

Roj: **STS 2605/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2605**Id Cendoj: **28079120012016100481**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/06/2016**Nº de Recurso: **1245/2015**Nº de Resolución: **472/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende interpuesto por las representaciones legales de los acusados **Severino y Jose Pablo**, contra Sentencia núm. 15/15 de 7 de abril de 2015 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede en Melilla, dictada en el Rollo de Sala núm. 53/14 dimanante de las D.P. núm. 1973/2009 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Melilla, seguidas por delito contra la salud pública contra: Severino, Jose Pablo, Adrian, Aureliano, Celso, Emilio, Francisco, Indalecio y Leoncio; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando los recurrentes representados por: Severino por el Procurador de los Tribunales Don Jesús Iglesias Pérez y defendido por la Letrada Doña María Leticia Sánchez Torreblanca, y Jose Pablo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luisa Bermejo García y defendido por el Letrado Don Ángel González Jurado.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Melilla incoó D.P. núm. 1973/2009 por delito contra la salud pública contra **Severino, Jose Pablo, Adrian, Aureliano, Celso, Emilio, Francisco, Indalecio y Leoncio**, y una vez concluidas las remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede en Melilla, que con fecha 7 de abril de 2015 dictó Sentencia núm. 15/15, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"Apreciando en su conjunto la prueba practicada RESULTA PROBADO Y ASÍ EXPRESAMENTE SE DECLARA QUE:*

*1º) Hacia las 17,40 horas del día 10 de Noviembre de 2009, Adrian, mayor de edad y nacionalidad marroquí, procedente de este país, viajaba a bordo del vehículo de su propiedad marca Audi, A6, de color azul, con placas de matrícula ....FFF, acompañado de su esposa, una hija y de su hijo llamado Aureliano, igualmente mayor de edad y sin antecedentes penales, con intención de pasar a Melilla a través del puesto fronterizo de Beni-Enzar. Al acceder al punto de control, le fue dado el alto por los Agentes de la Guardia Civil con Tarjetas de Identificación Profesional números NUM000 y NUM001, con la finalidad de proceder a una inspección del vehículo. Al realizarla, se percataron de la existencia de un rudimentario habitáculo que se había preparado soldando un cajón metálico al respaldo del asiento trasero, disimulado desde dentro del maletero con su misma tapicería. Al abrirlo, descubrieron que contenía un total de 145 pastillas de una sustancia de color marrón, que resultó ser hachís. Una parte de esa sustancia tenía una riqueza del 17,1%, arrojando un peso neto de 59.564 gramos, habiendo sido valorada en 82.317,45 euros. La parte restante resultó con una riqueza del 8,4%, con peso neto de 29.869 gramos y valor en el mercado ilícito de 41.278,96 euros.*

Adrian conocía perfectamente que llevaba esa droga escondida en su vehículo, pues desde el principio declaró que previamente se había puesto de acuerdo para pasarla por la frontera, con el coacusado Severino, mayor de edad, sin antecedentes penales y Agente de la Guardia Civil, que prestaba sus servicios profesionales como



tal en dicho puesto fronterizo, (aunque ese día no lo hacía)- el cual le aseguró que no tendría obstáculo alguno para ello, porque le dejarían pasar sin más, indicándole el carril por el que debería hacerlo. Por realizar el transporte de esa droga Adrian , recibiría 5.000 euros. En el momento de realizar estos hechos, aparecía ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, por sentencia de fecha 15 de Julio de 2005, recaída en la causa número 7/2.005, del Juzgado de Instrucción Dos de Leganés, Sección 15 ° de la Audiencia Provincial de Madrid, Aureliano , que venía en el coche acompañando a sus familiares para despedirlos en Melilla, desconocía por completo tales hechos, enterándose de la existencia de la droga cuando fue descubierta por la Guardia Civil.

