



Roj: **STS 1856/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1856**

Id Cendoj: **28079120012019100361**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2019**

Nº de Recurso: **1223/2018**

Nº de Resolución: **302/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 466/2018,**
STS 1856/2019

RECURSO CASACION núm.: 1223/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Diaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 302/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D.^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 7 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 1223/2018, interpuesto por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por **Don Lucio**, representado por la procuradora Doña María Loengri García Herrera, bajo la dirección letrada de Don Juan Betancor González, contra la sentencia dictada el 19 de marzo de 2018, por la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso de Apelación n.º 4/2018, procedente de la apelación de la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el Procedimiento Abreviado n.º 92/2016. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Diaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 7 de Las Palmas de Gran Canaria, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 1452/2016, por un delito contra la salud pública contra Doña Petra, Doña Maribel, Don Lucio y Don Moises, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria cuya Sección Segunda dictó, en el Rollo de Sala n.º 92/16, sentencia el 18 de octubre de 2017 con los siguientes hechos probados:



<< Son hechos probados y así se declara expresamente que en la mañana del día 11 de marzo de 2016, la acusada, Petra , fue interceptada por agentes de la Guardia Civil cuando, encontrándose en las inmediaciones del Muelle Grande del Puerto de La Luz y de Las Palmas, se disponía a embarcar con destino a Fuerteventura. La acusada llevaba, oculto en un bolso que portaba, una especie de cilindro envuelto en varias capas de plástico (de preservativos) conteniendo en su interior, una vez analizado, un total de 150,00 gramos de cocaína, con una pureza del 69,54 %. Esta droga la llevaba la acusada para entregarla a otra persona en Fuerteventura, cuya identidad no ha resultado probada, quien le había encargado este transporte, para una vez con ella en su poder, con evidente menosprecio a la salud de terceras personas, proceder a su corte y venta.

Para ejecutar dicho encargo, la acusada había contactado el día 10 de marzo de 2016 con el acusado Lucio , y quedado con él en los aparcamientos exteriores del Centro Comercial La Ballena, de esta capital. Una vez allí, Francisco le entregó el paquete, consistente en una especie de cilindro envuelto en varios preservativos (el que finalmente fue descubierto por la Guardia Civil e interceptado a Petra).

Cuando Petra , al día siguiente, fue interceptada por los agentes de la Guardia Civil, se prestó voluntariamente a colaborar con la fuerza actuante por lo que se solicitó y se obtuvo resolución judicial del Juzgado de Instrucción nº 7 por la que se autorizaba a realizar entrega vigilada de la sustancia, cocaína, incautada a la acusada, Petra . De esta forma, la acusada se puso en contacto con el número de teléfono NUM000 indicando que no podía hacer el transporte, recibiendo indicación para que se dirigiera al Hospital Insular, a sus inmediaciones, y que allí debería devolver el paquete recibido.

Sobre las 15 horas del día 11 de marzo de 2016 el acusado Lucio y la acusada Maribel , se presentaron en el vehículo Renault de color gris claro matrículaXDR , en las inmediaciones del Hospital Insular y, acercándose a la acusada Petra , el acusado le dijo "venga, dame eso", en referencia al paquete de cocaína, momento en el que intervienen los agentes que estaban vigilando esta entrega controlada y proceden a la detención de ambos acusados, limitándose la acusada Maribel a acompañar a su novio pero sin que haya resultado acreditado que tuviera conocimiento de la entrega de la sustancia estupefaciente.

La droga incautada habría alcanzado un valor en el mercado ilícito de 15.000 euros.

No ha resultado acreditada la participación en estos hechos de los acusados Moises e Maribel .>>

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

<<Que debemos condenar y condenamos, a Petra como responsable penal, en concepto de autora, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública previsto y penado en los artículos 368, primer inciso, y 376 del Código Penal , en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas de dos años de prisión, multa de 10.000 euros, con dos días de arresto sustitutorio en caso de impago e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de una cuarta parte de las costas procesales y a Lucio , como responsable penal, en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368, primer inciso, del Código Penal , en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas de tres años y seis meses de prisión, multa de 20.000 euros, con un mes de arresto sustitutorio en caso de impago e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de una cuarta parte de las costas procesales, absolviendo a Maribel Y Moises del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados, y declarando de oficio las dos cuartas partes restantes de las costas procesales.

