, que se encuentran incursas en la penalidad agravada, las conductas descritas en el art. 368 , cuando fuesen de extrema gravedad; y que se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internaciones dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1.

El Pleno de esta Sala Casacional en reunión del 25 de noviembre de 2008, aprobó el siguiente Acuerdo: "La aplicación de la agravación delart. 370.3 del CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en 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".

En suma, se trata de una agravación objetivada que comporta una mayor antijuridicidad de la acción, por el mayor peligro de difusión a terceros, en función de la mayor cantidad de droga que la misma comprende.

11.- Se admite por el TSJ como concurso medial como dos acciones, por la conexión instrumental de carácter objetivo que mediaría entre ambos delitos.

No cabe, pues, el pretendido concurso de normas o absorción del contrabando en el tráfico de drogas, porque este último no conlleva asumir o reunir la totalidad del injusto del hecho probado y el desvalor de la acción desplegada en el modus operandi con el empleo de los mecanismos utilizados para el trasporte de la droga y la existencia de la embarcación fijada como tal en el RDL 16/2018 en relación a la Ley 12/1995 en actividades de contrabando y por sus características. De ser así se desnaturalizaría el contenido del RDL 16/2018 en los casos de existencia de un delito de tráfico de drogas, cuando concurran las circunstancias previstas en el RDL 16/2018.

Si así fuera quedarían impunes las conductas en las que por las características de la embarcación para el transporte e introducción de la droga permitiera calificar los hechos como contrabando. No se trataría de hablar de absorción, sino más bien de impunidad si se aplicara el pretendido art. 8.3 CP. Se trata de conductas separables. Se trata esta cuestión de igual modo y con argumentos complementarios en el FD nº 6 ante el planteamiento del otro recurrente.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por la vía del núm. 4 del art.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales.

Se alega que la condena en segunda instancia limita sus recursos penales. Es decir, reduce de un plumazo la posibilidad de que el Tribunal de apelación pueda revisar y modificar la sentencia de instancia absolutoria -en contrabando- para condenar.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el TSJ cuando ha procedido a dictar la condena por contrabando en concurso medial con el delito contra la salud pública no ha efectuado una revisión de la valoración probatoria. En modo alguno. Lo que lleva a cabo es el análisis del proceso de subsunción de los mismos hechos probados en el tipo penal por el que se le condena en este concurso medial añadido al de tráfico de drogas por las razones ya indicadas. Pero para ello no ha llevado a cabo una revisión de la valoración probatoria, sino que se ha quedado en el juicio de tipicidad exclusivamente.

En efecto, a raíz del recurso del fiscal se pondera si la calificación jurídica es la correcta atendiendo al relato de hechos probados, evidenciando que no lo es, sin que ello suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva, porque actúa el TSJ dentro de sus competencias en virtud de la apelación suscitada y sin adentrarse en el

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

terreno de la valoración de la prueba que le está vedado. No se trata de que el TSJ haya vulnerado los principios del proceso penal, sobre todo el de inmediación. No se trata de que sin inmediación revise y *voltee* la valoración de la prueba que hizo el tribunal de instancia, sino que es exclusivamente una cuestión técnico jurídica de aplicar a esos mismos hechos probados a los que llega el tribunal de instancia a una distinta conclusión jurídica en base a los razonamientos que se acaban de exponer.

Recordamos ahora la sentencia del Tribunal Supremo de Pleno, 484/2015 de 7 Sep. 2015, Rec. 1765/2014, que señala que:

"La revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria para sustituirla por un pronunciamiento condenatorio sin afectar en nada de signo agravatorio al relato fáctico de la sentencia de instancia es legítima y conforme con esa reiterada doctrina. Ni la revisión en beneficio del reo ni la fiscalización, aunque sea contra reo, de la subsunción jurídico penal están vedada.

... La STC 205/2013, de 5 de diciembre desarrolla estas ideas cumplidamente:

"La cuestión referida a la condena en segunda instancia en virtud de valoración de pruebas personales no practicadas con inmediación ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en laSTC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas desde entonces.

Tal como recordábamos en laSTC 272/2005, de 24 de octubre, "según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea elórgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican... Por ello nocabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales" (FJ 2).

Si -prosigue esta STC- el razonamiento del Tribunal Supremo se limitó a un aspecto puramente jurídico: la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuricidad, sin alterar el relato contenido en los hechos probados, no puede hablarse de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

...También se ha destacado que "desde laSTC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.

"Si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte." (STC 45/2011 , FJ 3). (En la misma línea, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 596/2015 de 5 Oct. 2015, Rec. 755/2015).

No existe, por ello, vulneración de la tutela judicial efectiva si:

1.- El debate que surge en la apelación se circunscribe a la calificación jurídica que merecía el comportamiento atribuido como probado al acusado.

2.- No se entra por el tribunal que resuelve la apelación (o la casación) en cuestiones atinentes a la prueba.

3.- Se respetan los hechos probados por el tribunal que resuelve el recurso.

4.- Lo que se verifica es exclusivamente el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal.

5.- Lo único que se lleva a cabo es corregir una defectuosa valoración jurídica dentro del ámbito de competencia devuelto al Tribunal de la apelación por el recurso, que de nuevo se plantea ante el Tribunal Supremo para su análisis.

6.- No existe, por ello, en estos casos limitación de la vía de recursos que nuestro derecho le otorga en un proceso penal a un condenado al moverse el tribunal de apelación en los márgenes que le permite el ordenamiento jurídico y la propia doctrina de límites del TC y del TEDH.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por la vía del núm. 4 del art.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo fin es denunciar la vulneración de preceptos constitucionales.

