



Roj: **STS 3434/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3434**

Id Cendoj: **28079120012021100691**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/09/2021**

Nº de Recurso: **3489/2019**

Nº de Resolución: **702/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 702/2021**

Fecha de sentencia: 16/09/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3489/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Aragón

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

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3489/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 702/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de septiembre de 2021.



Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 3489/2019, interpuesto por la representación procesal de **D. Héctor** , contra la sentencia dictada el 10 de junio de 2019 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el Rollo de apelación nº 30/2019, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 2019 dictada en el Rollo (Procedimiento Abreviado nº 130/2018) dimanante de la Sección Única de la Audiencia Provincial de Teruel, procedente del Procedimiento Abreviado nº 4/2017 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Teruel, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito contra la salud pública del art. 368.1 del CP, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Manuel Ángel Salvador Catalán; y defendido por el letrado D. Leopoldo García-Pando Yébenes, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de instrucción nº 3 de Teruel, tramitó procedimiento abreviado núm. 4/2017 por delito contra la salud pública, contra D. Héctor ; una vez concluso lo remitió a la Sección Única de la Audiencia Provincial de Teruel, (Proc. Abreviado nº 130/2018) y dictó Sentencia en fecha 13 de febrero de 2019 que contiene los siguientes hechos probados: "Probado y así se declara que el acusado Héctor residió durante varios meses de la segunda mitad del año 2015 en la vivienda del matrimonio formado por Micaela y Leopoldo , sito en la RONDA000 , nº NUM000 , piso NUM001 , de Teruel, debido a la amistad que le unía con ellos, todos ellos naturales de República Dominicana. Micaela y Leopoldo fueron condenados en sentencia firme de fecha 4 de diciembre de 2017 dictada por esta Audiencia Provincial en este mismo procedimiento abreviado no 4/2017 (que no pudo dirigirse contra Héctor , contra quien también formuló acusación el Ministerio Fiscal, por estar en paradero desconocido). Micaela a la pena de prisión de tres años como autora de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368, inciso primero, del Código Penal; y Leopoldo a la pena de prisión de dos años como cómplice de dicho delito. Ambos aprovechaban el bar que regentaba Micaela , sito en la plaza Bolamar, 15, de esta ciudad de Teruel, para suministrar cocaína a diversos consumidores que con cierta regularidad acudían a su establecimiento para abastecerse de la droga. También suministraban cocaína en el domicilio indicado. En dichas ventas eran ayudados por el acusado Héctor .

Durante los meses en que el acusado Héctor vivió en la casa de Micaela y Leopoldo , también tenía una estrecha relación de amistad con Carlos Daniel , Luis Manuel , Luis Miguel , Juan Miguel , Clemencia , Marco Antonio y Pablo Jesús , compatriotas dominicanos y condenados en la sentencia referida de 4 de diciembre de 2017 como autores, cada uno de ellos, de un delito de tráfico de drogas del artículo 368, inciso primero, del Código Penal, excepto Clemencia que lo fue en concepto de cómplice. Todos ellos aprovechaban esta relación para colaborar entre sí en el negocio de la distribución de la cocaína, facilitándose la droga que precisaban para la posterior venta, para lo que, en muchas ocasiones, utilizaban los teléfonos móviles, poniéndose de acuerdo previamente para no utilizar en sus conversaciones determinadas palabras que pudieran ser relacionadas con la cocaína en el caso de ser objeto de escuchas telefónicas, palabras que sustituían por otras tras ponerse de acuerdo sobre su significado; compartían no solo el lugar de venta, la llamada "Zona" de Teruel, centrada en la Plaza Bolamar, calle Abadía y alrededores, sino también el uso de terminales de telefonía móvil y vehículos."

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Debemos condenar y condenamos a **Héctor** como autor responsable de un delito contra la

salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud previsto y penado en el artículo 368, inciso primero, del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de **CUATRO AÑOS** y **MULTA DE 500 €** (quinientos euros), con diez días de arresto sustitutorio en caso de impago, así como a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales causadas. Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta será de abono la totalidad del tiempo que el penado ha permanecido privado de libertad por esta causa.

Procédase al comiso de los efectos intervenidos al acusado; déneles el destino legal.

Conforme a lo interesado por el Ministerio Fiscal, **dedúzcase testimonio** y remítase al Juzgado de Instrucción competente por la posible comisión de un delito de falso testimonio respecto a las declaraciones testificales prestadas en el presente juicio por Micaela y Leopoldo .

