

Roj: **STS 688/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:688**Id Cendoj: **28079120012017100143**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/02/2017**Nº de Recurso: **10567/2016**Nº de Resolución: **100/2017**Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 10567/2016, interpuesto por la representación procesal de **D. Juan Enrique**, contra la sentencia dictada el 25 de Julio de 2016 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala Nº 27/2016, correspondiente a las Diligencia Previas nº 3295/2015 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Sabadell que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito **contra la salud pública**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Juan Enrique, representado por el Procurador D. Ricardo Simo Pascual; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Sabadell, incoó Diligencias Previas con el nº 3295/15 en cuya causa la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 25 de Julio de 2016, que contenía el siguiente **Fallo**: *"Que debemos condenar y condenamos a Juan Enrique, como autor criminalmente responsable de un delito intentado contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN y multa de 900.000 euros, con días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago o insolvencia, y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como a satisfacer las costas procesales por mitades. Decretándose el comiso de la sustancia intervenida, a la que se dará destino legal.*

*Se mantiene la prisión provisional de Juan Enrique ."*

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: **" PRIMERO.-** *El día 21 de diciembre de 2015, tras ser detectada mediante técnica radiológica en el Aeropuerto de Madrid la posible presencia de sustancia estupefaciente, hacia las 8'15 horas se interceptó en el Aeropuerto de Barcelona un envío de 70 cajas conteniendo aguacates, proveniente de República Dominicana. Lo hizo la U.O.P.J. de la Guardia Civil, que ordenó y comprobó el traslado de la mercancía a una cámara frigorífica en las instalaciones de Iberia Cargo, y realizó una inspección física en algunas de las cajas, comprobando la presencia en ellas de un doble fondo que contenía una sustancia en forma de polvo blanco que resultó ser cocaína. Como consecuencia de ello, solicitó la autorización judicial para la entrega controlada de dicha mercancía, que fue acordada por el Juzgado de Instrucción nº de El Prat de Llobregat mediante Auto de 21 de diciembre de 2015, de manera que, junto con varios agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera del Aeropuerto, se montó un dispositivo para su materialización.*



En el envío de la mercancía constaba como remitente la entidad "Asociación de productores de Vegetales", domiciliada en República Dominicana, y como destinatario el acusado, Juan Enrique, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, apareciendo también su nombre en la factura emitida por la empresa remitente y en el albarán de entrega confeccionado al efecto.

**SEGUNDO.-** El día 22 de diciembre de 2015, hacia las 18 horas, la mercancía fue transportada en un camión escoltado por varios vehículos policiales no logotipados, hasta una dirección de la localidad de Sabadell, saliendo a su encuentro en dicho lugar el acusado y firmando el albarán de entrega de la misma tras comprobar por medio del transportista que se trataba de envío de aguacates. En el momento en que firmó el albarán, fue detenido por los agentes policiales actuantes. El acusado había alquilado el 17 de diciembre de 2015 dos "trasteros" que se encontraban en la dirección a la cual él mismo había señalado como lugar de entrega.

La sustancia que se contenía en las placas ocultas en el doble fondo de las cajas, tras ser analizada, resultó ser cocaína, con un peso neto de 14.721 gramos, con grado de riqueza del 58,5 % y un valor en el mercado ilícito de 282.309,97 euros.

El acusado se encuentra en situación de prisión provisional, por esta causa, desde el 24 de diciembre de 2015 (Auto del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Sabadell)." (sic)

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Juan Enrique, anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 5 de Septiembre de 2016, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 3 de Octubre de 2016, el Procurador D. Ricard Simó Pascual, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

**Primero** .- Por vulneración de **precepto constitucional**, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECr y 5.4 LOPJ, en relación con el art. 24.1.2 CE por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** .

