



Roj: **STS 3144/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3144**

Id Cendoj: **28079120012021100643**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2021**

Nº de Recurso: **10618/2020**

Nº de Resolución: **652/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 652/2021**

Fecha de **sentencia**: 22/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10618/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/**PENAL** MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10618/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 652/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 22 de julio de 2021.



Esta **sala** ha visto recurso de casación nº **10618/2020** interpuesto por **Alexander** representado por la procuradora D.ª Cristina María Deza García y bajo la dirección letrada de D. Jesús Ángel Lorenzo González contra **Sentencia** de Apelación dictada por la **Sala** de lo Civil y **Penal** del **Tribunal** Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de julio de 2020, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la **sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª) que le condenaba como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid, inició PAB nº 111/2020; procedente del PA 1847/19 seguido contra Alexander . Una vez concluso lo remitió a la Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó **sentencia** con fecha 27 de abril de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"De la valoración en conciencia de la prueba practicada ha resultado probado y así se declara que el acusado D. Alexander , mayor de edad, nacido en Valladolid el día NUM000 /1983, con DNI NUM001 , con antecedentes **penales**, al haber sido condenado por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete en **sentencia** de 18/02/2016 como autor responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, cumplida el 21/01/2019, sobre las 14:00 horas del día 31 de agosto de 2019, llegó a la terminal 4 **Sala** de llegadas del Aeropuerto Adolfo Suárez de Madrid-Barajas, procedente de Lima (Perú) en el vuelo de la compañía Iberia, no NUM002 , siendo interceptado por Agentes de Policía Nacional, al intervenirle una maleta tipo Trolley, de color marrón y marca "Alexander" facturada a su nombre y con código NUM003 que coincidía con el resguardo que portaba el acusado.

En dicha maleta portaba 21 prendas de vestir, todas ellas impregnadas de sustancia estupefaciente, que tras la realización del oportuno informe pericial resultó ser cocaína, con la finalidad de distribuirla a terceras personas El peso bruto y neto de todas las prendas con la sustancia impregnada ascendió a 11.303 gramos.

Diferenciando cada una de las prendas resultó la siguiente cantidad de cocaína pura transportada por el acusado:

- Prenda no 1 sudadera con un peso neto de 574,7 gramos y con una riqueza del 18,7% resultando 107,46 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 2 pantalón corto verde con un peso neto de 447,7 gramos y con una riqueza del 7,6% resultando 34,02 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 3 pantalón largo marrón con un peso neto de 576,06 gramos y con una riqueza del 18,8% resultando 109,29 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 4 camiseta gris de manga corta, con un peso neto de 327,08 gramos y con una riqueza del 16% resultando 52,33 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 5 sudadera con un peso neto de 644,39 gramos y con una riqueza del 12% resultando 77,32 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 6 camiseta azul con un peso neto de 308,52 gramos y con una riqueza del 23,7% resultando 73,11 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 7 camiseta con un peso neto de 258,96 gramos y con una riqueza del 24,1% resultando 62,40 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 8 pantalón corto con un peso neto de 447,36 gramos y con una riqueza de 13,5% resultando 60,39 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 9 pantalón chándal con un peso neto de 475,9 gramos y con una riqueza del 12,4% resultando 59,01 gramos de cocaína pura.
- Prenda nº 10 pantalón negro con un peso neto de 619,13 gramos y con una riqueza del 8% resultando 49,53 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 11 pantalón de pana con un peso neto de 678,37 gramos y con una riqueza del 18,8% resultando 127,53 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 12 pantalones de pana con un peso neto de 672,44. gramos y con una riqueza del 10,0% resultando 67,24 gramos de cocaína pura.



- Prenda no 13 camisa con un peso neto de 582,74 gramos y con una riqueza de 15,1 % resultando 87,99 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 14 camisa con un peso neto de 509,46 gramos y con una riqueza del 11% resultando 56,04 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 15 pantalón de pijama con un peso neto de 535,31 gramos y con una riqueza de 16,3% resultando 87,25 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 16 chaqueta de pijama con un peso neto de 750,39 gramos y con una riqueza del 14,0% resultando 105,05 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 17 camiseta con un peso neto de 303,66 gramos y con una riqueza del 26,1% resultando 79,25 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 18 polo con un peso neto de 43 1,3 gramos y con una riqueza del 18,5% resultando 79,79 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 19 polo gris con un peso neto de 462,38 gramos y con una riqueza del 23,2% resultando 107,27 gramos de cocaína pura.
- Prenda no 20 polo gris con un peso neto de 353,1 gramos y con una riqueza del 22,7% resultando 80,15 gramos de cocaína pura y
- Prenda no 21 toalla con un peso neto de 1.257,83 gramos y con una riqueza del 16,3% resultando 205,2 gramos de cocaína pura.

La cantidad total intervenida asciende a 1.766,42 gramos de cocaína pura que hubiera alcanzado en el mercado un valor de 88.324,30 € en la venta al por mayor y un valor de 230.725,12 € en la venta al por menor.

El acusado se encuentra privado de libertad por esta causa, desde el mismo día de los hechos, 31 de agosto de 2019 y en situación de prisión provisional desde el día 2 de septiembre de 2019 por Auto del Juzgado de Instrucción 20 de Madrid".

**SEGUNDO.**- La parte dispositiva de la **sentencia** establece:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Alexander como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de los artículos 368.1º y 369.1.5º Código **Penal**, antes definido, con concurrencia de la agravante de reincidencia del artículo 22.8º CP, a las penas de SIETE AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €), Y AL PAGO DE LAS COSTAS DE ESTE PROCEDIMIENTO.

SE ACUERDA el decomiso y destrucción de la droga intervenida al acusado.

En su caso, para el cumplimiento de la pena de prisión abónese todo el tiempo que el acusado ha estado privado de libertad.

Notifíquese esta **sentencia** a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de Apelación ante el **Tribunal** Superior de Justicia de Madrid en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde la última notificación".