Se alega vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a la falta de motivación de las penas, en relación con el Art.66.1 CP y 72 del Código Penal en cuanto a la graduación a la pena a imponer y la no apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Se sostiene que "la voluntad fue la de reconocer los hechos contra la Salud pública sin ningún tipo de objeción. La confesión ha sido real y sincera no ha ocultado elementos relevantes y que no añadido falsamente otros diferentes. Existe en el procedimiento, informe de la Asociación de Alcohólicos Rehabilitados de Marbella, A.R.A.MA. dedicado al alcoholismo y del policonsumo de drogas tóxicas, que acredita que mi patrocinado es adicto a sustancias estupefacientes, a aquellas que causan grave daño a Salud, y que está en tratamiento, que aunque no ha sido reconocida como atenuante, pero sí que ha debido de tener consecuencia en su errática conducta, y que por tanto debe de tener su reflejo a la hora de determinar la pena a imponer.

Gradúa las penas estableciéndose la pena de 7 años en conjunto por el delito contra la salud pública en concurso con un delito de contrabando, siendo una motivación prácticamente inexistente, incrementado la pena en dos grados, cuando es posible incrementarla en un solo grado."

Pues bien, debemos entender que en cuanto a la penalidad, el proceder es correcto:

a.- Aplicación del art. 77.3 CP: Pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada delito.

b.- Delito contra la salud pública, el Tribunal ha optado por elevar dos grados la pena. Unos mínimos de cinco años, ocho meses y un día de prisión, una multa de quince millones más un euro y otra multa de quince millones (límites mínimos a partir de las penas calculadas para el delito contra la salud pública).

c.- Respecto del delito de contrabando, la pena de prisión imponible por separado sería necesariamente la solicitada por el Ministerio público en duración de dos años y seis meses; no puede ser superior por vedarlo el principio acusatorio y tampoco cabe fijarla en menor extensión, ya que la pena solicitada es de por sí inferior a la mínima legal imponible, que sería la de uno a cinco años en su mitad superior, es decir, tres años y un día (art. 3.1 párrafos primero y segundo de la ley especial), si bien en segunda instancia no es procedente atender al mínimo legal al primar el principio non reformatio in peius. La multa aplicable en concreto sería imponible en la cantidad de trescientos cincuenta mil euros, atendiendo lo dispuesto en el citado art. 3 de la ley y teniendo en cuenta que la embarcación se halla valorada en ciento cincuenta mil euros.

d.- Resultado final que fijó el TSJ: "La penalidad resultante para el concurso medial oscilaría entre: a) unos mínimos de cinco años, ocho meses y un día de prisión, una multa de quince millones más un euro y otra multa de quince millones (límites mínimos a partir de las penas calculadas para el delito contra la salud pública), y b) unos máximos de ocho años y dos meses de prisión, una multa de quince millones trescientos cincuenta mil euros y otra multa de quince millones de euros (sumas de las penas calculadas en concreto para ambos delitos).

La Sala, atendiendo a cuantas circunstancias valora la sentencia recurrida para individualizar la pena por el delito contra la salud pública, ya analizadas en el Fundamento de Derecho tercero, y a las características y valor estimado del bien objeto del contrabando, considera justas las penas únicas de siete años de prisión, una multa de quince millones cien mil euros y otra multa de quince millones de euros."

Es correcta la individualización de pena del concurso medial en la horquilla fijada ex art. 77.3 CP.

Hay que tener en cuenta que del relato de hechos probados se desprende la autoría de los recurrentes. No son colaboradores o porteadores, son traficantes detenidos en la lancha de transporte a los que se ha ocupado en su integridad la magnitud del alijo. Con uso de la embarcación y con el alijo de droga que lleva a la consideración de la extrema gravedad del art. 370.3 CP. La cantidad de droga incautada y su valor consta en los hechos probados señalando que *La droga intervenida, que tras ser analizada se confirmó que era hachís, arrojó un peso neto de 3.874.969 gramos, de los cuales 1.597.028 gramos de polvo prensado tenían el 30,9 % de T1-1C y 2.277.941 gramos de polvo prensado tenía el 21,3% de THC. Dicha droga tiene un valor de 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores.*

La motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito.

El control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. Este control no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria".

También hemos señalado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 919/2016 de 7 Dic. 2016, Rec. 428/2016 dos aspectos en relación a:

"El grado de discrecionalidad

Es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley. En el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal sentenciador " 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 " (STS 677/2013 de 24 de septiembre)."

El TSJ razona en el FD nº 3 en cuanto a la pena que:

"En el presente caso, de entrada la presencia no de una circunstancia agravatoria entre las previstas en el art. 370.3, sino de dos, desaconseja en todo caso la elevación desde el art. 368 en un solo grado como aquí se pretende. Y a ello ha de añadirse que, como hemos razonado en el anterior Fundamento de Derecho, el recurrente no era un mero subalterno contratado para labores meramente secundarias, sino que formaba parte del grupo responsable de trasladar los fardos por mar desde su origen hasta la península. La Audiencia, una vez aplicada la elevación en dos grados (de cuatro años, seis meses y un día a seis años y nueve meses), ha impuesto la pena de cinco años y ocho meses de prisión, sita en la mitad superior pero muy próxima al ecuador del recorrido, y lo justifica razonablemente atendiendo a las características específicas de los datos de hecho que conforman cada una de las agravaciones: en cuanto a la cantidad de hachís, la misma no sólo excede en más de mil veces la cuantía mínima para la apreciación de la notoria importancia de la cantidad intervenida (Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2 a del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008), sino que la supera con creces casi en un cincuenta por ciento; respecto de la embarcación se trata de una nave con un tamaño de motorización extraordinario especialmente apta para la comisión de estos delitos. No hay razón para modificar la pena de la Audiencia".

