

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064303

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 395/2019, de 24 de julio de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10106/2019

**SUMARIO:****Delito contra la salud pública. Tráfico de drogas. La consumación delictiva. Atenuante de confesión.**

La jurisprudencia de esta Sala Casacional ha considerado la posibilidad de la tentativa delictiva, en el delito de narcotráfico, sobre todo en los casos de envío de droga desde un país extranjero, por correo u otro medio de transporte, y en lo relativo a la persona que recoge la mercancía, se deben distinguir dos posiciones distintas:

a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.

b) Si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justamente en ese momento, se trata de un delito intentado

Respecto a la atenuante de confesión, el acusado únicamente intentó colaborar cuando conoció que el procedimiento se dirigía contra él, no siendo relevante ni útil dicha cooperación porque no proporcionó datos de las personas que le había realizado el encargo ni datos destacados para la investigación, además de no confesar su participación en los hechos, negó conocer el contenido del paquete y lugar de procedencia.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 21.4.º y 7.º, 53, 368 y 369.

Constitución Española, art. 120.3.

**PONENTE:***Don Julián Artemio Sánchez Melgar.***RECURSO CASACION (P) núm.: 10106/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



## SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar  
D. Alberto Jorge Barreiro  
D. Vicente Magro Servet  
D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia  
D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 24 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado DON Alexis contra Sentencia núm. 495/2018, de 24 de octubre de 2018 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala núm. 1426/2015, dimanante de las D.P. de P.A. núm. 5068/2014 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de dicha Capital, seguidas por delito contra la salud pública contra mencionado acusado. Los Excmos Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido partes en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, y como recurrente el acusado Don Alexis representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz Palacios González y defendido por el Letrado Don César Martín Rodero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Madrid incoó D.P. de P.A. núm. 5068/2014 por delito contra la salud pública contra DON Alexis y una vez conclusas las remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 24 de octubre de 2018 dictó Sentencia núm. 495/2018 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

<<En la Unidad de Análisis de Riesgo del Servicio de Vigilancia Aduanera del Aeropuerto Madrid-Barajas (Terminal 4) detectó a través de la máquina Rayos X que el paquete procedente de Brasil en el vuelo Iberia, NUM010 Nov 14, con el número de Conocimiento Aéreo 0753465-7906, de un peso aproximado de 282 kilogramos (dos bultos) remitido por SW SILVA IMPORTACAO E COMERCIO LTDA-ME/RUA MALA DE LACERDA 41. ESTACIO-RIO DE JANEIRO-CEP 20250-001-RJ BRASIL/TEL 971034242 SILVAN VARGAS siendo el destinatario Julia NUM000, CALLE000 NUM001, NUM002 28028 MADRID (SPAIN) TEL: NUM003 MAIL: DIRECCION000., <mailto: DIRECCION000.> podría contener sustancias estupefacientes.

En el interior de dicho paquete había dos bidones que contenían piezas de artesanía en cuyo interior alojaban una sustancia en polvo que sometida al narco test dio positivo a cocaína.

Los agentes adscritos al Equipo de Delincuencia Organizada Antidroga (EDO), con número de identificación profesional NUM004 y NUM005 junto a los agentes de Vigilancia Aduanera de la Unidad de Análisis de Riesgo (UAR) números NUM006 y NUM007, procedieron, previa autorización del Juzgado de Instrucción núm. 47 de Madrid, a la apertura del paquete, sustitución y retirada de las piezas que contenían cocaína e intervención de la misma, según Auto de 7 de noviembre de 2014.

En las piezas se intervino:

Núm. 1 Decomiso: 1 envase 1.638,1 gramos bruto, 1.601'6 gramos neto, con una pureza del 66'2% (equivalente a 1.060'26 gramos de cocaína pura);

Núm. 2 Decomiso: 1 envase 382'2 gramos bruto, 366'5 gramos neto, con una pureza del 66'1% (equivalente a 242'26 gramos de cocaína pura);



Núm. 3 Decomiso: 1 envase 875'6 gramos bruto, 862'2 gramos neto, con una pureza del 68'7% (equivalente a 592'33 gramos de cocaína pura);