**TERCERO.**- Notificada la **Sentencia** a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Alexander , remitiéndose las actuaciones a la **Sala** de lo Civil y **Penal** del **Tribunal** Superior de Justicia de Madrid, que dictó **Sentencia**, con fecha 15 de julio de 2020 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos desestimar como desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Alexander contra la **sentencia** dictada con fecha 27 de abril de 2.020, por la Sección 29a de la Audiencia Provincial de Madrid, debiendo CONFIRMAR como CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE la misma.

Todo ello, declarándose de oficio las costas devengadas como consecuencia del presente recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la **Sala** Segunda del **Tribunal Supremo**, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta **sentencia**".

**CUARTO.**- Notificada la **Sentencia** a las partes, se preparó por el condenado recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Alexander .

**Motivo primero.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 24 CE y arts 5.4 y 238 LOPJ y art.19 del Real Decreto-Ley 16/2020 de medidas organizativas y procesales para hacer frente al COVID-19, por vulneración del derecho de defensa, y de las garantías procesales de inmediación, igualdad, contradicción, tutela judicial, audiencia y legalidad. **Motivo segundo.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.2 LECrim. **Motivo tercero.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.2 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 24.2 CE en relación con el art. 229.3 LOPJ. **Motivo cuarto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la valoración de la prueba. **Motivo quinto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 y 2 LECrim. por aplicación indebida de los arts 368.1º, 369.1º.5º y 377 CP en relación con el art. 5.4 LOPJ y el art. 24 CE (presunción de inocencia y tutela judicial efectiva).

**QUINTO.**- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y, subsidiariamente desestimación. La **Sala** lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 14 de julio de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Los motivos primero y segundo deben ser abordados conjuntamente. La temática es común, aunque el ropaje casacional sea diferente (852 y 850.2º LECrim, respectivamente). Se protesta por la celebración del juicio oral sin la presencia física del acusado, que se mantuvo conectado de forma exclusivamente telemática (vídeo conferencia) desde el inicio hasta el final de las dos sesiones en que se desarrolló el juicio oral por decisión expresa y previa de la **Sala**, impugnada infructuosamente y luego protestada ( art. 884.5º LECrim).

El acusado, en prisión, reclamó ser conducido al **Tribunal** mostrándose disconforme con la celebración mediante esa fórmula subrogada de la asistencia personal. La **Sala** no accedió a la petición. Consideró que concurrían razones de peso que justificaban esa modalidad de presencia habilitada legalmente por el art. 731 bis LECrim. La situación de pandemia que se atravesaba en aquellos momentos, combinada con la especial vulnerabilidad de un recinto cerrado como es un establecimiento penitenciario, así como la situación de prisión preventiva que reclamaba agilidad en la celebración del juicio ( art. 528.3 LECrim) se aunaban para aconsejar esa medida que, además, se articuló facilitando el derecho defensa de la forma más amplia posible: se indicó expresamente que ante cualquier incidencia que pudiese dificultar el derecho de defensa, se hiciese la oportuna observación para subsanarla. Asimismo, se permitió una comunicación privada y confidencial amplia por ese medio entre letrado y defendido.

Las razones que se aducen en contra de ese acuerdo no son acogibles:

**a)** Se invoca una jurisprudencia ( STS 678/2005, de 16 de mayo) que está alterada, no solo por la doctrina posterior de esta **Sala**, sino singularmente por una reforma legal (art. 731 bis).

El art. 731 bis LECrim, en su redacción vigente proveniente de una reforma legal posterior a la **sentencia** que se acaba de citar, dispone: "El **Tribunal**, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento **penal** como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, ... podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". La STS 161/2015, de 17 de marzo, incidentalmente, apunta la posibilidad legal del juicio con presencia solo virtual (pero, en todo caso, presencia) del acusado, aunque incluye una advertencia que sirve de apostilla: " ...parece evidente que el sacrificio de la comunicación directa de aquél con su Abogado puede encerrar, como regla general, una inevitable erosión del derecho de defensa. De ahí que, pese a la mención específica que el art. 731 bis LECr hace al imputado entre aquellos cuyo testimonio puede ser ofrecido mediante videoconferencia, es lógica la exigencia de fundadas razones de excepcionalidad que, mediante el adecuado juicio de proporcionalidad, respalden la decisión de impedir el contacto visualmente directo del órgano de enjuiciamiento con el imputado". Se subraya la excepcionalidad (excepcional ha sido casi todo lo que ha rodeado a la pandemia); pero se afirma que es legalmente factible la celebración de un juicio oral con presencia solo telemática del acusado.



b) En el extremo opuesto (antes era jurisprudencia caducada; ahora normativa futura) se invoca una legislación no vigente en el momento de los hechos. El Real Decreto Ley 16/2020 aducido fue publicado unos días después del juicio (entró en vigor el 30 de abril); y la Ley que lo sustituyó, varios meses después.

En materia procesal impera la regla *tempus regit actum*. El juicio se ajustó a la legalidad vigente en el momento de su celebración. No puede traerse a colación un principio de retroactividad en lo favorable que solo alcanza a las normas sustantivas; no a las procesales. Estas solo gozan de eficacia retroactiva cuando se les atribuye expresamente. Normalmente, además, esa eventual retroactividad, de ser establecida por la ley, no supondrá la nulidad como ahora se pretende. Un acto procesal acomodado a la legalidad vigente de forma escrupulosa podría ser privado de eficacia por leyes posteriores; pero no será nulo.

No cabe declarar nulo un juicio ni en virtud de una doctrina jurisprudencial anterior superada; ni en virtud de una legalidad posterior. Hay que comprobar únicamente si la legalidad vigente en el momento lo permitía y si la decisión se ajustó a esa legalidad de forma estricta.

No puede decirse ni que esa previsión legal (art. 731 bis) sea inconstitucional; ni que la **Sala** no se atuviese a los estándares de necesidad y proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia nacional e internacional; ni que se provocase indefensión alguna. Ni siquiera ahora en casación el recurrente indica en qué medida se afectó a su derecho de defensa. Razona en genérico sin hacer esfuerzo alguno por señalar la más mínima fisura en sus posibilidades de defensa que pudiese ser consecuencia de la fórmula presencial que denuncia (vid. STC 130/2002, de 3 de junio).