2°) Sobre las 00:05 horas del día 2 de Mayo de 2010, Celso , mayor de edad y sin antecedentes penales, accedió a la Estación Marítima de Melilla a bordo del vehículo de su propiedad marca Peugeot, modelo 206, de color negro, matrícula ....QQQ , yendo acompañado por Emilio , también mayor de edad y sin antecedentes penales, con la finalidad de embarcar en el ferry denominado "Juan J. Sister", que poco después zarparía con destino a Málaga. Al llegar al control aduanero y pasarle el can detector de estupefacientes, dio muestras de la existencia en el coche de tales sustancias, por lo que los Agentes de la Guardia Civil con Tarjetas de Identificación Profesional números NUM002 y NUM003 , lo sometieron a un registro minucioso, en cuyo transcurso descubrieron que en el interior de los huecos naturales ubicados a ambos lados de su habitáculo trasero, (destinado a pasajeros), iban escondidos un total de 109 paquetes de diferentes formas y tamaños que contenían hachís, de una riqueza del 8,3%, con peso neto de 38.475 gramos, cuyo valor en el mercado ilícito habría ascendido a 55.942,65 euros. Asimismo declaró desde el principio que la realización de ese transporte la había planificado y convenido al detalle previamente Celso , con el coacusado Jose Pablo , mayor de edad y sin antecedentes penales, que le prometió pagarle 3.000 euros por realizarlo.

Emilio desconocía por completo esa operación, habiéndose enterado de la existencia de la droga que iba escondida en el vehículo, al ser descubierta por la Guardia Civil.

3°) Ese mismo día 2 de Mayo de 2010, sobre las 0,10 horas, Francisco , mayor de edad y sin antecedentes penales, arribó a la referida Estación Marítima de esta Ciudad a bordo del vehículo de su propiedad marca Opel, modelo Astra, de color azul marino, con placas de matrícula ....DDD , yendo acompañado por Indalecio , igualmente mayor de edad y sin antecedentes penales, con la finalidad de embarcar en el mismo ferry antes indicado, que iba a zarpar poco después rumbo a Málaga. Al acceder al control aduanero el mismo can detector de estupefacientes dio muestras de la existencia de sustancia de esa clase en el vehículo por lo que los Agentes de la Guardia Civil con Tarjetas de Identificación profesional números NUM004 y NUM003 , procedieron a realizarle un registro exhaustivo, que dio como resultado el descubrimiento en el interior de los huecos naturales ubicados a ambos lados de la parte trasera destinada a pasajeros, justo debajo de las ventanillas, de 138 paquetes de diferentes formas y tamaños que contenían hachis , de una riqueza del 11,4%, con peso neto de 46.885 gramos, ascendiendo su valor a 68.170,79 euros.

Esta operación de transporte había sido también proyectada y planificada entre Francisco y el coacusado Jose Pablo , mayor de edad y sin antecedentes penales, que le prometió igualmente pagarle a cambio de 3.000 ó 4.000 euros, cuando llegar a Málaga, lo que igualmente manifestó desde el primer momento. Indalecio desconocía totalmente esa operación, habiéndose enterado de la existencia de la droga que iba escondida en el vehículo al ser aprehendida por la Guardia Civil.

4°) En el transcurso de la investigación de los hechos realizada por la Guardia Civil, resultó implicado Leoncio , mayor de edad y sin antecedentes penales, aunque no ha resultado acreditado que haya tenido participación en los mismos."

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

"1°) **Que debemos de ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** libremente y con toda clase de pronunciamientos favorables a **Emilio , a Indalecio , a Leoncio y a Aureliano** del delito contra la salud pública por el que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio una novena parte de las costas procesales por cada uno de ellos.

2°) Que al propio tiempo **debemos CONDENAR Y CONDENAMOS** a **Adrian** , como autor criminalmente responsable del delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, ya definido, concurriendo en el mismo la circunstancia agravante de reincidencia, también analizada, a la **PENA DE DOS AÑOS, TRES MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN**, con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena y a la de **MULTA DE DOSCIENTOS MIL EUROS**, con apremio personal subsidiario de veinte días para caso de impago, imponiéndole asimismo el pago de una novena parte de las costas procesales.



3º) Que asimismo **debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Celso y a Francisco** , como autores criminalmente responsables del delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia sin concurrir en los mismos circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, ya definido por el que viene siendo acusado cada uno de ellos, a la PENA DE DOS AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena y a la de MULTA DE DOSCIENTOS MIL EUROS, con apremio personal subsidiario de VEINTE días para caso de impago, penas que se entienden impuesta también a cada uno de ellos, imponiendo además a cada uno el pago de una novena parte de las expresadas costas procesales.

4º) Que debemos, en fin, CONDENAR Y CONDENAMOS a Severino y a Jose Pablo como autores criminalmente responsables del ya expresado y definido delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, sin concurrir en ninguno de ellos circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la PENA DE CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena A CADA UNO DE ELLOS. Además se condena al primero a la MULTA DE DOSCIENTOS MIL EUROS Y AL SEGUNDO A LA DE CUATROCIENTOS MIL EUROS, con arrestos sustitutorios de veinte y cuarenta días respectivamente, así como al pago cada uno de una novena parte de las expresadas costas procesales.

