



Roj: **STS 2714/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2714**

Id Cendoj: **28079120012014100513**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/07/2014**

Nº de Recurso: **11063/2013**

Nº de Resolución: **547/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 861/2013,**
STS 2714/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil catorce.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Tamara , Custodia y Cesareo** , y por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Nieves** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección Primera, de fecha 10 de octubre de 2013 , en causa a los mismos por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente Tamara y Cesareo por el Procurador D. Domingo José Collado Molinero, Custodia por D^a Ana M^a León Rodríguez y Nieves por D^a Tamara María Martínez Gómez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO .- El Juzgado de Instrucción número 3 de Donostia instruyó Sumario con el num. 1371/2012 y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección Primera que, con fecha 10 de octubre de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- El acusado D. Cesareo y las acusadas D^a Tamara , D^a Nieves y D^a Custodia , todos ellos mayores de edad, entre los días 3 y 6 de abril de 2012, organizaron de forma concertada un viaje al extranjero, con salida de España a través de Hendaya, con el fin de adquirir y transportar sustancias estupefacientes en territorio español a través de la frontera con Francia, así como su distribución a terceros mediante su venta posterior en Bilbao, previo transporte de las sustancias a través de la provincia de Guipúzcoa.

En el regreso del dicho viaje, el día 6 de abril de 2012, hacia las 16.00 horas, las acusadas D^a Tamara D^a Nieves y D^a Custodia fueron interceptadas por agentes de la Ertzaintza en la estación de autobuses de San Sebastián cuando portaban cuatro maletas en cuyo interior ocultaban las siguientes sustancias:

- Cinco paquetes que sumaban 4.979 gramos de heroína con una riqueza del 4% y una valoración en el mercado ilícito de 38.583,93 euros.

- Seis paquetes que sumaban 5.074 gramos de heroína con una riqueza del 4,4% y una valoración en el mercado ilícito de 50.930,25 euros.

- Diez paquetes que sumaban 9.958 gramos de heroína con una riqueza del 4,2% y una valoración en el mercado ilícito de 81.026,25 euros.



SEGUNDO.- Asimismo, en la entrada y registro practicada el día 7 de abril de 2012 en el domicilio de los acusados D. Cesareo y D^a Tamara , situado en la DIRECCION000 , núm. NUM000 , NUM001 NUM002 , de la ciudad de Bilbao (Vizcaya), fueron incautadas las siguientes sustancias:

- Una bolsa de plástico que contenía 97 gramos de cocaína con una pureza del 31% cuya valoración en el mercado ilícito de es de 4.205,07 euros.
- Cuatro bolsas de polvo blanco que contenía 19 gramos de cocaína con una pureza del 31% cuya valoración en el mercado ilícito de es de 856,59 euros.

En dicho domicilio también se incautaron 210 euros obtenidos del tráfico ilícito de las sustancias y dos básculas de precisión destinadas al corte y distribución a terceras personas de la droga.

TERCERO.- El acusado D. Cesareo (también filiado como Marco Antonio), se encuentra en España en situación administrativa irregular y ha sido anteriormente condenado por:

- Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bilbao de 25 de mayo de 2005, firme el 15 de junio de 2006, por un delito contra la salud pública a la pena de tres años de prisión, cuya extinción consta haberse producido por cumplimiento de la misma en fecha 5 de marzo de 2013.
- Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Bilbao de 12 de mayo de 2006, firme el 17 de abril de 2007, por un delito contra la salud pública a la pena de tres años, de la que no consta su cumplimiento, remisión o extinción.

La acusada D^a Tamara (también filiada como Darío) se encuentra en España en situación administrativa regular y ha sido anteriormente condenada por Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Bilbao de 20 de diciembre de 2001, firme el mismo día, por un delito contra la salud pública a la pena de tres años de prisión, cuya extinción consta haberse producido por prescripción el 28 de mayo de 2010.

