



Roj: **STS 2364/2003** - ECLI: **ES:TS:2003:2364**

Id Cendoj: **28079120012003103226**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2003**

Nº de Recurso: **939/2001**

Nº de Resolución: **485/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **GREGORIO GARCIA ANCOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cinco de Abril de dos mil tres.

En el recurso de casación por Infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por los acusados Irene y Hugo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, que les condenó por delito contra la salud pública en grado de tentativa; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representados dichos recurrentes por los Procuradores D. Víctor García Montes y D<sup>a</sup>. Carmen Olmos Gilsanz, respectivamente.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Carmona, instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 100/98, y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de Sevilla que con fecha 19 de octubre de dos mil, dictó sentencia que contiene el siguiente Hecho Probado:

"HECHOS PROBADOS.- En fecha no determinada pero anterior y próxima al 15 de julio de 1.998, los acusados Hugo (nacido el 7-9-58, sin antecedentes penales), Héctor (nacido el día 21-10-de 1.961, con antecedentes no computables), y otra persona cuya conducta no es enjuiciada, se pusieron de acuerdo para realizar las gestiones necesarias a fin de recoger un paquete postal que, remitido desde Colombia por persona no identificada, contenía una determinada cantidad de droga, y luego proceder a su distribución y venta a terceros en nuestro país.- Para llevar a efecto la anterior recepción, solicitaron a la también acusada Irene (nacida el día 29 de octubre de 1.966, sin antecedentes penales), que convivía con Héctor, si aceptaba ser la destinataria del paquete, recibiendo por ello y por la recogida material del mismo, cuando llegara, 100.000 pesetas, propuesta que fue admitida por ella conociendo que su contenido era cocaína.- El día 15 de julio de 1.998, efectivamente, y conforme lo tenían acordado, se recibió en la oficina de Correos de Sevilla el paquete postal núm. NUM000 con un peso de 1.170 gramos, siendo el remitente Remedios de la localidad de Chiquinquiera Boy (Colombia), dirigido a Irene en su domicilio de la c/ DIRECCION000 nº NUM001 de Carmona.- Sometido el paquete a control por el Servicio Cinológico de la Comandancia de Guardia Civil de Sevilla, por medio de perro amaestrado para detectar droga éste se marcó de forma contundente la presencia de sustancias estupefacientes en el mismo, por lo que al sospechar de su contenido se solicitó del Ilma Sra. Magistrada-Juez de Instrucción de servicio de guardia de esta capital autorización de circulación vigilada hasta las oficinas de Correos de Carmona y posterior entrega controlada a su destinataria, que fue otorgada por auto de fecha 15 de julio de 1.998.- El día siguiente, cuando la acusada Irene se personó en la oficina de correos a recoger el paquete tras firmar la recepción, la acusada fue interceptada y detenida por funcionarios de la Guardia Civil que estaban controlando la entrega, que procedieron a la intervención del paquete que fue abierto a presencia judicial y de la interesada, tras dictarse auto de apertura y registro del mismo que resultó contener un muñeco de peluche en cuyo interior había una bolsa con una sustancia que debidamente analizada resultó ser cocaína, con un



peso de 95,87 gramos, una pureza del 96,90% y se valora en 958.700 pesetas.- Irene , al tiempo de los hechos, se encontraba en tratamiento de desintoxicación de su adicción al consumo de drogas."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos a Héctor , Hugo Y Irene como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena para los dos primeros, de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, y para Irene de VEINTE MESES DE PRISIÓN, y a todos y cada uno, a la accesorias de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA de 958.700 pesetas con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de 1 mes de privación de libertad, y pago de las costas por terceras partes, siéndoles de abono el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Infracción de Ley, por las representaciones de los acusados Irene y Hugo , 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.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada Irene , se basa en los siguientes motivos de casación: INFRACCIÓN DE LEY.- MOTIVO PRIMERO.- Con base en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas por dejar de constatar en los hechos probados la circunstancia de la fuerte adicción de la acusada a la cocaína y otras sustancias, en el momento de los hechos.- MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el art. 20.2 del mismo cuerpo legal, conforme al criterio mostrado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de septiembre de 1997 y 23 de marzo de 1998 y demás sentencia a citar.- En efecto, dada la notoriedad de la concurrencia de la drogadicción en la procesada, siendo irrelevante en este punto que a dicha conclusión haya de llegarse por la vía de infracción de ley del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal planteada en el motivo anterior, deviene palpable la inaplicación de la eximente incompleta referida con las consecuencia penológicas perjudiciales para la encausada que de ello se derivan.- MOTIVO TERCERO.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la atenuante de reparación prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española que contiene el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que pasa por dar respuesta motivada y secundum legem a lo planteado por la defensa en las conclusiones definitivas, y en relación con la infracción del artículo 120.3 de la Constitución Española, por faltar en la sentencia recurrida la debida motivación en la denegación de tal atenuante.-