5º) Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad que han sido impuestas a los acusados condenados, será de aplicación a cada uno de ellos el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, si no lo hubiere sido ya en otra.

6º) Se decreta el comiso de los vehículos que se intervinieron a Adrian , a Celso y a Francisco , vehículos a los que se dará su destino legal correspondiente, como a la totalidad de los efectos que, en su caso, se hubieren aprehendido y a la droga igualmente incautada.

7º) Acredítese la situación económico-patrimonial de cada condenado. Se dejan sin efecto las medidas cautelares de toda índole que hubieran podido adoptarse contra los que han resultado absueltos.

8º) Dedúzcase testimonio de particulares suficiente para que por el Juzgado de Instrucción al que por turno correspondiere, pueda incoarse causa penal tendente a depurar la existencia o no de responsabilidad penal por la desaparición del primer oficio que dirigió la Guardia Civil al Juzgado de Instrucción Cuatro de Melilla, interesando la intervención telefónica relativa al acusado Severino , del Auto que presuntamente decretó tal intervención, así como del acta de reconocimiento que practicó Adrian de aquél, de las fotografías que tras su declaración judicial aportó a la Guardia Civil.

En su momento líbrese oportuna certificación de la presente a la Delegación de Gobierno de esta Ciudad a los efectos que fueran procedentes respecto a Adrian .

Notifíquese a las partes la presente, con la prevención de que cabe interponer contra ella Recurso de Casación para ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, preparándolo previamente ante ésta dentro de los cinco días desde su notificación, por medio de escrito firmado por Letrado y Procurador."

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los acusados **Severino y Jose Pablo** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Con fecha 23 de abril de 2015 la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga dictó Auto en la presente causa, con la siguiente **Parte Dispositiva**:

"Que debemos rectificar y rectificamos el encabezamiento de la SENTENCIA de fecha siete de Abril de dos mil quince , en el sentido expresado en los Hechos de esta resolución."

**QUINTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Jose Pablo , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Al amparo en primer lugar del nº 4 del artº 5 de la ley Orgánica del Poder Judicial , y ello conforme al artº 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al considerarse infringido el artº 24.1 de la Constitución Española , en cuanto a la presunción de inocencia se refiere.

2º.- Al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en los documentos obrantes en las actuaciones que fueron designados al anunciar la interposición del Recurso, es decir el folio 334 del Tomo II; los folios 625 a 627 y 594 a 597; los folios 1452 a 1462; y la grabación de la Vista.



3º.- Al amparo del nº 1 del artº 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de Ley al aplicarse indebidamente el tipo penal que da lugar a la condena, o lo que es lo mismo el artº 368.1 en relación con el 369.5º y con el 66.1.6º del Código Penal .

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Severino , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim ., derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

2º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del art 852 de la LECrim , se produce igualmente una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa, reconocido en el art. 24.2 de la CE .

3º.- Por infracción de ley, error en la valoración de la prueba, por el cauce del art. 849.2 de la LECrim .

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y se opuso a la admisión de todos los motivos, que subsidiariamente impugnó por las razones expuestas en su informe de fecha 17 de noviembre de 2015; la Sala admitió el mismo quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para resolución por deliberación y fallo para el día 20 de abril de 2016, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga llevó a cabo diversos pronunciamientos, que dejamos reflejados en nuestra antecedentes, y condenó a Severino y a Jose Pablo como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, y en cantidad de notoria importancia, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación la representación procesal de los citados acusados, recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Severino .

**SEGUNDO.-** El primer motivo se articula por vulneración de la presunción de inocencia, conforme a lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y la proclamación que efectúa nuestra Carta Magna en su art. 24.2 .

Como acertadamente expone el autor del recurso, este recurrente ha sido condenado en la instancia mediante la convicción judicial obtenida a través de cuatro pruebas introducidas en el acto del juicio oral: 1) la declaración del coimputado Adrian , condenado también en la sentencia recurrida; 2) la testifical del Agente de la Guardia Civil con TIP NUM005 ; 3) la testifical del Agente de la Guardia Civil con TIP NUM006 ; y 4) la testifical del Capitán de la Guardia Civil con TIP NUM007 .