Las referencias a la *presencia* en la normativa supranacional que se invoca, según una lógica interpretación contextual, abarca ambas modalidades presenciales: la física, o la telemática. En ninguno de esos dos casos es correcto hablar de ausencia del acusado. Está presente.

La diferencia de trato con acusados en libertad (otro de los argumentos blandidos en el recurso) está justificada; amén de que también en ese caso cabía decretar la misma forma de celebración y que, de cualquier forma, no puede tildarse de discriminatorio que haya acusados en libertad y otros en prisión (cuando concurren los requisitos para esta medida cautelar).

El hoy derogado Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de *medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia* promovió en los Juzgados y **Tribunales**, de forma potestativa y siempre que contasen con los medios técnicos para ello, la realización de actos procesales por vía telemática: juicios, comparecencias, declaraciones. Se consignaba una excepción en el orden jurisdiccional **penal**: los juicios por delito grave, en que se hacía indispensable la presencia física del acusado. Pero esta norma empezó a regir después (30 de abril de 2020). Carece de eficacia retroactiva.

Más tarde llegaría la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. Su origen es el citado RDL. Su art. 14 mantiene y amplía matizadamente esa excepción (petición de pena superior a dos años); y añade otra (cuando se requiera a petición propia o de la defensa su presencia física en la audiencia prevista en el art. 505 LECrim):

"También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurren causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan. Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado".

Ni una ni otra norma son retroactivamente aplicables.

La doctrina del TEDH apunta inequívocamente a la necesidad de concurrencia de la persona acusada en el acto del juicio como fórmula predominante y preferible. Refuerza esa metodología las garantías del derecho a que la causa sea oída equitativamente. Al mismo tiempo permite verificar las afirmaciones del acusado y compararlas con las de los testigos que declaran en su contra. Aunque no esté mencionada expresamente, el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, da por supuesta esa presencia física en la vista. De hecho, los subapartados c), d) y e) del párrafo 3 garantizan el derecho a defenderse personalmente, a interrogar o hacer interrogar a los testigos y a la asistencia de intérprete, en su caso. Es difícil, aunque no imposible, materializar tales derechos sin la concurrencia del acusado ( STEDH de 5 de octubre de 2006).

Ahora bien, el derecho a estar presente en el juicio no implica siempre y en todo caso presencia física en la **Sala** de vistas. La legislación vigente admite la presencia virtual para casos de penas inferiores a dos años. Y la norma inmediatamente precedente la permitía para todos los delitos no graves. Constitucionalmente no existe un nivel penológico a partir del cual estaría vedada esa modalidad presencial. Eso es una previsión que puede fijar el legislador para el futuro. Es su decisión.





Cuando concurren razones excepcionales que lo justifiquen, la intervención a distancia (v.gr. videoconferencia) será compatible con las exigencias del proceso justo si se acuerda en aras de salvaguardar un interés público relevante justificado y queda garantizada, la participación efectiva de la persona en el juicio.

Ese interés público relevante, en el supuesto analizado, está fuera de toda duda en atención a las circunstancias concurrentes con motivo de la crisis sanitaria.

Las prevenciones que adoptó la **Sala** garantizaron sobradamente la participación del acusado en el juicio en que resultaría condenado. Los estándares extraíbles de la STEDH 5 de octubre de 2006 (caso *Marcello Viola c. Italia*) para los supuestos de celebración con comunicación a través de videoconferencia, han sido íntegramente respetados.

La decisión de permitir el enjuiciamiento con la presencia virtual del acusado, a pesar de que el mismo solicitó comparecer personalmente, no solo tenía cobertura legal suficiente (art. 731 bis), sino que se adoptó mediante resolución judicial motivada tras valorarse adecuadamente: **a)** la necesidad de la medida (justificada por razones de seguridad o salubridad); **b)** su idoneidad para prevenir los riesgos que la determinaron; **c)** su naturaleza excepcional (no había medidas alternativas con igual grado de eficacia y con menor injerencia en los derechos del acusado); y **d)** su proporcionalidad atendidos los derechos que se podrían afectar y las razones que la justificaban.

Podemos suscribir el largo y documentado razonamiento del TSJ que nos disculpa de mayores disquisiciones, máxime cuando, como señala la representante del Ministerio Fiscal el recurso de casación viene a reproducir lo expuesto en el recurso de apelación, cumplidamente rebatido y contestado. Y es que, como hemos dicho, la casación no puede convertirse en una *segunda vuelta* de la apelación reproduciendo el recurso de apelación. Debe entablar un diálogo con los argumentos del TSJ que han conducido a desestimar la apelación.

"Ciertamente, por providencia de fecha 7 de abril de 2020, el órgano competente para el enjuiciamiento resolvió el señalamiento de fecha para el plenario, precisando que: "habida cuenta de la actual situación, se acuerda la celebración del juicio oral con comparecencia mediante videoconferencia del acusado, que se encuentra preso en el centro penitenciario de Soto del Real"

Dicha providencia fue recurrida en súplica (y no en queja como, por un simple error material, se consigna ahora en el recurso de apelación), recurso que fue desestimado por auto de fecha 16 de abril del mismo año en el que, en síntesis, y tras invocar el contenido del artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el 325 del mismo texto legal y el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se hacía referencia a que: "en el caso de autos concurren especiales circunstancias que hacen gravosa y/o perjudicial la comparecencia física del acusado", añadiendo el órgano jurisdiccional de primer grado que para llegar a esta conclusión: "basta una rápida lectura de las recomendaciones de la OMS ("Guía provisional de 15 de marzo de 2020", preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención) así como las medidas adoptadas por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en colaboración con. el Centro de Coordinación y Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, y la Orden INT/227/2020 de 15 de marzo del Ministerio del Interior que incluye medidas en el ámbito de instituciones penitenciarias para regular la situación especial de los Centros Penitenciarios al amparo del RD 463/20 de 14 de marzo que proclama el estado de alarma y que incluyen la suspensión de todas las comunicaciones familiares, de convivencia e íntimas, con la extensión de las comunicaciones ordinarias en locutorios separados, la prohibición de acceso a todo personal funcionario, laboral y extra penitenciario cuya labor no sea imprescindible, la suspensión con carácter general de todos los traslados intercentros y la cancelación de las salidas", destacando después la resolución referida que el riesgo sanitario que habría de comportar el traslado para la celebración del juicio, no lo era sólo, ni fundamentalmente, para los demás participantes en el mismo y para el propio acusado, sino también para el resto de los ingresados en su mismo centro penitenciario y para los propios miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que procediesen a su, en tal caso, traslado.