Se acuerda el decomiso y destrucción de la droga aprehendida o, en su caso, de las muestras conservadas tras su análisis.

Para el cumplimiento de las penas impuestas les será de abono a los penados el tiempo que hubiere estado preventivamente privado de libertad por esta causa.>>

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal del condenado Don Lucio , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en fecha 19 de marzo de 2018, en el Recurso de Apelación número 4/2018 , cuyo Fallo es el siguiente:

<<Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Lucio contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el procedimiento abreviado nº 92/2016, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin efectuar imposición de las costas del recurso.



Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente, haciéndose le saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual se anunciará en el plazo de cinco días ante esta Sala y se formalizará ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.>>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el acusado Don Lucio , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa consagrados en el art. 24.2 de la CE .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española , principio de presunción de inocencia.

Tercero.- Por infracción de precepto de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del artículo 14 del Código Penal .

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal, interesa la inadmisión de todos los motivos y subsidiariamente la desestimación de los mismos; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 5 de junio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, Don Lucio , ha sido condenado por la sentencia de instancia, confirmada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, a las penas de tres años y seis meses de prisión, multa de 20.000 euros, con un mes de arresto sustitutorio en caso de impago e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

El recurso se dirige contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2018, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el Rollo de Apelación núm. 4 de 2018 , por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Lucio contra la sentencia dictada en fecha 18 de octubre de 2017 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas , en el procedimiento abreviado núm. 92/2016, dimanante de la causa procedimiento abreviado núm. 1452/2016, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria.

Tres son los motivos del recurso: por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa consagrados en el art. 24.2 de la Constitución Española ; por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española , principio de presunción de inocencia; y por infracción de precepto de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del artículo 14 del Código Penal .

SEGUNDO.- El primer motivo de su recurso lo encauza procesalmente la defensa de Don Lucio a través de lo dispuesto en el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa consagrados en el art. 24.2 de la Constitución Española .

En desarrollo de este motivo, señala el recurrente que los agentes de la Guardia Civil procedieron a realizar con la detenida, Petra , diversas diligencias sin que fuera asistida por Letrado con anterioridad a su práctica, por lo que se ha vulnerado el derecho constitucional recogido en el art. 17.3 de la Constitución Española . Las diligencias que consistieron, entre otras, en declaraciones ante los agentes actuantes, diversas llamadas de la detenida a una persona para entregar el paquete con sustancia estupefaciente, así como con la persona que según manifiesta esta le entregó el paquete, o la entrega vigilada en la que participó activamente la detenida.

Considera que no solo nos encontramos ante una declaración de la acusada sin asistencia letrada, ya de por sí es nula, sino que ello afecta de forma directa al resto de los investigados pues se llega hasta ellos como consecuencia de todas esas actuaciones que se realizan estando detenida y sin que reciba, con carácter previo, asistencia letrada. Entiende que la falta de consentimiento válido de la detenida y la ausencia de



asistencia letrada en las reseñadas diligencias policiales determina que éstas sean nulas de pleno derecho, por vulneración del art. 17 y 24.2 de la Constitución Española , lo que debe llevar a su juicio al dictado de una sentencia absolutoria, ante la ausencia de la más mínima carga probatoria con respecto a Don Lucio .

1. Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 208/2007, de 24 de septiembre , "... la asistencia letrada sólo es constitucionalmente imprescindible en la detención y en la prueba sumarial anticipada (...) en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2 ; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2 ; 38/2003, de 27 de febrero , FJ 5). Por otra parte, y desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la defensa consagrados en el art. 24.2 CE , las irregularidades en la declaración policial que se denuncian y, en concreto, la ausencia de lectura de derechos, asistencia letrada e intérprete, sólo podrán ser relevantes en la medida en que generen indefensión material (por todas, SSTC 94/1983, de 14 de noviembre, FJ 4 ; 70/2002, de 3 de abril , FJ 3)."

