

Roj: **STS 1365/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1365**Id Cendoj: **28079120012014100262**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/04/2014**Nº de Recurso: **1227/2013**Nº de Resolución: **303/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 3122/2013,**
STS 1365/2014

SENTENCIA

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

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de fecha 16 de abril de 2013. Han intervenido el Ministerio Fiscal; como recurrentes, el Ministerio Fiscal y el acusado Augusto, representado por la procuradora Sra. Gómez Córdoba y como recurridos Cosme representado por la Procuradora Sra. Abellán Alberto y Berta representada por el Procurador Sr. Álvarez Vicario. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Rubí instruyó Diligencias Previas 957/10, por delito contra la salud pública contra Augusto y otros, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Sexta dictó en el Rollo de Sala 49/12 sentencia en fecha 16 de abril de 2013 con los siguientes hechos probados:

"Primero.- El día 17 de agosto de 2010 se recibió en el aeropuerto de Madrid-Barajas un paquete postal procedente de Costa Rica, con número de envío NUM000, remitido por "Elisheba SA.01-San José, Avd, 16, C1, Clínica de Ultrasonidos" y dirigido a D. Augusto en la dirección Carrer DIRECCION000, nº NUM001, NUM002, de Sant Cugat del Vallés.

Segundo.- Autorizada la entrega vigilada del paquete por auto dictado en fecha 17 de agosto de 2010 por el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid, el día 23 de agosto de 2010, funcionarios del cuerpo de Vigilancia Aduanera acudieron al domicilio de destino para hacer entrega del mismo. Una vez allí, el funcionario nº NUM003, disfrazado de empleado de Correos, entregó el paquete a D^a. Berta, ex compañera sentimental del destinatario, D. Augusto. Berta, siguiendo instrucciones de Augusto, quien en esas fechas ya no residía en el citado domicilio, se hizo cargo del envío, firmando el correspondiente recibo, e ignorando el contenido del paquete postal, conocido por Augusto. Acto seguido, los funcionarios policiales detuvieron inmediatamente a Berta así como, instantes después, a Augusto, quien caminaba por la calle en dirección el domicilio de aquélla.

Tercero.- En el interior del paquete había 177,9 gramos (ciento setenta y siete gramos y novecientos miligramos) de cocaína, con una pureza en base del 64 % +/- 3 %, y una cantidad total de cocaína base de 114 gramos +/- 5 gramos, contenido del que Augusto era conocedor, si bien no ha quedado acreditado que fuera su destinatario final ni que hubiera intervenido en la introducción de la droga en España. La citada sustancia habría alcanzado en el mercado ilícito un precio de 14.759,02 euros.

Cuarto.- D. Cosme y Augusto se conocían con anterioridad, ya que trabajaron para la misma empresa durante aproximadamente un mes en el año 2010. No ha quedado acreditada la participación de Cosme en los hechos.





Quinto.- Augusto dispone de autorización administrativa para residir en España, con permiso permanente de residencia. Fruto de la relación sentimental con Berta, tienen un hijo en común, residiendo los tres en la localidad de San Cugat del Vallés".

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

Absolver a D^a. Berta y a D. Cosme del delito contra la salud pública por el que se les acusaba.

Condenar a D. Augusto, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 15.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 30 días en caso de impago, así como a satisfacer una tercera parte de las costas procesales, declarando de oficio las dos terceras partes restantes.

