



Roj: STS 4795/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4795
Id Cendoj: 28079120012014100759

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1003/2014

Nº de Resolución: 788/2014

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la acusada **Ariadna**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que la condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente acusada representada por el Procurador Sr. Delabat Fernández.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 19 de Barcelona incoó Diligencias Previas con el nº 482 de 2013 contra Ariadna, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, que con fecha 19 de marzo de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *Único.- Como resultado de un análisis de riesgo efectuado el día 27 de febrero del 2013 por componentes de la Unidad de Riesgo del Aeropuerto de Madrid- Barajas se detectó en el almacén de depósito temporal de Correos del recinto aduanero del mencionado aeropuerto la existencia de un paquete con número NUM000, con un peso bruto de 1.140 gramos, procedente de Perú y en el que figuraba como remitente un tal " Fernando ", con domicilio en Lima, y como destinataria Doña Ariadna, domiciliada en esta capital, c/ DIRECCION000 núms. NUM001 - NUM002 NUM003 NUM004, usuaria del teléfono NUM005, paquete que llevaba adherida la franja correspondiente a la "etiqueta verde", con descripción del siguiente contenido: "Chullo, portafotos, lapiceros y portalapiceros". Al ser examinado el precitado paquete mediante los rayos X presentó una densidad que hizo sospechar pudiera corresponder a sustancias estupefacientes, procediéndose entonces a la apertura del mismo, encontrándose un doble fondo de estampitas y un bolso, realizándose un punzamiento en tales objetos, desprendiéndose un polvo blanco que al aplicarle el correspondiente reactivo dio positivo a la sustancia estupefaciente "cocaína", lo que determinó que se solicitase autorización judicial para la entrega vigilada del referido envío al amparo de lo dispuesto en la legislación vigente, autorizándose mediante auto de fecha 27 de febrero del 2013 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 12 de los de Madrid en funciones de Guardia. El día 4 de marzo del 2013, una vez trasladado el paquete a Barcelona se estableció un dispositivo de vigilancia en torno al domicilio de quien figuraba como destinataria, participando en el mismo funcionarios de vigilancia aduanera, procediendo, sobre las 11 horas del mencionado día, uno de ellos a llamar al timbre del domicilio donde, según las indicaciones del paquete antes mencionado, debía de hacerse su entrega, respondiendo Doña Ariadna -mayor de edad y sin antecedentes penales-, la que bajó al portal y, tras de firmar la correspondiente hoja de reparto del servicio de Correos, se hizo cargo del paquete, momento en que se procedió a su detención. En el interior del descrito paquete, tras de ser decretada judicialmente su apertura por el Juzgado de Instrucción nº 18 de los de Barcelona, además de un "chullo" o gorro de lana peruano, y otros efectos diversos, se localizaron nueve envoltorios ocultos entre las solapas de unas estampas, que contenían un total de 173,5 gramos netos de la sustancia estupefaciente "cocaína", con una riqueza en sustancia base del 85%; asimismo, se encontró una bolsa con doble fondo que contenía 238,5 gramos de la sustancia estupefaciente "cocaína", con una riqueza en sustancia base del 70%. Doña Ariadna se había concertado con el inidentificado remitente, bien directamente o a través de terceras personas para la introducción de la*

precitada sustancia estupefaciente en España, bien se había concertado con el destinatario real, con pleno conocimiento de la remisión en el interior del paquete de que se trataba de sustancia estupefaciente, facilitando su identidad, dirección y número de teléfono para constituirse en la receptora material del paquete, siendo el destino de la sustancia estupefaciente introducida en territorio nacional el de su posterior transmisión mediante precio a terceras personas. El valor del gramo de la sustancia estupefaciente en el ilegal mercado de tales sustancias es de 59,63 euros, según baremo fijado por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes. Doña Ariadna ha estado privada de libertad por esta causa del 4 al 7 de marzo del 2013.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: *Que debemos condenar y condenamos a la acusada Doña Ariadna en concepto de autora de un delito contra la salud pública precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cinco años de prisión y multa de veinticuatro mil trescientos euros, sustituida, caso de impago, por un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada trescientos euros, o fracción, dejada de abonar, y al pago de las costas procesales. Se decreta el decomiso de la sustancia estupefaciente intervenida a Doña Ariadna con motivo de su detención, a la que, una vez firme la presente sentencia, se dará el destino legalmente prevenido. Se le abona a la acusada Doña Ariadna para el cumplimiento de las penas impuestas el tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa.*