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Hugo , se basa en los siguientes motivos de casación: INFRACCIÓN DE LEY.- MOTIVO PRIMERO.- Amparado en el nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.- Infracción, por la sentencia recurrida, de la presunción de inocencia establecida en el artículo 24.2 de la Constitución Española, como derecho subjetivo fundamental de toda persona, que vincula a todos los poderes públicos según el artículo 53.1 cuya infracción se ha cometido, al no existir en todo el proceso prueba de que nuestro patrocinado D. Hugo sea autor de los hechos calificados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por lo que el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido infringido, no existiendo prueba de cargo que le acuse.- MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo en el nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de forma subsidiaria para el caso de que no sea admitido el primer motivo de casación, por entender que se ha infringido el artículo 368 del Código Penal.- Por infracción del artículo 368 del Código Penal, según resulta de la certificación de la Sentencia, de las declaraciones de los otros dos imputados, de Hugo y del acta del juicio oral.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos quedando conclusos los Autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para Fallo el día 22 de octubre de 2002, fué suspendida por necesidades del servicio, volviéndose a señalar con fecha 25 de Marzo de 2003.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO DE Irene

PRIMERO.- El inicial motivo de casación de esta recurrente se ampara en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba al no haberse constatado en la narración fáctica de la sentencia la circunstancia de la fuerte adicción de la acusada al consumo de cocaína y otras sustancias estupefacientes.



Según se denuncia en el desarrollo del motivo ese pretendido error "facti" se basa en un informe pericial obrante en autos del Doctor Marcos que, según su tesis, demuestra que la acusada, en el momento de ocurrir los hechos, "se encontraba con fuertes consumos de cocaína entre otros".

El motivo no puede acogerse, pues aunque se entendiese con naturaleza documental esa pericia a efectos de la vía casacional empleada, la realidad es que la misma fué tenida en cuenta por la Sala de instancia al formar su convicción, según se razona en el Quinto Fundamento de Derecho de la sentencia, tratándose ahora, por tanto, de un intento de hacer una nueva y distinta valoración de la prueba de la hecha por el Tribunal "a quo", dialéctica impermisible según lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley Procesal que otorga a ese Tribunal de manera exclusiva y excluyente la competencia para realizar esa valoración.

Además y en todo caso, ese informe pericial estaría contradicho por otras pruebas como es la declaración de la propia encausada efectuada ante el Juez de Instrucción cuando manifestó que "no consume ningún tipo de drogas, estando en tratamiento con metadona desde hace un año aproximadamente".

Se desestima el motivo.

SEGUNDO.- El correlativo tiene su sede procesal en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el 20.2 del mismo texto.

El motivo trae causa del anterior, por lo que al haberse desestimado éste, la actual pretensión debe correr idéntica suerte.

Sólo cabe añadir como aclaración que aunque la Sala no tuvo en cuenta la posible drogadicción de la acusada a efectos de atenuar su responsabilidad criminal de manera formal, si la tuvo en cuenta a la hora de individualizar la pena (Fundamento Sexto), imponiéndola una pena sustancialmente menor (veinte meses de prisión) que la impuesta a los otros dos coacusados.

Se rechaza el motivo.

