

Roj: **STS 9120/2012 - ECLI:ES:TS:2012:9120**Id Cendoj: **28079120012012101082**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/12/2012**Nº de Recurso: **767/2012**Nº de Resolución: **1072/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 12700/2011,**
STS 9120/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil doce.

En los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuestos por Victor Manuel y Apolonio , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a los recurrentes por un delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Rodríguez Puyol y Briones Torralba. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Tres de los de Sabadell instruyó Sumario con el nº 1/10, contra Desiderio , Petra , Víctor Manuel , Apolonio , Íñigo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. Segunda) que, con fecha trece de diciembre de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<Único.- En fecha no determinada del año 2009 anterior al 7 de Marzo Don Victor Manuel y Don Apolonio - súbditos bolivianos, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales- se concertaron con tercera o terceras personas no identificadas residentes en Paraguay para recibir de éstas una determinada cantidad de la sustancia estupefaciente "cocaína" para destinarla a su transmisión mediante precio a terceras personas.

A tal fin Victor Manuel pidió a Don Desiderio -español, mayor de edad y sin antecedentes penales- si podía recibir en su domicilio, sito en la C/ DIRECCION000 num. NUM000 , NUM001 , NUM002 , de Sabadell (Barcelona), un sobre con unos papeles que iría dirigido a una tal "Delicias" pero cuyo destinatario final sería Don Apolonio , aceptando Don Desiderio porque conocía a Don Victor Manuel , trabajaban juntos y éste le había hecho a él algunos favores.

El paquete conteniendo la sustancia estupefaciente "cocaína" interesado por Don Victor Manuel y Don Apolonio fue detectado en 7 de Marzo del 2009 en el aeropuerto alemán de Frankfurt, siendo el número de envío aéreo el NUM003 y su peso 1 kilo 645 gramos, siendo el contenido declarado tres frascos de vinagre, hecho que se puso en conocimiento de las autoridades policiales españolas y ésta de la Autoridad judicial, la que autorizó la entrega vigilada del mismo.

El día 26 de Marzo del 2009, entre las 15 y las 17 horas, agentes de la Autoridad, vestidos de funcionarios de Correos hicieron entrega del paquete en el domicilio de Don Desiderio a Doña Petra -súbdita boliviana, mayor de edad y sin antecedentes penales-, a la que se detuvo una vez se hizo cargo del paquete.





No consta probado que Don Desiderio y Doña Petra estuvieran concertados con Don Victor Manuel y Don Apolonio para recibir el paquete y proceder a la posterior transmisión de su contenido mediante precio a terceras personas.

Posteriormente, se detuvo a Don Victor Manuel y a Don Apolonio, así como de Don Íñigo -súbdito boliviano, mayor de edad y sin antecedentes penales-, no constando probado que este último, al igual que Don Desiderio y Doña Petra, estuviera conectado en forma alguna con los dos primeros para la recepción de sustancia estupefaciente y su posterior transmisión mediante precio a terceras personas.

Practicada diligencia de apertura del paquete, el mismo día 26 de marzo de 2009, se hallaron en su interior tres botellas de plástico que contenían 1500'8 gramos netos de la sustancia estupefaciente "cocaína" con una riqueza en sustancia base del 33'93%, lo que equivale a un total real de 509'2 gramos de "cocaína" pura.

El valor de la sustancia estupefaciente intervenida en el ilegal mercado de tales sustancias es de 30.000 euros.

Posteriormente, el 3 de abril de 2009 se detectó en el aeropuerto alemán de Frankfurt un segundo paquete procedente de Paraguay y como domicilio del destinatario el mismo que el anterior, autorizándose igualmente su entrega vigilada, sin que nadie se hiciera cargo del mismo, pues Don Desiderio llevó el aviso de entrega a la Policía.

Practicada la correspondiente diligencia de apertura, el día 21 de Abril del 2009, se hallaron en su interior dos botellas conteniendo la sustancia estupefaciente "cocaína" es estado líquido, con un peso neto total de 1.219,9 gramos la primera, con una riqueza base del 34,5% y 1.192,7 gramos la segunda, con una riqueza en sustancia base del 19,45%, siendo el valor de la sustancia estupefaciente intervenida en el ilegal mercado de tales sustancias de 39.000 euros.

Don Victor Manuel y Don Apolonio habían concertado en envío de este segundo paquete con tercera o terceras personas no identificadas en Paraguay, no pudiendo cancelar su envío al haber sido detenidos el día 26 de Marzo del 2009.