La acusada D^a Nieves se encuentra en España en situación administrativa irregular y ha sido anteriormente condenada por Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Bilbao de 25 de marzo de 2007, firme el 25 de febrero de 2008, por un delito contra la salud pública a la pena de tres años y seis meses de prisión.

La acusada D^a Custodia se encuentra en España en situación administrativa irregular y ha sido anteriormente condenada por Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao de 27 de mayo de 2010, firme el 2 de marzo de 2011, por un delito contra la salud pública a la pena de un año y seis meses de prisión".

SEGUNDO: La Audiencia de instancia dictó el siguiente FALLO:

"1º.- Condenamos a don Cesareo como autor de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368 y 369.5 del Código Penal en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas de ocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 500.000 euros.

2º.- Condenamos a doña Tamara como autora de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368 y 369.5 del Código Penal en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas de ocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 500.000 euros.

3º.- Condenamos a doña Custodia como autora de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368 y 369.5 del Código Penal en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas de siete años y ocho meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 480.000 euros.

4º.- Condenamos a doña Nieves como autora de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368 y 369.5 del Código Penal en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de seis años y cuatro meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 340.000 euros.

5º.- Absolvemos a don Cesareo , a doña Tamara , a doña Custodia y a doña Nieves del delito de integración en grupo criminal.



6º- Acordamos el comiso de las balanzas y del dinero ocupado a los acusados así como el comiso y destrucción de las sustancias intervenidas.

7º- Los cuatro acusados abonarán por partes iguales la mitad de las costas causadas en el procedimiento.

8º- Mantenemos la situación de prisión provisional para los cuatro acusados, acordada mediante sendos Autos de fecha 8 de abril de 2012.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar recurso de casación en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Tamara , Custodia y Cesareo** , y por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Nieves** que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación de Tamara , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error en la apreciación de la prueba. SEGUNDO: Al amparo de los artículos 852 de la L.E.Crim. y del 5.4º de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución . TERCERO:

Al amparo de los artículos 852 de la L.E.Crim. y del 5.4º de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución .

La representación de Custodia formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., y del art. 849 de la L.E.Crim ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error en la apreciación de la prueba.

La representación de Cesareo , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim . y art. 5.4 de la L.O.P.J ., por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 852 de la L.E.Crim . y art. 5.4 de la L.O.P.J ., por infracción del derecho a la presunción de inocencia.

La representación de Nieves , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., basado en la deposición de los agentes de la Ertzaintza quienes entre otras contradicciones no ilustran sobre la titularidad de las maletas incautadas y posterior custodia de la sustancia incautada. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en autos, que demostraban la equivocación del Juzgador al valorar la prueba. TERCERO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la L.E.Crim ., al resultar los hechos probados manifiestamente contradictorios entre sí. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador. QUINTO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24 de la C.E . y del art. 5.4 de la L.O.P.J ., en su contenido de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a través del art. 10.2 de la C.E . en relación con los arts. 6.2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos . SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación del art. 20.5º en relación con el art. 66.4 del Código Penal . SÉPTIMO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 de la L.E.Crim ., ante la falta de resolución por la sentencia sobre todos los puntos objeto de la defensa. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación de los arts. 374 y 377 del Código Penal . NOVENO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación de los arts. 374 y 377 del Código Penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos expresó su conformidad con la resolución de los mismos sin celebración de vista, estimando parcialmente el recurso de Tamara e impugnando los de los demás recurrentes, por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO .- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 24 de junio pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de San Sebastián con fecha 10 de octubre de 2013 , condena a los recurrentes por delito contra la salud pública.



Frente a ella se alzan los presentes recursos fundados en diecisiete motivos por vulneración constitucional, quebrantamiento de forma, error de hecho e infracción de ley.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que los cuatro acusados organizaron de forma concertada un viaje al extranjero, entre los días 3 y 6 de abril de 2012, con salida de España a través de Hendaya, con el fin de adquirir y transportar sustancias estupefacientes a territorio español a través de la frontera con Francia, así como su distribución a terceros mediante su venta posterior en Bilbao, previo transporte de las sustancias a través de la provincia de Guipúzcoa.