En el mismo sentido expone el auto del Tribunal Constitucional núm. 337/2005, de 26 de septiembre , con cita de su sentencia núm. 38/2003, de 28 de febrero , que "si bien la Constitución garantiza la asistencia del Abogado (artículos 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva "la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios" (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2 , y 229/1999, de 13 de diciembre , FJ 2). En particular este Tribunal ha reclamado dicha intervención sólo "en la detención (SSTC 42/1982 , 47/1986 , 196/1987 y 66/1989) y en la prueba sumarial anticipada (SSTC 150/1989 , 182/1989 , 217/1989 , 59/1991 y 80/1991), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes" (STC 206/1991, de 30 de octubre , FJ 2). En consecuencia, "en los demás actos procesales y con independencia de que se haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor" (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2 , y 229/1999, de 13 de diciembre , FJ 2)."

Igualmente explica el Tribunal Constitucional en el auto 108/1999, de 28 de abril , que "la verificación de defectos procesales no genera de forma automática la lesión de derechos constitucionales si no ha producido indefensión material (SSTC 155/1988 , fundamento jurídico 4º, 112/1989 , fundamento jurídico 2º, STC 121/1995 , fundamento jurídico 3º, 126/1991 , fundamento jurídico 5º, 62/1998, en su fundamento jurídico 3º)". De la misma forma en la STC Sala 1ª, S 21-04-1986, nº 47/1986, rec. 340/1985 ha entendido que "... si la irregularidad no se ha invocado en su momento, la falta de asistencia letrada en la declaración policial sólo podría ser relevante en la medida en que hubiese determinado la indefensión posterior".

2. En el supuesto sometido a consideración, conforme se expone tanto por el Tribunal Superior de Justicia como en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la condenada Doña Petra fue sorprendida el día 11 de marzo alrededor de las 08.45 horas de la mañana por agentes de la Sección Fiscal del Muelle de Las Palmas cuando realizaban un control de vigilancia a los pasajeros del Muelle Grande del Puerto de la Luz y de Las Palmas, procediendo a su detención cautelar, tras serle ocupado entre sus pertenencias un objeto cilíndrico envuelto en varias capas de plástico transparente con un peso aproximado de 158 gramos que resultó positivo al test de cocaína. En ese momento fue informada de forma verbal de sus derechos, y ya en dependencias policiales se practicó la diligencia de información de derechos a las 09:30 horas que fue firmada por la detenida. Al observar los agentes la voluntad de colaborar con los Cuerpos de Seguridad del Estado, sobre las 11 horas, el Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga (EDO) se hizo cargo de las diligencias y se trasladó al muelle, solicitando y obteniendo del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Las Palmas autorización para llevar a cabo una entrega controlada de la droga incautada, procediéndose a efectuar las llamadas de teléfono por Doña Petra a la persona que le había hecho el encargo, y a efectuar la entrega controlada de la sustancia incautada que determinó la detención de Don Lucio .

Finalmente, a las 18:00 horas de ese mismo día, Doña Petra prestó declaración en las dependencias de la Guardia Civil asistida por la Letrada designada por el turno de oficio, Doña Belinda , quedando a continuación en libertad.

De todo ello se infiere que en todo momento las manifestaciones y actuaciones realizadas por Doña Petra fueron espontáneas y libres y se llevaron a cabo por la detenida tras haber sido informada de sus derechos. En ningún momento la Sra. Petra ha manifestado que se sintiera intimidada o coaccionada por la Fuerza



Actuante. Y en la declaración que prestó en las dependencias de la Guardia Civil a presencia de su Letrada, mantuvo la misma versión de los hechos y confirmó su colaboración voluntaria, postura en la que ha persistido a lo largo del procedimiento y en el acto del juicio oral. Tampoco ha denunciado en ningún momento la existencia de presiones u otros actos intimidatorios, ni ha invocado vulneración de derecho alguno. Incluso el recurrente no ha efectuado denuncia alguna a este respecto a lo largo del procedimiento hasta la formulación del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia.