Más allá de las esforzadas construcciones argumentales del apelante, de naturaleza fundamentalmente semántica, acerca de que si el acusado, al tiempo de celebrarse el juicio, se encontraba en el centro penitenciario en el que se halla preso, --si estaba presente allí--, no podía estarlo también en la sede del **Tribunal** durante el juicio oral, lo cierto es que, evidentemente, de ningún modo podría sostenerse, con razón, que el juicio oral fue celebrado en su ausencia. Es obvio que el acusado se hallaba presente, aunque no físicamente, a través de un sistema de comunicación bidireccional, de audio y vídeo. Y es esta forma, ciertamente singular o excepcional, de comparecencia al acto del plenario, de presencia en el mismo, la que deberá ser aquí analizada.

Observa con razón el recurrente que al inicio de las sesiones del juicio oral, la propia Presidente del **Tribunal** interrogó al acusado acerca de si tenía algún inconveniente para la celebración del juicio en las referidas condiciones. Asegura el apelante que el acusado mostró su oposición a que el juicio se celebrara sin hallarse físicamente presente en la sede del órgano jurisdiccional. Y asegura también que aceptó la indicación de la



presidencia respecto a que si el juicio oral hubiera de suspenderse por ese motivo, sólo podría reiniciarse, acaso, en el mes de julio, debiendo permanecer entretanto el acusado en situación de prisión provisional. Igualmente, afirma quien ahora recurre que el Ministerio Fiscal expresó que no se oponía a la suspensión del juicio oral por esa causa.

En realidad, y con la importancia que quiera darse a estos extremos, el relato de la apelante no resulta especialmente exacto en este punto. Es verdad, desde luego, que la Presidente del **Tribunal** preguntó al acusado si tenía alguna objeción a que el juicio se celebrara hallándose él presente a través del sistema de videoconferencia. Y es verdad también, –conforme los miembros de este **Tribunal** hemos tenido oportunidad de observar a través del soporte audiovisual en el que se dejó constancia del desarrollo del plenario–, que Alexander expresó que no le gustaba y que tenía derecho "a defenderse ahí", refiriéndose inequívocamente a hacerlo estando físicamente presente en la sede del **Tribunal**. Fue entonces cuando la Presidente del **Tribunal** explicó al acusado que, de suspenderse el juicio por ese motivo, no podría reiniciarse hasta, tal vez, el mes de julio, a nuestro parecer con el inequívoco propósito, no de ofrecer al acusado una suerte de opción (celebrar el acto del juicio en ese momento por videoconferencia o hacerlo, meses después, con su presencia física), sino de hacerle ver que no se trataba de una situación que pudiera resolverse en un futuro inmediato y próximo. En cualquier caso, también esa alternativa suscitó, comprensiblemente, las quejas del acusado, protestando que él no tenía por qué esperar ahí tres meses más. No se trata, como parece pretenderse en el recurso, de que aceptara el mantenimiento de su situación en prisión provisional durante aquel interregno, con tal de hallarse presente físicamente cuando se celebrase el juicio.

Tampoco es exacto que la posición sostenida al respecto por el Ministerio Público fuera la de no oponerse a la suspensión solicitada. Explicó primero (bien es verdad que en el único y muy breve pasaje en el que la grabación del plenario resulta casi inaudible), que consideraba que el acto del juicio podía celebrarse empleando el sistema de videoconferencia aunque, de manera subsidiaria y para agotar todas las posibilidades, expresara, es verdad, que no se opondría a la suspensión si resultaba acordada. En cualquier caso, al tiempo de oponerse al recurso ahora de Justicia interpuesto, queda tan clara la posición al respecto del Ministerio Público que releva de mayores comentarios.

De hecho, tras este intercambio de preguntas y observaciones, la Presidente del **Tribunal**, volvió a interesar la opinión al respecto del acusado, respondiendo éste que le gustaría saber qué opinaba su abogado, tomando el mismo, con ese fin, la palabra.

Pero no es sólo esto. Omite considerar la apelante en su recurso que, después de escuchar a todas las partes y en particular al propio acusado, la Presidente del **Tribunal** explicó que, en principio, no advertía en qué podría consistir, en este caso concreto, la indefensión invocada por el letrado de la defensa, llegando, incluso, a señalar que si en el desarrollo del plenario se observaba cualquier clase de interferencia o dificultad con el ejercicio pleno del derecho a la defensa, así podría ser puesto de manifiesto por el letrado, procediendo el órgano jurisdiccional a subsanar cualquier deficiencia que a ese fin pudiera derivarse de la presencia del acusado a través del sistema de videoconferencia".

En el siguiente fundamento de derecho, entrando ya en el análisis jurídico tras esa minuciosa exposición de la incidencia y sus vicisitudes procesales, prosigue:

"Ciertamente, y aunque no como es lógico en muchas ocasiones, ha tenido nuestro **Tribunal Supremo** oportunidad de pronunciarse acerca de la validez o nulidad de los juicios celebrados hallándose el acusado presente no de forma física sino virtual o telemática en el acto del juicio. Son dos, a nuestro parecer, las ideas-fuerza que animan el criterio jurisprudencial al respecto: por un lado, destaca el **Tribunal Supremo** la singular posición que el acusado desempeña en el proceso **penal** no equivalente, tampoco a estos efectos, a la de otros intervinientes en el mismo (testigos, peritos, etc.). Y en segundo término, se pone de manifiesto también que ello no determina la radical imposibilidad de que los juicios **penales** puedan celebrarse hallándose presente el acusado a través del sistema de videoconferencia, siempre, eso sí, con el concurso de circunstancias excepcionales y a través de decisiones suficientemente motivadas y tras realizar una adecuada ponderación de los intereses en conflicto. (...)