Doña Petra y Don Íñigo estuvieron privados de libertad por esta causa del 26 al 28 de Marzo del 2009.

Don Victor Manuel estuvo privado de libertad por esta causa del 26 de Marzo al 2009 al 1 de Marzo del 2011.

Don Apolonio ha estado privado de libertad por esta causa desde el 26 de marzo del 2009 al 3 de Marzo del 2011>>.

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

<< FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados Don Victor Manuel y Don Apolonio en concepto de autores de un delito contra la salud pública precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de SEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA SESENTA Y NUEVE MIL EUROS (69.000 €) y al pago, cada uno de ellos, de una quinta parte de las costas procesales.

Se decreta el decomiso de la sustancia estupefaciente intervenida, a la que, una vez firme la presente sentencia, se dará el destino legalmente prevenido.

Déjese sin efecto la intervención del dinero y demás efectos intervenidos a los procesados, con excepción de los teléfonos móviles ocupados a los procesados Don Victor Manuel y Don Apolonio y sin perjuicio de la afectación de los 355 euros intervenidos a este último a la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias predicadas del mismo.

Se le abona a los procesados Don Victor Manuel y Don Apolonio para el cumplimiento de las penas impuestas el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

De otra parte, debemos absolver y absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables a los procesados Don Desiderio, Doña Petra y Don Íñigo del delito contra la salud pública del que eran igualmente acusados por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio tres quintas partes de las costas procesales.

Una vez firme la presente sentencia déjense sin efecto cuantas medidas cautelares personales y reales se hubieran adoptado con relación a dichos procesados>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Victor Manuel .





Motivo primero, segundo y tercero .-Por infracción de ley al amparo del art. 852 de la LECriminal , denuncia infracción del principio de presunción de inocencia, art. 24.2 de la CE . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley al amparo del art. 852 de la LECriminal denuncia infringido el derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24 de la CE .

Motivos aducidos en nombre de Apolonio .

Motivo primero .- Por infracción de ley, al amparo del art. 852 de la LECriminal denuncia infringido el art. 24.1 y 2 de la CE por vulneración del principio de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica. **Motivo segundo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por indebida aplicación de los arts. 368 y 369.1º y 6º del CP . **Motivo tercero** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la LECriminal denuncia error en la apreciación de la prueba.

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por los recurrentes, **interesando la desestimación de los recursos y subsidiariamente la impugnación de todos los motivos**; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día cinco de diciembre de dos mil doce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Victor Manuel canaliza los tres primeros motivos de su recurso por idéntica vía casacional -presunción de inocencia- aunque el contenido de cada motivo está diversificado. En el primero refiere su argumentación al primero de los paquetes con droga recibidos; en el segundo, ataca que se le atribuya alguna participación en relación al segundo envío de cocaína; y, por fin, en el tercero cuestiona desde esa óptica -ausencia de prueba suficiente- el valor en euros asignado a la droga.

El derecho a la presunción de inocencia (entre otras, STC 68/2010, de 18 de octubre) aparece configurado como regla de juicio que prohíbe todo pronunciamiento condenatorio no fundado en pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto de la citada STC 68/2010 en idéntico sentido y entre muchas otras, (SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio - Fundamento Jurídico Sexto a)-, ó 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-) o SSTC 16/2012, de 13 de febrero). Se vulnerará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: **a)** sin actividad probatoria de cargo; **b)** sobre la base de unas pruebas ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** sobre la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes o no concluyentes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional. Esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo, concluyente y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto objetivos como subjetivos. Si en unos primeros momentos de desarrollo jurisprudencial se especuló con que los elementos internos (intenciones, propósitos, conocimiento, ánimo) escapaban del ámbito de la presunción de inocencia, hoy es ya pacífico en la jurisprudencia constitucional que también esa faceta subjetiva de la acción típica (tipo subjetivo) ha de venir sustentada por prueba de cargo, que normalmente, a falta de confesión, habrá de ser indiciaria. De los datos externos objetivos acreditados deberá deducirse racionalmente el elemento interno o subjetivo exigido por el tipo penal.

Al alegarse en casación esta Sala ha de verificar el cumplimiento de todas esas exigencias pero sin suplantar las funciones de valoración de la prueba que la ley reserva en el Tribunal que la ha percibido directamente.