Acordar el comiso de la sustancia y dinero intervenidos, a los que se dará destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su notificación".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el Ministerio Fiscal y por el acusado Augusto que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- Los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Augusto : PRIMERO.- Motivo ex artículo 852 de LECr., y 5.4 de LOPJ, infracción del precepto constitucional recogido en el art. 24.2 de la CE que reconoce el principio de presunción de inocencia y art. 18.2 CE que consagra el principio de presunción de inocencia 9.3 de la CE por causar indefensión prueba recabada contra los derechos fundamentales. SEGUNDO.- Motivo ex art. 852 de la LECr., y 5.4 de LOPJ, infracción del precepto constitucional recogido en el art. 24.2 de la CE que reconoce el principio de presunción de inocencia y art. 18.2 CE. Prueba ilegal que impide concluir la existencia del elemento objetivo del tipo por no haberse respetado la cadena de custodia. TERCERO.- Motivo ex art. 852 de LECr., y 5.4 de LOPJ, infracción del precepto constitucional recogido en el art. 24.2 de la CE que reconoce el principio de presunción de inocencia y art. 18.2 CE que consagra el principio de presunción de inocencia erróneo juicio de inferencia. CUARTO.- Motivo subsidiario ex art. 849.2 de LECr., infracción de ley por infracción del art. 368 del CP, en relación con el art. 62 del CP.

B) El Ministerio Fiscal: PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 nº 1 de la LECr. por aplicación indebida de los arts. 16 y 62 del CP.

5.- Instruidas las partes las representaciones de Cosme y Berta presentan escritos manifestando que quedan instruidas; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 26 de marzo de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó, en sentencia dictada el 16 de abril de 2013, a Augusto, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud (cocaína), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 15.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 30 días en caso de impago, así como a satisfacer una tercera parte de las costas procesales, declarando de oficio las dos terceras partes restantes.

Y absolvió del mismo delito a los acusados Berta y a Cosme.

Los hechos objeto de condena se resumen, a modo de introducción, en que el día 17 de agosto de 2010 se recibió en el aeropuerto de Madrid-Barajas un paquete postal procedente de Costa Rica, dirigido a Augusto, en la dirección Carrer DIRECCION000, nº NUM001, NUM002, de Sant Cugat del Vallés. Autorizada la entrega vigilada del paquete por auto dictado en fecha 17 de agosto de 2010 por el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid, el día 23 de agosto de 2010 funcionarios del cuerpo de Vigilancia Aduanera acudieron al domicilio de destino para hacer entrega del mismo. Una vez allí, el funcionario nº NUM003, disfrazado de





empleado de Correos, entregó el paquete a Berta , excompañera sentimental del destinatario: Augusto . Berta , siguiendo instrucciones de aquel, quien en esas fechas ya no residía en el citado domicilio, se hizo cargo del envío, firmando el correspondiente recibo e ignorando el contenido del paquete postal, que sí conocía Augusto . Acto seguido, los funcionarios policiales detuvieron inmediatamente a Berta así como, instantes después, a Augusto , quien caminaba por la calle en dirección al domicilio de aquella.

En el interior del paquete había 177,9 gramos de cocaína, con una cantidad total de cocaína base de 114 gramos +- 5 gramos, contenido del que Augusto era conocedor, si bien no ha quedado acreditado que fuera su destinatario final ni que hubiera intervenido en la introducción de la droga en España. La citada sustancia habría alcanzado en el mercado ilícito un precio de 14.759,02 euros.

Contra la referida resolución recurrieron la defensa del acusado Augusto y el Ministerio Fiscal.

A) Recurso de Augusto

PRIMERO . 1. En el *primer motivo* denuncia el recurrente, con sustento procesal en los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y también la del art 18.2 CE (sic), así como la vulneración del derecho de defensa. La referencia al art. 18.2 de la Constitución -derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio- ha de entenderse como un error de transcripción de la parte recurrente, al evidenciar sus argumentos posteriores que su objetivo es denunciar la infracción del art. 18.3 CE : el derecho al secreto de la comunicación postal.

Argumenta la parte recurrente, después de hacer una breve introducción al tema de la prueba ilícita, que se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de la correspondencia, ex artículo 18.3 CE , al no fundamentar el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid dictado el 17 de agosto la autorización de la circulación del paquete y de la entrega controlada. Dice la defensa que, según el art. 263 bis de la LECr ., los responsables del Servicio de Vigilancia Aduanera no pueden autorizar una entrega controlada al no tener la consideración de Unidad Orgánica de Policía Judicial.