A continuación, la **Sentencia** de apelación evoca, de un lado la STS 676/2005 ("Por ello, al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un Juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida.

Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparencias, pues es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su "ius puniendi", facilitar los medios necesarios



para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible. De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate); y, de otro, la STS 644/2008, de 10 de octubre: ("No por ello se debe descartar totalmente la celebración de juicio por videoconferencia con los acusados y así lo contempla el Convenio Europeo antes citado, cuando lo exijan razones de seguridad derivadas de la extrema peligrosidad de los acusados que hagan desaconsejable su traslado o cuando, por las circunstancias externas, las sesiones pudieran verse seriamente alteradas por concentraciones masivas de personas en los alrededores de la sede del **tribunal**. En estos casos, sí que deben motivarse las razones que se alegan para justificar esta decisión excepcional"); así como la ya aludida STS 863/2015, de 30 de diciembre.

"De este modo, -continúa razonando el **Tribunal** de apelación- la doctrina jurisprudencial referida deja sentados, a nuestro parecer, dos criterios esenciales a la hora de resolver la cuestión aquí suscitada: en primer lugar, el carácter excepcional de la presencia del acusado en el acto del juicio oral en forma telemática (siempre, naturalmente, que permita la comunicación bidireccional, en condiciones aceptables y con plenas garantías); y, en segundo término, partiendo de esa excepcionalidad, la exigencia de que tales decisiones jurisdiccionales aparezcan suficientemente motivadas a través del adecuado juicio de proporcionalidad.

Respecto al primer elemento, --1ª excepcionalidad--, no creemos que resulten indispensables aquí demasiadas consideraciones. Es sabido que una grave pandemia asola, todavía ahora, a nuestro mundo, contándose ya por decenas de millones el número de personas infectadas y por centenares de miles los fallecidos. Y es sabido también que nuestro país no ha sido, evidentemente, ajeno al azote de esta enfermedad (centenares de miles las personas infectadas y decenas de miles los compatriotas que han perdido la vida como consecuencia de la conocida como COVID-19). No se ignora tampoco que, precisamente, al tiempo de celebrarse el acto del juicio oral (20 de abril de 2020), se hallaba España, --confiemos en que así sea ya definitivamente--, en su peor momento desde el punto de vista epidemiológico. Ello determinó como también es sabido, y como recordara el auto ya referido dictado por el órgano jurisdiccional de primer grado, la más larga e intensa declaración de estado de alarma que se ha conocido en nuestro país y, en su seno, la suspensión de los traslados penitenciarios por razones sanitarias.

Objeta el recurrente que si el juicio oral pudo celebrarse, sin poner en un riesgo desmedido a cuantos en él intervinieron (magistradas, representante del Ministerio Público, el propio letrado de la defensa y los testigos que comparecieron personalmente a declarar), nada obstaría a que, también el propio acusado hubiera sido conducido a la sede del órgano jurisdiccional sin que con ello se incrementara de una manera sensible el riesgo sanitario.

Es cierto, desde luego, que el juicio oral se celebró con la presencia física de varios testigos (todos ellos agentes de policía nacional) y de los profesionales referidos en el indispensable ejercicio de la actividad jurisdiccional, precisamente, no se olvide, en atención al deber que a dichos profesionales se nos impone como correlato del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y, en este caso en particular, teniendo muy especialmente en cuenta la situación de privación provisional de libertad en la que se encontraba el propio acusado. La celebración de dicho acto en las condiciones en las que se produjo, es obvio que entrañaba algún riesgo para la salud de los asistentes, riesgo sobre el que conviene no frivolar, por más que el mismo, en atención a la finalidad y sentido que obligaba a aceptarlo, resulte asumible (y aún exigible) a quienes, desde uno u otro ángulo servimos al adecuado funcionamiento de la administración de justicia y, en fin, a la observancia de los derechos fundamentales de todos. Y verdaderamente, tiene razón quien ahora recurre cuando objeta que en poco se habría visto incrementado dicho riesgo por la sola presencia física del acusado, añadida a la de los ya concurrentes.

Sin embargo, no es esa la cuestión. Como ya viene a explicarse en el auto que desestimaba el recurso de súplica interpuesto por la defensa del acusado, la circunstancia de que el mismo se hallara en situación de prisión provisional, habría obligado, para asegurar su presencia física en el acto del juicio, a que el mismo fuera trasladado hasta la sede del **Tribunal** por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y reintegrado después al centro penitenciario. Y ello comportaba no solo un riesgo sanitario sensible para el propio Alexander, sino también para los agentes que deberían custodiarlo durante el traslado, para los demás internos que pudieran haber compartido ese mismo traslado, --al amparo de razones equivalentes y con dirección a otros juicios--, y muy especialmente para el conjunto de la población penitenciaria, tras el reingreso del acusado en el centro; población que se halla, además, en condiciones especialmente vulnerables y dificultosas también para la contención de la pandemia.

El riesgo sanitario, por tanto, que hubiera determinado la conducción personal del acusado a la sede del órgano jurisdiccional, en las circunstancias dichas, era más que significativo (al punto que determinó, como también





se explica en el auto dictado por el órgano jurisdiccional de primer grado, la generalizada suspensión de los traslados penitenciarios en dichas fechas).

Y esa concurrente excepcionalidad, a nuestro parecer inapelable, obliga a valorar, en términos de proporcionalidad, el sacrificio impuesto. En este sentido, y como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la propia Presidente del órgano jurisdiccional de primer grado, informó al acusado y a su letrado defensor que cualquier dificultad que presentara el desarrollo del juicio y que pudieran entender mermaba su derecho de defensa, podría ser puesta de manifiesto (y corregida) a lo largo del desarrollo del acto. Ninguna queja, sin embargo, se formuló a lo largo del desarrollo del acto en este sentido ni por el propio acusado ni por el Letrado de la defensa.

No hace falta añadir, además, que el acusado tuvo oportunidad de presenciar con claridad y fluidez el desarrollo de los medios probatorios practicados en el acto del juicio (como lo acredita el hecho de que, en varias oportunidades, interrumpiera las declaraciones de otros asistentes, habiendo de ser reconvenido por la Presidente del **Tribunal**) y de valorar su resultado en el ejercicio de su derecho a la última palabra.