No se niega por el recurrente la existencia de prueba de cargo practicada con todas las garantías, ni su licitud; ni siquiera la racionalidad de la inferencia realizada por el Tribunal al deducir la implicación del recurrente en los hechos. Admite que convenció a Desiderio para que recibiese en su vivienda un paquete remitido desde Sudamérica cuyo contenido - cocaína camuflada- fue detectado en el aeropuerto alemán de Frankfurt. Admite igualmente que se encontraba en las inmediaciones de ese domicilio el día previsto para la recepción. Pero opone como versión alternativa a la hipótesis acogida en la sentencia de instancia que se limitó a hacer un favor al co-acusado; que desconocía el contenido del paquete; y que el exclusivo destinatario era Apolonio . La enorme fragilidad lógica de esa versión es destacada por la sentencia combatida para refutarla de forma tan rotunda como persuasiva. La actitud y reacciones del recurrente mientras se desarrollaba el episodio de recogida del paquete no admiten más que una explicación posible: la reflejada como secuencia acreditada en el *factum* . La Sala expresa de forma detenida y convincente los fundamentos de su certeza en el primer



razonamiento jurídico de la resolución. Hay prueba de cargo a partir de la cual mediante una motivación lógica, racional y suasoria la Audiencia ha concluido la participación consciente y previa del recurrente en el envío de droga. Solo desde la existencia de un acuerdo previo alcanza una explicación coherente su actitud y actuaciones que, en buena parte son reconocidas por él mismo; y en otros aspectos han quedado acreditadas por las manifestaciones de los agentes de vigilancia aduanera y del co-acusado.

La deducción llevada a cabo por el tribunal de instancia sobre el conocimiento por parte del recurrente de la naturaleza de la sustancia que contenían los paquetes es legítima. La convicción se edifica sobre unas sólidas bases que apuntan a una única conclusión congruente: el acusado no podía desconocer lo que contenían los paquetes. Como explica la STC 202/2000, de 24 de julio, en un supuesto que guarda alguna semejanza con el aquí analizado, *"ocurre que, como siempre que el acusado niega su participación en el delito que se le imputa, a falta de prueba directa, no cabe sustentar la condena sino en un juicio de inferencia lógica expresivo de la convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles (Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17 de diciembre, 175/1985, de 17 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre, 217/1989, de 21 de diciembre, 40/1990, de 12 de marzo, 93/1994, de 21 de marzo, 182/1995, de 11 de diciembre, 45/1997, de 11 de marzo, 173/1997, de 14 de octubre, 68/1998, de 30 de marzo, 189/1998, de 28 de septiembre, por todas)".*

El motivo es improsperable.

SEGUNDO.- El segundo motivo rechaza que pueda atribuirse fundadamente al recurrente implicación en el segundo envío de droga interceptado el día 3 de abril de 2009 en el mismo aeropuerto. Asume una cierta responsabilidad derivada de su credulidad o ingenuidad (aunque sigue negando el dolo, única manera de abrir la puerta al *ius puniendi* estatal) pero quiere romper toda vinculación con ese segundo paquete sugiriendo que el co-acusado Apolonio habría abusado del favor efectuado, y el recurrente sería totalmente ajeno a esa segunda remesa.

Tampoco puede tener éxito este segundo motivo. Su estimación ciertamente tendría relevancia penal. Solo mediante la aseveración de una participación en este segundo envío la cantidad de sustancia adquiere la magnitud necesaria para atraer la aplicación del subtipo agravado del art. 369 del Código Penal. Pero el esfuerzo argumentativo del recurrente tropieza frontalmente con la contundencia lógica de los hechos que es puesta de relieve en el explícito razonamiento de la Sala de instancia: el paralelismo de ese segundo envío con el primero (origen, características externas, contenido, disposición de la sustancia, dirección de destino -la que había facilitado este recurrente-...), y el hecho de que nadie se hiciese cargo del mismo encaminan a una única deducción coherente: los destinatarios eran los mismos (los dos condenados). Eso concuerda con la realidad de que nadie se interesase por el paquete: al estar en prisión se vieron imposibilitados tanto para recibir el paquete como para abortar su envío.

TERCERO.- La valoración en 69.000 euros de la droga es objeto de impugnación en el tercero de los motivos. Esa cuantía se habría fijado sin una base probatoria suficiente.

La Audiencia Provincial puntualiza al respecto en el tercero de los fundamentos de derecho de la sentencia que el Fiscal llegaba a esa valoración haciéndose eco de la tabla de precios y purezas medias de las drogas en el mercado ilícito facilitada por la Oficina Central de Estupefacientes. La ausencia de toda impugnación o intento de prueba en contrario por parte de la defensa, así como datos experienciales y notorios en ciertos ámbitos (precio aproximado medio de un gramo de cocaína) impiden hablar de carencia de respaldo probatorio de esa aseveración fáctica que ha pasado a la sentencia en los mismos términos y sobre la que se ha cuantificado la multa.