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de la acusada **Ariadna**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Ariadna** lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr., por vulneración de preceptos constitucionales, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 C.E. sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías previsto en el art. 24.2 de la C.E.; Segundo.- Lo invocamos al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., por vulneración del principio de presunción de inocencia previsto en el art. 24.2 de la C.E. respecto al elemento subjetivo del tipo aplicado; Tercero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 de la C.E. sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y en relación con los arts. 368.2, 66 y 72 C.P. respecto a la absoluta falta de valoración de las circunstancias personales del culpable, de su rol en el delito y de la poca entidad de su peligrosidad social; Cuarto.- Lo invocamos al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por infracción de ley, por aplicación indebida del precepto penal sustantivo del art. 53.3 del C. Penal, por lo que respecta a la sustitución de la pena de multa; Quinto.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia previsto en el art. 24.2 de la C.E., al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., respecto a la falta de acreditación en autos del precio de gramo de cocaína.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 19 de noviembre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primero de los cinco motivos que formula el recurrente, con amparo procesal en el art. 5.4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr. considera infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 C.E.).

1. Considera el acusado que se incumplió el art. 584 L.E.Cr. que establece que para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado para que pueda presenciar la operación, lo que determinó la vulneración del secreto de la correspondencia regulado en el art. 18.3 C.E.

En el alegato impugnativo aduce una circunstancia inexistente, pues afirma que el envío postal no tenía indicativo exterior de su contenido ni llevaba la etiqueta verde.

Así pues, al recibir el paquete en Correos (27-2-2013) y someterlo a prueba de Rayos X, comprobando que el paquete, por la densidad del contenido podía tratarse de sustancia estupefaciente, la policía judicial aeroportuaria o los funcionarios de Correos proceden a realizar una punción y analizar su contenido que dio positivo a la sustancia estupefaciente cocaína. Posteriormente el 4 de marzo de 2013 se procede de nuevo a la apertura del paquete en sede judicial, a presencia de la imputada y de su letrado.

El recurrente entiende, que tal presencia fue tardía y el paquete en el intervalo pudo haber sido manipulado.

2. Al recurrente no le asiste razón. En su escrito ha olvidado que el envío postal estaba provisto de **etiqueta verde** y su contenido estaba declarado ("Chullo, portafotos, lapiceros y portaplapiceros"), como puede comprobarse por la declaración de hechos probados. Es del caso recordar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 4 de abril de 1995, según el cual queda excluido de la protección del secreto de la correspondencia los envíos que se remitieran abiertos y aquéllos que se enviaran en régimen de "etiqueta verde", la cual suponía la existencia de una expresa declaración del remitente acerca de su contenido lo que excluiría la posibilidad de que contuviera mensajes u otro tipo de correspondencia.

La excepción ha sido ampliada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (S.T.C. nº 281/2006 de 9 de octubre) seguido de otras muchas de esta Sala. En éstas se distingue entre correspondencia y envío postal de objetos y mercancías, mereciendo una interpretación restrictiva la consideración de correspondencia a cualquier objeto. Incluso sin necesidad de declarar contenido cuando por las características externas del envío o paquete (peso, volumen, etc.) es propio de un intercambio de mercancías, la protección del art. 18.3 C.E . debe decaer [(SS.T.S. de 30 de marzo de 2004 (nº 404), 9 de diciembre de 2008 (nº 848), 4 de noviembre de 2009 (nº 1047) y 11 de mayo de 2011 (nº 648), y desde luego el apoyo decisivo lo encuentra en la sentencia del T.C. de 9 de octubre de 2006 (nº 281)].

Por lo expuesto el motivo debe rechazarse.

SEGUNDO.- Con sede procesal en el art. 5.4 L.O.P.J . en el correlativo ordinal se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E .).