Existe una adecuada individualización de la pena resultante de aplicar el concurso medial entre contrabando y tráfico de drogas e imponer pena superior a la infracción más grave con el límite de no imponerla por encima de la suma de las que correspondan por separado. Se valoran para ello:

1.- La autoría de los recurrentes y su relevante participación. Eran los responsables de transportar la droga. No se trataba de subalternos, o meros descargadores. Eran las personas a las que se confió por terceros no identificados el transporte de la droga para su venta. Es evidente que en estos casos la dimensión del operativo no responde a una acción de dos o cuatro personas dada la estructura de lo que se les interviene en los hechos probados.

(1.- *La droga intervenida, que tras ser analizada se confirmó que era hachís, arrojó un peso neto de 3.874.969 gramos, de los cuales 1.597.028 gramos de polvo prensado tenían el 30,9 % de T1-1C y 2.277.941 gramos de*

polvo prensado tenía el 21,3% de THC. Dicha droga tiene un valor de 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores.

2.- En la misma playa se encontró un vehículo todo terreno marca Toyota modelo Land Cruiser con matrícula ....- QJH que figuraba sustraído en Madrid a su legítimo propietario el 23 de diciembre de 2018 y que le fue devuelto. Además en el interior del vehículo figuraba una placa de matrícula con no .... ZRF que correspondía con un vehículo todo terreno distinto.

3.- También se les ocupo a Borja y a Bernardo dos teléfonos móviles a cada uno que se usaban para contactar entre ellos y con otros individuos que intervinieron en dicho alijo y que no han sido identificados.)

La responsabilidad de transportar e introducir en la península casi cuatro mil kilogramos de hachís, cuya custodia y traslado por vía marítima es evidente que no se deja en manos de cualquiera dado el elevado valor de la sustancia en el mercado ilícito y la necesidad, desde el interés de los traficantes, de mantenerla a salvo de las fuerzas de seguridad, de modo que su posición no es comparable a la de quienes se limitan a descargar los fardos una vez en tierra y, como mucho, a estibarlos en los vehículos llevados a la costa para su posterior transporte por tierra. Es, asimismo, significativo que a ambos recurrentes les fuera ocupado un teléfono móvil similar, con sólo cuatro contactos grabados y con reiteradas llamadas llevadas a cabo en la madrugada de los hechos.

De los cuatro ocupantes, dos huyen y se detiene a los recurrentes.

2.- Utilizaron una embarcación de las características que constan.

3.- La cantidad de droga incautada cercana a los 4.000 kilos de hachis. La cantidad de hachís no sólo excede en más de mil veces la cuantía mínima para la apreciación de la notoria importancia de la cantidad intervenida (Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 25 de noviembre de 2008), sino que la supera con creces casi en un cincuenta por ciento y respecto de la embarcación.

4.- El importante valor de la droga incautada. 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores.

No cabe apreciar ni la confesión, porque no consta en los hechos probados el cumplimiento de los requisitos admitidos jurisprudencialmente para ello. Son detenidos in fraganti en la embarcación y con la droga, ni la toxicomanía que sostiene. Señaló el tribunal de instancia al respecto en el FD nº 7 que: "No concurre en este caso, ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2020, con cita de otras, como la de 23 de abril de 2004, ha señalado que para la aplicación del art. 21.2 del Código Penal no basta que se acredite el padecimiento por el recurrente de una grave adicción a las sustancias estupefacientes, sino que a ello debe añadirse el carácter motivacional o funcional de tal adicción en relación al delito cometido. Para apreciar la atenuación es necesario, por tanto, además de la adicción una relación de conexidad o lazo de causalidad entre tal efecto y el delito perpetrado.

En este caso, la defensa del Sr. Borja ha aportado informe con el que pretende acreditar la toxicomanía que el mismo padecía en la época de los hechos. No justifica dicha adicción, el hecho de ir de noche en una embarcación especial de alta velocidad con 3.800 kilogramos de hachís. Por lo tanto, no puede apreciarse dicha atenuante."

Las circunstancias en las que se producen los hechos evidencian la exclusión de circunstancia modificativa de responsabilidad en razón a los hechos probados. No se trata de un acto de tráfico aislado ejecutable por una relación de dependencia de las drogas y para buscarse un medio con el que poder seguir consumiendo afecto a la dependencia a las drogas. Se trata de un delito contra la salud pública como se refleja en el resultado de hechos probados con la utilización de embarcación especial para el transporte de droga en grandes cantidades y con un volumen de droga y su valor que aleja toda duda o sospecha de que la actuación delictiva tenga un soporte o base ensamblado en la drogadicción.

Los recurrentes son autores. No se trata de un mero descargador de droga contratado para una labor puntual, sino de los porteadores de la droga, los encargados de llevar a cabo la labor complicada de trasportar la droga para su entrada y posterior distribución. La cantidad de droga incautada por encima del margen mínimo admitido para que constituya extrema gravedad y el valor de la droga antes expuesto evidencian una gravedad del hecho que afecta a la cantidad de pena a imponer motivada por el Tribunal en el margen medio del que puede imponer en atención a que se trata de un concurso medial entre el delito de contrabando y el de tráfico de drogas con pena superior a la que resulta de la imposición de ambas penas y con un margen superior en 16 meses por encima de la correspondiente al delito contra la salud pública que le corresponde.

El Tribunal de instancia fija la pena en relación al delito contra la salud pública "dado que de los hechos, por el valor del cargamento y de la propia embarcación, se infiere que detrás de estos hechos se encuentra una

potente organización delictiva, se fija la pena en cinco años y ocho meses de prisión a cada uno de ellos, aproximadamente en la mitad superior del segundo grado."