Prosigue su argumentación alegando que los motivos esgrimidos por los funcionarios de la Aduana para solicitar la entrega controlada del paquete, centrados en que contenía en su interior una sustancia en forma de polvo que al aplicarle el reactivo narcotest dio positivo a la cocaína (folio 8 de la causa), no justifica la decisión judicial. Pues considera el recurrente que no consta acreditada la realización del control con el reactivo narcotest, ya que las fotos que obran en la causa (folios 84 y 85) sugieren que el sobre del paquete se encuentra intacto, lo que demostraría que no se practicó pericia con reactivo alguno que justificara la entrega controlada del paquete. Por lo cual, no habría quedado legitimada la injerencia en el derecho fundamental previsto en el art. 18.3 CE .

Por consiguiente, la impugnación se concreta en que no concurrirían indicios de que el paquete contenía sustancia estupefaciente, al estimar la defensa que no se practicó realmente la pericia provisional del narcotest, con lo que se habría autorizado por el Juez una entrega controlada y la posterior apertura del paquete ante el acusado sin que se hubieran constatado previamente los indicios necesarios para ello.

2. Pues bien, lo primero que ha de advertirse al analizar este motivo, y dejando al margen cierto grado de confusión y equivocidad que trasluce su exposición, es que suscita una cuestión totalmente nueva que, por lo tanto, no ha sido tratada en la instancia ni resuelta en la sentencia. Ello ya sería de por sí más que suficiente para no entrar a examinar el tema suscitado, dado que, además, en el motivo no solo se tratan aspectos jurídicos sino también fácticos de la materia que plantea.

En efecto, la defensa del recurrente aduce que al llegar el paquete al aeropuerto de Madrid-Barajas los funcionarios de Aduanas extendieron una diligencia en la que afirman que, después de examinarlo por rayos X, comprobaron que contenía una densidad que pudiera corresponder a sustancias estupefacientes, lo que unido a que pesaba 719 gramos les generó sospechas. En vista de lo cual procedieron a su apertura y le aplicaron a la sustancia en polvo que contenía el reactivo narcotex, arrojando un resultado positivo a la cocaína. A continuación trasladaron el paquete al Juzgado de Guardia de Madrid con el fin de solicitar una autorización judicial de entrega controlada, que les fue expedida mediante un auto dictado por el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid el 17 de agosto de 2010 (folios 12 a 15 de la causa), con el fin de que el paquete fuera trasladado a su punto de destino, Sant Cugat del Vallés (Barcelona), y pudiera ser practicada una entrega vigilada a su destinatario, el ahora recurrente.

La tesis de la parte, tal como se anticipó, es que esa autorización judicial de entrega controlada del paquete, sustentada en lo dispuesto en el art. 263 bis de la LECr ., no se ajustaba a derecho y carecía de legitimidad, toda vez que no constaba acreditado cuando se expidió la autorización que el paquete contuviera cocaína, en cuanto que la parte entiende que no se ha practicado la prueba de narcotex indicativa de ello.





El argumento carece de una base mínimamente consistente. Y no ya porque se trate de una cuestión fáctica que se suscita *ex novo*, puesto que nada de ello se planteó en la instancia al no haber sido propuestos como testigos de la defensa en el juicio los funcionarios que aplicaron el reactivo del narcotex, sino sobre todo porque la lógica de lo razonable nos dice que, una vez que se abre el paquete sin dejar señales externas de ello, se vuelve a cerrar de modo que aparente que no ha sido abierto, siendo esta la única forma de que el destinatario asuma su recogida, a la que no accedería, obviamente, si el paquete presentara indicios de haber sido abierto con anterioridad.

Por lo cual, las sospechas del recurrente, aparte de no haber sido acreditadas y ni siquiera planteadas probatoriamente en la instancia, carecen en este caso, visto su sostén argumental, de unos fundamentos mínimamente consistentes y asumibles.

El art. 263 bis de la LECr., que fue introducido inicialmente por la Ley 8/1992 de 23 de diciembre, en consonancia con la Convención de 20 de diciembre de 1988 de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena y ratificada por España el 30 de julio de 1990, dispone en sus dos primeros apartados, en su redacción dada por art. 1 de LO 5/1999, de 13 enero, lo siguiente:

" 1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones."