En su núcleo se comparten las apreciaciones del Tribunal *a quo*. Aunque el ejemplo de un calendario laboral manejado en la sentencia en la sentencia de instancia puede ser malinterpretado (qué días son festivos y cuáles no, no requiere una prueba específica) pues no es totalmente parificable, se entiende perfectamente el argumento que se quiere trasladar. Ni se ha ocasionado indefensión, ni la defensa ha visto mermadas sus posibilidades de contradecir esos datos, ni son elementos fácticos que se hayan introducido caprichosa y voluntariosamente.

El art. 377 CP establece en relación a la pena pecuniaria asignada a estos delitos que *"para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los arts. 368 a 373, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo o que se hubiera podido obtener"*.

Cuando se trata de efectos de ilícito comercio el precio final del producto o la ganancia que se hubiera podido obtener ha de concretarse a base de estimaciones. A tal fin el art. 10 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, modificada por Ley Orgánica 6/2011 de 30 de junio, dispone: *"La*



fijación del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando se hará conforme a las siguientes reglas:... 2. Para la valoración de los bienes, géneros y efectos comprendidos en las letras a y b del artículo 2.2 así como para la de los delitos (sic) de ilícito comercio, **el juez recabará de las Administraciones competentes el asesoramiento y los informes que estime necesarios...."**

Tal disposición viene a reiterar lo que ya se establecía en la redacción precedente (art. 10.4).

El sistema de fijación de la multa proporcional usado aquí por el legislador penal encierra ciertas dificultades que tratan de solventarse a través de esos informes que no son propiamente prueba pericial (SSTS 73/2009, de 29 de enero ó 889/2008, de 17 de diciembre), sino estimaciones. Los criterios del art. 377 -precio final del producto, o ganancias obtenibles- pueden entenderse como complementarios o como subsidiarios. Pero eso no varía ni su peculiar naturaleza ni las dificultades de esas cuantificaciones para las que habitualmente se cuenta con baremos oficiales que tienen como referente normativo la norma transcrita y que son fácilmente accesibles. Se difunden a través de la red en páginas vinculadas a instituciones oficiales (STS 64/2011, de 8 de febrero). El Fiscal en su escrito de calificación aludía expresamente a la tabla de determinación del precio de la droga correspondiente al primer semestre del año 2009. Sin duda por un olvido, no se incorporaba al escrito tal tabla pese a que así se afirmaba expresamente. Esa omisión sirve al recurrente para impugnar la valoración efectuada por la Audiencia.

La sentencia 12/2008, de 11 de Enero especificaba sobre este punto: *"Es cierto que las dificultades ofrecidas en la práctica por instrucciones incompletas, en las que el valor de la droga no ha sido determinado, ni siquiera indiciariamente, han obligado a esta Sala a ofrecer criterios interpretativos alternativos que impidan la claudicación del deber jurisdiccional de imponer las penas asociadas a cada tipo penal. Es el caso de la STS 92/2003, 29 de enero , que estimó correcta la incorporación al factum del dato, no cuestionado, ofrecido por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación.*

Fuera de estos casos, la STS 145/2001, 30 de enero , recuerda la consolidada doctrina de esta Sala que tiene declarado presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa, la determinación del valor de la droga, de suerte que, ausente este dato, no procederá la imposición de la pena de multa. En tal sentido pueden citarse, entre otras, las STS 1085/2000, 26 de junio , 1997/2000, 28 de diciembre y 1998/2000 28 de diciembre . La misma sentencia advierte de las dificultades interpretativas que alberga el art. 377 del CP . Este precepto - se razona por la Sala Segunda- ha merecido críticas doctrinales porque en la valoración del precio juegan de un lado factores que escapan del dominio del autor en el momento de la realización de la conducta para instalarse en futuribles de difícil si no imposible objetivación, y de otro lado no debe olvidarse que se trata de sustancias de tráfico ilícito, y por lo tanto, cualquier aproximación valorativa procede de forma inexcusable de un mercado esencial y radicalmente ilegal, y todo ello puede proyectar sombras sobre el principio de culpabilidad.

La jurisprudencia, pues, reconoce la necesidad de que el factum acoja el presupuesto cuantitativo indispensable para la determinación de la pena de multa. En el presente caso, la Sala sí ha proclamado en el juicio histórico el valor de la droga ("...el precio medio en el mercado ilícito de la cocaína es de 12 euros por gramo y de 10 euros por comprimido de MDMA"). Tal parámetro cuantitativo -según explica el Tribunal en el FJ 4º- ha sido fijado atendiendo al valor de esas sustancias tóxicas, con arreglo a "...las valoraciones que hace la Oficina Central de Estupefacientes del Ministerio del Interior".