Para concluir, por más que la recurrente se queje, en términos genéricos, de una eventual indefensión, no se concreta en el recurso en qué habría consistido esta en particular, en qué se habría visto limitado su derecho de defensa, qué alegación no pudo realizar o exponer debidamente, qué medio probatorio le habría sido vedado en su proposición o desarrollo.

Así, este **Tribunal** considera que, tras haberse observado por nosotros el desarrollo del plenario a través del soporte audiovisual en el que se dejó constancia del desarrollo del mismo, no puede concluirse que se produjera limitación relevante alguna del derecho de defensa del acusado como consecuencia de su presencia en el acto del juicio a través del sistema de videoconferencia; sistema, desde luego, excepcional, pero que aparece en este caso cumplidamente justificado en cuanto a su necesidad y acomodado, en términos de proporcionalidad, a la decisión adoptada.

Casi, en términos anecdóticos, hemos de concluir estas reflexiones con una coda final. A la finalización de la primera de las sesiones del juicio (que hubo de ser suspendido al no poderse contactar, también por vía telemática, con el Centro oficial para que depusieran las peritos que informaron acerca de la droga intervenida al acusado), e informado este cumplidamente de la decisión adoptada por la **sala** y de la fecha, en la misma semana, en la que el juicio se reanudaría, éste expresó que quería hablar con su abogado. La Presidente del **Tribunal** le aseguró que así podría hacerlo, tan pronto como los demás asistentes abandonaran la **sala**, respondiendo al acusado que sólo quería decirle, a su letrado, que fuera a visitarle esa tarde al centro penitenciario. En ese momento, expresó el letrado que esa misma tarde no podría y que, además, le parecía que su módulo (el del preso) estaba aislado, No sé, –le dijo–, si le dejaran verte. Por esta razón, se ausentaron el órgano jurisdiccional y los demás asistentes de las instalaciones, para permitir que, a través del mencionado sistema de videoconferencia, el acusado pudiera consultar con su abogado los extremos que le pareciesen conducentes".

Es tan extremadamente difícil añadir algo que suponga una aportación o enriquecimiento de las reflexiones transcritas casi íntegramente que renunciamos a intentarlo. Es lo más prudente. Basten las consideraciones vertidas el inicio de este fundamento.

### **Los motivos no pueden prosperar.**

**SEGUNDO.**- El tercer motivo de casación protesta por no haberse procedido a la identificación de las peritos de toxicología que declararon por videoconferencia ( art. 229.3 LOPJ). Es una queja vacua. Es una omisión o una irregularidad cuyo alcance no puede determinar la nulidad. Sería un sinsentido. Nadie puede razonablemente pensar que se trató de un acto fraudulento en que las comparecientes fingieron ser otras y se dedicaron a fabular sobre un informe que no habían hecho. Ninguna queja elevó la defensa ante ello (vid. art. 884.5 LECrim). Además, como precisaría el TSJ, "no es desde luego exacta la afirmación del recurrente respecto a que las peritos manifestaran que no habían sido ellas las redactoras del informe que ratificaban. Al contrario, conforme los miembros de este **Tribunal** hemos podido comprobar a través del soporte audiovisual en el que se dejó constancia del desarrollo del juicio, las peritos expresaron que una de ellas realizó la recepción y el pesaje de la sustancia y otra el análisis propiamente dicho".

Aparte de que, como apunta la representante del Ministerio Fiscal en casación, la identificación puede hacerse no solo mediante la exhibición del correspondiente documento, sino a través de otras fórmulas (y apunta algunas implícitas en la forma en que se llevaron a cabo citación y comparecencia), esa identificación es, sí, una "garantía" en el más amplio sentido de la expresión. Pero dentro de esa amplia noción cabe una graduación que el propio **Tribunal** Constitucional ha establecido al señalar insistentemente que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías no comporta la constitucionalización de todo el derecho procesal.



Hay garantías básicas, irrenunciables, estructurales, esenciales (derecho a no declarar contra sí mismo, principio de contradicción, exigencias del derecho a ser informado de la acusación que respecto de la defensa llevan todavía más lejos el principio de contradicción...). Su afectación inutiliza toda la actividad procesal contaminada.

Hay otras garantías que se mueven en un plano legal y no constitucional. Entre estas segundas el alcance de sus repercusiones es también dispar. Con unos ejemplos se explicará mejor que con un discurso lo que se quiere exponer.

La presencia del Secretario Judicial en una diligencia de entrada y registro o la presencia del letrado cuando un detenido presta el consentimiento para que se acceda a su vivienda no son exigencias constitucionales, sino legales. Aunque no sin algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia ordinaria concuerda en identificarlas como garantías esenciales.

También son garantías la necesidad de que se advierta al testigo de las penas con que está sancionado el delito de falso testimonio ( art. 433 de la LECrim.); la prestación de promesa o juramento ( art. 706 y 434 de la LECrim., aunque sociológicamente esta garantía esté tan devaluada que en algunos países se ha prescindido de ella); la incomunicación entre sí de los testigos mientras no presten su declaración (art. 704); o la preferencia del intérprete titulado sobre el que carezca de esa habilitación para actuar como traductor (arts. 441 y 711). Pues bien, su vulneración (se omitieron las advertencias legales o la prestación de promesa; un testigo estaba presente en la **sala** mientras deponían otros testigos; se acudió por comodidad a un intérprete no titulado cuando había disponibilidad de otros cualificados...) no aboca a una nulidad de las actuaciones que puedan verse afectadas por la irregularidad. Si se trata de una actividad probatoria es exigible que se evalúe en cada caso cómo ha podido afectar a la fiabilidad esa deficiencia que en todo caso ha de reprobarse. Eso es lo que ha proclamado reiteradamente esta **Sala** en relación a la previsión del art. 704. No significa que se destierren al limbo de lo intrascendente esas irregularidades procesales. Nunca es nimia o despreciable una garantía procesal. En ocasiones la constatación de la vulneración de esas reglas procesales será justamente la causa en virtud de la cual se niega la capacidad convictiva de un testimonio (el testigo de cargo al declarar había escuchado las respuestas dadas por el acusado por lo que la defensa se vio privada de estrategias de interrogatorio aptas para cuestionar su credibilidad). Pero sería no solo contrario a la norma, sino también ilógico, que de esas irregularidades normativas se diese un acrobático salto a la nulidad radical, atribuyendo efectos sustantivos (al modo de una eximente), por el camino de la presunción de inocencia (privación de valor a la actividad probatoria), a lo que es la contravención de una norma que ocupa un nivel inferior en la escala de las garantías. Hay que respetar todas las previsiones legales cualquiera que sea su alcance; y estimular, alentar y exigir su estricto cumplimiento especialmente cuando tienden a tutelar los derechos de las partes y la corrección del enjuiciamiento. Pero no es lo mismo olvidar que un testigo debe prestar juramento; que no conceder por descuido el derecho a la última palabra; omitir las advertencias previstas en el art. 416 L.E.Crim; o celebrar el juicio en ausencia sin que lo haya reclamado alguna de las acusaciones o sobrepasando la pena solicitada la duración de dos años; o practicar unas intervenciones telefónicas sin que medien unos indicios suficientes.