Nos encontramos pues ante unas manifestaciones libres y espontáneas que no implican vulneración de ningún derecho. Tampoco han ocasionado ninguna indefensión material a la Sra. Petra . Son manifestaciones incluso amparadas por la jurisprudencia de esta Sala, pues, como señalábamos en la sentencia núm. 207/2006, de 7 de febrero , nada impide al detenido reconocer espontáneamente los hechos o su participación en los mismos iniciadas las pesquisas policiales, hasta el punto de que ello pueda dar lugar a la apreciación de una atenuante, como ha acontecido en el presente caso, en el que la acusada se ha visto beneficiada por la aplicación del tipo privilegiado contenido previsto en el artículo 376 del Código Penal .

En todo caso, como señala el Ministerio Fiscal, tanto el recurso de amparo (SSTC. 26/2006, de 30 de enero , 132/1997, de 15 de julio ; ATC 130/2009, de 4 de mayo), como el recurso de casación (SSTs. 115/2014, 25 de febrero ; 714/2016, 26 de septiembre), tienen por objeto la defensa de derechos fundamentales propios, y no de derechos ajenos, como aquí se plantea.

Efectivamente, el recurrente denuncia vulneración de derechos ajenos. Pero tales derechos, ni han sido vulnerados -como así ha sido entendido por Doña Petra y por su Letrada en el sentido que ha sido expresado-, ni pueden ser entendidos por el recurrente como propios por el hecho de que gracias a la colaboración de la acusada se lograra su detención y la obtención de pruebas que han permitido su condena. Se trata simplemente de una declaración realizada por una coimputada, debidamente valorada por el Tribunal junto al resto de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

El motivo no puede por tanto acogerse.

TERCERO.- El segundo de los motivos deducidos por la defensa de Don Lucio se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española , en relación con el principio de presunción de inocencia.

Señala el recurrente que, en contra de lo que se expresa en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, el contacto a que se refiere en el apartado de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y que tuvo lugar el día 10 de marzo de 2016 entre Doña Petra y Don Lucio en los aparcamientos exteriores del Centro Comercial La Ballena, en el que éste le entregó el paquete, se basa única y exclusivamente en la declaración de la coimputada Sra. Petra , sin que exista otra prueba directa o indiciaria que avale dicho extremo. Tal declaración a su juicio está llena de contradicciones, que el recurrente relaciona. Entiende por ello que no existe prueba por la que se pueda enervar el principio de presunción de inocencia, y que permita afirmar con la debida rotundidad que Don Lucio participara en los hechos por los que ha sido condenado.

En conclusión, lo que hace el recurrente no es otra cosa que disentir de la valoración de la prueba efectuada en primera instancia.

1. Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre ; 470/2018, de 16 de octubre ; y 77/2019, de 12 de febrero , entre otras, la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme expone el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar



una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser *iuris tantum* y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo. 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre , 742/2007, de 26 de septiembre , y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Fuera de esas comprobaciones, debe acabar la función casacional respecto a las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tanto en relación a las sentencias dictadas en los procedimientos sometidos al Tribunal del Jurado, los cuales, como veíamos, están sometidos al doble examen o doble instancia, como con respecto a las sentencias dictadas bajo la cobertura de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, que ha establecido una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia. Y ello por cuanto que la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad ya ha sido realizada por el Tribunal de apelación.

Como indican, entre otras, las STSS 476/2017, de 26 de junio y 238/2018 de 22 mayo, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, estableciendo un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

2. En el marco expuesto, el examen de la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia conduce a la desestimación de este motivo del recurso.

El recurrente ataca de nuevo en casación, reproduciendo idénticos razonamientos que los utilizados al recurrir la sentencia de la Audiencia Provincial en apelación, la valoración de la prueba practicada en la primera instancia, pero sin efectuar alegación alguna que desvirtúe los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación, lo cual debería llevar ya a la desestimación del recurso.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias ofrece contestación al recurrente sobre todas y cada una de las cuestiones suscitadas por su parte, reafirmando la explicación coherente y clara de



lo ocurrido expresada por el tribunal de instancia, explicación que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.