Nos encontramos con los recurrentes que fueron interceptados en la embarcación con el cargamento de la droga la responsabilidad de transportar e introducir en la península casi cuatro mil kilogramos de hachís, cuya custodia y traslado por vía marítima es evidente que no se deja en manos de cualquiera dado el elevado valor de la sustancia en el mercado ilícito y la necesidad, desde el interés de los traficantes, de mantenerla a salvo de las fuerzas de seguridad, de modo que su posición no es comparable a la de quienes se limitan a descargar los fardos una vez en tierra y, como mucho, a estibarlos en los vehículos llevados a la costa para su posterior transporte por tierra. Es asimismo significativo que a ambos recurrentes les fuera ocupado un teléfono móvil similar, con sólo cuatro contactos grabados y con reiteradas llamadas llevadas a cabo en la madrugada de los hechos.

Es correcta la pena impuesta en aplicación del concurso medial ex art. 77.3 CP.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE Bernardo

SEXTO.- 1.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la inaplicación en la Sentencia recurrida del artículo 8 CP, de manera que bajo sus reglas el delito contra la salud pública debería absorber el de contrabando.

Señala el recurrente que "La denuncia que se formula en el presente motivo radica en la aplicación indebida de un concurso de delitos, entre el delito contra la salud pública y el delito de contrabando, cuando se debió apreciar que se trataba de un concurso de normas en donde éste último ilícito (contrabando) debería quedar absorbido por el art. 370 CP al tratarse, insistimos, de una unidad de acción, pero tipificada por preceptos diversos."

Nos remitimos a lo ya expuesto en el FD nº 3 de la presente resolución en orden a no entender aplicable el concurso de normas, y, por ende, no cabe absorción del contrabando en el delito contra la salud pública, al suponer la conducta declarada probada un plus de antijuridicidad de los recurrentes con respecto a la acción desplegada. No se trata tan solo de una actuación de tráfico de drogas, o mera tenencia para su distribución.

Se trata de lo que el RDL 16/2018 refleja en su exposición de motivos, y que podríamos sistematizar para poder rechazar rotundamente la absorción que se pretende en los casos de concurrencia de embarcaciones para el trasporte de drogas calificado como *género prohibido* junto con el acto de tráfico de drogas por conducto del uso de la embarcación, a saber:

"1.- *Contrabando de drogas con embarcaciones preparadas.*

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.

2.- *Uso de embarcaciones de especiales características para cometer el delito de narcotráfico.*

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 transbordo 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.

3 .- *No puede abonarse y fijarse una situación de impunidad cuando el narcotráfico se lleva a cabo en las condiciones de contrabando fijadas en el RDL 16/2018 y Ley 12/1995.*

Resulta especialmente complejo proceder administrativa o penalmente contra los patrones y tripulantes, y las embarcaciones continúan siendo utilizadas por las organizaciones criminales una y otra vez para sus actividades ilícitas. Ello produce una sensación de impunidad en la ciudadanía y de cierta impotencia y desánimo entre los miembros de las fuerzas y cuerpos que tienen encomendada la represión del contrabando y el narcotráfico, generando la percepción de que existen ciertas áreas del litoral español -especialmente el más próximo a Gibraltar- en las que el control efectivo del Estado se ve muy mermado cuando no totalmente imposibilitado. Esta sensación es muy evidente en lo que se refiere a la represión de las actividades de contrabando y narcotráfico en las que se emplean embarcaciones semirrígidas de alta velocidad, que se realizan frecuentemente a plena luz del día y en presencia de ciudadanos que disfrutan de los espacios públicos, y que, bien por la rapidez con que se llevan a cabo los alijos, sin tiempo para que las fuerzas policiales

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

puedan actuar, bien porque la actuación de éstas se ve imposibilitada por la presencia de grupos numerosos de colaboradores con los contrabandistas en actitud agresiva, no pueden ser impedidas por los agentes de la autoridad. La situación descrita, que ocurre con más frecuencia en los últimos meses, aumenta los riesgos para la seguridad y salud pública de la población.

4.- *La calificación de género prohibido en el uso de estas embarcaciones.*

El objetivo de mejorar la eficacia en la prevención y lucha contra el contrabando practicado por medio de este tipo de embarcaciones justifica la calificación de las mismas como género prohibido a efectos de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, tomando en consideración sus características técnicas, su titularidad y la finalidad de su uso, permitiendo incautarlas incluso en tierra y sin carga ilícita e incoar los correspondientes expedientes sancionadores o formular las denuncias que resulten pertinentes.

Sobre el concurso de normas o absorción de delitos hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 35/2012 de 1 Feb. 2012, Rec. 962/2011 que:

" *La regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP , con arreglo al cual, "el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél", exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (lex consumens), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (lex consumpta). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito -hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo -hecho posterior impune o acto copenado-."*

En este caso atendiendo al RDL 16/2018 citado por el que se adoptan determinadas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de personas y mercancías en relación con las embarcaciones utilizadas determina que en relación con la Ley 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando cabe precisar una separación en las conductas y acciones desplegadas que hacen inviable la pretendida absorción, salvo que quisiéramos llevar a cabo una acción de impunidad respecto a una conducta típica y punible y que se engarza en ambas normativas, sobre todo la recientemente aprobada para la prevención del contrabando mediante la utilización de embarcaciones de determinadas características en una normativa que se enlaza con la Ley 12/1995 para luchar contra un contrabando que se lleva a cabo por el mar y en unas condiciones especiales de rapidez de movimientos que propician estas embarcaciones y las dificultades de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para luchar contra el narcotráfico en determinadas zonas donde se utilizan las denominadas "planeadoras" para llevar a cabo el trasporte de droga de forma rápida y pudiendo huir de la presencia de los agentes policiales, poniendo en peligro sus vidas, y la de otros usuarios del mar, o de las playas a las que arriban los autores de estos hechos.