En ese marco es donde hay que situar las repercusiones que en el caso concreto podría anudarse a la omisión que utiliza el impugnante para construir este motivo casacional: ninguna. La podría tener si hubiese alguna alegación, precedida de la oportuna protesta y revestida de algún indicio, de que se produjo un fraude, que fue suplantada la personalidad de las funcionarias... Incluso en esos casos, probablemente, habría que esperar a depurar las responsabilidades **penales** oportunas para abrir las puertas de una revisión ( art. 954.1.a) LECrim). Pero decretar la nulidad para repetir el juicio con idénticos peritos y con una única diferencia -que exhiban su documento de identidad- es algo incomprensible desde todo punto de vista: también desde las perspectivas más garantistas (vid. STS 952/2012, de 8 de noviembre).

**TERCERO.-** El cuarto motivo, muy elaborado, juega con los pesos y purezas de la sustancia y de las prendas donde venía impregnada. Lo hace invocando al art. 849.2 LECrim para insinuar que la **Sala** se equivoca al fijar el total de droga.

El motivo está perfectamente contestado por el **Tribunal** de apelación. Otra vez la mejor refutación la obtenemos reproduciendo un fragmento de la exhaustiva argumentación de la **sentencia** que el recurso ignora, volviendo a atacar directamente la **sentencia** de instancia:

"Continuando con lo que las peritos aportaron en el acto del juicio, las mismas señalaron que esa muestra representativa de cada una de las prendas se obtuvo de tres lugares distintos, también de cada una de ellas, obteniendo después, por el procedimiento de cromografía de gases, el porcentaje de cocaína base con el que cada muestra (y, por extensión cada prenda, estaba impregnada), tal y como se describe detalladamente en su informe.



(...)

Parece pertinente, por otro lado, recordar aquí que, como expresa por ejemplo el ATS no 118/2016, de 21 de enero: <<La defensa cuestiona el procedimiento de muestreo utilizado para establecer qué cantidad de cocaína base fue incautada en el caso... , y que transportaba adosada a su cuerpo la persona interceptada en el aeropuerto... objetando, tal como anticipamos, que no se siguieran las recomendaciones de Naciones Unidas sobre el método a utilizar para analizar las sustancias estupefacientes en función del número de paquetes que conformen cada decomiso. Sin embargo, la Recomendación del Consejo de Europa de fecha 30 de marzo de 2004, aunque pautó un análisis del 50% de la sustancia intervenida, porcentaje que no se cumplimentó en el presente caso, da la posibilidad alternativa de que se siga el método de muestreo recomendado por las Naciones Unidas, con lo que la Unión Europea viene a acoger y admitir como válido este segundo método, pudiendo pues acudir el perito a cualquiera de las dos metodologías acogidas por la normativa europea>>.

En cualquier caso, merece ser destacado también que este método de "muestreo", se implementó seleccionando cada muestra de tres partes distintas de cada una de las 21 prendas. Así pues, es obvio que aunque pudiera aceptarse un cierto margen de error respecto a la concreta cantidad de cocaína base transportada, en atención al método empleado por los peritos para su análisis, tomando en cuenta la procedencia de las muestras (tomadas de tres lugares distintos de cada una de las prendas) resulta más que razonable, a nuestro juicio, considerar que en poco podría variar ese margen de error admisible de, en más o en menos, un 10%.

Así las cosas, concentra sus objeciones quien ahora recurre en la existencia de un equívoco del que, de forma correosa pero plenamente legítima, pretende obtener algún partido. Equívoco que, por otra parte, no contribuyó, precisamente a disipar la defensa del acusado con su interrogatorio a peritos y testigos.

Efectivamente, en los informes periciales que obran en las actuaciones se consigna, con relación a cada una de las 21 prendas, el peso neto de las mismas, el de las muestras obtenidas de cada una y el porcentaje de cocaína base que presentaba cada una de ellas, quedando en blanco la casilla designada para consignar el peso bruto.

Los peritos explicaron en el acto del juicio oral, hasta la saciedad, que si no consignaron peso bruto es debido a que, en este caso, a diferencia de otros más frecuentes, no se trataba de un polvo o sustancia purulenta en la que se mezclan, junto a la cocaína base, otros elementos "de corte", en cuyo caso diferencian entre el peso bruto del polvo analizado en su conjunto y el neto de cocaína base que éste presenta. Aquí, conforme repetidamente explicaron los peritos, cuando aluden, con relación a cada muestra, al peso neto están aludiendo al que presentaba la prenda y seguidamente la muestra tomada de cada una, para precisar después el porcentaje de cocaína base que hallaron en cada una de esas muestras, y que después extrapolan, como lo impone el método de muestreo utilizado, al conjunto de la prenda.