**Segundo** .- Por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr, en relación con el art 62 CP .

**Tercero** .- Por **error de hecho en la apreciación de la prueba**, al amparo del art 849.2º LECr .

**Cuarto** .- Por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art 850 y 851.3º LECr .

**Quinto** .- Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1, en relación con el art. 53.3 CP .

5.- El Ministerio Fiscal por medio de escrito fechado el 24 de Noviembre de 2016, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso, con excepción del motivo **quinto que apoyó, aunque aparece como séptimo en el escrito del recurrente**.

6.- Por providencia de 23 de Enero de 2017 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **9 de Febrero de 2017**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El primer motivo se formula, al amparo del art 5.4 LOPJ y 852 LECr, por **infracción de precepto constitucional** en relación con el art. 24.1.2 CE por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** .

1. Para el recurrente no existe material probatorio suficiente que fundamente la solidez de *indicios* en contra del condenado, sobre que conocía el envío y que estaba concertado con el recurrente. El propio atestado de la Policía (fº 6) da a entender que los *dueños* de la droga son distintos del destinatario. El acusado desempeñaba una actividad comercial lícita. No tenía necesidades económicas que le llevaran a implicarse en tráfico de drogas. No se ha investigado el origen del envío o el titular del teléfono que se consigna. La pericial caligráfica concluye que no existe relación de correspondencia entre la auténtica del acusado y la de recepción de la mercancía.

2. Sobre la infracción del principio de **presunción de inocencia** -decíamos en SSTS como las nº 25/2008 de 291, ó 7-10-2008, nº 575/2008 ex art. 24.2 CE - que este derecho viene consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley ( art. 11 Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 6.2 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos ). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente



esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

La alegación de su vulneración en el recurso de casación puede ir orientada a negar la existencia de prueba, a negar la validez de la existente, a negar el poder probatorio o demostrativo de la prueba existente y válida, o a cuestionar la racionalidad del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sobre pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación:

En primer lugar que el Tribunal de instancia haya apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él.

En segundo lugar, que las pruebas sean válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica.

Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparte de las reglas de la lógica y del criterio humano y no sea, por tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria. ( STS. 3-10-2005 ).

Por otra parte, se ha señalado reiteradamente ( STS de 28-12-2006, núm. 1262/2006 ), que el recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen el acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas) sino que cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe *verificar los controles* anteriores, pero *no* puede efectuar una *nueva valoración* de la prueba al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el *vacío probatorio*, o *la falta de racionalidad* en dicho proceso valorativo, pueden tanto que la cuestión de la credibilidad de los testigos y la aplicación del contenido detallado de su testimonio queda fuera, salvo supuestos excepcionales, de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación, dada la naturaleza de este recurso y la imposibilidad de que el Tribunal que lo resuelve disponga de las ventajas y garantías que proporcionan en la valoración probatoria la inmediación y la contradicción ( STS de 28-1-2001 ).

Cuando se trata de pruebas *personales*, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que merecen quienes declaran ante el Tribunal corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, en virtud de la *inmediación*, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta en su momento que puedan poner de relieve una valoración arbitraria. Tiene dicho esta Sala en la STS núm. 951/99, de 14 de junio de 1999, que "...el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo 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 los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la *percepción directa* de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (Cfr. SSTS 22-9-1992 y 30-3-1993 ; 2-10-2003, nº 1266/2003 ).

Según reiterada y constante doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala de Casación el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o conindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable.

**3.** Conforme a los anteriores parámetros, en todo caso y contrariamente a lo argumentado por el recurrente, en el caso que nos ocupa el Tribunal de instancia ha contado con pruebas de cargo suficientes obtenidas y practicadas con las garantías legalmente previstas, para racionalmente entender desvirtuada la presunción de inocencia y dictar un pronunciamiento de culpabilidad.

Efectivamente, existe prueba de cargo, abundante y concluyente que inculpa Juan Enrique de la comisión del delito y su constatación por la Sala de instancia no puede ser más clara, según puede leerse en los fundamentos de derecho y esencialmente en los ordinales segundo y cuarto.