El problema radica, sin embargo, en que la determinación del valor de la droga a partir de ese documento se ha sustraído a toda posibilidad de contradicción. Esta Sala ha examinado la causa (art. 899 LECrim) y el mencionado documento ni siquiera consta unido a la misma. El 377 del CP ofrece al órgano decisorio distintas posibilidades a la hora de fijar las bases para la determinación del importe de la sanción pecuniaria ("...el valor de la droga ... será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener"). Sea cual fuere la solución adoptada por el Tribunal a quo, es claro que el grado de afectación del patrimonio del penado no puede hacerse depender de un acto puramente voluntarista, ajeno a cualquier debate sobre su extensión y alcance".

La no incorporación de esa tabla oficial, perfectamente accesible, no equivale automáticamente a ausencia de prueba precisamente por la peculiar naturaleza de esas estimaciones susceptibles de estandarización. Buscar en cualquier base de datos jurídica sentencias recaídas por hechos similares en fechas coetáneas proporciona el dato indagado. No es que sea suficiente el conocimiento privado de la Audiencia, lo que no sería admisible ni siquiera en los casos en que el dato es conocido por esa misma fuente por todas las partes. Ni tampoco que esas valoraciones tengan carácter normativo (como sí lo tiene el calendario oficial de festividades o días inhábiles), que no lo tienen, por más que su elaboración tome como fundamento la referencia normativa antes recogida.

Pero la no constancia de esas valoraciones o tablas puede suplirse con estimaciones razonables que tomen como base elementos probatorios aportados a la causa. La ausencia de un informe reflejando esas





valoraciones oficiales no desembocará ineludiblemente en la imposibilidad de cuantificar la multa y en su consiguiente condonación (pues siempre por mínimo que sea algún valor tendrá la sustancia). Puede acudir a estimaciones edificadas sobre datos objetivos obrantes en la causa: en algunos casos, el precio efectivamente percibido o prometido; o, dentro de unos amplios márgenes cuantitativos, unas mínimas cifras de las que no puede bajar en ningún caso una valoración atendiendo a criterios de notoriedad.

En el presente supuesto la causa no está huérfana de todo extremo sobre el que apoyar la valoración efectuada por la Sala. No contamos simplemente con el conocimiento notorio de que tal cantidad de cocaína puede alcanzar un precio significativo en el mercado. A lo largo de las actuaciones constan dos diligencias realizadas en momentos diferentes que plasma el servicio de vigilancia aduanera (folios 21 y 140) y que dejan constancia del precio asignado al gramo de cocaína en la Tabla de precios y purezas medias de las drogas en el mercado ilícito que elabora la Oficina Central Nacional de Estupefacientes. Se trata de datos objetivos consignados en el atestado. Esa naturaleza objetiva les dota de su carácter documental. De hecho el propio recurrente proponía como documentos ambos folios de las actuaciones (ver folio 122 vuelto del rollo de Sala). En el momento de la prueba documental esta parte dio por reproducida toda la propuesta y por tanto también esas diligencias, llamando la atención exclusivamente sobre la ausencia de tabla a que aludía en un "otrosí" el escrito de conclusiones del Fiscal. Esas dos diligencias constituyen una base probatoria suficiente para establecer a los efectos del art. 377 el valor de la droga intervenida. Nótese, por otra parte, que la pena de multa podría ascender al cuádruplo. Es descartable hipotetizar con la posibilidad de que la multa haya quedado cuantificada por encima de lo legalmente posible.

El motivo ha de desestimarse.

CUARTO.- En un último motivo Victor Manuel invocando el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE impugna la cadena de custodia de la sustancia estupefaciente: no se han incorporado documentos que acrediten el camino seguido por la droga desde su interceptación en Frankfurt. Además, habiéndose efectuado la apertura del paquete el 26 de marzo, el conocimiento por parte de la autoridad alemana de su contenido revela que se produjo una previa manipulación que no ha sido documentada. El paquete tuvo que ser abierto con anterioridad. Sólo de esa forma se podía conocer el contenido real de los botes, etiquetados como si se tratase de vinagre. No se cuestiona la licitud de esa manipulación -que no ofrece duda-, sino su documentación y por tanto la quiebra de la cadena de custodia, lo que supondría una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Niega la Sala de instancia en un detallado y minucioso análisis de toda la secuencia seguida por los paquetes (segundo fundamento de derecho) que se haya producido ruptura de la cadena de custodia. Ningún complemento necesita esa reflexión.