"También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el art. 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los arts. 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal".

"2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines".

Pues bien, en el supuesto que se juzga el Magistrado-Juez que dictó el auto autorizando la entrega controlada ni siquiera precisaba que se hubiera realizado la prueba del narcotex para acceder a realizar una entrega controlada, ya que le era suficiente para ello con contar con otros indicios que permitieran adoptar la medida, como pudiera ser el dato que reseñan los funcionarios relativo a la apreciación mediante rayos X de la densidad del paquete y al peso que tenía de 719 gramos. Es más, en el auto que el juez dicta para acordar la medida (folios 13 a 15) se reseñan como antecedentes fácticos relevantes para adoptar la medida la densidad que presentaba el paquete y el peso de 719 gramos, sin que se haga siquiera una referencia específica a la aplicación del reactivo narcotex (folio 13 de la causa).

Así las cosas, el motivo es claro que no puede acogerse.

SEGUNDO . 1. En el **motivo segundo** se invoca, por la vía procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE) debido a la ilicitud de la prueba por no haberse respetado la cadena de custodia.

No se muestra la parte recurrente muy explícita sobre las razones por las que entiende que se ha vulnerado la cadena de custodia, puesto que se limita a exponer que "el paquete cuya entrega controlada se solicita no queda identificado de forma que permita la contradicción". Añade a continuación que ni siquiera se ratificó la diligencia obrante al folio 60 de la causa. Por último, alega que no concurren evidencias en la causa que permitan "afirmar la trazabilidad del mismo, salida y entrega en el laboratorio".

2. Se viene entendiendo por la doctrina como "**cadena de custodia**" el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de





una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba.

Esta Sala tiene establecido que la integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Al tener que circular o transitar por diferentes lugares la sustancia prohibida intervenida en el curso de la investigación de los delitos contra la salud pública, es necesario para que se emitan los dictámenes correspondientes tener la seguridad de que lo que se traslada es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye (SSTS. 6/2010, de 27-1 ; 776/2011, de 26-7 ; 1043/2011, de 14-10 ; 347/2012, de 25-4 ; 83/2013, de 13-2 ; y 933/2013, de 12-12).

También se tiene dicho que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción intervenido; se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna (STS 1072/2012, de 11-12).

Y en cuanto a los efectos que genera lo que se conoce como ruptura de la cadena de custodia, esta Sala tiene afirmado que repercute sobre la fiabilidad y autenticidad de las pruebas (STS 1029/2013, de 28-12). Y también se ha advertido que la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, pues resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del delito pueda generar un equívoco acerca de qué fue lo realmente traficado, su cantidad, su pureza o cualesquiera otros datos que resulten decisivos para el juicio de tipicidad. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo (SSTS 884/2012, de 8-11 ; y 744/2013, de 14-10).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una regulación unitaria y sistemática sobre los requisitos y garantías de la cadena de custodia, si bien regula de forma dispersa algunos aspectos relativos a esa materia. Por ejemplo, al prever en el art. 326 que "cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez Instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio oral ..." (art. 326 LECr .); o cuando dispone el art. 334 de la LECr . que "el Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que este se cometió...". Igualmente se ocupan de otras cuestiones relacionadas con la cadena de custodia los arts. 282 , 292 , 330 , 338 , 770.3 y 796.1.6, de la LECr .

El **proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011** contenía una regulación unitaria sobre la materia (arts. 357 a 360), en la que se establecían las líneas generales y los requisitos imprescindibles para atender a los problemas que suscita la recogida y custodia de los vestigios delictivos que pueden integrarse en las fuentes de prueba. Y así, se disponía que todas las actuaciones tendentes a la localización, recogida, obtención, análisis, depósito y custodia de las fuentes de prueba deberán realizarse en la forma prevenida en esta ley y en las demás disposiciones que resulten aplicables (art. 357).