En efecto, el Tribunal de Apelación explica la suficiencia de la prueba practicada ante el Tribunal de instancia, así como la racionalidad de su valoración, particularmente en lo que se refiere a la declaración de la coimputada Sra. Petra , con respecto a la que el órgano sentenciador, como refleja el Tribunal Superior de Justicia, no halló elemento alguno que permitiera el cuestionamiento de su credibilidad en el extremo controvertido relativo a que el acusado participó en los hechos enjuiciados.

Recordábamos en la sentencia núm. 774/2017, de 30 de noviembre, la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que las declaraciones inculpativas de coimputados "carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración - como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena" (SSTC 34/2006, de 13 de febrero ; 230/2007, de 5 de noviembre ; 102/2008, de 28 de julio ; 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo ; 125/2009, de 18 de mayo ; y 134/2009, de 1 de junio).

En el supuesto examinado, la Audiencia Provincial explicó cuáles eran los datos externos que corroboraban las manifestaciones efectuadas por Doña Petra , que son reproducidos por el Tribunal de Apelación. De esta forma constata, en primer lugar, la aprehensión de un paquete que contenía 150 gramos de cocaína, con una pureza del 69,54%, cuando éste era entregado por la Sra. Petra al acusado Don Lucio . Tal extremo fue puesto de manifiesto en el acto del juicio oral por los propios agentes que intervinieron en la entrega vigilada.

El Agente de la Guardia Civil con núm. NUM001 , instructor de las diligencias, explicó, en consonancia con lo expuesto por la acusada, que ésta recibió una llamada de la persona que le había encargado la droga, preguntándole por qué no había regresado a Puerto del Rosario, conminándole a que devolviera la droga a la persona que se la había entregado, habiendo manifestado la acusada que la persona que le había hecho el encargo era Moises y la que le había entregado la droga era Lucio .

El Agente núm. NUM002 , quien estuvo presente durante las conversaciones telefónicas que mantuvo la acusada con dos terceras personas, con el sistema de manos libres del teléfono activado, manifestó que la persona que le había hecho el encargo la había llamado para preguntarle qué había pasado y decirle que devolviera la droga a la persona que se la había entregado.

El Agente n.º NUM003 apoyó en la entrega vigilada en el Hospital Insular, encargándose de la custodia de la detenida. Éste afirmó que llegó un vehículo con dos personas en su interior, un chico y una chica, los acusados Lucio e Maribel , y que el chico le dijo a la acusada Petra "dame eso", manifestando que si bien no recordaba bien quien conducía el vehículo sí recordaba perfectamente que había sido el hombre quien le había dicho que le entregara el paquete.

Pero es más, conforme expresa el Tribunal, el propio acusado Don Lucio reconoció haber entregado el paquete en cuestión a Petra , si bien manifestó que el paquete se lo había entregado a su vez un amigo llamado Cebollero , quien le había dicho que era hachís y que se lo entregara a Petra en La Ballena, como finalmente hizo. Igualmente corrobora su participación la llamada que recibió posteriormente, aunque señala como interlocutor nuevamente a su amigo Cebollero , en la que se le indicó que recogiera un paquete en el Hospital Insular, reconociendo también que se dirigió al citado lugar para recoger el paquete, tras lo que fue detenido.

Así las cosas, el otorgamiento de credibilidad realizado por parte del Tribunal de instancia se ajusta a los cánones jurisprudenciales indicados, por lo que se descarta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se denuncia.