En el acto del juicio oral, no prestó declaración el recurrente, acogiéndose a su derecho constitucional a no hacerlo.

Los hechos enjuiciados se refieren al paso fronterizo con el vehículo cargado con hachís, acto llevado a cabo por Adrian , quien nada más detenerlo declaró que tal acción le había sido encomendada por un Guardia Civil, concretamente dio los datos que apuntaban a este recurrente, por sus características físicas y por el vehículo cuya posesión ostentaba el referido Guardia Civil.

Ello determinó la intervención de las comunicaciones del ahora recurrente, si bien la pérdida del oficio policial y el Auto autorizante, aunque aportado por el propio Fiscal en el juicio oral, llevaron a declarar la nulidad de tal prueba y la consiguiente no utilización de su contenido en contra de aquel.

En la sentencia recurrida se lee en el cuarto fundamento jurídico, que Adrian narró en el plenario que el acusado, hoy recurrente, contactó con él en Nador, ofreció detalles de tal encuentro, señaló el precio que recibiría a cambio del transporte de hachís (cinco mil euros), y aunque, se dice, inicialmente, se produjo cierta confusión, al señalar a otro Guardia Civil, llamado Carlos Jesús , como la persona que contactó con aquel, señalan los jueces «a quibus» que todo quedó aclarado, y que en el acto del juicio oral, se produjo la identificación con toda seguridad del recurrente como aquel que le ofreció la posibilidad de llevar a cabo el transporte de droga por la frontera a cambio de precio.

Dice la Sala sentenciadora de instancia que tal declaración es: 1) incriminatoria o de cargo; 2) que contiene numerosos datos y detalles que la hacen verosímil y consistente; 3) que está corroborada por los elementos





que nos referiremos a continuación; y 4) que no está prestada con ánimo de exculpación, pues también resulta condenado el autor de tal declaración.

La declaración del Guardia Civil NUM005 , señala que tras la detención de Adrian indica que un Guardia Civil le ha ofrecido el transporte de droga mediante precio, y da sus características físicas, que en un principio confunde con Carlos Jesús , al que une un parecido físico con Severino , pero que se aclaran cuando ofrece el dato del Hundai Santa Fe, que tiene este último, lo que determina la petición al juez de la intervención de sus comunicaciones telefónicas. Todo este aspecto de su declaración fue también corroborado por el Guardia Civil NUM006 , Alférez, quien aseguró que Adrian les dio fotografías, una de las cuales era precisamente de Severino , y que aunque en un principio lo confundió con Carlos Jesús , luego lo aclaró.

Finalmente, la declaración del Capitán de la Guardia Civil NUM007 , corrobora el dato de la entrega de las fotografías por parte del conductor del vehículo que atravesaba la frontera con droga. Este testigo se encontraba en el paso fronterizo en el momento de la detención de Adrian y declaró que le llamó la atención que la droga fuera escondida de manera «tan simple», dato revelador de la confianza con la que cuenta quien traspasaba de esa forma la frontera, e indicativa de que había sido contactado previamente por un Guardia Civil, lo que sugería que podía pasarla fácilmente. Ciertamente, también quedó probado que el día de los hechos, era Carlos Jesús quien se encontraba de servicio en el carril por el que transitaba Adrian en la frontera.

Veamos ahora la doctrina acerca del valor de las declaraciones incriminatorias de los coimputados.

**TERCERO.-** Esta Sala (STS 849/2015, de 1 de diciembre , entre otras muchas), en recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional, ha afirmado igualmente de manera reiterada que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones prestadas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad ( SSTS 1290/2009 de 23 de diciembre ; 84/2010 de 18 de febrero ; 60/2012 de 8 de febrero ; 129/2014 de 26 de febrero ó 622/2015 de 23 de octubre por citar alguna de las más recientes).

Sin embargo, ambos Tribunales hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo.

En definitiva, nos encontramos ante una prueba peculiar que exige un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente.

En orden a superar las reticencias que derivan de la especial posición del coimputado, esta Sala ha establecido una serie de pautas de valoración que se mueven en cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima aunque, en palabras, entre otras, de la STS 513/2015, de 9 de septiembre , en este caso suponen algo más que simples orientaciones. Entre ellas y de manera especial la existencia de motivaciones espurias, lo que enlaza con las ventajas derivadas de la heteroimputación.