Al regular los trámites de la cadena de custodia establecía el Proyecto legal que corresponde a todos cuantos tengan relación con la fuente de prueba, sean funcionarios públicos o particulares, la obligación de constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia, garantizando la inalterabilidad de la fuente de prueba. Si por la naturaleza de la actuación o por las técnicas que hayan de aplicarse para su recogida, inspección, análisis o depósito hubieran de producirse alteraciones en el estado original de las muestras o efectos intervenidos, se dejará debida constancia de ello en las actuaciones (art. 358).

También se contemplaba el procedimiento de gestión de muestras (art. 359). Y en cuanto a los efectos de la cadena de custodia se disponía que su quebrantamiento será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba, fijándose como momento de su impugnación el trámite de admisión de la prueba (art. 360).

3. Al examinar el **caso concreto** , se comprueba que en los folios 7 y 8 de la causa consta la llegada del paquete al Aeropuerto de Madrid-Barajas, con una fotografía o fotocopia de las direcciones que figuran en el exterior del mismo. Una vez que se dicta el auto de autorización judicial de la entrega controlada, se remiten las diligencias y el paquete al Juzgado de Instrucción de Rubí, donde después de hacer la entrega por parte de los funcionarios de Aduanas y de detener a los imputados, se procede a abrir a presencia del Juez y de los encausados el paquete que contiene la sustancia (folios 40 y 41 de la causa). En el folio 51 consta la diligencia de traslado de la droga al Instituto de Toxicología de Barcelona. En los folios 84 y ss. obra un reportaje fotográfico relativo a la apertura del paquete que alberga la cocaína. En los folios 130 y ss. de la causa figura la recepción en el departamento de Barcelona del Instituto Nacional de Toxicología de la sustancia estupefaciente intervenida, sobre la que se practica el correspondiente análisis, cuyo resultado aparece en los folios 131 y 132.





La parte recurrente se queja de que no haya sido ratificada la diligencia de recepción del paquete en el Aeropuerto de Madrid- Barajas (folio 60 de la causa). Sin embargo, esa diligencia aparece firmada por los dos funcionarios de Vigilancia Aduanera que lo recibieron, constando al lado de sus firmas el correspondiente cuño oficial del Servicio de Vigilancia Aduanera. Y no ha sido ratificada en juicio debido a que, tal como se expuso en su momento, ninguna de las partes solicitó que testimoniaran los funcionarios en la vista oral.

Se aparta de la lógica de lo razonable que todos los pasos que se den con la sustancia estupefaciente por los diferentes funcionarios y servicios concernidos deban ser ratificados en el juicio oral, diligenciamiento que solo se hace en la práctica, lógicamente, cuando alguna de las partes impugna la autenticidad de las firmas o de los sellos oficiales o cuando las diligencias presentan algún punto oscuro, expresan datos contradictorios o muestran cualquier clase de signo que den pie para cuestionar la fiabilidad de la conservación de la fuente de prueba. Y ello no ha sucedido en el presente caso, dado que la parte recurrente, como ya se advirtió, no impugnó la cadena de custodia en su escrito de calificación, sino que fue después, una vez dictada la sentencia condenatoria, cuando pretendió iniciar un nuevo juicio ante esta Sala rebatiendo unas actuaciones judiciales a las que se aquietó en sus calificaciones jurídicas, por lo que, tal como se dijo, ya no habría que entrar siquiera a examinar estas cuestiones suscitadas *ex novo* a través de un recurso extraordinario como es el de casación.

A tenor de lo que antecede, se rechaza el motivo.

TERCERO . 1. El **motivo tercero** lo dedica el recurrente, con cita procesal de los arts. 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ , a denunciar la infracción del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** , discrepando de los juicios de inferencia que ha efectuado la Audiencia para acreditar la autoría del acusado.

Alega la defensa que ni está de acuerdo con las inferencias que se obtienen ni tampoco con los indicios de que parte la Sala al no constar debidamente recogidos en el "factum" de la sentencia recurrida.

2. Sobre la **naturaleza y estructuración** de la prueba indiciaria tiene establecido el **Tribunal Constitucional** que el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia ha de estar "asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003)".