Contra la presente sentencia cabe recurso de apelación ante la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón."



**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Héctor, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 35/2019 por la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 10 de junio de 2019, en el rollo de apelación núm. 30/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"1. Desestimar el recurso de apelación. formulado contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 2019 dictada por la AP de Teruel en los autos de procedimiento abreviado 130/2018, que confirmamos.

2. Declarar de oficio las costas de esta instancia.

Notifíquese la presente con indicación a las partes que no es firme, y que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECrim, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley."

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Héctor 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.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.- Vulneración del principio de presunción de inocencia al amparo del nº 1º del art. 852 de la LECRIM, en relación con el art. 5.4 LOPJ y del art. 24. de la CE.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECRIM por aplicación indebida del art. 368 del CP.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 23 de octubre de 2019, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 15 de septiembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1.-** La sentencia núm. 12/2019, dictada por la Audiencia Provincial de Teruel con fecha 13 de febrero de 2019, condenó al acusado Héctor como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el art. 368 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 4 años y multa de 500 €, con 10 días de arresto sustitutorio en caso de impago, así como a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Esta resolución fue confirmada por la sentencia núm. 35/2019, 10 de junio, dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Contra esta última se interpone recurso de casación. Se formalizan dos motivos que, a la vista del hilo argumental que late en su desarrollo, van a ser tratados conjuntamente por la Sala. En el primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, se estima vulnerada la presunción de inocencia que ampara al acusado ( art. 24.2 de la CE). En el segundo, con la equívoca cobertura del art. 849.1 de la LECrim, se reacciona frente a lo que considera la defensa la inexistencia de verdadera prueba de cargo.

**2.-** Estima el recurrente que ninguna de las pruebas valoradas por el Tribunal a *quo* -documental, testifical, intervenciones telefónicas y entradas y registros- permiten respaldar el juicio de autoría.

Razona la defensa que el hecho de ser de la misma nacionalidad que los coacusados que expresaron su conformidad en el anterior juicio -en el que el ahora recurrente no pudo ser enjuiciado al hallarse en rebeldía- no es prueba suficiente para condenar a nadie. Se da la circunstancia, además, de que algunos de los integrantes de ese grupo eran de nacionalidad colombiana. Añade que tampoco tiene valor incriminatorio la proximidad de los domicilios de los coacusados, ni siquiera el hecho de la convivencia en el mismo inmueble con algunos de sus compatriotas. Héctor -se aduce- "...retribuía su hospitalidad a través de la realización de actividades domésticas, así como (prestando) ayuda en la cocina del Bar que regentaban Micaela y Leopoldo en el centro de la ciudad de Teruel".

Tiene toda la razón la defensa cuando reivindica, en un modélico estudio de la jurisprudencia de esta Sala, que ni la nacionalidad compartida entre los coacusados ni, por supuesto, la proximidad domiciliaria constituyen prueba suficiente para acreditar la responsabilidad penal de cualquier acusado. Tampoco encierra el suficiente



peso incriminatorio el hecho de compartir la vivienda considerada como el punto de distribución clandestina de droga. Ni siquiera la simple declaración de un coimputado puede respaldar sin fisuras el juicio de autoría.

La detenida lectura de las sentencias de esta Sala que se citan en apoyo del argumentario de la defensa, no confirman -ni mucho menos- la idea de que la debilidad de esos datos sirva para fundamentar un pronunciamiento de condena. Así lo enseña la jurisprudencia de esta Sala y así lo han entendido la Audiencia Provincial de Teruel y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón al confirmar la condena de Héctor .

La importancia de que la prueba de cargo, además de lícita, tenga un neto significado incriminatorio forma parte del contenido mismo del derecho constitucional a la presunción de inocencia (cfr. SSTS 276/2014, 2 de abril; 209/2008, 28 de abril; 1199/2006, 11 de diciembre y 49/2008, 25 de febrero, entre otras muchas). Y la necesidad de que la prueba derivada de la declaración de uno o varios coimputados esté acompañada de elementos de corroboración de signo incriminatorio, es también exigencia de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala (cfr. STS 289/2012, 13 de abril; y SSTC 134/2009, 1 junio, 149/2008, 17 de noviembre, 34/2006, de 13 de febrero, y 102/2008, de 28 de julio).

**2.1.-** El ámbito funcional en el que ha de moverse la capacidad revisora de esta Sala frente a una sentencia condenatoria dictada en la instancia y confirmada en apelación, ha sido ya reiteradamente descrito en numerosos precedentes.