Como recuerda la STS 145/2015, de 8 de mayo , existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión, acreditan que en nuestro derecho está admitida e incluso alentada en algunas parcelas esa forma de acreditamiento.

El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno. Igualmente ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo ). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004 , recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas.



En la STC 233/2002, de 9 de diciembre, se reitera el criterio de que la exigencia de corroboración se concreta en *dos ideas*: que la corroboración no *ha de ser plena*, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada tanto al Tribunal Constitucional como a esta propia Sala Casacional, sino *mínima*; y que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo *dejar al análisis caso por caso* la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Resume dicha resolución la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son: a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

En el caso enjuiciado, la declaración inculpativa del coimputado Adrian ha quedado corroborada por la declaración testifical de tres guardias civiles, el hecho de llevar el cargamento con la droga en condiciones perfectamente perceptibles, es decir, como el de alguien que traspasa la frontera con la confianza que le da quien es sabedor que el funcionario policial le dejará pasar, por haber convenido con él tal traspaso, e incluso ha sido el encargo realizado por tal Guardia Civil a cambio de precio, la dación de datos como el vehículo particular del agente, extremo este que se corresponde con su negociación en Nador, a tenor de sus propias declaraciones, y la aportación de fotografías, aspectos todos ellos que podemos considerar como la mínima corroboración que exige el Tribunal Constitucional, y esta propia Sala Casacional, por lo que el motivo no puede prosperar.

El resto de los motivos son meramente desarrollo del anterior: dice el recurrente que no ha podido conocer las fotografías aportadas por el propio Adrian y que condujeron a que la investigación policial se centrara en Severino. Pues, bien, tales fotografías son introducidas a través de la declaración de la prueba testifical de los propios agentes policiales, razón por la cual no existe vicio constitucional alguno. Tampoco hay documento alguno literosuficiente que acredite lo sostenido por el recurrente como «error facti» en que pudiera incurrir el Tribunal sentenciador.

En consecuencia, el recurso no puede prosperar.

Recurso de Jose Pablo .

**CUARTO.-** Su primer motivo coincide con la primera censura casacional del anterior recurrente, puesto que se denuncia la vulneración de su presunción de inocencia sobre la base de la falta de consistencia de la declaración inculpativa de dos coimputados, igualmente condenados en la instancia.

En efecto, se trata de dos transportes de vehículos con droga (hachís), encargados, según los hechos probados de la sentencia recurrida, por este recurrente, a los coimputados Celso y Francisco .

Reproducida la doctrina anterior, veamos cuál es la argumentación de los jueces «a quibus» expresada en su fundamento jurídico quinto.

Señalan que, al igual que Severino, este acusado en el acto del plenario, se ha acogido a su derecho a no declarar. Su detención y puesta a disposición judicial se produjo cuando la investigación policial estaba ya prácticamente agotada y, en base a los datos e indicios que durante las tan repetidas escuchas telefónicas había ido obteniendo el equipo policial investigador, pero habiendo sido declaradas nulas, no pueden ser valoradas por el Tribunal sentenciador.

Para ello toma en consideración las declaraciones de los coacusados de Celso y de Francisco, de carácter inculpativo, prestadas en sede del Juzgado de Guardia (folios 625 a 627 y 594 a 597, respectivamente), «narraron con detalle que, en definitiva fue precisamente Jose Pablo la persona con la que los dos contactaron por intermediación de un conocido de cada uno, habiéndose visto personalmente con el mismo y habiendo planificado detalladamente el transporte de droga que tales acusados aceptaron realizar a cambio del precio que a cada uno ofreció. En términos prácticamente idénticos han declarado aquéllos en el acto del plenario, donde además de identificar con rotundidad a Jose Pablo, han dado a la Sra. Letrada Defensora de éste explicaciones totalmente coherentes y convincentes a cuantas cuestiones les ha planteado, tendentes, lógicamente, a debilitar sus declaraciones, aunque con resultado infructuoso».



Sigue argumentando la Sala sentenciadora de instancia que de tales declaraciones se desprende, en primer lugar, que no han sido prestadas por ningún tipo de animadversión, enemistad ni ningún otro móvil espurio. Baste afirmar para ello, que antes de ponerse en contacto para planificar las operaciones, no se conocían de nada. Que no pretendían con tales incriminaciones su autoexculpación, parece más que patente, por cuanto que los dos confesaron su culpabilidad desde el primer momento, habiendo resultado absolutamente estéril el esfuerzo de la Letrada defensora *«por demostrar que tales declaraciones las prestaron al haberseles ofrecido la obtención de un tratamiento penológico más benigno que si no lo hubieran hecho. Esto no se ha demostrado y no pasa de ser una mera sospecha de la Letrada que no se ha acreditado ni por asomo»*.