En el regreso del dicho viaje, el día 6 de abril de 2012, hacia las 16.00 horas, las acusadas Tamara , Nieves y Marina fueron interceptadas por agentes de la Ertzaintza en la estación de autobuses de San Sebastián cuando portaban cuatro maletas en cuyo interior ocultaban las siguientes sustancias:

- Cinco paquetes que sumaban 4.979 gramos de heroína con una riqueza del 4% y una valoración en el mercado ilícito de 38.583,93 euros.

- Seis paquetes que sumaban 5.074 gramos de heroína con una riqueza del 4,4% y una valoración en el mercado ilícito de 50.930,25 euros.

- Diez paquetes que sumaban 9.958 gramos de heroína con una riqueza del 4,2% y una valoración en el mercado ilícito de 81.026,25 euros.

En la entrada y registro practicada el día 7 de abril de 2012 en el domicilio de los acusados Cesareo y Tamara , en la ciudad de Bilbao (Vizcaya), fueron incautadas las siguientes sustancias:

- Una bolsa de plástico que contenía 97 gramos de cocaína con una pureza del 31% cuya valoración en el mercado ilícito de es de 4.205,07 euros.

- Cuatro bolsas de polvo blanco que contenía 19 gramos de cocaína con una pureza del 31% cuya valoración en el mercado ilícito de es de 856,59 euros.

En dicho domicilio también se incautaron 210 euros obtenidos del tráfico ilícito de las sustancias y dos básculas de precisión destinadas al corte y distribución a terceras personas de la droga.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de D^a Tamara , por error de hecho en la valoración de la prueba al amparo del art 849 2º de la Lecrim , se apoya en documentación acreditativa de que carece de los antecedentes penales que justifican la apreciación de la agravante de reincidencia en su condena.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado. En efecto, la Sala sentenciadora identifica a esta acusada con su hermano Darío , considerando que esta identidad le corresponde también a la recurrente (también filiada, dice, como Darío) y le atribuye los antecedentes penales del mismo, pero, en realidad se trata de personas distintas, como se deduce de diversos documentos que obran en la causa, como el pasaporte compulsado que obra al folio 200, el DNI portugués que obra al folio 214 y el NIE que sirvió para reseñar a la recurrente ante la policía autónoma vasca.

De estos documentos se deduce una identidad, marcada por su sexo (mujer), fecha de nacimiento y demás datos que no coinciden con los de Darío , que es un hombre, nacido en una fecha diferente, por lo que los antecedentes penales de Darío no pueden atribuirse a la recurrente.

Procede, en consecuencia, modificar el relato fáctico, corrigiendo el referido error, y excluyendo la identificación entre Tamara y Darío , con lo que la agravante de reincidencia pierde su sustento fáctico.

Aun cuando no se ha planteado formalmente un motivo por infracción de ley, para suprimir en el fallo la aplicación de dicha agravante, apreciando la voluntad impugnativa implícita procede estimar parcialmente el recurso, dictando segunda sentencia en la que se excluirá la apreciación de la referida agravante.

TERCERO.- El segundo motivo, por infracción de la presunción de inocencia, alega que no existe prueba de cargo suficiente de que los acusados actuaran de consuno, por lo que solo se le puede atribuir a la recurrente la droga que se le ocupó personalmente, que no alcanza el límite de la notoria importancia.

El motivo carece de fundamento. La Sala sentenciadora razona suficientemente los motivos por los que debe estimarse plenamente acreditado que las tres acusadas viajaban juntas, actuaban concertadamente y se repartieron el conjunto de la droga ocupada entre todas ellas. Una de las acusadas ha reconocido en el propio acto del juicio oral que fue precisamente la recurrente la que pagó el viaje de las tres.

Constituye una regla de experiencia que el reparto de la droga entre varios transportistas para no alcanzar cada uno de ellos aisladamente el límite de la notoria importancia, y en consecuencia disminuir el riesgo penal, constituye una práctica muy frecuente en el tráfico de estupefacientes transfronterizo.

