



Roj: **STS 1901/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1901**

Id Cendoj: **28079120012013100306**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2013**

Nº de Recurso: **1626/2012**

Nº de Resolución: **313/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil trece.

En el recurso de casación que ante Nos pende, interpuesto por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma por **Feliciano**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha veinticinco de mayo de 2012, en causa seguida al mismo por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representado dicho recurrente por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen Catalina Rey Villaverde.

## I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N<sup>o</sup> 3 de Las Palmas de Gran Canaria instruyó Procedimiento Abreviado con el N<sup>o</sup> 129/2010 y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que con fecha 25 de mayo de 2012, dictó Sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "Único: Sobre las 00:20 horas del día 15/4/2010, el acusado D. Gines, mayor de edad y con NIE n<sup>o</sup> NUM000, nacido el NUM001 /1982, natural de Liberia y vecino de esta capital, se encontraba en el Bar "Ca Máximo", sito en la calle Bernardo de la Torre n<sup>o</sup> 63 de esta ciudad, cuando se acercó al lugar un individuo posteriormente identificado como D. Rogelio y le hizo una seña, saliendo el acusado del local y dirigiéndose donde estaba el recién llegado y tras una breve charla, aquél le entregó un envoltorio y éste le entregó a cambio 16 euros.

Tras el intercambio relatado, D. Rogelio abandonó la zona, siendo interceptado por efectivos de la Policía Local de Las Palmas en la calle Luis Morote, a la altura del n<sup>o</sup> 27, siendo ocupados en su poder un envoltorio plástico de color blanco termosellado que portaba en la mano de color verde, que contenía una piedra sólida de color blanco, que convenientemente analizada resultó ser cocaína con un peso neto de 0,26 gramos de peso neto de cocaína, con una riqueza media del 23'40%.

El valor de la droga aprehendida en el mercado ilícito es de unos (sic) euros.

No consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia.

En poder del acusado fueron intervenidos 1426 euros, que procedían de su actividad ilícita.

El acusado ha permanecido privado de libertad por esta causa desde el 15/4/2010 hasta el día 16/4/2010 y el día 22/10/2011".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: "Que debemos condenar y condenamos a Feliciano, como autor criminalmente responsable de un delito ya definido contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud,



con la aplicación del subtipo atenuado del artículo 368.2º del Código Penal , con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de dos años y ocho meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de duración de su condena, y a la pena de multa de 40 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de 15 (sic) de privación de libertad.

Así como al pago de las costas procesales.

Se decreta el comiso de la droga intervenida que deberá ser destruida, si no lo hubiera sido ya; y, el comiso de los 1426 euros intervenidos al acusado.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le imponemos, se ha de abonar todo el tiempo que ha estado privado de ella por esta causa, desde el 15/2010 hasta el 16/2010 (sic) y el 22/10/2011.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de cinco días.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales".

TERCERO .- Notificada dicha sentencia a las partes se preparó contra la misma por la representación del recurrente, recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma 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.

CUARTO .- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución Española . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal . TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida de la circunstancia agravante de reincidencia, art. 22.8 del Código Penal , de modo subsidiario, por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851 de la L.E.Crim ., por contradicción entre los hechos probados con el fallo.

QUINTO .- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista, y lo impugnó por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO .- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 9 de abril pasado.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas con fecha 25 de mayo de 2012 , condena al recurrente Feliciano como autor de un delito contra la salud pública a la pena de dos años y ocho meses de prisión. Frente a ella se alza el presente recurso fundamentado en tres motivos, el primero por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, y los otros dos por infracción de ley.

**SEGUNDO** .- Con carácter previo pone de relieve el Fiscal dos supuestos errores materiales de la sentencia de instancia, la identificación del condenado con un nombre erróneo ( Gines ) en el relato fáctico y la expresión en los hechos probados de que el acusado carece de antecedentes penales.

Por lo que se refiere al primero su condición de error material manifiesto es evidente, pues el nombre del acusado es Feliciano , persona perfectamente identificada contra la que se dirige la causa, contra la que se formula la acusación y que es quien se ha constituido en esta instancia como recurrente. Dado que, conforme al art 267 3º de la LOPJ , los errores materiales **manifiestos** en que incurran las resoluciones judiciales **podrán ser rectificadas en cualquier momento** , y que la defensa asume que se trata de un simple error, procede darlo por rectificado haciendo constar en el relato fáctico de la segunda sentencia que el nombre del acusado es Feliciano , tal y como figura en el encabezamiento y en el fallo de la sentencia recurrida, y también en su propio escrito de recurso.

Por lo que se refiere a la expresión en el relato fáctico de que no constan antecedentes penales del acusado a efectos de reincidencia, no puede ser calificada de la misma forma como error manifiesto, pues constituye una declaración del Tribunal como hecho probado que tiene una indudable repercusión a los efectos del fallo, y que adquiere especial relevancia en la resolución del recurso, pues uno de los motivos del recurso casacional interpuesto por la representación del condenado recurrente, por infracción de ley, impugna precisamente la concurrencia de la agravante de reincidencia, para lo que resulta determinante el contenido exacto del relato fáctico, que debe ser respetado en un motivo de recurso formulado por este cauce.