La sentencia de instancia detalla con todo detenimiento *los indicios* que dan lugar a la existencia de prueba de cargo:



"A) El acusado aparece, con nombre y apellidos, como destinatario en todos los documentos relativos al envío de las cajas de aguacates, tanto en la factura emitida por la entidad remitente y el albarán de entrega, como incluso en las pegatinas que se habían adherido a cada una de tales cajas. Aunque el número de teléfono que aparece en dichas pegatinas no corresponde al acusado como titular o usuario, sí lo es el número que aparece en la factura emitida por la empresa que envía los aguacates (folio 57 de la causa).

b) El acusado es quien facilita al Agente de Aduanas, mediante conversación telefónica con el número NUM000 que aparece en la factura), con la mercancía ya en el aeropuerto de El Prat, el domicilio al cual se ha de transportar ( CALLE000 , NUM001 de Sabadell).

c) El acusado aparece en la referida dirección para recibir al camión que transporta la mercancía y firma el albarán de entrega cuando es presentado por el conductor del camión. Aunque el acusado ha negado dicha firma, no tiene ningún sentido que se negara a firmar cuando ha dado previamente indicaciones del lugar en el que se ha de hacer la entrega. De otra parte, aunque con alguna vacilación, ha de valorarse la declaración del agente de la Guardia Civil NUM002 , que insistió en que "si no se firma no se entrega". Finalmente, ha de partirse del carácter no concluyente del resultado de la prueba pericial caligráfica propuesta por la Defensa, en el sentido de que no se puede excluir que la rúbrica que aparece en el albarán la hizo el acusado.

d) El acusado había alquilado tres días antes dos "trasteros", ubicados en la referida dirección, y uno de ellos estaba ocupado por cajas de aguacates en estado de putrefacción (su presencia allí no tiene ninguna explicación desde una perspectiva de la actividad comercial). Se puede deducir que el que estaba libre estaba destinado al envío que acababa de recibir.

e) La irracionalidad que supone que alguien confíe un encargo tan "delicado" a quien desconoce su finalidad, con el consiguiente riesgo de perder la mercancía.

La valoración de tales indicios en su conjunto permite afirmar que el acusado era conocedor de la naturaleza y contenido de la mercancía que iba a ser entregada. No existe tampoco ninguna duda respecto de que tal cantidad de cocaína sólo puede estar destinada al tráfico, ni de la correcta forma en llevar a cabo tanto la entrega controlada autorizada por el juzgado de Instrucción de El Prat de Llobregat, como la cadena de custodia posterior llevada a cabo por los agentes, como ya se ha razonado antes."

Y la misma sentencia en cuanto a la cadena de custodia precisa que la cuestión ha sido debidamente justificada " mediante la declaración testifical de los agentes de la Guardia Civil actuantes, sobre todo la del NUM003 , que dirigió el operativo policial. A la llegada al aeropuerto de El Prat, la mercancía fue trasladada a una "caja de seguridad" climatizada, que solamente podía ser abierta con conocimiento policial, y, posteriormente, solamente salió de dicho habitáculo para ser transportada al lugar reseñado por el acusado para la entrega, en Sabadell, aunque no llegó a ser descargada del camión, siendo devuelta directamente a la "caja de seguridad". Finalmente, es en dicho lugar donde se realiza la inspección definitiva con la presencia del acusado detenido. Todo este itinerario ha sido explicado por los testigos policiales, sin que se haya detectado ninguna causa para dudar de su veracidad. Ciertamente, la mercancía no tuvo custodia policial en el trayecto aéreo desde Madrid a Barcelona, pero hemos de tener en cuenta que no llegó a salir del avión y es sobradamente conocido que el dispositivo ordinario de medidas de seguridad en el transporte aéreo hace que sea remota, si no imposible, cualquier posibilidad de que alguna persona ajena a cuerpos policiales haya tenido acceso al interior del avión y, más concretamente, al interior de cada una de las cajas en dicho trayecto."