Y también ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998 , 220/1998 , 124/2001 , 137/2002 , 229/2003 , 111/2008 , 109/2009 y 126/2011 , entre otras).

Este **Tribunal de Casación** tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional: a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia; y b), desde una perspectiva material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTs. 1085/2000, de 26-6 ; 1364/2000, de 8-9 ; 24/2001, de 18-1 ; 813/2008, de 2-12 ; 19/2009, de 7-1 ; 139/2009, de 24-2 ; 322/2010, de 5-4 ; 208/2012, de 16-3 ; y 690/2013, de 24-7 , entre otras).





3. En el **caso concreto** que ahora se juzga la Sala de instancia contó con los siguientes indicios: el paquete con la cocaína iba remitido a nombre del recurrente; este había avisado desde hacía días a la coacusada Berta , su exnovia, de que iba a recibir un paquete, por lo cual ya había pasado por la casa en varias ocasiones con el fin de cerciorarse de si había llegado; y es más, el mismo día de su recepción por parte de aquella, el acusado se hallaba en las inmediaciones de la casa y apareció allí incluso antes de que se marcharan los funcionarios que habían realizado la entrega.

A partir de esos datos, y habiendo reconocido además el recurrente que el paquete iba a su nombre y dirigido a su persona, y que aceptó recibirlo por hacerle un favor a un conocido llamado Cosme , todo el dilema probatorio se centra, pues, en dirimir si Augusto conocía o no que el paquete contenía sustancia estupefaciente, interrogante que la Sala de instancia resuelve con un razonamiento indiciario que se ajusta a las máximas de la experiencia y a las reglas del criterio humano aplicables a supuestos similares.

En efecto, la forma ansiosa en que esperaba el paquete el recurrente, quien preguntaba asiduamente a su excompañera si había o no llegado, e incluso se personó en el domicilio de esta en diferentes ocasiones en las últimas fechas para cerciorarse de ello. Y el hecho de que nadie envía un paquete de cocaína sin asegurarse de que el destinatario se va a hacer cargo de él y de que cuenta con su confianza y cooperación para que lo reciba y le dé el destino pertinente dada la peligrosidad y el compromiso que conlleva hacerse cargo de una mercancía de tal naturaleza, constituyen hechos indiciarios que contienen una fuerza incriminatoria y un potencial explicativo con un grado de conclusividad que permite inferir que se prestó a recibir el paquete a sabiendas de la sustancia estupefaciente que ocultaba.

Por consiguiente, los indicios consistentes en que el paquete fuera dirigido a su nombre y domicilio, la especial atención y expectativa con que esperaba su llegada y las circunstancias singulares que acompañaron a un envío de esa naturaleza son indicios que se refuerzan y reafirman entre sí y que evidencian un grado de interrelación, unidireccionalidad y concomitancia que determinan que fluya con naturalidad la conclusión de que el acusado no solo era el sujeto a quien se había remitido la sustancia estupefaciente, sino que estaba al tanto del contenido real del envío y que conocía el destino que tenía que darle.

Su pretensión de desviar la responsabilidad hacia el tercer acusado, Cosme , que al parecer era un conocido o amigo del anterior, no convenció a la Audiencia, considerándola una alegación poco fiable o creíble. Lo cual, por otra parte, tampoco alcanza una relevancia especial, pues el hecho de que él tuviera el encargo de entregar la cocaína a un tercero tampoco le eximía de responsabilidad una vez que se constata el dolo relativo a la posesión de la sustancia estupefaciente.

Así pues, el motivo ha de ser rechazado.

CUARTO . En el **motivo cuarto** , y por la vía procesal del art. 849.2º, solicita que se aplique el art. 62 del C. Penal por tratarse de un caso de **tentativa del delito** del art. 368 del texto punitivo y no de consumación.

El motivo que formula la defensa resulta en la práctica de muy difícil comprensión, dado que la parte solicita la aplicación de una norma relativa al *iter criminis* que ya ha sido aplicada por el Tribunal de instancia. Pues solicita que se aprecie el delito de tráfico de cocaína en su fase de tentativa y ello es lo que ha decidido precisamente la Audiencia.