1. Considera no enervado tal derecho presuntivo por el exclusivo dato de ser la destinataria formal del paquete y la receptora del mismo, ya que faltaba el **elemento subjetivo** del delito, al no acreditarse que la recurrente conociese el contenido del envío postal. Nos hallaríamos ante un simple indicio, pero no ante una verdadera prueba de cargo.

2. El elemento subjetivo del delito o dolo (conciencia y voluntad de ejecutar el hecho delictivo) no forma parte del control del derecho a la presunción de inocencia, que solo atiende a la existencia de pruebas que, desde una perspectiva objetiva, puedan acreditar el delito por el que se condena y la participación en él del acusado. El elemento subjetivo del tipo puede tener su apoyo en un motivo por corriente infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr .), incluso tampoco hay que descartar la vía de la tutela judicial efectiva, si la inferencia que describe los propósitos o intenciones del sujeto es absurda o arbitraria.

Desde otro punto de vista la recurrente lo que pretende es llevar a cabo una valoración de la prueba, discrepante lógicamente con la realizada por el Tribunal, lo que queda excluida a la vista de la facultad exclusiva y excluyente que en este aspecto posee el Tribunal sentenciador (arts. 117.3 C.E . y 741 L.E.Cr .) el cual ha cumplido con las exigencias de motivación impuestas por los arts. 120.3 y 9.3 C.E .

3. La Audiencia ha dispuesto para acreditar la comisión del hecho, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, de pruebas directas e indiciarias.

Entre las primeras contó con la declaración de la acusada, la testifical del agente del Cuerpo de Vigilancia aduanera encargado de la entrega controlada, así como con el propio paquete como prueba documental, que en su carátula refleja la identidad, domicilio y teléfono de la destinataria, a lo que debe añadirse el análisis pericial de la sustancia estupefaciente.

Acerca de la conciencia de la acusada sobre el contenido del paquete el Tribunal acude a la prueba indiciaria sobre la base de estas esenciales consideraciones:

1) En primer lugar el Tribunal no ha creído la versión dada por la acusada sobre que fue un tal "Jorge" el que le pidió que recogiera el paquete y ello porque en el mismo constan todos sus datos personales como destinataria de envío y además porque carece de lógica que no pueda dar la acusada una explicación creíble sobre la identidad del tal Hilario .

2) La falta de explicación razonable para que se confíe la recepción del paquete con una mercancía de indudable valor económico a la acusada por una persona de la que desconoce su identidad.

3) La importante cantidad de cocaína aprehendida que indica que solo puede estar destinada a una posterior distribución a terceros.

Con todos esos datos probatorios entendemos que el derecho a la presunción de inocencia ha quedado enervado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En el numeral correlativo, con amparo en el 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J. considera infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, a la hora de aplicar los arts. 268.2 , 66 y 72 C. Penal .

1. El fundamento del motivo lo halla en la absoluta falta de valoración de las circunstancias personales del culpable, de su rol en el delito y la poca entidad de su peligrosidad social.

La experiencia diaria nos enseña -sigue argumentando el recurrente- que en este tipo de delitos es corriente utilizar a terceras personas, sin conciencia de su utilización, abusando de su confianza y su buena fe.

Insiste en su versión exculpatoria hablando de un desconocido Hilario . La hija ratificando la versión de su madre nos dice que el tal Hilario se presentó a recoger el paquete a su casa después de que su madre hubiera sido detenida, lo que resulta absolutamente insólito. La hija califica a su progenitora de mujer confiada y bastante influenciable y por tal razón fácil de engañar y manipulable.

2. Los argumentos resultan estériles en orden a la aplicación de la figura atenuada del art. 368.2 C.P ., ya que los dos condicionamientos normativos allí establecidos deben concurrir, dada la conjunción copulativa que les une. Pero bastaría que concurriera uno de ellos si el otro tuviese carácter negativo, inoperante o no contrariara el tenor legal. En nuestro caso el dato objetivo, siempre decisivo y determinante ("escasa entidad del hecho"), en nuestro caso no concurre, ya que se trata de una actividad referida a una importante cantidad de droga (173,5 gramos con pureza del 85%; y 238,5 con una riqueza del 70%) de pureza elevada.

El motivo debe rechazarse.

CUARTO.- Con sede en el art. 849.1º L.E.Cr . en el correlativo ordinal, se considera indebidamente aplicado el art. 53.3 C.P ., por lo que resulta de la sustitución de la pena de multa.