Tampoco existe motivo alguno para dudar de la actuación de las autoridades alemanas, ni para presumir o sospechar que se produjese en aquél país una manipulación de los paquetes. No hay el más mínimo indicio de ello, ni se alcanzaría a adivinar, por mucho que sea el empeño imaginativo que se invierta en esa tarea, qué razones habría para ello.

La regularidad de la cadena de custodia (STS 506/2012, de 11 de junio) es ciertamente un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción ocupado. Se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido contaminación. El decaído proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 contenía una sintética regulación de esa materia (arts. 357 a 360), hoy inexistente, al menos en esa visión integrada, en nuestra Legislación procesal, sin perjuicio de algunas inequívocas referencias (vid. art. 334 LECrim , entre otros). Con el valor puramente doctrinal que cabe atribuir a ese texto, se establecía por vía de principio la obligación de cuantos se relacionan con las fuentes de prueba de garantizar su inalterabilidad, o dejar constancia de las eventuales modificaciones que hayan podido producirse como consecuencia de su depósito, recogida, inspección, análisis o depósito. Disposiciones de rango reglamentario estarían llamadas a regular un procedimiento de gestión de muestras, cuyos hitos básicos, que habían de documentarse, se reflejaban legalmente: dejar constancia de las circunstancias del hallazgo, personas y lugares que hayan tenido a su cargo la muestra, tiempo y motivo de los sucesivos traspasos, así como detalle de las técnicas que hayan podido aplicarse y el estado inicial y final de las muestras (art. 359). Obviamente tales especificaciones operarían a nivel de la legislación procesal interna, sin poder ser impuestas a otros países que cuentan con su propia regulación.

Sin necesidad de tan específicas disposiciones a nivel legal es exigible también hoy asegurar y documentar la regularidad de la cadena para garantizar la autenticidad de la fuente de prueba. Cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas razonables, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada. No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los





protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que sopesar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es capaz de despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ese es el alcance que se atribuía a la regularidad de la cadena de custodia en la normativa proyectada aludida: "El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral... El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba" (art. 360). No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad.

No existiendo aquí el más mínimo indicio que induzca a suponer que la sustancia ocupada no permaneció intacta y es justamente la enviada de Paraguay y detectada en Frankfurt, **ha de desestimarse la queja del recurrente.**

QUINTO.- El primer motivo del recurrente Apolonio versa sobre quebrantamiento de forma. Se denuncia la omisión de una respuesta a la petición de que la infracción fuese considerada en grado de tentativa lo que daría lugar al vicio casacional de incongruencia omisiva previsto en el art. 851.3º LECrim, aunque se da al motivo el formato del art. 852 de la citada Ley Procesal.

Existen razones poderosas que determinarían la inadmisibilidad del motivo:

a) A diferencia de otros acusados (que fueron absueltos) que sugirieron como petición subsidiaria el castigo por una forma imperfecta de ejecución, este recurrente no invocó tal calificación alternativa. Se limitó a reclamar la absolución. No puede quejarse de que no se haya dado contestación a lo que no planteó. Tiene razón el Fiscal al denunciar esa realidad negando al recurrente legitimación para efectuar esta queja.

b) En cualquier caso según ha declarado en reiteradas ocasiones esta Sala, aunque efectivamente existiese incongruencia omisiva (que aquí no la hay por lo dicho), si se formula también un motivo de fondo por idéntica petición no contestada, ha de solventarse directamente éste. Así lo aconseja el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Y, en efecto, en el presente caso el recurrente articula un segundo motivo en el que reivindica la mutación del grado de consumación en tentativa.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO.- Abordemos por tanto esa cuestión de carácter sustantivo. En un plano jurídico y desde un punto de vista abstracto cabe imaginar tres situaciones posibles en relación a supuestos como el presente de envíos postales de droga.