Si el Ministerio Público consideraba que ese apartado del relato fáctico, de especial importancia para el fallo, respondía a un error material, debió acudir al procedimiento ordinario prevenido para la corrección de errores, y conforme al apartado segundo del artículo 267 de la LOPJ, solicitar la corrección al propio Tribunal sentenciador, dentro de los dos días hábiles siguientes a la publicación de la resolución. Transcurrido dicho plazo, no es este el momento procesal, ni el órgano jurisdiccional, ni el trámite adecuado, para corregir supuestos errores fácticos de la sentencia impugnada en perjuicio del reo, salvo por la vía del 849 2º Lecrim.

**TERCERO**.- El primer motivo de recurso, como se ha expresado, alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución por inexistencia de prueba de cargo. Expone la parte recurrente que el Tribunal sentenciador se apoya en una prueba indiciaria insuficiente y que el supuesto comprador de la droga no ha declarado en el juicio y tampoco reconoció en las actuaciones que hubiese adquirido la droga al recurrente.

Como señala nuestra doctrina jurisprudencial, cuando se invoca la infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia, porque solo a este órgano jurisdiccional le corresponde esa función valorativa (SSTS núm. 508/2007 y núm. 609/2007, entre otras muchas). No obstante, es revisable en casación la estructura racional de la valoración probatoria realizada en la sentencia, consistente en la observancia de las reglas de la lógica, los principios de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal de instancia (STS 512/2008 de 17 de julio, 508/2007 de 13 de junio, o las número 888/2006 y 898/2006, entre otras muchas).

En aplicación de la referida doctrina jurisprudencial procede comprobar la racionalidad de las pruebas e indicios que llevaron a sostener una sentencia condenatoria por parte del Tribunal "a quo".

Éste ha considerado como principales pruebas e indicios incriminatorios, tal y como se recoge en la sentencia impugnada, los siguientes:

- 1) La declaración testifical de los agentes NUM002 y NUM003 que depusieron en el juicio y dijeron haber visto como el comprador se acercó al acusado y se produjo el intercambio de droga por dinero.
- 2) El testimonio de los agentes con número de acreditación NUM004 y NUM005, que intervinieron en la interceptación del comprador, partiendo de los datos facilitados por sus compañeros.
- 3) La declaración del agente NUM006, que intervino en el cacheo del acusado.
- 4) El análisis pericial toxicológico que identifica la droga ocupada como cocaína, con un peso de 0,26 gramos y una pureza del 23,4%.

A partir de estos elementos probatorios la Sala sentenciadora razona que siendo coherentes, consistentes, lógicas y razonables las declaraciones de los agentes, coincidiendo en lo esencial y en lo periférico y habiendo sido intervenidos tanto la sustancia estupefaciente como el dinero pagado por ella, considera dichos testimonios como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado.

**CUARTO**.- A la vista de este conjunto probatorio, relacionado en la sentencia, es fácil concluir que no se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica o las máximas de experiencia para afirmar que el recurrente participó en una operación de venta de una papelina de cocaína.

El hecho de que el comprador de la sustancia no haya identificado al vendedor y no haya comparecido en el juicio no desvirtúa el resto de la prueba de cargo, constitucionalmente obtenida y legalmente practicada, pues constituye una norma de experiencia que los compradores de droga no suelen identificar a los vendedores, tanto para asegurar futuras adquisiciones como para evitar eventuales represalias.

Pero en el caso actual el Tribunal sentenciador ha dispuesto de una prueba directa, no indiciaria, al haber declarado en el juicio los propios agentes policiales que presenciaron directamente la operación de venta, los que detuvieron al comprador y el que detuvo y cacheó al vendedor, por lo que la concurrencia de prueba de cargo suficiente y hábil es manifiesta.

Por todo lo cual, procede la desestimación del motivo.

**QUINTO**.- En el segundo motivo de recurso, el recurrente alega, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley por aplicación indebida del artículo 368 del Código Penal.

La parte recurrente sostiene que la droga intervenida en el presente caso, reducida a su pureza, no supera el límite que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido para la dosis mínima psicoactiva en la cocaína. Por ello el recurrente estima que no puede apreciarse un riesgo para el bien jurídico protegido, dada la escasa cantidad



de droga intervenida. Para el supuesto de desestimación interesa que se aplique una atenuante analógica de menor gravedad del injusto.

En el cauce casacional utilizado es necesario partir de manera inexcusable del más absoluto y riguroso respeto de los hechos declarados probados, sin omitir los que aparecen en el relato histórico, ni incorporar otros que no se encuentran en él ( STS 4710/2010, de 15 de septiembre , entre otras muchas).

Conforme al relato de hechos probados, el acusado fue interceptado por efectivos de la policía local de Las Palmas tras entregar a un tercero un envoltorio de plástico, que contenía en su interior 0,26 gramos de cocaína con riqueza de 23,40 %, a cambio de 16 euros.