Núm. 4 Decomiso: 1 envase 702'2 gramos bruto, 699'5 gramos neto, con una pureza del 67'1% (equivalente a 408'39 gramos de cocaína pura);

Núm. 5 Decomiso: 1 envase 1032'6 gramos bruto, 1005'9 gramos neto, con una pureza del 65'4% (equivalente a 657'86 gramos de cocaína pura);

Núm. 6 Decomiso: 1 envase 70'1 gramos neto, con una pureza del 54'9% (equivalente a 38'48 gramos de cocaína pura);

La droga intervenida alcanzó un peso de 4.575'8 gramos de cocaína en bruto, que resultó ser 2.999'58 gramos de cocaína pura, la cual iba a ser destinada al tráfico y que podría haber alcanzado un valor en venta de 162.049,82 euros. (sic)

El acusado Alexis de las circunstancias personales ya referidas, había facilitado previamente a una persona que no ha sido juzgada, el nombre, el CIF y domicilio de su amiga doña Julia para poder recibir el paquete, que él iría a recoger y esa persona -que no figuraría como receptor-, le pagaría la cantidad de 650 euros. Tras aceptar dicho encargo, el acusado le dijo a su amiga doña Julia que había utilizado su dirección para recibir un paquete que contenía unos objetos de artesanía, pero no le dijo que había facilitado el CIF de la misma, ni que ella aparecía como la destinataria del envío.

El día 7 de noviembre a las 09:24 horas, se personó en el almacén de Iberia Cargo del recinto aduanero del Aeropuerto Madrid Barajas para retirar el envío, portando su documentación personal y una autorización de doña Julia, pero le dijeron que debía aportar más documentación, por lo que el acusado contactó con la persona que le había contratado para recibir el paquete y regresó esa misma tarde a la zona de carga del aeropuerto donde le hicieron entrega del paquete, haciéndose cargo del mismo y tras montarlo en un vehículo, en el que circulaba el acusado y un conductor, se alejaron del aeropuerto adoptando medidas de seguridad para evitar su control.>>

### Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado don Alexis, de las circunstancias personales ya expuestas, como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud del art. 368.1 primer inciso del Código Penal, en cantidad de notoria importancia del art. 369.1.5° CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de SEIS AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de CIENTO SESENTA Y DOS MIL CINCUENTA EUROS (162.050 euros), con responsabilidad personal subsidiaria de UN MES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, y al pago de las costas procesales. Asimismo se acuerda el comiso y destino legal a la sustancia intervenida.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se le abonará el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa, salvo que se le hubiera aplicado a otra.

Y fórmese la pieza de responsabilidad civil para determinar su solvencia.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

### Tercero.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del acusado DON Alexis, que se tuvo 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.



#### **Cuarto.**

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Alexis , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo primero .- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indicamos que la sentencia referida vulnera el principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución y vulnera el derecho de tutela judicial efectiva, el derecho a un procedimiento con todas las garantías y el derecho a que no se produzca indefensión de los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución y por nulidad de pleno derecho de la sentencia recurrida.

Motivo segundo .- No consta desarrollo jurídico ni argumentativo del segundo motivo de casación.

Motivo tercero .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haberse aplicado el artículo 16 C. Penal , calificando los hechos en grado de tentativa.

Motivo cuarto .-Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haberse aplicado el artículo 21.7 del Código Penal por la concurrencia de la atenuante analógica de colaboración 21.5 y 21.4 C.Penal.

Motivo quinto .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del art. 53.1 C. Penal , y aplicar un 1 mes de responsabilidad personal en caso de impago, por ser una pena superior a 5 años ( art. 53.3 C. Penal ).

#### **Quinto.**

- Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto, interesó su decisión sin celebración de vista y la inadmisión de los 4 primeros motivos del mismo y el apoyo del quinto motivo, por las razones expuestas en su informe de fecha 12 de marzo de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Por Providencia de esta Sala de fecha 7 de junio de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 3 de julio de los corrientes; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

- La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a Alexis , en Sentencia nº 495/2018, de fecha 24-10-2018, dictada en el Rollo nº 1426/15 , procedente del PROA nº 5068/14, del Juzgado de Instrucción nº 7 de Madrid, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

#### **Segundo.**

- En el primer motivo del recurso, y por la vía autorizada en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y correlativo art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por haber sido condenado sin pruebas, dado que fue un mero instrumento de una tercera persona para introducir la droga en España.