Aplicar la absorción en estos casos sería tanto como anular de plano el RDL 16/2018. Y tampoco se exige que los tripulantes de la embarcación sea probado que sean los responsables de todo el operativo, sino que quienes se embarcan en este tipo de embarcaciones con droga en las cantidades reflejadas en los hechos probados y con el valor fijado no puede tratarse de meros viajeros o inmigrantes que van en una embarcación de estas características. No puede predicarse para retirar la condena por delito de contrabando que no se ha acreditado su acción como patrono o responsable de la embarcación, porque lo son en tanto en cuanto detentan la posesión de la droga y la están transportando.

No puede admitirse la tesis del tribunal de instancia de que *no consideramos que por el mero hecho de ir en la embarcación como ocupante te convierta en autor de un delito de contrabando, puesto que carece del dominio del hecho, que es la propia tenencia de la nave.*

Tal pronunciamiento fue rechazado correctamente por el TSJ sin alterar los hechos probados y dentro de sus competencias. Y ello, por cuanto la autoría de los recurrentes es evidente al detentar la posesión de la nave. El dominio lo tienen en cuanto son poseedores de la droga y usan la embarcación para trasportarla. No se exige una prueba en estos casos por la acusación de una especie de "titulación" que identifique a los que van en la embarcación como patronos, sino que basta con el uso de la embarcación para el transporte de la droga, lo que les lleva a considerar como poseedores de la droga y quienes utilizan la embarcación para transportarla. El nivel de exigencia probatoria del tribunal de instancia ha sido desproporcionado e irregular

y ha sido correctamente alterado por el TSJ sin realizar para ello una nueva valoración de la prueba, sino manteniendo los hechos probados.

Dijimos también en la sentencia del Tribunal Supremo 316/2021 de 15 Abr. 2021, Rec. 4643/2019 que:

"Reiteradamente ha señalado esta Sala que, cuando el hecho puede ser encuadrado en varias disposiciones, siendo aparentemente todas aplicables, pero en realidad una de ellas capta por completo, o de manera suficiente, el contenido del desvalor del hecho y desplaza a las demás, se apreciará un concurso de normas o de leyes. Y para conocer cuál es la norma prevalente o preferente que desplaza a las demás se utilizarán los criterios propios de la teoría de la interpretación y solución de las antinomias legales, con el fin de identificar la que se ajusta lo más exactamente posible al hecho cometido, agotándolo y excluyendo así a las demás disposiciones. A tales efectos se utilizan los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad contenidos en el artículo 8 CP (por todas SSTS 97/2015 de 24 de febrero o 481/2018, de 18 de octubre , y las que en ellas se citan).

En palabras que tomamos de la STS 342/2013, de 17 de abril , el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad.

En definitiva, como dijimos en la STS 481/2017, de 28 de junio "dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprenden del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código. Especialmente cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas".

En este caso no se puede decir que la condena por el delito de tráfico de drogas absorbe el contenido del desvalor del hecho delictivo total que se conecta con el de contrabando que debe sancionarse por la relación entre el RDL 16/2018 y la Ley 12/1995, por lo que si no se sancionara la conducta típica del contrabando concurriendo las circunstancias que lo hacen en este caso se hablaría no de un desplazamiento del delito contra la salud pública respecto del de contrabando, sino de una situación impune de la agravación que supone llevar a cabo la conducta del tráfico de drogas con la metodología utilizada que está descrita, además, en los hechos probados, y que es lo que permite que sin infracción de la tutela judicial efectiva se haya podido dictar en sede de apelación la condena en concurso medial en lugar de la absolución por el contrabando, por cuanto la decisión de la Audiencia lo que supone es fijar la impunidad de una conducta metodológica que es típica, antijurídica y punible.

Se ha hecho mención a que el criterio para resolver en qué caso nos encontramos ha de ser el aplicado en estas dos opciones:

A) Si una de las normas a aplicar no abarca la total antijuridicidad del hecho nos hallaremos en presencia de un concurso real, al ser necesario aplicar las dos normas penales en juego para cubrir esa total significación antijurídica de lo acaecido. O bien concurso medial como en este caso.

B) Si no la abarca habrá concurso de normas.

En este caso no puede señalarse, como hizo el tribunal de instancia, que la condena por el delito de tráfico de drogas no abarca la total antijuridicidad de los hechos probados, ya que la concurrencia de la embarcación en la forma que se lleva a cabo y con sus características en el marco del RDL 16/2018 hacen inviable agrupar toda la acción desplegada en la sanción por el delito contra la salud pública. Ello supondría la muerte del RDL 16/2018 en su tenor interpretativo de lo que pretendió el legislador para adoptar medidas de prevención del narcotráfico utilizando embarcaciones del potencial descrito en este caso en los hechos probados, a fin de agilizar el trasporte de la droga en la navegación, evitar ser alcanzados por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y llevar a cabo todo el operativo de forma ágil para evitar ser detenidos y poder llevar la droga a la costa y distribuirla en el organigrama funcional diseñado a tal efecto.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 2.- Infracción de precepto constitucional (art. 9.3 y 25.1 CE) en virtud del art. 852 LECr, porque la aplicación del RDL 16/2018 supone una vulneración del principio "non bis in idem" y del principio de

proporcionalidad de la penas, siendo incompatible el concurso real/medial del delito de contrabando con el previsto en el art. 370 LECR.