Frente a ello, las contradicciones que denuncia el recurrente en las distintas declaraciones realizadas por Doña Petra se refieren a extremos accesorios y no desvirtúan los hechos nucleares en los términos que son recogidos en la sentencia. Lejos de ello lo que ponen de manifiesto es que la coacusada no se ha limitado a revelar un relato aprendido, apareciendo diferencias en sus declaraciones como consecuencia lógica del transcurso del tiempo entre las mismas, de su transcripción mecánica, no literal, salvo la ofrecida en el acto del juicio oral, así como de la diferente forma de expresarse en el relato de unos mismos hechos. En este sentido, también decíamos en la sentencia núm. 774/2017, de 30 de noviembre, que "resulta inevitable que al comparar las declaraciones que presta un coimputado o un testigo en la fase de instrucción con las que hace después en la vista oral del juicio afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar, porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando han ya transcurrido varios meses o incluso años. Y en segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración. Y por último, también resulta obvio que la persona que transcribe la declaración en el acta no plasma literalmente todo su contenido, sino que trastoca, modifica y varía de forma involuntaria e inconsciente los vocablos, las expresiones y los propios giros lingüísticos utilizados por el testigo. A lo que ha de sumarse las interpretaciones que hacen las partes sobre esa clase de modificaciones.

Muestra también el recurrente su queja respecto a la diferencia de trato dispensado al acusado frente a su hermano y también acusado, Don Moises. Tal reproche no puede tener acogida, pues como dicen las SSTC 82/2001, de 26 de marzo; 1312/2003, de 15 de octubre, "la vulneración de la garantía de la igualdad requiere como presupuesto, la determinación de los términos a comparar, y, para afirmar conculcación de este principio, se exige que dichos términos de comparación sean absolutamente iguales, de tal modo que será grave desigualdad y discriminación el trato igual a los desiguales, de forma que no se produce agravio comparativo, ni se infringe por tanto el principio de igualdad, si no concurren en los términos de comparación los mismos presupuestos jurídicos, ni, aun cuando dándose los mismos presupuestos, el Juzgador haciendo uso de la discrecionalidad que le concede la Ley adapta la pena, individualizándola para cada reo, según las circunstancias concretas de cada uno respecto a la forma de realización de los hechos, participación en ellos...". En el mismo sentido, la sentencia de este Tribunal núm. 532/2003, de 19 de mayo, señala que "la aplicación de la ley requiere que las resoluciones que se contrastan hayan sido dictadas por el mismo órgano judicial, que hayan resuelto supuestos sustancialmente iguales y la ausencia de toda motivación que justifique el cambio de criterio".

Ello no sucede en el caso que nos ocupa ya que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de Don Lucio, es precisamente la falta de datos corroboradores de las manifestaciones efectuadas por Doña Petra sobre que fue Moises la persona que le encargó recoger la droga que habría de entregarle Lucio, lo que ha llevado al Tribunal de instancia a decretar su absolución. De esta forma, el Tribunal ha expresado que, si bien la acusada manifestó haber recibido llamadas de Moises en presencia de los Agentes de la Guardia Civil, fue tan solo ella quien lo identificó como tal, ya que no consta que se llevara a cabo diligencia alguna con el número de teléfono del que procedían las llamadas. Manifestaron los Agentes que intervinieron que en ningún momento dicha persona se identificó, que tan solo dijo que le devolviera la droga a la persona que la había entregado y que tampoco se había referido a esta persona como su hermano.

Por último, El principio "in dubio pro reo" a que hace referencia el recurrente no es un principio absoluto, sino algo que debe impregnar la interpretación en el caso de duda razonable del juzgador; solo cuando, tras la valoración conjunta de la prueba, dos opciones son igualmente posibles, entra en funcionamiento este principio, debiéndose acoger siempre la que sea más favorable para el acusado. Es obvio que ello no concurre en el presente caso, en el que la convicción judicial de la forma de ocurrir los hechos ha sido formulada sin dudas.

Este principio no tiene acceso a la casación. Expone la sentencia de esta Sala 817/2017, de 13 de diciembre, que "La STS 666/2010, de 14-7, insiste en que "el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11, con cita en la STS 939/98 de 13-7, que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECrim, pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda.



Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12)".

En el caso de autos, la lectura de la sentencia permite concluir que ninguna duda alberga el Tribunal de instancia sobre el modo en que, a su juicio, tuvieron lugar los hechos.

Conforme a lo expresado, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso formulado por Don Lucio se deduce por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación del artículo 14 del Código Penal .

Considera el recurrente que existe una duda razonable sobre el hecho esencial de si el acusado conocía el contenido del paquete, que debe valorarse a su favor, ya que se desconocen las características del paquete y que no consta que éste estuviera abierto, por lo que no era posible conocer su contenido.