La atribución de la totalidad de la droga ocupada a cada una de las acusadas que se la habían repartido previamente constituye, en consecuencia, una inferencia razonable, y la atribución de la responsabilidad penal agravada por la notoria importancia es procedente pues todas las acusadas han participado voluntariamente en el conjunto de la operación de tráfico.

CUARTO.- El tercer motivo de recurso, también por presunción de inocencia, alega la inexistencia de prueba acerca de que la droga ocupada en el domicilio que compartía con su pareja le perteneciese.

El motivo carece de contenido. En primer lugar la droga se encontró en el propio dormitorio conyugal, lo que hace muy difícil aceptar que la recurrente desconociese su existencia. Constan declaraciones policiales que vinculan a la recurrente con el tráfico de estupefacientes, que se realizaba en el local que regentaba junto con su esposo. Y, por último, la ocupación a la recurrente de una cantidad muy relevante de heroína cuando intentaba introducirla clandestinamente en España, pone de relieve su relación directa con el tráfico de los estupefacientes.

Procede, en consecuencia, desestimar los motivos de recurso por presunción de inocencia, y estimar únicamente la alegación referida a la agravante de reincidencia, sin expresa condena en costas.

QUINTO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de Custodia , alega también presunción de inocencia.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

SEXTO.- La recurrente alega que ha sido condenada por simples sospechas.

La Sala sentenciadora hace una relación muy minuciosa del resultado de la prueba practicada, concluyendo razonada y razonablemente que la circunstancia de que las tres acusadas emprendieran juntas el viaje desde Bilbao y transcurridos tres días regresaran también juntas a San Sebastián, unido a que las tres portaban maletas que contenían paquetes de heroína de similar peso (aproximadamente un kilogramo) y parecidos



porcentajes de pureza, viene a corroborar que en efecto las tres acusadas y el acusado actuaron de consuno y conforme a un plan previamente pergeñado, pues este último adquirió los billetes de autobús, acompañó a las acusadas hasta la estación y el establecimiento que regentaba era frecuentado por toxicómanos, lo cual constituyen datos de inequívoca significación incriminatoria que permiten afirmar, sin ningún género de dudas, que los acusados realizaron concertadamente las conductas antijurídicas relatadas por la acusación.

La prueba testifical practicada puso suficientemente de relieve como a la acusada se le ocupó en la frontera una maleta que portaba personalmente conteniendo una cantidad muy relevante de heroína, Denominar a esa detención "in fraganti", *simples sospechas*, no se corresponde con una utilización correcta del lenguaje. Como ya se ha razonado con anterioridad, la inferencia de que iban juntas y se habían repartido la heroína, se encuentra suficientemente justificada. El motivo, en consecuencia, carece de fundamento.

SÉPTIMO.- El segundo motivo, al amparo del 849 2º Lecrim, alega error de hecho en la valoración de la prueba. Se apoya en diligencias policiales, declaraciones prestadas en el juicio oral, el atestado policial y el análisis de la droga.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la L.E.Criminal ;

4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

En el caso actual, como es notorio, no concurren los referidos requisitos. La parte recurrente pretende una nueva valoración probatoria, mezclando pruebas testificales con periciales y documentales, sin que conste documento alguno con efecto acreditativo directo de un error concreto del Tribunal sentenciador. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

OCTAVO.- El tercer motivo, por infracción de ley, alega indebida aplicación de la agravante de reincidencia. Considera que no puede ser aplicada al no constar testimonio de la liquidación de condena.

La acusada ha sido considerada reincidente puesto que fue anteriormente condenada (folios 187 y 188 del rollo) por Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao de 27 de mayo de 2010, firme el 2 de marzo de 2011, por un delito contra la salud pública a la pena de un año y seis meses de prisión.

La doctrina de esta Sala en lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia (SSTS núm. 313/2013, de 23 de abril, núm. 4/2013, de 22 de enero, núm. 435/2009 de 27 de abril, núm. 814/2009 de 22 de julio y núm. 406/2010 de 11 de mayo, entre otras) parte del dato legislativo de que el art. 22.8 CP después de definir la reincidencia, establece que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo.