Este planteamiento significa ya que el recurrente reconoció en el juicio oral haber proporcionado a una tercera persona, que no consta su identidad, el domicilio de una amiga, la testigo Julia , a la que no pidió permiso alguno para ello -así como su CIF-, para recibir un paquete procedente de Brasil, vía aérea en el mes de noviembre de 2014. La citada testigo ha declarado que desconocía tal comportamiento del acusado, y desde luego, se le ha exculpado de cualquier participación delictiva.

Como decimos, el testimonio de la citada testigo, que dijo había mantenido amistad con el acusado, a quien había ayudado en alguna ocasión entregando ropa y calzado para enviar a su familia, proporcionó unas



conversaciones que había tenido con Alexis a través de Whatsapp en los que no figura que le pidiera permiso para facilitar los datos de su domicilio para recibir paquete alguno. Ella tuvo conocimiento de la recepción del mismo cuando le fue notificado un mensaje de Iberia Cargo. Cuando se lo dijo al acusado éste le pidió una autorización firmada para recoger el paquete, y ella se negó; acompañó al acusado al aeropuerto de Madrid Barajas; él le dijo que el paquete lo recogería con un amigo; sabe que tuvo que abonar mil y pico euros, y tras un breve periodo de tiempo le piden que abone 600 más en aranceles; en un momento determinado el acusado desapareció y no supo más de él.

Las declaraciones de los agentes de vigilancia aduanera, n° NUM008 , n° NUM009 , n° NUM006 , corroboraron el atestado y las sospechas del paquete por razón de la procedencia, reconocimiento por Rayos X que se hallaban en el interior de los paquetes, y una vez comprobada la existencia de cocaína, la sustitución de la droga previa autorización judicial, entrega controlada y seguimiento a la persona que lo recogió, que fue el acusado, y que hizo maniobras extrañas en la conducción, saltándose un semáforo rojo por lo que finalmente despistó a los investigadores, en un intento de hacerse con tal envío, cuya recepción y entrega había convenido de antemano a cambio de dinero.

El acusado dijo no saber que el paquete transportaba droga, pero a la Sala sentenciadora de instancia no le pareció creíble, en tanto que señaló que se trataba de un paquete recibido desde Sudáfrica y que a su vez iba a enviar a su país, Nigeria; este traslado desde África, para volver a dicho continente, no tenía sentido alguno; por otro lado, las cantidades de dinero que le habían ofrecido, sin identificar nunca a esas terceras personas que le encargaron ese "trabajo"; su vuelta al aeropuerto con unos documentos que dijo le pedían en aduana; salida del aeropuerto con los paquetes, problemas con el dueño del paquete que le entregó en su casa 150 euros, junto al hecho de que tal persona no quiso entrar en el aeropuerto una vez que supo que tenía que identificarse; y el suceso con unos enmascarados sin identificar en Leganés que intentaron agredirle, intento de poner una denuncia en Madrid por ese hecho -que no especificó si realizó-, y por último su viaje hasta Figueras. Todos estos elementos son analizados en la sentencia recurrida, para no otorgar credibilidad a esas explicaciones exculpatorias, y al contrario, dar por probado que estaba colaborando en el envío y recepción de una importante cantidad de cocaína, a cambio de una cantidad de dinero, que si no muy excesiva, es indicativa de que no se trata de un asunto legal, pudiendo representarse la posibilidad de que fuera droga, como igualmente así lo reconoció en el plenario, conforme razonan los jueces "a quibus". A tal efecto, el Tribunal "a quo" reseña la doctrina jurisprudencial del dolo eventual, y la teoría del asentimiento, de modo que incumbe a quien lleva a cabo una acción el despejar las dudas que puedan surgir acerca de la verdadera naturaleza y contornos de su misma estructura. En otras palabras: quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito actuar en que voluntariamente participa. O, como dice la STS 633/2009, de 10 de junio , quien se encuentra en una situación que se conoce como ceguera voluntaria ( willfull blindness ), no está excluido de responsabilidad criminal por la acción ejecutada.