La alegación del recurrente, respecto que el atestado de la Policía da a entender que los dueños de la droga son distintos del destinatario, no es una afirmación que responda a una investigación en el caso concreto, sino una opinión respecto al "modus operandi" de los autores de introducción de droga mediante envíos camuflados en mercancías o paquetería, y que trata de poner de manifiesto la dificultad de la investigación, y la necesidad para la misma de que se produzca autorización judicial para la entrega vigilada del envío, que se solicita. Y aunque esto es una evidencia, que se impone con la simple lectura del Atestado, el Sargento de la G.C con nº NUM003 , así tuvo ocasión de precisarlo en su declaración en la vista del juicio oral.

Y sobre la actividad mercantil del acusado, los jueces a quibus razonan que: "Ciertamente el acusado aparece dado de alta en la Seguridad Social, como autónomo, pero dicho dato ha quedado huérfano de otros que hubieran informado sobre el contenido o la realidad de la actividad comercial desarrollada, que queda reflejada en otros documentos con capacidad informativa para el Tribunal: declaraciones de IRPF o, sobre todo, de IVA, certificados de Aduanas, listados de clientes en España, etc. (son documentos que se pueden conseguir con cierta facilidad, incluso con el inconveniente de la prisión provisional del acusado)."

En cuanto a la firma del albarán , el apartado segundo del factum de la sentencia establece que: " salió al encuentro de la mercancía , transportada en camión y escoltada por la Guardia Civil, el acusado y firmando el albarán de entrega tras comprobar por medio del transportista que se trataba de envío de aguacates" .





Y en segundo de los *fundamentos de derecho* , entre los indicios que numera el tribunal, en su apartado c), dice que: " *El acusado aparece en la referida dirección ( CALLE000 NUM001 , planta NUM004 , trasteros nº NUM005 y NUM006 , de Sabadell) para recibir el camión que transportaba la mercancía y firma el albarán de entrega cuando es presentado por el conductor del camión.*"

Y sigue razonando la sala de instancia que " *Aunque el acusado ha negado dicha firma, no tiene ningún sentido que se negara a firmar cuando ha dado previamente indicaciones del lugar en que se ha de hacer la entrega.*"

Y además precisan los jueces a quibus que " *... aunque con alguna vacilación, ha de valorarse la declaración del agente de la Guardia Civil NUM002 que insistió en que <si no se firma no se entrega>. Lo cual se comprueba que así se efectuó, mediante la grabación de tal declaración, efectuada en la Vista, en soporte de audiovideo (DVD remitido a esta Sala), donde constan también las corroboraciones al respecto efectuadas por los comparecidos en calidad de testigos, el sargento NUM007 y el Guardia NUM008 , que respondieron a las preguntas del Ministerio Fiscal, del Letrado de la Defensa y del Presidente de la Sección enjuiciadora.*

Y, a continuación, respecto del resultado de la prueba *pericial caligráfica* propuesta por la Defensa, señala que: " *ha de partirse del carácter no concluyente de su resultado...en el sentido de que no se puede excluir que la rúbrica que aparece en el albarán la hizo el acusado.*"

Sobre ello, aunque es cierto que el referido dictamen del perito calígrafo de parte, Sr. Jose Ramón , dice en su conclusión (fº 81 del rollo de la Audiencia) que: " *En base a las prueba de cotejo y por los motivos expuestos en el cuerpo de este dictamen , no existe una relación de correspondencia gráfica entre las firmas auténticas de D. Juan Enrique y la firma dubitada señalada con la referencia D-1, por lo que no puede atribuírsele la autoría de la misma "* , no puede pasarse por alto que el tribunal de instancia pone su énfasis (como destacó en sus preguntas en la Vista del juicio oral su Presidente) en que la comparación se efectuó por el perito entre una *simple rúbrica dubitada* (obrante al folio 68-70, en el albarán de entrega) y las *firmas indubitadas* a que se refiere el informe.