Por ello es necesario:

1º) Que las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega estén tan acreditadas como el hecho delictivo mismo.

2) Que en los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción



de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación.

3) Que en la sentencia de instancia consten todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 Lecrim pues ello supondría incorporar nuevos datos fácticos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede emplearse en casos de recurso por infracción de ley para perjudicar directa o indirectamente al reo.

4) Que para apreciar la reincidencia consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato no será necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

5) Que si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición, expresando la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6) Por consiguiente, **a falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (art. 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia** (doctrina resumida en la STS núm. 4/2013, de 22 de enero y STS núm. 313/2013, de 23 de abril).

En el caso actual constan en el "factum" los referidos requisitos, concretamente la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena y la pena impuesta (un año y seis meses de prisión)

Si bien no consta expresamente la fecha en la que la penada dejó efectivamente extinguida la condena, este dato es innecesario dado que el plazo de cancelación (tres años) **no ha podido en ningún caso transcurrir** entre la fecha de firmeza de la sentencia condenatoria (2 de marzo de 2011) y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual (6 de abril de 2012).

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

NOVENO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de la condenada Nieves , por infracción de ley, denuncia irregularidades en la cadena de custodia.

El cauce casacional elegido exige el respeto del relato fáctico. Y no existe base alguna en dicho relato en la que apoyar esta impugnación, que además no responde a la supuesta vulneración de ningún precepto sustantivo. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

En cualquier caso, obran en la causa datos determinantes de que la droga ocupada es exactamente la analizada, como se deduce del informe pericial prestado en el propio acto del juicio por el perito de sanidad que analizó la droga, y que explicó suficientemente las supuestas anomalías denunciadas por la recurrente.

DECIMO.- El segundo motivo de recurso alega error de hecho en la valoración de la prueba. Se apoya la parte recurrente en los propios fundamentos de la sentencia, el acta del juicio oral, diversos interrogatorios etc.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 Lecrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Por ello, la jurisprudencia es tajante cuando excluye de relevancia en este cauce casacional las pruebas personales, ya que su incorporación documentada a las actuaciones no transmuta su naturaleza de prueba personal en documental dotada de literosuficiencia, sin que el Tribunal de casación pueda apreciar directamente los medios probatorios personales por carecer de intermediación.

En el caso actual, en consecuencia, no puede estimarse el motivo, pues lo único que pretende es una relectura del conjunto de la prueba practicada.

UNDECIMO.- El tercer motivo alega contradicción en los hechos probados. Se refiere a supuestas contradicciones en las declaraciones de los agentes intervinientes.



Una reiterada doctrina estima necesario para que se produzca el vicio "in iudicando" de contradicción en los hechos probados que concurren los siguientes requisitos: a) que se trate de una contradicción interna, es decir entre fundamentos fácticos; b) que se trate de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual; c) que sea insubsanable, es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato y d) que sea esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida (Sentencias, entre otras muchas, núm. 610/2008, de 8 de noviembre).

Es fácil apreciar que estos requisitos no concurren cuando lo que se denuncia son simples contradicciones en declaraciones testificales, que no se refieren al relato fáctico.

DECIMOSEGUNDO.- El cuarto motivo, también por error en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º, reitera la impugnación referida a la ruptura de la cadena de custodia. El motivo no cumple los requisitos anteriormente enunciados de este cauce casacional, por lo que procede su desestimación.