a) Que el receptor de la droga estuviese en connivencia con los remitentes antes del envío. Es la hipótesis más frecuente. Es la mecánica normal de operar. Si no, no se envía la droga. Es lo que ha supuesto la Sala de instancia y da como real en los hechos probados al referirse al concierto de los dos condenados con tercera o terceras personas "no identificadas residentes en Paraguay para recibir de éstas una determinada cantidad de la sustancia estupefaciente cocaína". Si la sustancia se introduce efectivamente en territorio español y llega a su destinatario en condiciones de relativa disponibilidad y solo después es descubierta u ocupada estaremos ante un delito consumado del art. 369.1.10º del Código Penal (antes de la reforma de 2010); y en la actualidad del art. 368 (ó 369 si concurre alguna otra agravación). Respaldo jurisprudencial a estas consideraciones encontramos, entre muchos otros pronunciamientos de los que el Ministerio Fiscal se hace eco en su dictamen ante esta Sala, así como algunos más recientes que en la instancia en el momento del informe invocó también la representante en aquél acto de la acusación pública, en la STS 2104/2002, de 9 de diciembre: "*Se alega que al tratarse de una entrega controlada, los acusados en ningún momento tuvieron la posesión mediata o inmediata ni la disponibilidad real de la sustancia contenida en el paquete recogido, por lo que el delito de no llegó a consumarse, quedando en grado de tentativa. Sobre este extremo decíamos en la sentencia 835/2001, de 12 de mayo, que la regla general en el delito de tráfico de drogas es la de su consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto. Y que concretamente en los casos de envío de la sustancia de un lugar a otro, se considera que desde que uno de los partícipes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, el delito queda consumado. Ello siempre que exista un pacto o convenio previo entre los que envían la droga y los que han de recibirla (ver sentencia 1435/2000, de 29 de septiembre)*".

b) Un segundo supuesto imaginable es el que describen los hechos probados de la sentencia. Existe esa connivencia previa, pero la droga ha sido detectada antes de llegar a territorio nacional de forma que los autores no han llegado a tener su disponibilidad efectiva en nuestro país. En ese caso estamos ante un delito de tráfico de drogas consumado en virtud de las razones y jurisprudencia expuestas. La duda surgía bajo la legislación anterior en relación a la circunstancia 10ª del art. 369, hoy desaparecida. Eso hace inútil elucubrar con esa discutida cuestión.





c) Una última hipótesis que ha sido examinada por la jurisprudencia es aquella en la que la primera intervención del receptor o receptores acaece cuando ya la droga está policialmente controlada. Se remitió la droga en virtud de un acuerdo con otras personas. Unos terceros se involucran en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada. La jurisprudencia ha admitido en esos casos y solo para esa última persona la calificación como tentativa inidónea. Habrá tentativa inidónea punible respecto de quienes decidieron ayudar en un momento en que la operación estaba ya controlada policialmente; y consumación respecto de todos los que participaron en el acuerdo previo al envío, aunque la intervención policial haya frustrado el objetivo final. La condena por tentativa inidónea sólo procederá cuando en el momento en que se produce la intervención policial no ha surgido todavía una decisión de intervenir por parte del partícipe. En todos los casos en que se ha cerrado ya ese pacto, todos los concertados colaboradores se convierten en autores de un delito consumado desde el momento en que la droga está a disposición de alguno de ellos. En el presente caso los hechos probados afirman con rotundidad la existencia de un acuerdo previo y la prestación de una ayuda también previa se facilita una dirección y se asume un compromiso de recepción. Eso hace inaplicable esa doctrina.

Ahora bien, en el juicio histórico descrito se advierte un matiz novedoso que introduce alguna peculiaridad frente a las hipótesis enumeradas. Ninguna duda puede suscitarse en relación al primer envío. Los dos condenados han facilitado al remitente un domicilio. Se ha producido un acuerdo previo a la puesta en circulación de la droga que atrae para todos los concertados la condición de autores de la infracción consumada. Pero cuando se intercepta la segunda remesa los destinatarios -los ahora recurrentes- se encuentran en prisión preventiva por virtud de la interceptación de la primera. El 26 de marzo de 2009 habían sido detenidos. El segundo paquete se detecta en Frankfurt el 31 de marzo de 2009 (no el 3 de abril, aunque a los efectos de esta argumentación es indiferente), unos días después. ¿Cabe hablar ahí también de una tentativa inidónea dada la imposibilidad de los destinatarios de alcanzar la disponibilidad de la droga?