Se cuestiona la condena a "sendas condenas por el delito de contrabando y el subtipo agravado del art. 370 CP, sin que el empleo de una embarcación merezca semejante "plus de antijuridicidad" toda vez que el citado precepto del CP ya prevé castigar por sí solo tales hechos que califica de "extrema gravedad" elevando las penas hasta límites exasperantes que alcanzan los 6 años y 9 meses, según se justifica en la gravedad de unas conductas (transporte de droga vía marítima) que denotan altas dosis de profesionalización y organización."

No existe vulneración del non bis in idem por sancionar el delito de contrabando por el empleo de embarcación y la extrema gravedad del art. 370.3 CP. Nótese que la extrema gravedad del artículo 370.3 CP se aplica ya a la cantidad de droga aprehendida que transportaban los recurrentes y consta en los hechos probados: *"La droga intervenida, que tras ser analizada se confirmó que era hachís, arrojó un peso neto de 3.874.969 gramos, de los cuales 1.597.028 gramos de polvo prensado tenían el 30,9 % de T1-1C y 2.277.941 gramos de polvo prensado tenía el 21,3% de THC. Dicha droga tiene un valor de 6.141.875 euros e iba a ser destinada finalmente a la venta a consumidores".*

La cantidad de droga aprehendida que permite la aplicación de la extrema gravedad excede en 1.300 kg la cifra para aplicar ya la extrema gravedad. Pero en todo caso, como hemos expuesto, nos encontramos ante bienes jurídicos distintos.

En el Pleno no jurisdiccional de esta misma Sala, celebrado el 25 de noviembre de 2008 se acordó que ".... la aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía adoptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia". Tal criterio había sido ya proclamada por resoluciones precedentes, como la STS 576/2008, 24 de septiembre.

En el caso del hachís, el límite que determina la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia fue fijado, en el Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, en 2,5 kilogramos. De ahí que la agravación por extrema gravedad, en cuanto a la cantidad, sólo será aplicable a partir de 2.500 kilogramos. Así, la cantidad de droga aprehendida determina que sea evidente la aplicación de la extrema gravedad. Bastaría para aplicar el artículo 370.3 CP con la cantidad de droga, que supera con creces la de notoria importancia.

Es decir, que la embarcación, su tenencia, navegación e incluso su utilización como medio para cometer el delito del artículo 368 y 370.3 CP ni siquiera es necesaria para aplicar este subtipo por lo que no opera la doble sanción por el mismo hecho.

En cualquier caso existe un ámbito diferencial:

1.- El delito de contrabando sanciona la tenencia y navegación. Nótese que el art Único.1 del RDL 16/2018 señala que *1. Tendrán la consideración de género prohibido, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando , sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, las siguientes embarcaciones:*

a) Las embarcaciones neumáticas y semirrígidas susceptibles de ser utilizadas para la navegación marítima que cumplan alguna de las siguientes características:

i. Todas aquellas cuyo casco, incluida en su caso la estructura neumática, sea menor o igual a 8 metros de eslora total, que dispongan de una potencia máxima, independientemente del número de motores, igual o superior a 150 kilovatios.

ii. Todas aquellas cuyo casco, incluida en su caso la estructura neumática, sea mayor de 8 metros de eslora total.

b) Las embarcaciones neumáticas o semirrígidas diferentes de las descritas en el apartado anterior, así como cualquier otra embarcación y los buques de porte menor cuando se acredite la existencia de elementos o indicios racionales que pongan de manifiesto la intención de utilizarlas para cometer o para facilitar la comisión de un acto de contrabando.

Con ello, vemos que se sanciona la tenencia, y/o la intención de utilizarlas, por lo que se hace mención a las características de un tipo de embarcación.

Vemos que también nos da la clave la Exposición de motivos del RDL 16/2018 cuando señala que *El objetivo de mejorar la eficacia en la prevención y lucha contra el contrabando practicado por medio de este tipo de embarcaciones justifica la calificación de las mismas como género prohibido a efectos de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, tomando en consideración sus características*

técnicas, su titularidad y la finalidad de su uso, permitiendo incautarlas incluso en tierra y sin carga ilícita e incoar los correspondientes expedientes sancionadores o formular las denuncias que resulten pertinentes.

Se incide, pues, tan solo en las características de la embarcación.

2.- El delito contra la salud pública del artículo 368 y 370.3 CP la importación de droga usando embarcación "como medio de transporte específico". Pero ya la tenencia de la embarcación era género prohibido y su tenencia sancionada.

Pero el uso de la embarcación para el transporte de la droga es un plus de antijuridicidad. Es un mayor desvalor de la acción desplegada, y que no se constata solo que se disponga de una embarcación de las características que cita el RDL 16/2018, sino que se usa en una actividad ilícita de tráfico de drogas. No se está sancionando dos veces el mismo hecho. Se trata de compartimentos distintos, no obstante lo cual la extrema gravedad ya permite aplicarla en este caso por el quantum de la droga aprehendida.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 3.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la aplicación indebida del art. 77.1 CP (Concurso Medial), consecuencia de entender el Tribunal a quo que la embarcación era necesaria para la comisión de esta modalidad de delito de tráfico de drogas.