El motivo alegado por el recurrente está basado en la infracción de un precepto legal sustantivo. Por ello, procede examinar el motivo propuesto, ateniéndonos a los hechos declarados probados, asumido íntegramente por el Tribunal Superior de Justicia. En el mismo se expresa que: "...La acusada llevaba, oculto en un bolso que portaba, una especie de cilindro envuelto en varias capas de plástico (de preservativos) conteniendo en su interior, una vez analizado, un total de 150,00 gramos de cocaína, con una pureza del 69,54 %. Esta droga la llevaba la acusada para entregarla a otra persona en Fuerteventura, cuya identidad no ha resultado probada, quien le había encargado este transporte, para una vez con ella en su poder, con evidente menosprecio a la salud de terceras personas, proceder a su corte y venta.

Para ejecutar dicho encargo, la acusada había contactado el día 10 de marzo de 2016 con el acusado Lucio , y quedado con él en los aparcamientos exteriores del Centro Comercial La Ballena, de esta capital. Una vez allí, Lucio le entregó el paquete, consistente en una especie de cilindro envuelto en varios preservativos (el que finalmente fue descubierto por la Guardia Civil e interceptado a Petra). (...)

Cuando Petra , al día siguiente, fue interceptada por los agentes de la Guardia Civil, se prestó voluntariamente a colaborar con la fuerza actuante (...)

La acusada se puso en contacto con el número de teléfono NUM000 indicando que no podía hacer el transporte recibiendo indicación para que se dirigiera al Hospital Insular, a sus inmediaciones, y que allí debería devolver el paquete recibido (...)

Sobre las 15 horas del día 11 de marzo de 2016 el acusado Lucio y la acusada Maribel , se presentaron en el vehículo Renault de color gris claro matrículaXDR , en las inmediaciones del Hospital Insular y, acercándose a la acusada Petra , el acusado le dijo "venga, dame eso", en referencia al paquete de cocaína, momento en el que intervienen los agentes que estaban vigilando esta entrega controlada y proceden a la detención de ambos acusados (...)"

En tal relato no existe base alguna de la que pueda inferirse que hubiera podido existir el pretendido error que se afirma concurrió, ni como error invencible ni como error vencible, porque el acusado creyera que llevaba hachís en lugar de cocaína.

Conforme señalamos en la sentencia núm. 635/2012, de 17 de julio , "... el elemento subjetivo del delito tipificado en el artículo 368 consiste en la conciencia del carácter nocivo para la salud de la sustancia que constituye el objeto de la acción y en la conciencia de que la conducta realizada en relación con dicho objeto contribuye a promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal por terceras personas. En lo que se refiere a la conciencia de los efectos nocivos de la sustancia objeto del tráfico, resulta suficiente el conocimiento propio de la esfera del profano, ya que nos encontramos ante un delito común, que puede ser cometido por cualquiera, y en consecuencia la responsabilidad como autor no precisa específicos conocimientos médicos.

En términos generales suelen plantearse tres alegaciones diferentes acerca de la concurrencia de error en este tipo delictivo, que conviene diferenciar para delimitar la específica naturaleza de la modalidad de error planteado:

En primer lugar es frecuente que se alegue el desconocimiento de la existencia o de la naturaleza de la sustancia que se ha recibido o se transporta. Es lo que sucede en el supuesto actual, en el que los acusados reconocen haber realizado una acción que contribuiría a promover la distribución de la droga en España, pero alegan desconocer que en el contenedor que ayudaron a introducir, transportar u ocultar existía droga.



Nos encontramos en este supuesto ante la alegación de un error sobre un hecho constitutivo de la infracción, es decir un error de tipo, de los prevenidos en el párrafo primero del art 14 del Código Penal . Esta modalidad de error sobre un elemento esencial del tipo, en caso de considerarse acreditado, determinaría la impunidad de la conducta, tanto si es vencible como invencible, ya que este delito solo se puede cometer por dolo, incluido el eventual, pero no por imprudencia.