Por lo tanto, concurre un doble error en este motivo del recurso. El primero consiste en solicitar que se aplique un precepto penal sustantivo por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECr .; y el segundo surge al formular una pretensión punitiva a la que ya ha accedido la sentencia recurrida, siendo precisamente esta asunción la que cuestiona en su escrito de recurso el Ministerio Fiscal.

En consecuencia, se desestima todo el recurso de la defensa, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

B) Recurso del Ministerio Fiscal

QUINTO. 1. En el **único motivo** que formula, aduce la acusación pública, bajo la cobertura del art. 849.1º de la LECr ., la infracción de los arts. 16 y 62, en relación con el párrafo primero, inciso penúltimo, del art. 368 del C. Penal .

La tesis de la parte recurrente se centra en cuestionar la aplicación de la **tentativa del delito** contra la salud pública de tenencia de cocaína para el tráfico, puesto que, según se recoge en la sentencia, el acusado actuó en connivencia con el remitente del paquete de cocaína a España, proporcionándole su nombre y el domicilio al que debe dirigirse la mercancía con el fin de hacerse cargo de la misma cuando llegara, como así sucedió a tenor del "factum" y de la fundamentación de la sentencia impugnada.





Por lo cual, dice el Ministerio Fiscal, el delito estaría consumado una vez que la sustancia estupefaciente llegó a España viajando por cuenta y con destino a la persona del acusado, a tenor de los criterios jurisprudenciales que se vienen aplicando por esta Sala en supuestos similares.

2. Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la **tentativa en los delitos de tráfico de drogas**, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, según se especifica en las SSTS 335/2008, de 10-6 ; 598/2008, de 3-10 ; 895/2008, de 16-12 ; 5/2009, de 8-1 ; 954/2009, de 30-9 ; 960/2009, de 16-10 ; 1047/2009, de 4-11 ; 1155/2009, de 19-11 ; 191/2010, de 23-2 ; y 565/2011, de 6 de junio, y en las que en ellas se citan, en los siguientes apartados:

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si este no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consume siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

3. Al proyectar los criterios precedentes sobre el **caso que se juzga** es claro que ha de acogerse la impugnación del Ministerio Fiscal y dejar sin efecto la aplicación de la tentativa de delito que apreció el Tribunal sentenciador.

En efecto, según se recoge en la sentencia recurrida, el acusado Augusto fue la persona que se comprometió a recibir en España la sustancia estupefaciente remitida desde Costa Rica, de modo que aportó su nombre y apellidos y el domicilio de su excompañera para que la cocaína fuera remitida a ese lugar concreto de nuestro país y asumió además hacerse él cargo de la misma. Y como este acto de connivencia cooperadora se perpetró, lógicamente, antes de que la sustancia fuera enviada a España, según se constata tanto por el nombre y domicilio que figura en el paquete, como por el hecho de que hubiera avisado a su excompañera desde bastantes días antes de que, en un periodo aproximado de unas dos semanas, iba a llegar un paquete a su nombre y que lo recogiera, es claro que el paquete con la cocaína viajó hasta España merced a la cooperación necesaria del ahora recurrente.

Intervino, pues, en el transporte de la cocaína antes de que esta fuera intervenida por los funcionarios en el aeropuerto, momento en que el acusado ya había concertado el envío que aseguraba la remisión de la sustancia y daba garantías de su posterior recogida, por lo que en modo alguno puede esgrimirse que no intervino en el transporte de la sustancia estupefaciente.

En la sentencia recurrida se afirma que la cocaína viajó hasta España a nombre del recurrente y que este conocía el contenido del paquete con la droga, de ahí su condena. Y también se dice que el acusado estaba advertido desde días antes de la próxima llegada de la mercancía ilícita; tan es así que había avisado con tiempo a su excompañera del envío que estaba esperando y había ido incluso en varias ocasiones a su exdomicilio para comprobar si había ya llegado el paquete que con tanta ansia esperaba.