1. Razona que la sustitución de la multa se ha producido sin ajustarse a las normas de proporcionalidad que prevé el art. 53 C.P .

Estima excesivo un día de prisión por el impago de 300 euros.

2. El motivo debe estimarse en aplicación del art. 53.3 C.P . que establece: " *Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a las condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años* ". Esta norma ha sido interpretada en un Pleno no jurisdiccional de esta Sala que acordó " *La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 del C.P .* " (Acuerdo de 1-3-2005).

El Mº Fiscal no ha interpretado correctamente el acuerdo ya que confunde el límite de la pena del art. 368 C.P . (6 años), al que nunca podría llegarse, ya que en tanto excede de 5 años, pena pedida por el Fiscal en el presente caso, se estaría infringiendo el principio acusatorio y derecho de defensa, según proclama otro Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 20 de diciembre de 2006 según el cual " *El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa* ".

El límite, por tanto a respetar es el del art. 53.3 C.P ., de 5 años, según el cual, en base al acuerdo, la pena de cinco años no puede ser rebasada adicionando el arresto personal subsidiario caso de impago de la multa. La razón no es otra que impedir que una pena de 5 años y 1 día, más grave que otra de 5 años, ambas, verbigracia, con arresto sustitutorio de tres meses, en la primera pena más grave no debería cumplir ese arresto por exceder de 5 años, mientras que la segunda de menor gravedad sí tendría que cumplir esos tres meses por no exceder de 5 años.

Esa desproporción penológica se elimina, procurando que entre pena principal y personal subsidiaria caso de impago nunca excedan de 5 años. En nuestro caso, no procederá señalar arresto sustitutorio, sin perjuicio de que se intente exigir la multa, por pago voluntario o por vía de apremio.

El motivo debe estimarse.

QUINTO.- Con amparo en el art. 5.4 L.O.P.J . considera infringido el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E .).

1. La razón del motivo es la falta de acreditación del precio de la cocaína, ya que el acusado ignoraba la sustancia que contenía el paquete. Ello hace que no debiera haberse aplicado el subtipo referido a sustancia que causa grave daño a la salud.

Añade que el Tribunal Supremo para acreditar la **notoria importancia** acude al grado de pureza de la droga.

2. Empezando por el último alegato es lo cierto que en el caso concernido no se aplica la notoria importancia por razón de la cantidad de droga (art. 369.5 C.P .). Lógicamente la notoria importancia se refiere a la modalidad más grave del art. 368 C.P . (droga que causa grave daño a la salud). Sobre la ignorancia de la clase de droga, ya explica la sentencia las razones que ha tenido para inferir que la acusada era perfecta conocedora de la sustancia que recibía, pues no se entiende de otro modo ser destinataria de un producto de tan alto valor que en la dirección del paquete se reseña correctamente su nombre, dirección y teléfono, lo que evidencia un concierto directo o indirecto con el remitente de la mercancía ilícita.

Por todo ello el motivo se desestima.

SEXTO.- La estimación del motivo 4º hace que las costas del recurso se declaren de oficio, de conformidad al art. 901 L.E.Cr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación de su motivo cuarto y desestimación del resto, interpuesto por la representación de la acusada **Ariadna** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, de fecha 19 de marzo de 2014 , en causa seguida contra la misma por delito contra la salud pública. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 19 de Barcelona, con el nº 482 de 2013, y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, por delito contra la salud pública contra la acusada Ariadna , nacida el NUM006 de 1952, hija de Juan Carlos y Laura , natural de Medellín (Colombia) y con residencia en Barcelona, con instrucción, sin antecedentes penales, de solvencia no determinada y en libertad provisional por esta causa, con N.I.E. núm. NUM007 , y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 19 de marzo de 2014 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- A la vista de lo argumentado en la sentencia rescindente, procede dejar sin efecto el arresto sustitutorio señalado para caso de impago de la multa, sin perjuicio de que ésta se exija en ejecución de sentencia.

III. FALLO

Que con mantenimiento de los pronunciamientos de la combatida, procede dejar sin efecto el arresto sustitutorio por impago de la multa allí establecido.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Perfecto Andres Ibañez

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