Se expone por el recurrente que "Se discrepa asimismo del criterio mantenido en el F. de D. Séptimo de la sentencia que ahora se recurre (folios 16 y 17) en donde expresa acerca de la utilización de la embarcación que: *Consideramos, sin embargo, que el concurso es medial y no real. (...) La introducción vía marítima de un alijo de estupefaciente como el que nos ocupa, actividad tipificada como delito de contrabando aunque absorbida por el delito contra la salud pública por concurso de leyes, requiere necesariamente del empleo de embarcación, la cual siempre será reputable como género prohibido (...)"* Y debemos discrepar del anterior razonamiento porque si bien las características de la embarcación facilita la ejecución del delito cometido bajo esta modalidad, desde luego NO puede compartirse que la misma sea imprescindible o "necesaria" para traer la droga hasta nuestras costas, como nos demuestra la experiencia con las numerosas formas alternativas que ingenian los traficantes para cruzar los 14 kilómetros de mar Mediterráneo que separan nuestro país del principal productor de hachís del mundo."

Debe desestimarse la impugnación de que se trate de un concurso medial, ya que el delito de contrabando se renovó con la navegación y uso de la embarcación para cometer el delito de tráfico de drogas, y también cabe considerar la calificación como concurso ideal si se considerase una sola acción o como concurso medial si se considerasen dos acciones, por la conexión instrumental de carácter objetivo que mediaría entre ambos delitos.

El TSJ señala que "para valorar cuándo un delito es medio necesario para cometer otro ha de atenderse al caso concreto y a la concepción objetiva de la necesidad, siendo insuficiente la basada en el cálculo subjetivo del propio sujeto autor de los hechos; en definitiva, se exige que la relación entre medio y fin sea realmente necesaria" Y en este caso se utiliza una embarcación con las características reflejadas en el RDL 16/2018 que castiga la mera tenencia de las mismas, pero es que, además de ello, esta embarcación se utiliza y dispone para trasportar la cantidad de droga reflejada en los hechos probados siendo medio necesario para la comisión del delito más grave. La conjunción de lo dispuesto en el RDL 16/2018, la Ley 12/1995, por un lado, y, por otro, la punición en los arts. 368 y ss CP de las conductas de tráfico de drogas permiten aplicar el concurso medial sancionado por el TSJ, siendo correcta la aplicación, porque la vía del concurso real como alternativa punitiva sería más perjudicial para los recurrentes, y ya hemos rechazado la tesis de la absorción por los motivos antes indicados.

El concurso medial se aplica cuando un delito es un medio necesario para la comisión de otro. En este caso se castiga únicamente con la pena superior del delito más grave. Se trata de dos delitos perfectamente diferenciados, entre los que existe una conexión relación teleológica de principio a fin, regulado en los apartados 1 y 3 del artículo 77 CP.

Esta previsión posibilita la consideración jurídica unitaria de dos delitos cuando uno es medio para la comisión de otro, lo que implica (STS 1632/2002, de 9 de octubre, Rec. 908/2001):

La existencia de dos o más acciones que estén tipificadas como delitos distintos e independientes.

Que entre ambos se establezca una relación de instrumentalidad, de medio a fin (STS de 15 de noviembre de 1999, Rec. 1776/1998).

El uso de la embarcación se erige, así, como medio necesario para llevar a cabo el transporte de la droga que se aprehendió por medio de la navegación. Igualmente concurre una conexión instrumental de carácter

objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible atendiendo a la forma en la que ocurran los hechos (SSTS 336/2014, de 11 de abril, Rec. 1739/2013, 504/2003, de 2 de abril, Rec. 2343/2001, 1632/2002, de 9 de octubre, Rec. 908/2001- P/2001) sin que signifique con ello que el primer delito sea imprescindible para cometer el segundo.

Ya hemos hecho referencia anteriormente a la ilicitud separada de la tenencia de la embarcación. Su uso posterior para el tráfico de drogas no puede integrar tenerla en cuenta dos veces.

Ya se tuvo para la consideración de género prohibido. No se reduplica su uso sancionador si luego se produce el transporte de la droga.

La apreciación en este caso del concurso medial es correcta como ya precisó con acierto el TSJ y se ha desarrollado en los fundamentos precedentes.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 4.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la indebida inaplicación del art. 77 CP (Concurso Ideal Heterogéneo)), toda vez que un mismo hecho comprende dos delitos diferenciados.

Postula que se aplique el art. 77.2 y no el 3 CP señalando que se impone "una pena desproporcionada, cuando en realidad nos encontramos ante un concurso ideal del artículo 77.2 del Código Penal, que justificaría la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave, en su mitad superior, esto es, los 5 años y 8 meses de prisión fallados por la A. P. de Cádiz por el DCSP se ajustaría a Derecho al situarse dentro de esa mitad superior abarcando también el delito de contrabando."

El Tribunal ha entendido, y es plausible asumirlo, que existe una acción de tenencia de embarcación previa y típica en contrabando y una acción posterior y distinta de tráfico e importación de droga. Existiendo dos acciones, el concurso sería medial. Y lo fija claramente la sentencia. Este elemento es clave porque ya se ha expresado que se sanciona la vía del contrabando ex RDL 16/2018 y Ley 12/1995 por la mera tenencia de la embarcación en las condiciones y circunstancias expuestas, y, más tarde, y, además, por la utilización de la misma para realizar el acto de narcotráfico al usarla en la navegación con la planeadora. Existe un plus en las conductas desplegadas. No existe solo una acción. Se disponía de la embarcación que entraba de lleno en ilicitud del RDL 16/2018 y Ley 12/1995, y a continuación se utiliza para el transporte de la droga.

En este caso, el delito de contrabando fue medio para cometer el delito contra la salud pública. Existe la actuación ilícita con la disposición de las embarcaciones en la forma, manera y medida que se ha especificado en el RDL 16/2018 en relación con la Ley 12/1995, y ello con el plus de antijuridicidad del delito contra la salud pública. Existe relación medial del primero con el segundo que arrastra la fijación que el TSJ ha considerado de acudir al art. 77.3 y no al 2 CP que postula el recurrente.