La discusión sería ociosa si el primer envío -respecto de cuya virtualidad para integrar un delito consumado no hay duda- reuniese las características exigibles para ser albergado por el art. 369. Pero el peso de la sustancia contenida en ese primer paquete no alcanzaba los 750 gr. netos. Ese dintel solo se supera si sumamos la sustancia ocupada en la segunda remesa. Solo contemplando conjuntamente el total de la sustancia resultan ubicables los hechos en el art. 369.1.6ª (actual 5ª). ¿Puede hablarse de infracción consumada en relación a ese segundo envío? ¿Es proyectable sobre este supuesto la jurisprudencia antes aludida sobre la posibilidad de una tentativa inidónea? De contestarse afirmativamente, se abriría una panoplia de interrogantes con diversos recovecos y aristas: ¿estaríamos ante el tipo básico del art. 368 consumado? ¿ante el subtipo agravado del art. 369.1.5ª en grado de tentativa? El tema planteado no es baladí: en el caso concreto tendría relevancia. Sin embargo, no es necesario adentrarse en esas cuestiones por mor de una premisa básica: no puede hablarse de tentativa inidónea pese a la situación de prisión. También la acción concretada en el segundo paquete, aunque los receptores no hayan llegado a tener su disponibilidad, ni capacidad para alcanzarla, puede calificarse como delito consumado. Desde el momento en que se concertaron con el remitente o remitentes para el envío mediante un auxilio tan esencial como es facilitarle una dirección para hacerse cargo de esos envíos y tanto el primero como el segundo inician su andadura libres, al margen de todo control policial, se puede hablar de cooperación en una infracción consumada. No haber alcanzado la disponibilidad de la sustancia no es relevante en la medida en que prestaron su colaboración a esa operación de exportación/importación de cocaína que efectivamente fue remitida en condiciones que en un juicio *ex ante* eran idóneas para alcanzar su finalidad. La consumación anticipada que caracteriza este tipo de infracciones priva de viabilidad a la tesis del recurrente. Es coautor (junto con los remitentes no identificados) de un delito agravado contra la salud pública en grado de consumación. Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (SSTS 989/2004, 9 de septiembre o 766/2008, de 27 de noviembre), es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993 27 de septiembre , 383/94, 23 de febrero , 947/1994 5 de mayo , 1226/1994, 9 de septiembre , 357/1996, 23 de abril , 931/98, 8 de julio y 1000/1999, 21 de junio). El delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. La situación de prisión no inhabilita para ser autor a quien ya ha prestado una colaboración esencial. Según se afirma en la STS 162/1997, 12 de febrero , el haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito. En la STS 887/1997, 21 de junio , se razona que el tráfico existe desde que una de las partes activa el mecanismo de transporte de la droga, que el receptor había previamente convenido. Puede considerarse que quedará en grado imperfecto el delito de tráfico de drogas, expresa la STS 766/2008 citada, si la acción del sujeto no determina un desplazamiento territorial de la droga mediante su transporte, pero quedará consumado el delito si la acción del acusado origina un traslado geográfico del estupefaciente libre de vigilancia policial, aunque





no se consiguiera el desplazamiento posesorio pretendido, por haber sido interceptada la droga antes de su entrega al destinatario.

La escondida referencia a la presunción de inocencia que contiene también este motivo puede darse por contestada con la remisión al fundamento de derecho segundo de esta sentencia.

Procede igualmente la desestimación de este motivo.

SÉPTIMO.- El motivo tercero del recurso de Apolonio , desarrollado con igual laconismo que los anteriores, agolpa en muy pocas líneas varios temas.

De una parte alude a un error en la apreciación de la prueba pero con una argumentación que ninguna relación guarda con ese motivo casacional. No se invoca documento alguno como exige el art. 849.2º. Se remite a declaraciones testificales.

No obstante, al socaire de ese enunciado, se desliza la pretensión de que se aprecie una atenuante cualificada de colaboración al amparo del art. 376 del Código Penal . La petición, aparte de tratarse de una cuestión nueva, no puede tener el más mínimo recorrido: mal puede acogerse a ese privilegio quien en el acto del juicio oral continúa negando toda responsabilidad en los hechos.

Por fin, se combate la imposición de la multa por no haber comparecido al acto del juicio oral quienes valoraron la droga. Lo argumentado sobre este tema al hilo de un motivo del anterior recurrente deja zanjada también esta cuestión.

Procede la desestimación.

OCTAVO.- La contestación a la impugnación del recurso por parte del Fiscal no es momento hábil para introducir alegaciones nuevas como hace este recurrente aludiendo a una falta de interrogatorio sobre el segundo paquete; alegato que por otra parte, carece de toda trascendencia por razones en las que no debemos entrar dada la extemporaneidad del alegado en casación.

NOVENO.- Habiéndose desestimado íntegramente los dos recursos procede condenar a cada uno de los recurrentes al pago de sus respectivas costas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Victor Manuel** , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a los recurrentes por un delito contra la salud pública; condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Apolonio** , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas; condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Juan Saavedra Ruiz Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano** Miguel Colmenero Menendez de Luarca Antonio del Moral Garcia

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