Por su parte, el referido perito, en sus manifestaciones en la Vista del juicio oral, precisó (m. 45?23 a 51 de la grabación en DVD), tras ratificarse en sus conclusiones sobre que "no hay correspondencia gráfica, entre la firma dubitada y las indubitadas, por lo que no se le puede atribuir la firma al acusado", a preguntas del Presidente del tribunal de instancia que: " *tampoco puede asegurar que la(rúbrica) que obra al folio 68-70, no la haya puesto él (acusado).*"

En fin, como apunta el Ministerio Fiscal, al hecho de tratarse de una *pericial* de parte, se une que la firma dubitada no es en realidad sino una rúbrica, por lo que los términos de comparación con la escritura indubitada no son los más idóneos para realizar una *pericia* científicamente fundada. En todo caso la identidad del investigado como la persona que se había concertado con el remitente para recibir la droga, no deja margen a la duda. Así resulta del número de *teléfono* consignado en el *albarán* , (no en el de las etiquetas de las cajas) el nombre del acusado, el haber sido él quien se encuentra en el domicilio de recepción, quien habla con la guardia civil, de la testifical misma. La supuesta falsedad de la firma no está acreditada ni tiene mayor alcance.

De suerte que la lectura la resolución permite constatar, no solo la existencia de prueba de cargo que sustente el relato de hechos que se declara probado, sino el proceso seguido por el Tribunal en la valoración de la misma, resultado de incuestionable *conformidad con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia* , frente a la inconsistente explicación que de los mismos ofrece el acusado. De ahí que la pretendida vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia no pueda tener acogida alguna.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**SEGUNDO** .- El segundo motivo se formula , por **infracción de ley** , al amparo del art. 849.1 LECr , en relación con el art. 62 CP , por su inaplicación.

1. El recurrente destaca que el fallo de la sentencia le condena como responsable de un delito *intentado* contra la salud pública, imponiéndose una pena inadecuada conforme al art 62, que prevé la inferior en uno o dos grados a la del delito consumado, por lo que la pena siempre inferior a los seis debería ser la de 3 años.

Por otra parte defiende la existencia de la tentativa, por no poder considerarse que Juan Enrique realizase actos destinados a la consumación del delito.

2. Los hechos por los que se acusaba y que se declaran probados constituyen un delito de tráfico de drogas que causa *grave daño* a la salud en cantidad de *notoria importancia* , de los arts. 368 y 369.1.5ª lo que determina acudir al grado superior. Siendo la pena, conforme al primero de ellos, y en consideración a la sustancia intervenida, de tres a seis años de prisión, el grado superior abarca (art. 70.1.1ª) de *seis a nueve años de prisión* . La sentencia contiene un extenso *fundamento cuarto* que razonadamente aborda la alegación del acusado de constituir los hechos un delito intentado, para rechazarla y afirmar que se produjo *la consumación* . Punto este



que tampoco es objeto de debate al renunciar al motivo formalizado por infracción de los arts.368 y 369. CP . Además el fundamento sexto razona el cálculo en la determinación de la pena por delito consumado "...con relación a la extensión individualizada de la pena, la pena en abstracto marcada por los artículos 368. 1 y 369. 1. 5º del Código Penal es la de 6 a 9 años de prisión, y multa. En atención a lo prevenido en el 66.1-6º, no concurriendo ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, lo que permite al órgano juzgador aplicar la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del autor y a la mayor o menor gravedad del hecho, teniendo en cuenta fundamentalmente la cantidad de droga intervenida y su pureza, cantidad de una entidad considerable (más de ocho kilos de cocaína pura), que una vez puesta en circulación en la calle hubiera supuesto un riesgo nada despreciable para la salud pública que el tipo protege."

Por otra parte, solamente se trata de un *error material* que a nadie se escapa con lectura de la sentencia, que, el fallo hable de delito "intentado" , fijando sin embargo la pena de modo correcto. Dicho error es modificable en cualquier momento que se detecta y tal reparación no puede consistir en la reducción de la pena, al evidenciarse que lo equivocado fue el uso del término señalado pero no la pena impuesta, como resulta de la lectura de los fundamentos de derecho ya indicados.