En consecuencia, el motivo, desde el plano de la presunción de inocencia, no puede prosperar.

### Tercero.

- En los motivos segundo y tercero, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la falta de aplicación del art. 16 del Código Penal . En definitiva, el recurrente considera que los hechos enjuiciados serán constitutivos, a lo sumo, de un delito contra la salud pública en grado de tentativa, dado que el destinatario no era el acusado sino la Sra. Julia , e insiste en que la persona que le solicitó sus datos personales le dijo que eran objetos de decoración.

Esta última parte de la queja casacional ya ha sido desestimada con anterioridad. Para recibir objetos de decoración o artesanía, ni se suministra una dirección falsa, ni se satisface una cantidad de dinero como la recibida por atender a tal operación, conforme consta en el relato fáctico de la sentencia recurrida.

Con respecto a la tentativa, y con la STS 693/2011, de 10 de junio , hemos de señalar que la jurisprudencia de esta Sala Casacional ha considerado la posibilidad de la tentativa delictiva, en el delito de narcotráfico, sobre todo en los casos de envío de droga desde un país extranjero , por correo u otro medio de transporte, y en lo relativo a la persona que recoge la mercancía, se deben distinguir dos posiciones distintas:

a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.



b) Si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justamente en ese momento, se trata de un delito intentado ( STS 1673/2003, de 2 de diciembre ).

En definitiva: 1º) sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2º) sin ser el destinatario de la mercancía; 3º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (ver SSTs de 26 de marzo de 1997 , 3 de marzo y 21 de junio de 1999 a 12 de mayo de 2001, núm. 835/2001).

Ninguno de tales supuestos puede ser aplicado al caso que revisamos casacionalmente, de manera que el motivo no puede ser estimado.

En efecto, como decíamos en las SSTs 24/2007 de 25.1 y 323/2006 , la posibilidad de que los delitos de narcotráfico puedan cometerse en grado de tentativa ha sido siempre una cuestión debatida en la doctrina y muy matizada en la jurisprudencia de esta Sala. Esa jurisprudencia ha venido manteniendo un criterio general opuesto al reconocimiento de las formas imperfectas de este tipo de delitos (ver STS 4.3.1992 , 16.7.1993 , 3.4.1997 , 7.12.1998 , 29.9.2002 , 23.1.2003 , 3.6.2005 ). El tráfico de estupefacientes se configura estructuralmente como delito de peligro abstracto y consumación anticipada cuya punibilidad se asienta en la situación de eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figura penal. La consumación delictiva se sitúa en cualquiera de las acciones típicas descritas en el art. 368 CP como la posesión o el transporte de droga con finalidad de tráfico, en los que el momento consumativo se anticipa, adelantando la barrera penal hasta comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico ( STS 1309/2003, de 3 de octubre ).

El tráfico real o efectivo se sitúa más allá del área de la consumación y la obtención de lucro es ajena al tipo ( STS 1160/2004, de 13 de octubre ).

En consecuencia, en el caso de autos, el acusado, no solamente participó en las operaciones previas, y en tal conducta, facilitó el domicilio de la Sra. Julia , sino que, además, tuvo plena efectividad del material que le fue entregado en Ibera Cargo, logró despistar a la policía judicial, y finalmente, fue detenido en Figueres.

No puede hablarse en consecuencia de tentativa criminal.

El motivo no puede prosperar.

#### Cuarto.

- En el motivo cuarto, y por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la inaplicación de los arts. 21.7ª y 21.4ª del Código Penal .

El recurrente reclama la atenuante, propia o análoga, de colaboración con la Administración de Justicia por haber colaborado con las autoridades desde el inicio de la causa, o al menos desde el momento en que empezó a desconfiar de ese tercero que denomina Marcial .

Afirma también el acusado que cuando le detienen en Figueres, facilita toda la información que tiene sobre la persona que le había encargado el encargo de facilitar una dirección "limpia" en España y su aportación para recoger el paquete, siendo así que no se conocen todos los datos del mismo, siendo cierto sin embargo que les había dado todas las conversaciones vía Whatsapp que tenía.

