



Roj: **STS 5625/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5625**

Id Cendoj: **28079120012015100840**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2015**

Nº de Recurso: **1314/2015**

Nº de Resolución: **832/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 211/2015,**  
**STS 5625/2015**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil quince.

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

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Lugo incoó Procedimiento Abreviado con el nº 21 de 2014 contra Carlos Manuel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Segunda, que con fecha 19 de marzo de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: *Probado y así se declara que sobre las 4 horas del día 10 de marzo de 2013, el acusado, Carlos Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue sorprendido en la Calle Catedral de esta ciudad, por agentes de la Policía Nacional, cuando hacía entrega a Cayetano de una papelina que contenía 0,771 gr. de una sustancia que analizada resultó ser cocaína, con una pureza del 11,4%, observando los agentes cómo entregaba un billete doblado de 20 €. Tras observar la transacción los agentes siguieron al comprador y le interceptaron la sustancia todavía en la mano, acudiendo nuevamente al lugar en el que se encontraba el imputado, donde pudieron observar como contactaba con otro joven a quien le hacía la señal de que entrase en un pub, momento en el cual los agentes procedieron a detenerle, pero antes de que pudiesen cachearle, el imputado tragó el envoltorio que llevaba en la mano, ocupándosele dos teléfonos móviles y una tarjeta SIM, así como 105 € procedentes de la venta ilícita de sustancias. El precio de la sustancia intervenida alcanzaría en el mercado ilícito la cantidad de 19,42 €. La cocaína es una sustancia estupefaciente incluida en la Lista I de la convención única de 1961 y es una droga que causa daño a la salud.*

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: *Que debemos de condenar y condenamos a Carlos Manuel, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años*



*de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 50 € con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 5 días, y el abono de las costas procesales. Procede el comiso y destrucción de la droga así como el comiso del dinero y móviles intervenidos.*

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

4.- El recurso interpuesto pro la representación del acusado **Carlos Manuel**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Se formula al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su art. 24.2, en relación con el art. 53.1 del propio Texto Constitucional; Segundo.- Por infracción de ley, fundado en el nº 1 art. 849 L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 368 C. Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión del mismo, impugnándolo subsidiariamente y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de diciembre de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primero de los motivos que articula el recurrente lo ampara en el art. 5.4 L.O.P.J., por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 C.E.).

1. Considera que la valoración de la prueba es objetable desde la perspectiva de la necesaria racionalidad y congruencia. El acusado aduce que la droga incautada (una sola papelina) la adquirió el comprador en un pub de Lugo ("Riverdel").

La papelina poseía escasa cantidad de sustancia tóxica (0,77 gramos de cocaína) con una pureza de 11,49%. La percepción de la venta, -según el impugnante- fue una ilusoria apreciación de los agentes. También parece que interpretaron que el contacto con otro joven tenía por objeto proceder a una nueva venta, creyendo falsamente que se tragó la papelina al advertir la presencia de los agentes.

El testimonio de Cayetano y el de su hermano excluyen cualquier actividad de venta de drogas.

2. Las alegaciones exculpatórias no pueden enervar el testimonio contundente de los dos agentes que observan con absoluta claridad el intercambio de una papelina por un billete de 20 euros. Igualmente comprueban con posterioridad el contacto con otro joven advirtiendo que se metía otra papelina en la boca, tragándola. Consiguientemente el Tribunal sobre esa base probatoria no atribuye garantías de fiabilidad al testimonio del adquirente, que siempre niega la adquisición como nos enseña la práctica diaria del foro, ya que ello le traería consecuencias graves, como represalias o negativa a venderle droga en lo sucesivo, por el riesgo de dilación. Tampoco el testimonio de su hermano, por el parentesco, ofrecía, con razón, garantías de veracidad al Tribunal.

En suma la Audiencia contó como pruebas de cargo:

- 1) Testimonio firme y consistente de los dos agentes.
- 2) La posesión de 105 euros en su poder, atribuido a otras ventas.
- 3) La intervención de la papelina al adquirente, Cayetano.
- 4) La tenencia de dos móviles, circunstancia injustificada y usualmente repetida como instrumento para las ventas por parte de los traficantes al menudeo.
- 5) La negativa del detenido a someterse a una prueba ecográfica, inocua e indolora, que hubiera justificado la existencia en el aparato digestivo de la papelina.

Con todos esos elementos, la justificación probatoria que sustenta la condena, es suficiente y razonable.

El motivo ha de rechazarse.

**SEGUNDO.-** Con sede procesal en el art. 849.1º L.E.Cr., en el segundo motivo estima indebidamente aplicado el art. 368 del C. Penal.