Aplicando la correspondiente regla aritmética, se comprueba que la droga intervenida sería equivalente a 0,06084 gramos de cocaína, cantidad que supera el límite de 0,05 g. que la jurisprudencia reiterada de esta Sala estima que constituye la dosis mínima psicoactiva para la cocaína.

Por otra parte la solicitud de una atenuante analógica de menor entidad del injusto carece de fundamento, pues precisamente por esa menor entidad del hecho ya se ha aplicado por el Tribunal sentenciador el subtipo atenuado del art 368 2º. CP , sin perjuicio de que dicha menor entidad pueda tomarse en consideración en la individualización de la pena, y debiendo tomarse también en cuenta que al recurrente se le ocupó en su poder una respetable cantidad de dinero (1.426 euros) que el Tribunal sentenciador estima que procedían de su ilícita actividad.

Por todo ello se desestima el motivo.

**SEXTO** .- En el tercer motivo de recurso, el recurrente alega, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , infracción de ley por aplicación indebida del artículo 22 8º del Código Penal . Considera el recurrente que se ha aplicado la agravante de reincidencia cuando el hecho probado declara que no consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia. Considera que el respeto y la intangibilidad de los hechos probados imponen que el motivo prospere.

La jurisprudencia es clara al establecer que los elementos fácticos que sustentan la aplicación de una agravante de reincidencia deben constar en el factum, y si no constan esos datos no puede constatarse si, aun cuando hubiese alguna sentencia condenatoria, la pena podría estar cancelada o rehabilitada.

El motivo debe ser estimado.

La doctrina de esta Sala en lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia parte del dato legislativo de que el art. 22.8 CP después de definir la reincidencia, establece que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo.

Por ello es necesario ( SSTS núm. 435/2009 de 27 de abril , núm. 814/2009 de 22 de julio y núm. 406/2010 de 11 de mayo , entre otras).

1º) Que las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega estén tan acreditadas como el hecho delictivo mismo.

2) Que en los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación.

3) Que en la sentencia de instancia consten todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 Lecrim pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede emplearse cuando perjudique directa o indirecta al reo ( STS. 1175/2009 de 16 de noviembre , que recuerda que esta Sala, en algunas ocasiones, ha llamado la atención acerca de la imposibilidad de acudir a la causa para extraer de la misma datos que perjudican al acusado y que no hayan sido declarados expresamente probados).

4) Que para apreciar la reincidencia consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.



5) Que si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición, expresando la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6) Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación ( art. 136 CP .) deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia (doctrina resumida en la reciente STS núm. 4/2013, de 22 de enero ).

**SÉPTIMO** .- En el caso actual no constan en el "factum" los referidos requisitos, por lo que no puede aplicarse la agravante de reincidencia.

Es más, en el relato fáctico se declara expresamente que no consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia. Estima el Ministerio Fiscal que se trata de un error material como se deduce del fundamento jurídico quinto de la sentencia, que se refiere a una condena firme de 9 de diciembre de 2004 , y que el propio acusado reconoció que tenía antecedentes en su declaración ante el Juzgado obrante en las actuaciones, pero lo cierto es que, si se trataba de un error material, debió solicitarse su subsanación en tiempo y forma ante el Tribunal sentenciador, siendo necesario en este trámite respetar los hechos probados, y en cualquier caso no constan en el relato factico los datos mínimos para la aplicación de la agravante, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expresada.

Aun cuando se aceptase la existencia de la condena a la que se refiere la fundamentación jurídica, no constan en el factum los elementos fácticos imprescindibles para poder constatar si los antecedentes son computables, pues no consta si están cancelados o hubieran podido estarlo ( art. 22.8 CP ).

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso dictando segunda sentencia en la que se excluya la aplicación de la agravante de reincidencia, con declaración de las costas de oficio.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma por **Feliciano** , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha veinticinco de mayo de 2012 , en causa seguida al mismo por delito contra la salud pública ; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil trece.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria y seguido ante la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Primera, con el nº 317/2011 por delito contra la salud pública contra Feliciano , con NIE nº NUM000 , nacido el NUM001 /1982, natural de Liberia y vecino de Las Palmas, cuya solvencia no consta; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día dela fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO** .- Se dan por reproducidos los antecedentes fácticos de la sentencia de instancia, corrigiendo el error material sobre el nombre del acusado que es Feliciano .

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO** .- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional procede condenar al recurrente como autor responsable de un delito contra la salud pública del artículo 368. 2º del Código Penal , sin la concurrencia



de la agravante de reincidencia, a la pena mínima de UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN, cuantificando la pena de multa en 10 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de cinco días en caso de impago.

### III. FALLO

Que procede condenar y condenamos a Feliciano como autor responsable de un delito contra la salud pública del art. 368.2º del Código Penal, en relación con sustancias que causan grave daño a la salud en un supuesto de escasa entidad, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y multa de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de cinco días en caso de impago.

Dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.