El Tribunal sentenciador *«entiende, además, que las dos declaraciones que nos ocupan, están corroboradas por una serie de circunstancias periféricas que se ha acreditado. En este sentido Celso , al identificar a Jose Pablo , refirió que era de la Alpujarra (Granada), constando efectivamente en las actuaciones que es de Pampanerira (Granada), pueblo de esa Comarca, como es notorio. En segundo lugar, los dos han sido constantes en declarar que dicho Jose Pablo les iba indicando telefónicamente los lugares de Melilla donde debían dejar sus vehículos, para que terceros no identificados los recogieran y, tras cargarlos, se tendrían que pasar a recogerlos antes de regresar de nuevo a la Península. Nos sirve ese pasaje de sus declaraciones como elemento que nos lleva a afirmar que si, lógicamente vinieron con el vehículo limpio a Melilla, ciudad que no conocían, y, tras permanecer varios días entre ésta y Nador, luego, al regresar, son interceptados en el control aduanero con los alijos referidos, no cabe duda alguna que tal circunstancia corrobora sus incriminaciones, pues, además, en Melilla sólo recibieron llamadas de Jose Pablo y de nadie más, según Francisco . Por último, nos parece sumamente revelador el dato de que los dos, siguiendo las indicaciones de Jose Pablo , se hubieran desplazado cada uno con un acompañante ( Emilio , el uno y Indalecio , el otro). La presencia de éstos, hasta el punto de haber sido también acusados, resulta incuestionable, como también su papel de meros acompañantes, para así poder realizar el pase más fácilmente, según creía Jose Pablo , siguiendo el uso empleado con mucha frecuencia en acciones de transporte semejantes, como enseña la experiencia»*.

Y concluye la Audiencia: *«Pues bien, si los expresados coacusados han identificado plenamente y sin fisura a Jose Pablo , como la persona con la que convinieron realizar el pase de esos alijos de hachís desde Melilla hasta Málaga, vía marítima y si sus declaraciones vienen objetivamente corroboradas por esos datos objetivos de carácter circunstancial que acaban de expresarse, es acorde al criterio lógico más elemental concluir dotando a dichas declaraciones la naturaleza de prueba de cargo suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia que hasta ahora amparaba al coacusado Jose Pablo y, por tanto, declarar nuestra absoluta convicción de haber quedado plenamente probada su autoría»*.

Este razonamiento debe ser considerado lógico y razonable, más allá, como hemos dicho en otras ocasiones, no se extiende nuestro control cuando de la vulneración de la presunción de inocencia se trata, si no quiere suplantarse lo que es objeto de la soberanía del Tribunal sentenciador, y también hemos dicho en nuestra STS 413/2003, de 21 de marzo , entre otras muchas, que no sería tolerable negar cualquier valor incriminatorio a toda una serie de declaraciones inculpatorias de coimputados, que narran toda una operación delictiva, al unísono, con aportación de detalles, aún cuando uno de los imputados -el ahora recurrente- negase totalmente los hechos por los que se le acusa. Tal proceder carecería de toda lógica, y es razonable pensar que unas declaraciones se refuerzan con las otras, y sirven de complemento corroborador a los efectos de reforzar la convicción judicial, junto a los datos objetivos que ya hemos visto fueron aportados en la causa y sometidos al control del plenario.

En consecuencia, este motivo no puede prosperar.

**QUINTO.-** El segundo motivo se articula por la vía autorizada en el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en el cual se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba designándose como referencia documental los folios 334, 625 a 627, y 594 a 597 de las actuaciones.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurren los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí



mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Los documentos invocados carecen de cualquier valor literosuficiente, son meros actos testificales documentados que el Tribunal "a quo" valora y pondera libremente, conforme a las prescripciones del artículo 741, los cuales carecen de virtualidad y operatividad en trance casacional, a excepción de los contados y excepcionales supuestos en que pueden tener aquella calidad.

Se trata de declaraciones testificales que no tienen tal característica, como tampoco lo tiene el acta del juicio oral, igualmente invocado como documento a estos efectos.

El motivo no puede prosperar.

**SEXTO.-** Finalmente, el motivo tercero, formalizado por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 368, 369-5º y 66.1.6º del Código Penal.