Cuando se trata del recurso de casación promovido frente a una sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia, la valoración de la prueba efectuada por el órgano de instancia ya ha sido objeto de fiscalización por la novedosa vía impugnativa que, aunque con un retraso histórico, ha sido arbitrada por la indicada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015. Se trataba, pues, de hacer efectivo el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior, tal y como reconoce el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por consiguiente, el esfuerzo argumental dirigido a cuestionar los razonamientos que se deslizan en la sentencia dictada inicialmente por la Audiencia Provincial desenfoca el alcance del recurso de casación promovido. La oportunidad que brindan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, para hacer valer un recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales, no puede ser interpretada como la última ocasión para reiterar ante el Tribunal Supremo argumentos que no fueron atendidos en la instancia. La Ley 41/2005 no ha creado una apelación encadenada que autorice la repetición de aquello que no ha sido estimado en lo que erróneamente se interpretaría como la primera apelación.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se materializa en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (cfr. SSTS 599/2020, 12 de noviembre; 490/2020, 1 de octubre; 396/2020, 18 de junio; 302/2020, 12 de junio).

**2.2.-** Es a partir de este cuerpo de doctrina como hemos de abordar las quejas de la defensa.

El FJ 2º de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, al resolver el recurso de apelación, descarta la existencia de cualquier error en la valoración de la prueba. En términos conclusivos, considera "... *acreditada la estrecha relación que unía al acusado por razón de la convivencia que mantenía con quienes fueron condenados con su conformidad por dedicarse al tráfico de cocaína ( Micaela y Leopoldo ), y se ha acreditado asimismo que el acusado entraba en contacto telefónico con otros implicados en el anterior juicio utilizando claves y jerga que en aquél se tuvo como medio común de realizar encargos y concertar citas para la entrega de cocaína, lo que ha sido igualmente acreditado mediante la declaración en el juicio de los agentes que tomaron parte en la investigación; y consta finalmente que en la entrada y registro de la vivienda que compartía con los otros acusados se encontraron utensilios propios de la manipulación de droga para su venta con restos de cocaína, así como efectivo repartido en diversas estancias que no se correspondía con la falta de actividad remunerada del acusado* ".



Por tanto, no fueron ni la nacionalidad ni la vecindad compartida los presupuestos incriminatorios manejados en la instancia. Tampoco lo fue la simple declaración de los coimputados.

En la valoración probatoria hecha por la Audiencia Provincial, avalada por el Tribunal Superior de Justicia, se razona que el acusado colaboraba en la actividad de venta de cocaína con sus compatriotas Luis Miguel, Juan Miguel, Clemencia, Micaela y Leopoldo, Carlos Daniel, Marco Antonio y Pablo Jesús, todos ellos coimputados en el mismo procedimiento y condenados como autores de un delito de tráfico de drogas por sentencia, ya firme, de 4 de diciembre de 2017.

Sobre la efectiva participación en los hechos imputados, la Audiencia destaca que "...dos acusados y penados en esta causa, Micaela y Leopoldo, reconocieron su participación en los hechos objeto de acusación, y también expusieron la implicación de Héctor en los mismos realizando entregas de cocaína a los también acusados y condenados Luis Miguel y Carlos Daniel para su posterior distribución, algunas de dichas entregas en fechas muy señaladas como la nochevieja del año 2015. La declaración de los Sres. Micaela y Leopoldo que no sólo reconocieron su actividad de tráfico de cocaína sino que también ofrecieron datos relevantes para la imputación del delito a otros coacusados, como Héctor".

Además de ese testimonio netamente incriminatorio, con referencia cronológica incluida acerca de la entrega de cocaína "...en fechas muy señaladas", la sentencia condenatoria subraya, como elementos corroboradores de esa actividad, la ausencia de actividad comercial alguna en el establecimiento de hostelería que actuaba como centro de operaciones de la distribución de drogas y en el que prestaba sus servicios Héctor: "... el DZMA no tenía actividad alguna, pues en el último trimestre de 2015 obtuvo unos ingresos mensuales de 461,56 € mientras el importe del arrendamiento ascendía a la suma de 600 € mensuales. Por otra parte, el acusado ha pretendido demostrar en su declaración que tenía una fuente de ingresos cortando el pelo a terceros en la casa donde se alojaba, pero ello no tiene base alguna por cuanto la policía no encontró instrumentos adecuados para dicha actividad cuando realizó la diligencia de entrada y registro en la vivienda que ocupaba. Así pues, el acusado carecía de medios lícitos de vida para su sustento y, consiguientemente, también para la adquisición de la marihuana de la que, según su declaración, era consumidor".