Sin embargo, a pesar de la contundencia de tales hechos, la Audiencia excluye la consumación delictiva argumentando que no está acreditado que el acusado fuera el destinatario final de la sustancia ni que hubiera intervenido en la introducción de la droga en España, según refiere el "factum" de la sentencia recurrida.

Pues bien, con respecto a que no fuera el destinatario final de la cocaína ya se explicó *supra* que resulta totalmente irrelevante a los efectos punitivos, pues se le condena por el hecho de haber contribuido de forma determinante en el hecho del transporte de la sustancia a España al proporcionar su nombre y su domicilio -realmente el de su excompañera- como punto de destino, encargándose también de recoger la droga. Con ello es suficiente para subsumir su conducta en el tipo penal, sin que se precise, es obvio, que se quede él con la droga ni que la distribuya personalmente entre los consumidores.

Y en lo que atañe a la frase del "factum" en la que se dice que el acusado no intervino en la introducción de la droga en España, solo cabe interpretarla en el contexto en que se vierte en el sentido de que no intervino materialmente en el envío ni en trasladarla personalmente en el avión. Esa intervención corporal o material es claro que no la tuvo. Ahora bien ello no significa, tal como se ha insistido, que no cooperara con actos necesarios y determinantes para que el remitente enviara la droga hasta nuestro país, pues asumió el papel de destinatario y se encargó de recogerla, sin cuyos actos imprescindibles la droga no podía ser enviada, ya que se precisaba ineludiblemente de una persona que aquí en España recogiera o retirara la ilícita mercancía.

Así lo afirma reiteradamente la sentencia recurrida al argumentar en el fundamento primero la autoría del ahora recurrente. Por lo cual, cuando en el fundamento segundo se pretende excluir la consumación delictiva con la aserción de que la intervención del acusado se limitó "a prestar su contribución como mero destinatario transitorio", es patente que la Sala de instancia incurre en un error argumental que repercute en el fallo, ya que para ser condenado como autor, cuando menos en la modalidad de cooperador necesario, no precisa dirigir "el plan rector de la operación de transporte" (así se dice en la sentencia), ni tampoco le exime de su intervención en la consumación delictiva el ser un "destinatario transitorio" de la sustancia. Pues como ya se ha reiterado es suficiente para ser castigado como autor del transporte de la sustancia -cuando menos en la modalidad legal de cooperador necesario- con que haya contribuido con actos de suma relevancia en el envío de la cocaína a España.

En virtud de lo que antecede, se estima el recurso del Ministerio Fiscal y se le impone al recurrente en la segunda sentencia la pena correspondiente al delito consumado contra la salud pública a que fue condenado en la sentencia de instancia, declarándose de oficio las costas generadas por la impugnación del Ministerio Público (art. 901 de la LECr .).

III. FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de 16 de abril de 2013 , que condenó al recurrente como autor de un delito contra la salud pública de tráfico de sustancia estupefaciente (cocaína) en grado de tentativa, en su modalidad básica, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

De otra parte, **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación de **Augusto** contra la referida sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, imponiéndole al recurrente las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano** Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro

SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa Diligencias Previas nº 957/10, del Juzgado de instrucción número 3 de Rubí, seguida por un delito contra la salud pública, contra Augusto , nacido en Esmeralda (Ecuador) el día NUM004 de 1969, hijo de Segismundo y Violeta , con NIE NUM005 y otros, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta dictó en el Rollo 49/12 sentencia con fecha 16 de abril de 2013 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.





I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo que se argumenta en la sentencia de casación, procede condenar al acusado Augusto como autor de un delito consumado de tráfico de cocaína, en su modalidad básica (art. 368, párrafo primero, e inciso penúltimo), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena mínima de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de 15.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días en caso de impago.

III. FALLO

Se modifica la condena impuesta por la Audiencia Provincial al acusado Augusto , de forma que le **condenamos como autor de un delito consumado contra la salud pública de tráfico de cocaína, en su modalidad básica**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **tres años de prisión** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una **multa de 15.000 euros** , con una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días en caso de impago

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano** Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro

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