TERCERO.- El último de los alegados se enuncia textualmente del siguiente modo: "Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la atenuante de "reparación" prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española que contiene el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que pasa por dar respuesta motivada a la planteada por la defensa en las conclusiones definitivas, y en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española, por faltar en la sentencia recurrida la debida motivación en la denegación de tal atenuante".

Es cierto que las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido artículo 120.3 de la Constitución y también el no hacerlo puede conllevar el defecto formal contenido en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, falta que tradicionalmente se ha denominado "incongruencia omisiva".

En el presente caso, y con referencia a la atenuante de que se trata (reparación del daño), la Sala de instancia se limita a decir que "no se aprecian las circunstancias atenuantes alegadas por la defensa de Irene, por cuanto no constan probadas, ni concurren los elementos necesarios para su estimación, siendo doctrina consolidada que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan acreditadas como el hecho mismo".

Es cierto que este breve razonamiento parecería insuficiente en términos generales para cumplir la obligación motivadora, sin embargo tal no lo parece en el caso concreto enjuiciado si tenemos en cuenta que como bien indica el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación "no hay el menor atisbo en la conducta de la acusada de reparar el mal causado".

No obstante ello, para rechazar esa atenuante podemos añadir nosotros estos breves argumentos: 1º. Para que se de la posibilidad de reparar el daño causado o disminuir sus efectos es necesario que exista una concreta víctima del delito que sea beneficiaria del acto reparador, circunstancia que no puede darse de modo alguno en los delitos de tráfico de drogas en los que el sujeto pasivo de la acción no está concretado, por serlo la sociedad en general. 2º. Mucho menos puede darse esa acción reparadora en los supuestos que se califiquen en grado de tentativa como es el aquí enjuiciado en el que el Tribunal "a quo", con gran benevolencia y sin tener en cuenta de que se trata de delitos de peligro abstracto y de consumación anticipada, así lo acordó. En ellos la reparación en que consiste la atenuante es prácticamente imposible de ser apreciada al no haberse causado de "facti" el posible perjuicio objeto de compensación.

Se desestima el motivo.



## RECURSO DE Hugo

PRIMERO.- El inicial motivo de este recurrente se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse conculcado el principio de presunción de inocencia que establece el artículo 24.2 de la Constitución

Como hasta la saciedad ha venido diciendo la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional, para que pueda aceptarse este principio presuntivo es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, bien por falta de pruebas, bien por haber sido obtenidas éstas de manera ilícita, bien cuando la interpretación de esas pruebas se hubiera hecho por quien corresponde de manera irracional o ilógica, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas de cargo y directas o simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria.

En el supuesto enjuiciado nos hallamos ante unas pruebas de cargo tan incontestables para rechazar ese principio presuntivo como son las siguientes: 1ª. El ahora recurrente reconoció en sus declaraciones tanto ante la policía (folio 19), como en el Juzgado de Instrucción (folio 42) e incluso en el acto del juicio oral, su participación en los hechos enjuiciados y en términos coincidentes con el "factum" de la sentencia. 2ª. Las declaraciones de los otros dos coimputados, sobre todo de la acusada Irene . 3ª. Finalmente, el dato objetivo de la aprehensión de la droga y su análisis realizado con todas las garantías legales.

La Sala de instancia en uso de la competencia de valoración de la prueba que le otorga el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo hizo dentro de los parámetros de la lógica, la coherencia y de las reglas de la experiencia.

Se rechaza el motivo.

SEGUNDO.- Con sede procesal en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento se considera infringido, por indebida aplicación, el artículo 368 del Código Penal en cuanto tipifica el delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas.

Desechada la pretensión formulada en el punto anterior, este motivo no puede prosperar en cuanto depende exclusivamente de aquel.

Se desestima el motivo.

### III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por Infracción de Ley, interpuesto por las representaciones de los acusados Irene y Hugo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 19 de octubre de dos mil, en causa seguida contra los mismos por delito contra la salud pública.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales procedentes con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García Perfecto Andrés Ibáñez Gregorio García Ancos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Gregorio García Ancos , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.