De esta manera cuando, por ejemplo, con relación a la prenda 17 que se tomó como aleatoria referencia en el acto del juicio--, se consigna 303,66, se está aludiendo al peso de la prenda (en este caso una camiseta gris) y cuando se consigna 47,99, se alude al peso de la muestra obtenida de ella; para señalar después el porcentaje de cocaína base que hallaron en el análisis (aquí 26, 10,0%), porcentaje que seguidamente extrapolan al conjunto de la prenda para determinar la cocaína total con la que estaba impregnada.

Consideramos que el equívoco procede de que, a juicio del recurrente, una vez hallada la cantidad de cocaína que correspondía a cada una de las muestras, no precisan los peritos el porcentaje o grado de pureza de la misma. Y creemos que se trata de un equívoco porque, como los peritos explicaron cumplidamente en el juicio, en este caso, al hallarse la cocaína impregnada en prendas de ropa y no mezclada con otras sustancias, en realidad lo que hallaron en su análisis y consignaron en su informe es la cocaína base (cocaína pura) que se presentaba en cada muestra.

Así pues, es claro que el peso total de las 21 prendas intervenidas en la maleta que portaba el acusado, tal y como se consigna en el relato de hechos probados, era de 11.303 gramos y, a partir de aquí, se procedió en el informe, con relación a cada una de las muestras, a consignar el peso de las mismas, diferenciando entre el decomiso (la totalidad de la prenda) y el que correspondía a la muestra, señalando después el porcentaje de cocaína base hallado en la muestra en la forma en que puntualmente se describe en el factum de la resolución impugnada, lo que arroja un resultado final, obtenido por este método de "muestreo" de 1766,42 gramos de cocaína pura, notoriamente superior, sea cual fuere el porcentaje de error en la prueba que pudiéramos aceptar, a los 750 gramos fijados por la jurisprudencia para proceder a la aplicación del subtipo agravado que contempla el artículo 368.1. 5º del Código Penal.



Frente a dicho informe pericial, se limita quien ahora recurre a oponer que al acusado le pareció que la droga que le habían facilitado para transportar era de mala calidad porque la que le entregaron a él para su consumo no producía, tras ingerirla, los efectos que ordinariamente se asocian a la cocaína.

Es notorio, en primer término, que no existe más prueba de que la cocaína le fuera facilitada al acusado por terceras personas con el encargo de transportarla a España, que las propias manifestaciones de éste. Como no existe ninguna otra prueba de que dicho pretendido encargo lo fuera a cambio de "algo de dinero" (sin que el acusado explique siquiera cuánto) y cocaína suficiente para pasar un día en Perú y para el viaje. En cualquier caso, aunque esto se aceptara, a los meros efectos dialécticos, y aunque asumiéramos también que al acusado el consumo de cocaína no le quitó el sueño durante el viaje, --10 que, una vez más, solo él afirma--, lo cierto es que, indudablemente, la cocaína que, en tal hipótesis, le hubiera sido entregada se encontraría en disposición de ser inmediatamente consumida durante el viaje y no impregnada en prendas de ropa. Se trataría, en esa hipótesis incluso, de cocaína, acaso mezclada con otras sustancias, dispuesta para su inmediato consumo; y no, como la transportada por el acusado, de cocaína base impregnada en las tan referidas 21 prendas que transportaba en su maleta.

Por lo que respecta a las quejas expresadas por el recurrente con relación a la valoración económica de la droga intervenida, es claro, conforme también expresaron en el acto del juicio oral los redactores de dicho informe, que los mismos se limitaron, partiendo de los precios atribuidos al kilogramo y a la dosis de cocaína publicados por organismos oficiales, y tomando como referencia la cantidad de cocaína que, de acuerdo con el informe pericial cualitativo les fue facilitada, a practicar una simple operación aritmética, sirviéndose de una hoja de cálculo, para concretar el importe que dicha sustancia pudiera haber alcanzado en el mercado ilícito tanto si hubiera sido vendida al por mayor (por kilos) como al por menor (por dosis).

Así pues, hemos de concluir que se ha practicado prueba de cargo bastante para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia que asiste al acusado, obtenida lícitamente y desarrollada sin ninguna clase de objeción apreciable, habiéndose expuesto en la resolución impugnada las razones, objetivamente atendibles, que forjaron las convicciones alcanzadas por el órgano jurisdiccional de primer grado.

Podemos comprender sin dificultad que la parte ahora recurrente, desde la natural posición de parcialidad que ocupa en el proceso **penal**, venga a sostener, de modo paralelo, una valoración distinta, discrepado con la realizada por el órgano jurisdiccional de primer grado. Más ninguno de sus razonamientos viene a poner, a nuestro juicio, en evidencia, la existencia de ninguna clase de error en la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial, siendo necesario, en consecuencia, desestimar también este motivo de impugnación".

El art. 849.2 LECrim puede basarse ciertamente en prueba pericial según una conocida doctrina jurisprudencia que a estos efectos y con ciertas condiciones le asimila a la documental; pero no en una prueba pericial artificiosamente mutilada. La pericial viene constituida tanto por el informe escrito como por su aclaración y explicación oral. No puede un motivo ex art. 849.2 apoyarse en aquél, silenciando las explicaciones dadas por quienes lo elaboraron. Y, puestos a interpretar esos informes escritos, es obvio que resulta más atendible, por razones obvias, el entendimiento que ofrecen quienes lo elaboraron de lo consignado, que el que quiere extraer quien es parte interesada y, además, no ha intervenido en su confección.

#### **El motivo decae.**

**CUARTO.-** El motivo quinto y último es vicario del anterior. Desestimado éste, este pierde su apoyo pues se basaba en traducir al derecho **penal** sustantivo las consecuencias que quería extraer de esa supuesta equivocación en la interpretación de los informes sobre la sustancia.

**QUINTO.-** La desestimación del recurso ha de llevar a la condena en costas ( art. 901 LECrim).

## **FALLO**

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

**1.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por **Alexander** contra **Sentencia** de Apelación dictada por la **Sala** de lo Civil y **Penal** del **Tribunal** Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de julio de 2020, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la **sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª) que le condenaba como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública.

**2.- Imponer a Alexander el pago de las costas** ocasionadas en este recurso.



Comuníquese esta resolución a la **Sala** de lo Civil y **Penal** del **Tribunal** Superior de Justicia de Madrid, así como a la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