Igualmente apreciable es el valor incriminatorio de las conversaciones telefónicas mantenidas por el acusado con algunos de sus proveedores, diálogos cuya realidad no ha sido cuestionada, si bien la defensa le atribuye un significado distinto: "... las escuchas telefónicas -argumenta la Audiencia Provincial- son otra prueba más que evidencia una actividad de tráfico de drogas al apreciarse un lenguaje críptico y disimulado en las conversaciones intervenidas. Así lo admitieron en el juicio celebrado ante esta Audiencia Provincial los días 13 y 14 de noviembre de 2017 en este mismo procedimiento abreviado los entonces acusados y ya condenados Luis Miguel, Juan Miguel, Clemencia, Micaela y Leopoldo. Es especialmente significativo el contenido de las llamadas empleando términos simulados y convenidos sin explicación alternativa al tráfico de drogas. De dichas conversaciones telefónicas se extrae, igualmente, la relación entre el acusado y los condenados a los que se ha hecho referencia. El contenido de alguna de ellas, objeto de observación y escucha que mantuvo el acusado Héctor, Micaela o Leopoldo con Carlos Daniel o con Luis Miguel, consiste en la petición de que les lleve cocaína con dicho lenguaje velado. Así, en conversación de fecha 6/3/2016 a las 0:00:59 h. Carlos Daniel llama a Héctor y le dice si puede mandarle cinco "cervezas" a casa, para lo que necesita una persona de "confianza" y cogiendo seguidamente una mujer el teléfono de Héctor le dice a ella Carlos Daniel que "yo paso ahora y te la pago". En conversación de fecha 27/2/2016, a las 0:00:35 h. Héctor habla con Carlos Daniel y éste le dice: "...tengo gente ahora vienen ahí de camino ya! Y quería fumar algo antes de...", contestándole Héctor "yo toy esperando ah... a Antonio también, que me llamó"; Carlos Daniel: "Ah po cuando tú termines, me tiras también va"; Héctor: "Vale". En conversación de fecha 31/12/2015, a las 0:00:43 h. Luis Miguel llama a Leopoldo para que localice a Héctor y se pase por la peluquería en diez minutos: pues bien, siendo el día de Nochevieja y a tenor de las llamadas también registradas con Carlos Daniel, resulta que Luis Miguel quiere que le sea suministrada sustancia estupefaciente y realiza la cadena de contactos para conseguirlo".

La sentencia desestimatoria dictada en apelación avala el razonamiento de la Audiencia Provincial cuando da respuesta y rechaza la afirmación defensiva de que la ausencia de drogas en el registro practicado en la vivienda de la que era usuario Héctor demostraría su falta de implicación en los hechos: "... el acusado había sido alertado -así como los demás condenados- por una compatriota suya llamada Clemencia, recepcionista en el hotel Civera en las fechas a las que se comprenden los hechos enjuiciados, de la reserva que para la noche del 23 al 24 de marzo de 2016 había efectuado la 'Secretaría de la Unidad de Prevención y Reacción de la Jefatura Superior de Policía de Aragón', por lo que estaba prevenido. No obstante, practicada la entrada y registro en la vivienda que ocupaba el acusado Héctor en aquellas fechas, sita en RONDA000, nº NUM000, piso NUM001, fueron hallados un envoltorio plástico conteniendo 1,68 gramos de cannabis, un picador de hierba, un rollo de alambre de color verde, una báscula de precisión de la marca Diamond con restos de cocaína, así como 8.755 € en efectivo distribuidos en billetes de pequeña cuantía".



No existió, por tanto, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Las quejas que se sugieren en el segundo de los motivos acerca de la posible nulidad de las escuchas telefónicas no fueron objeto del recurso de apelación. Además, no ponen de manifiesto elementos de juicio que puedan servir de apoyo para la impugnación global que realiza el motivo.

Por cuanto antecede, procede la desestimación de ambos motivos ( art. 885.1 LECrim).

**3.-** La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

## FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Héctor contra la sentencia núm. 35/2019, 10 de junio, dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que confirmó la dictada por la Audiencia Provincial de Teruel con fecha 13 de febrero de 2019, condenó al acusado como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz D. Ángel Luis Hurtado Adrián