Pero en el relato histórico de la sentencia recurrida, nada se dice al respecto. Y en el F.J 4º de la sentencia recurrida, se razona que el acusado únicamente intentó colaborar cuando conoció que el procedimiento se dirigía contra él, no siendo relevante ni útil dicha cooperación porque no proporcionó datos de las personas que le había realizado el encargo ni datos destacados para la investigación, además de no confesar su participación en los hechos, negó conocer el contenido del paquete y lugar de procedencia.

Respecto de la circunstancia atenuante de confesión ( artículo 21.4º CP ) hemos dicho que su apreciación exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Tendrá que producirse un acto de confesión de la infracción delictiva. b) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable. c) La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial. d) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial. e) La confesión habrá de hacerse ante autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla. f) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos



de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial ( STS 268/2016, de 5 de abril , entre otras muchas).

La atenuante analógica debe apreciarse en atención a la concurrencia de las mismas o similares razones de atenuación en relación con las atenuantes expresamente contempladas en el artículo 21 del Código Penal , pero no permite construir atenuantes incompletas cuando falten los requisitos que se exigen por la Ley. En relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de forma importante contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. La circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal , pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar, de alguna forma, el orden jurídico perturbado por la comisión del delito.

Por otro lado, puede considerarse atenuante muy cualificada aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia. Cuando se trata de la confesión, su utilidad para la investigación ha de alcanzar un especial nivel para justificar su apreciación en ese grado ( STS 257/2017, de 6 de abril ).

No puede afirmarse esta conducta del recurrente, pues no realizó conducta alguna que revelase colaboración relevante con la Justicia, como expresamente reconoce en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida.

En cualquier caso, el motivo carece de practicidad, pues la pena ya se ha situado en su mínima extensión.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que la función final de individualización de la pena no corresponde a este Tribunal de Casación sino al sentenciador, por lo que en sede casacional únicamente procederá controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable. Aunque la necesidad de motivación ex artículo 120.3 CE alcanza en todo caso a la pena concretamente impuesta, no se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley ( SSTS 215/2016 de 15 de marzo , 800/2015 de 17 de diciembre o 854/2013 de 30 de octubre ).

El motivo no puede prosperar.

#### **Quinto.**

- En el motivo quinto, y por idéntico cauce impugnativo, se denuncia ahora la indebida aplicación del art. 53.1 del Código Penal .

El motivo ha contado con el expreso apoyo del Ministerio Fiscal, y debe ser estimado.

En efecto, al recurrente le asiste la razón porque la pena privativa de libertad impuesta es 6 años y día de prisión y, de conformidad con el art. 53.3 del Código Penal , la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no se impondrá a los condenados a penas superiores a 5 años de prisión.

La multa impuesta es correcta por ser del tanto al cuádruplo del valor de la droga, de conformidad con el art. 369.1.5º del C. Penal , y en el caso la droga intervenida hubiera adquirido un valor en el mercado de 162.049,82 euros, siendo así que la pena de multa impuesta ha sido de 162.050 euros, es decir, prácticamente el tanto.

#### **Sexto.**

- Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ).

**FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado DON Alexis contra Sentencia núm. 495/2018, de 24 de octubre de 2018 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid .

2º.- DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por el recurso.

3º.- En consecuencia, CASAR y ANULAR , en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándose acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**RECURSO CASACION (P) NÚM.: 10106/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

**SEGUNDA SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 24 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado DON Alexis contra Sentencia núm. 495/2018, de 24 de octubre de 2018 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid . Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación del acusado y que ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la estimación del motivo quinto de dicho recurso. Por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del primero de los indicados, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.



### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

#### Segundo.

Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Único.

- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de suprimir la responsabilidad personal subsidiaria en cuantía de un mes de privación de libertad que se decreta en la Sentencia de instancia, manteniendo todos los demás pronunciamientos de la misma.

### FALLO

Por todo lo expuesto,

#### EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos suprimir la responsabilidad personal subsidiaria en cuantía de un mes de privación de libertad que se decreta en la Sentencia de instancia, manteniendo todos los demás pronunciamientos de la misma. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet  
Susana Polo Garcia Carmen Lamela Diaz

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.