En segundo lugar se encuentran los supuestos de quien reconoce conocer la naturaleza de la sustancia que ayuda a distribuir pero alega desconocer que sea ilegal: nos encontraríamos en estos supuestos ante un error acerca de la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, es decir un error de prohibición, de los prevenidos en el párrafo tercero del referido artículo 14 del Código Penal .

El error de prohibición puede admitirse cuando la creencia errónea no se refiera a la calificación precisa de la sustancia, sino a su ilegalidad, es decir cuando se trate de sustancias que no es de conocimiento notorio que constituyan drogas ilícitas, siempre que las circunstancias del hecho y las personales del autor permitan inferir racionalmente que actuaba sin conciencia de la ilicitud de su conducta.

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuricidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 incurriendo en "error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal".

Y, en tercer lugar, se encuentran los supuestos de alegación de error sobre un elemento que agrave la infracción, concretamente el supuesto desconocimiento de que la sustancia con la que se trafica es susceptible de causar grave daño a la salud, que en realidad constituyen errores de subsunción penalmente irrelevantes. Los supuestos de error sobre la subsunción no afectan a la responsabilidad criminal pues ésta no requiere el conocimiento de una subsunción técnico-jurídica correcta, por lo que dicha responsabilidad solo se ve afectada cuando el autor cree que la acción que subsume erróneamente no se encuentra penalmente prohibida por norma alguna. (STS 76/99 de 29 de enero , entre otras)."

En el caso de autos, no puede ser acogida la existencia de un error de tipo desde el momento en que el acusado ha venido manifestando que pensaba que lo que le entregaron y transportaba era hachís. De esta manera Don Lucio actuaba en todo caso con pleno conocimiento sobre la ilicitud de su conducta, por lo que el error que alega constituye a lo sumo, en los términos expuestos, un error de subsunción penalmente irrelevante.

Además, la inferencia realizada por la Audiencia Provincial y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia sobre el conocimiento que tenía el acusado del contenido del paquete se deduce racionalmente de las propias circunstancias del hecho y de la participación en el mismo de Don Lucio . En este sentido se han puesto de manifiesto las características del paquete, que no dejan lugar a dudas, cuando se trata de una sustancia blanca envuelta en varios preservativos, como pudo comprobarse a través de las fotografías que ilustran el atestado y que han estado a la vista de todos los implicados en la causa, atestado que fue ratificado en el acto del juicio oral a preguntas de las defensas por el Agente de la Guardia Civil que actuó como Secretario en su confección. Igualmente ha valorado el Tribunal el contenido del acta de recepción del Área de Sanidad y Política Social del Gobierno de Canarias donde consta la descripción de la sustancia como un envoltorio de polvo blanco aglomerado con un peso de 150 gramos, así como el informe del análisis efectuado por el citado organismo, no impugnado por las partes. Por último, también ha valorado la manera en que tuvieron lugar los hechos en la forma descrita en el apartado de hechos probados, estimando en que, en cualquier caso, le sería igualmente reprochable la conducta al recurrente por dolo eventual, resultando finalmente irrelevante que el acusado pudiera pensar que se trataba de sustancia destinada al consumo por Petra y no al tráfico, ya que el delito contra la salud pública puede venir constituido por cualquier acto de producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico, transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de dichas sustancias, en este caso cocaína, que el acusado entregó a Petra y que a su vez había recibido de una tercera persona, y posteriormente, ante la imposibilidad de Petra de hacerla llegar a su destino, la devolvió al acusado. Valora igualmente la elevada cantidad, 150 gramos de cocaína, para concluir que la referida sustancia solo podía estar destinada al tráfico.

A partir de estos datos, la inferencia de que Don Lucio conocía la naturaleza de la operación en la que participaba y lo hacía voluntariamente es plenamente razonable, por lo que el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- La desestimación del recurso formulado por Don Lucio conlleva la imposición al mismo de las costas procesales de su recurso, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .



FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de **Don Lucio** , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 19 de marzo de 2018 , en la causa seguida por delito contra la salud pública.

2º) Imponer a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

3 º) Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales, con devolución de la causa en su día remitida, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