La Sala del TSJ ha optado y motivado el concurso medial de modo explícito y es a esta penalidad a la que se refiere en su motivación e individualización judicial de la pena. Existe una acción de tenencia de embarcación previa y típica en contrabando y una acción posterior y distinta de tráfico e importación de droga. Existiendo dos acciones, el concurso sería medial. Lo que ocurre es que en el desarrollo final y agotamiento son interceptados por los agentes policiales con la embarcación que fue medio necesario para el transporte de la droga en las circunstancias y condiciones que la realizan.

En los hechos probados se destaca que los recurrentes "se concertaron con anterioridad al 11 de febrero de 2019, para realizar una importante descarga de hachís en la playa de Santi Petri de Chiclana de la Frontera (Cádiz)." Disponían de la embarcación para su uso en la zona a la que se refiere, incluso, la Exposición de motivos del RDL 16/2018, a saber *Finalmente, no es despreciable la amenaza que para determinadas infraestructuras críticas (de titularidad pública o privada) existentes en zonas concretas, como por ejemplo en la Bahía de Algeciras, puede suponer el desplazamiento a altas velocidades de embarcaciones sin control alguno en sus proximidades con el consiguiente riesgo para la seguridad pública que ello supone.*

Por ello, disponen de la embarcación en las condiciones de *"Género prohibido"* a que se refiere el Artículo Único del RDL 16/2018, que lleva por rúbrica *Consideración como género prohibido de determinadas embarcaciones.*

Y hemos visto que ya de salida, y sin ser utilizadas el precepto señala que: *Tendrán la consideración de género prohibido, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando , sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, las siguientes embarcaciones:*

a) Las embarcaciones neumáticas y semirrígidas susceptibles de ser utilizadas para la navegación marítima que cumplan alguna de las siguientes características:

Todo ello en relación con el art. 2.3, a) Ley 12/1995.

Y recordemos que además lo son *las siguientes embarcaciones:*

...b) Las embarcaciones neumáticas o semirrígidas diferentes de las descritas en el apartado anterior, así como cualquier otra embarcación y los buques de porte menor cuando se acredite la existencia de elementos o indicios racionales que pongan de manifiesto la intención de utilizarlas para cometer o para facilitar la comisión de un acto de contrabando.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 5.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 LECr, por infracción de precepto de carácter sustantivo (art. 2.2,b LO 12/1995) al considerar que el acusado estaba en posesión de la embarcación intervenida.

Señala el recurrente que "la sentencia dictada en primera instancia absolvía bajo el argumento de que los acusados carecían del dominio del hecho que es la propia tenencia de la nave, sin que se le hubiera podido atribuir ninguna función relevante de auxilio para la navegación que pudiera deducir algo tipo de disponibilidad sobre la misma. Frente a este pronunciamiento absolutorio, por parte del TSJ se dicta nueva sentencia con una reforma peyorativa agravando los términos del fallo, en una nueva interpretación del concepto "tenencia" a la luz del RDL 16/2018, que extiende la tenencia no solo a propietarios, patrones o tripulación".

Se ha tratado ya sobre este tema en el FD nº 2. Los recurrentes no se encontraban simplemente "a bordo" de la embarcación con absoluta ajenida de lo que estaban trasportando. Se pretende excluirles la responsabilidad por no estar acreditado, según el recurrente, el dominio del hecho, pero este último consta evidenciado en la sentencia en los hechos probados y en la argumentación del TSJ.

Consta en los hechos probados que:

"Los citados se encontraban a bordo de una embarcación fuera borda tipo semirígida en compañía de otras dos personas no identificadas, en la que se transportaba 119 sacos de arpillera que contenían hachís, con rumbo a la playa de Sancti Petri denominada "Lavaculos" del término municipal de Chiclana de la Frontera, lo que fue divisado por el Servicio Integral de Vigilancia del Estrecho que avisó a una patrullera del Servicio Marítimo de la Guardia Civil con indicativo Delfín, que estaba operativa en la zona y que procedió a seguir a la anterior embarcación.

Sobre las 06:00 horas del 11 de febrero de 2019, justo cuando la mencionada embarcación semirígida toco tierra en el lugar reseñado y antes de que empezaran a descargar el hachís, apareció dicha patrullera de la Guardia Civil que bloqueó toda posible maniobra de la primera. En ese momento saltaron a tierra los cuatro individuos que ocupaban la semirrígida dándose a la fuga, siendo perseguidos por agentes de la Guardia Civil de la propia patrullera que consiguieron detener a los dos que arriba han sido citados, escapando el resto".

Existía disponibilidad de la embarcación y se estaba poseyendo para el destino previamente concertado que no era otro que el descargar la droga para llevarla a su destino, cual era el de la distribución por precio y con un valor elevadísimo que consta en los hechos probados. Hay posesión de la embarcación y su uso para trasportar la droga. No hay la pretendida ajenidad, misión secundaria o papel degradado en el ámbito de la dirección del operativo para desembarcar la droga.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 6.- Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por la incorrecta individualización de la pena, sin respetar los criterios contenidos en los artículos 66.6 y 72, así como el art. 77.3, todos ellos del CP.

Este motivo ya ha sido resuelto en el FD nº 5º al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

F A L L O

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

DECLARAR NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN, interpuestos por las representaciones de los acusados Bernardo y Borja , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 27 de mayo de 2021, que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y desestimó los interpuestos por las representaciones de los anteriores acusados. Condenamos a indicados acusados al pago de las costas procesales ocasionadas en

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