Por otra parte, **la notoria importancia** , como agravación específica de la pena básica, constituye un concepto indeterminado, que se ha resuelto por esta Sala, atendiendo a las diversas sustancias y a la cantidad y riqueza en principio activo, ( STS 24-4-1997, nº 597/1997 ). Por otra parte, como dice la STS 6-7-2012, nº 596/2012 , en un caso como el nuestro no hacen falta grandes esfuerzos argumentales para justificar su procedencia, teniendo en cuenta que la barrera cuantitativa que debe llevar a la aplicación del tipo agravado, conforme a nuestra jurisprudencia, se sitúa con relación a la **cocaína** en torno a los **750 gramos** (Cfr. acuerdo de **Pleno** no jurisdiccional de esta misma Sala, celebrado el **19 de octubre de 2001** y SSTS 925/2008, 26 de diciembre , 821/2008, 4 de diciembre y 695/2008, 12 de noviembre , entre otras muchas).

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

**TERCERO** .- El tercer motivo se articula , por **error de hecho en la apreciación de la prueba** , al amparo del art 849.2º LECr .

1. El recurrente viene a sostener que del análisis comparado de los documentos que cita (Atestado fº 4 a 72; declaración del investigado, fº 76 a 78; fº 104; documentos aportados por la defensa en el juicio oral; pericial caligráfica del Sr. Jose Ramón ; y documentos acompañados a las peticiones de libertad), aunque no merezcan la naturaleza de tal, puestos en relación con la prueba practicada, deben llevar a la conclusión de que el condenado *ni* tan siquiera llegó a *recibir la mercancía* consistente en la droga; y a que no pueda afirmarse con rotundidad y garantías, que la sustancia analizada fuese la misma que se ocupó, porque la *cadena de custodia* no viene debidamente justificada, pues careció de custodia policial durante el trayecto aéreo desde Madrid a Barcelona, tanto más cuanto hay una diferencia de pesaje de casi dos kilos entre la que consta ocupada al folio 18 del atestado con una cantidad de 16?201 kgs, y la de 14?721 kgs que se llevó al análisis, según consta al folio 110 de las actuaciones.

2. Esta Sala ha recordado, por ejemplo con la STS 27-6-2012, nº 569/2012 , que el motivo, por la vía del art. 849.2 LECr . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo *en la narración histórica* elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o *extremos de naturaleza fáctica* , nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECr . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECr . que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la



misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, *si además no hay contradicción* con algún otro medio probatorio, este núm. 2º del art. 849 LECr . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que *actualmente* aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta Sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECr . , a la **pericial** , para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, (Cfr.SSTS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 ), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y *no* de otra clase, como las pruebas *personales* aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y *litosuficiente poder demostrativo directo*, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite *no* se encuentre en *contradicción* con otros elementos de *prueba*, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECr .

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga *virtualidad* para *modificar* alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, 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.

**3.** El recurrente afirma que no llegó a recibir droga, y que no se ha mantenido la cadena de custodia de la droga; y pretende que tal extremo sea declarado por esta Sala en sede de error de hecho.

Sin embargo, no designa folio ni particular concreto que conforme a los parámetros señalados evidencie tal error de hecho. Con una referencia tan imprecisa como improcedente, en términos de estricta técnica jurídico procesal remite a los documentos que se acompañan o aportados, pretendiendo dar cumplimiento a las previsiones legales del error de hecho. Los documentos invocados, en todo caso estarían desvirtuados por los efectos probatorios de las declaraciones de los testigos, tanto conductor del camión, como Guardias Civiles y Agentes del S.V.A., comparecidos.

Estas circunstancias no pueden sino determinar la improcedencia de la queja. Por lo demás la alegada ruptura de la cadena judicial ya fue objeto de examen en el motivo primero formulado por la vía del art. 852 LECr . , donde, sin duda, encuentra una mejor ubicación. Pudiéndose únicamente añadir que en Madrid ni fue abierta ni pesada la mercancía. Todo lo cual tuvo lugar en Barcelona.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado .

**CUARTO** .- El cuarto motivo se articula, por **quebrantamiento de forma** , al amparo del art 850 y 851.3º LECr .

**1.** Se sostiene que existe contradicción entre los hechos y no se ha resuelto en la sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de defensa. Se incide así en los motivos desarrollados antes, que no tengan encaje en los anteriores.

**2.** Realmente, las alegaciones que se efectúan poco tienen que ver con el motivo. No se concreta qué frases o palabras han de considerarse contradictorias *in terminis* , y tampoco se precisa qué cuestión jurídica ha



quedado sin respuesta por parte del tribunal de instancia. Es una confusa denuncia carente de desarrollo y fundamentación que, evidentemente ha de ser rechazada.

El motivo, por lo tanto ha de ser desestimado.

**QUINTO** .- El quinto motivo se articula , al amparo del art.849.1 LECr ., por **infracción de ley** , en relación con el art. 53.3 CP .

1. Se defiende que en el fallo de la sentencia se recoge responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago o insolvencia, lo que contraría lo señalado en el propio fundamento jurídico sexto *in fine* , y en el art. 53.3 CP , en cuanto se impone pena privativa de libertad superior a cinco años.

2. El art. 53. CP dispone que *si el condenado no satisficiera voluntariamente o por vía de apremio la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas* , añadiendo el número 3 del mismo artículo que *esta responsabilidad subsidiaria se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años*.

La sentencia de instancia, en correspondencia a esta disposición legal, señala en la *última parte* de su *fundamento* jurídico sexto , que "en la determinación de la proporción (de la multa), se considera suficiente la que se corresponde con el tanto del valor de la droga *sin las consecuencias derivadas de su impago previstas en el art. 53 del CP* , por ser la pena privativa de libertad impuesta superiora cinco años".

Lo que ocurre es que *en el fallo* de la sentencia, tras imponer la pena privativa de libertad de siete años de prisión y la multa de 900.000 euros, -sin fijar días-, -lo que autoriza a pensar que es un error derivado de una plantilla informática- se desliza: "... *con días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago o insolvencia...*"

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado, con la supresión de toda mención a la responsabilidad personal subsidiaria, tal como se señalará en segunda sentencia.

**SEXTO**.- Conforme a lo expuesto, ha lugar a la **estimación en parte** del recurso de casación interpuesto por infracción de ley y de precepto constitucional contra la sentencia dictada con fecha 25 de Julio de 2016 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona , en causa Rollo nº 27/2016 seguida por delito contra la salud pública por la representación de D. Juan Enrique declarando de oficio las **costas** de su recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr .

### III. FALLO

QUE DEBEMOS **ESTIMAR Y ESTIMAMOS en parte** el recurso de casación interpuesto por infracción de ley y de precepto constitucional por la representación del acusado D. Juan Enrique , declarando de oficio las **costas** de su recurso.

Comuníquese esta sentencia, y la que a continuación se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Tournon **D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral García D. Perfecto Andres Ibañez**

### SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil diecisiete.

Por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo de Sala nº 27/2016 correspondiente a las Diligencias Previas nº 3295/2015, tramitadas por el Juzgado de Instrucción número 5 de Sabadell, se dictó sentencia de fecha 25 de Julio de 2016 , que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES





Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior y los de la Sentencia parcialmente rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

**SEGUNDO.** - En su virtud, los hechos declarados probados son constitutivos del mismo *delito* contra la salud pública por el que fue condenado como autor el acusado recurrente a la pena privativa de libertad de siete años de prisión y la multa de 900.000 euros, pero, conforme se argumentó en los fundamentos segundo y quinto de nuestra sentencia rescindente, ha de ser objeto de supresión del fallo toda mención a delito "intentado" y a la "responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa o insolvencia".

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

## III. FALLO

Se elimina de la condena recaída respecto del recurrente **D. Juan Enrique** toda mención a delito "intentado" y a "la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa o insolvencia".

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral Garcia D. Perfecto Andres Ibañez **PUBLICACIÓN**.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.