El quinto motivo alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. Insiste en supuestas irregularidades en la cadena de custodia, porque no se extendió una diligencia en la que conste una minuciosa descripción de lo aprehendido y porque la droga no fue inmediatamente puesta a disposición judicial. Lo alegado en el motivo no responde a la realidad, porque obra al folio 122 perfectamente reseñada la sustancia aprehendida y al folio 127 consta una solicitud a la autoridad judicial para que la droga fuese remitida a la sección correspondiente de la Subdelegación del Gobierno, para su análisis. La droga ocupada fue debidamente analizada, y el resultado obra en el relato fáctico. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

El sexto motivo, por infracción de ley, interesa la apreciación de la eximente del art 20 5º, estado de necesidad. El motivo, que responde a una cuestión ya planteada y desestimada correctamente en la instancia, carece del menor sustrato fáctico en que apoyarse.

El séptimo motivo, alega incongruencia omisiva, pero carece de desarrollo. Lo mismo sucede con el octavo, por infracción de ley, que alega inaplicación del art 14 CP , sin fundamentación alguna.

El noveno motivo, por infracción de ley, impugna el importe de la multa, calculada en función de la totalidad de la droga transportada, cuando la recurrente estima que solo se le puede atribuir la droga que transportaba personalmente. El motivo no puede prosperar pues encauzado por infracción de ley debe respetar el relato fáctico, que atribuye el transporte conjunto de la totalidad de la heroína ocupada a todas las detenidas.

Procede, en consecuencia, desestimar la totalidad del recurso interpuesto, con imposición a la recurrente de las costas del mismo.

DECIMOTERCERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por el condenado Cesareo alega infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Considera insuficiente la prueba de que el acusado estuviese concertado con el resto de las condenadas.

El motivo carece de fundamento. La Sala sentenciadora ha contado con una prueba de cargo suficiente, que valora razonadamente. Las declaraciones policiales prestadas en el propio acto del juicio, ponen suficientemente de relieve que el acusado era el esposo de Tamara , compartiendo con ella vivienda y local de negocio, y que era en este negocio conjunto donde se traficaba con la droga.

Fue el declarante quien adquirió los billetes para el viaje en el que las tres detenidas fueron a buscar la heroína, quien las acompañó a la estación de autobuses de Bilbao y quien guardaba en su domicilio las sustancias de corte de la droga. Deducir de ello que actuaba de consuno con su compañera en el aprovisionamiento de la droga constituye una conclusión manifiestamente razonable.

DECIMOCUARTO.- El segundo motivo, también por presunción de inocencia cuestiona que la droga ocupada en su domicilio fuese cocaína.

El motivo carece también de fundamento. En el folio 53 se reseñan las sustancias ocupadas en el domicilio del recurrente, en el 437 obra el acta de recepción de las sustancias por la Subdelegación de Gobierno y en el 438 figura la analítica de las mismas. Conforme a la declaración del perito de sanidad que compareció en el juicio oral, el número once se corresponde con la sustancia ocupada en el domicilio, que fue la que dio positivo a la cocaína. La prueba pericial practicada en el juicio avala, en consecuencia, lo consignado en el relato fáctico.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso, con imposición de costas al recurrente.



III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional **Tamara** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección Primera, de fecha 10 de octubre de 2013 , en causa seguida a la misma y otros por delito contra la salud pública; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Custodia y Cesareo** , y por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por **Nieves** contra la anterior sentencia. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Julio de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción num. 3 de Donostia, y seguida ante la Audiencia Provincial de Guipuzcoa con el número 1371/2012 , por delito contra la salud pública contra Cesareo , nacido el NUM003 de 1971 en Guinea Bissau, contra Tamara , mayor de edad, nacida el NUM004 de 1969 en Guinea Bissau, contra Custodia , nacida el NUM005 de 1968 en Guinea Bissau; y contra Nieves , nacida el NUM006 de 1981 en Guinea Bissau; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los de la Sentencia de instancia, excluyendo en el relato fáctico la referencia a que Tamara también esta filiada como Darío .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones expresadas en la sentencia anterior ha de excluirse la agravante de reincidencia en Tamara .

III. FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a la acusada **Tamara** como autora de un delito contra la salud publica previsto y penado en los Arts. 368 y 369 5º CP en su modalidad de sustancias que causen grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **SEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y multa de **CUATROCIENTOS MIL EUROS** .

Se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

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