El motivo se encuentra incurso en causa de inadmisión (art. 884.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que ahora se traduce en desestimación, en tanto que el autor del recurso no respeta los hechos declarados probados, e insiste en que «no hay hecho probado alguno que pueda dar lugar a la aplicación del tipo penal que contempla el delito contra la salud pública por el que se condena».

Desde el plano de la individualización penológica, la Sala sentenciadora de instancia considera que este recurrente ha de responder por los alijos de hachís que se intervinieron a Celso y a Francisco, pues ha quedado probado que planificó con ellos y dirigió la preparación y el pase del alijo de hachís que a cada uno se intervino en el puesto de Melilla, cuando pretendían embarcar para regresar "cargados" a la península. Para ello, primero tuvo un contacto personal con los mismos, en el que llegaron al acuerdo referido y luego, cuando los dos estaban en Melilla, les impartía telefónicamente las instrucciones precisas para que sus respectivos vehículos fueran cargados, para recogerlos después, tras embarcar.

El Tribunal sentenciador, a pesar de que se solicitaba para él por el Ministerio Fiscal, la comisión de dos delitos, fue condenado solamente por uno, al entender, como hace nuestra jurisprudencia, que el delito contra la salud pública ya comprende un concepto global de acción, que impide tal descomposición comisiva.

Por lo demás, la Sala sentenciadora de instancia entiende que, en realidad, lo que pretendía el ahora recurrente era transportar una gran cantidad de hachís, que dividió entre los dos transportes para de este modo lograr su propósito con mayor facilidad. De hecho, coincidieron dichos acusados en el viaje a Melilla, los dos permanecieron aquí el mismo tiempo y ambos regresaban igual. De hecho, fueron interceptados en un intervalo de cinco minutos en el control aduanero del puerto.

Dicho lo anterior, se está ya en condiciones de individualizar la pena que debe serle impuesta.

Respecto a la gravedad de los hechos enjuiciados, el dato de la mayor cantidad de hachís que la suma de los dos alijos representa y, por ende, de una mayor antijuridicidad.

La Audiencia, quizá cargando los adjetivos personales, pero haciendo nuestra y comprendiendo su argumentación jurídica, nos dice lo siguiente: «Desde el punto de vista de las circunstancias personales de este acusado, es de reseñar en primer lugar la ruindad que supone buscar a personas que se hallan en apuros económicos para llevar a cabo su criminal proyecto. Es lo que ha sucedido en este caso, habiendo declarado tanto Celso, como Francisco, que se decidieron a realizar este hecho porque estaban asfixiados por su situación de parados, agotados los subsidios en el caso de Celso, con cargas familiares de esposa e hijos y en el primero, además, su madre, debiendo afrontar ambos el pago de las cuotas mensuales del préstamo hipotecario que tenían. Su situación económico-familiar puede calificarse de desesperada. De aquí la mayor debilidad de los sujetos elegidos, que se podrían prestar con mayor facilidad, menores exigencias y, desde luego con más decisión a tan ilícita empresa. Pero es que, además recomienda a ambos que vayan acompañados de un amigo cada uno, para de este modo poder facilitar el pase, levantando menos sospechas que si lo hacían en solitario, lo que evidencia aún más el desprecio de Jose Pablo a la dignidad personal no sólo de estos dos amigos, que se buscaron aquellos, sino también de éstos mismos, que, prestándose a ejecutar tal empresa por las circunstancias antes dichas, lo hacen hasta el extremo de llegar a engañar a sus respectivos acompañantes, traicionando así la amistad que tenían con los mismos. Todo ello, lleva a esta Sala a la conclusión de que la conducta del coacusado Jose Pablo merece también un mayor reproche penal, debiendo serle impuesta, en definitiva, la pena de cuatro años de prisión, con su accesoria legal y la de multa de 400.000 euros, con el arresto sustitutorio que luego se dirá».

En consecuencia, estando razonada con lógica la mayor exasperación penológica, el motivo no puede prosperar, y con él, todo su recurso.





### Costas procesales.

**SÉPTIMO.-** Las costas procesales se impondrán a los recurrentes como consecuencia de la desestimación de sus recursos ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ).

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los acusados **Severino y Jose Pablo** , contra Sentencia núm. 15/15, de 7 de abril de 2015 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede en Melilla . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde Joaquin Gimenez Garcia

**PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando 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.