1. La razón no es otra que la ausencia de pruebas contundentes que acrediten un acto de tráfico.



Además al recurrente no se le ocupó droga de ninguna clase, que pudiera dedicar a la venta.

Subsidiariamente la inconcreción aplicativa del art. 368 p. 1, permitiría subsumir el hecho en el párrafo 2º de ese mismo precepto, dado la nimiedad de la conducta enjuiciada integrada por la venta de una papelina de cocaína con un peso de 0,771 gramo con una pureza del 11'4 %.

2. La naturaleza del motivo obliga a partir del intangible hecho probado, conforme establece el art. 884.3 L.E.Cr .

En él se describe un acto de tráfico integrado por la venta de una papelina de cocaína, hallándose en posesión de un dinero cuyo origen no justifica y dos móviles, cuando la regla general es poseer uno solo.

La transacción es observada por los agentes lo que justifica la aplicación del art. 368 C.P . Acerca de la aplicación del p. 2º, el Mº Fiscal se opone a ello por varias razones:

1) En primer término porque no fue interesada dicha pretensión en la instancia, ni siquiera subsidiariamente o en el informe oral, lo que ha evitado que la Sala de instancia se pronuncie sobre su aplicación o sobre las bases fácticas que sustentarían su procedencia.

2) Se trata de una cuestión nueva no solo en sentido formal, sino material, en tanto se sustrae a la contradicción y al pronunciamiento del juzgador de instancia, obligando a pronunciarse "per saltum" a este Tribunal de casación.

3. En principio al Fiscal le asiste razón. Pero profundizando más acerca de la falta de contradicción, esta Sala en ocasiones se ha pronunciado en situaciones semejantes sobre alguna cuestión (v. g. atenuante de dilaciones indebidas).

Esta pretensión articulada en casación, puede analizarse desde una doble perspectiva:

a) como cuestión nueva, tal y como la ha planteado el Mº Fiscal.

b) o como degradación del tipo aplicable. El acusado sostenía en la instancia la indebida aplicación del art. 368 p. 1 C.P . Rechazada tal pretensión interesa en el recurso la degradación de la conducta por la que fue condenado, y que fue objeto de debate contradictorio. Así pues, sin salirse del precepto aplicado por la Audiencia, pretende la subsunción de los hechos en la figura atenuada del párr. 2 del art. 368 C.P .

Desde la primera de las perspectivas, parece que las circunstancias que podrían abordar este pronunciamiento per saltum serían:

1) Que se trate de una pretensión que favorezca al reo.

2) Que el sustento factual que permita su pronunciamiento haya sido objeto de conocimiento contradictorio en la instancia.

3) Que en el factum o en general en la sentencia se haya constatado la base fáctica que otorgue base jurídica para aplicar la atenuación.

4) Que al ser petitionado el pronunciamiento tardíamente, la parte recurrida, en este caso al Mº Fiscal, concrete en qué aspectos específicos su alegación oportuna le hubiera permitido aportar pruebas o realizar alegaciones, que no pueda efectuar en casación.

En el caso sometido a nuestra consideración, se acreditó en el **plano subjetivo** , que el acusado carecía de antecedentes penales; y **en el objetivo** que la única droga intervenida fue una papelina de cocaína de 0,771 gramos con una pureza de 11'4 %.

Todavía en el plano hipotético podría entenderse que el acusado se tragó otra papelina de similares características y que a la vista de los 105 euros intervenidos pudo haber vendido 5 más de semejantes características.

Pues bien, multiplicando por siete tal cuantía de droga, y reducida a pureza alcanzaría aproximadamente 593 miligramos.

Pues bien, en ausencia de otras actividades sobre droga y concretado el delito a esta cantidad de droga, es evidente que nos hallamos ante un caso de **escasa entidad** , sin que resulte desvirtuado por circunstancias personales negativas.

Desde la segunda de las perspectivas, el acusado al rechazar la Audiencia su pretensión máxima favorable (absolución), rebaja la petición en casación y sobre unos hechos y precepto que han sido objeto de contradicción, en lugar de pedir la absolución se conforma y demuestra que los hechos cometidos son subsumibles en el art. 368.2 C.P .



Pues bien, también desde esta perspectiva en el relato probatorio se contienen los elementos típicos para aplicar esta figura atenuada y no el tipo básico del art. 368 C.P .

Ello hace que proceda la aplicación del p. 2 del art. 368 C.P ., lo que traerá consigo la estimación del motivo segundo en este punto .

**TERCERO.-** La estimación parcial del motivo 2º, determina que las costas del recurso se declaren de oficio conforme al art. 901 L.E.Cr .

### III. FALLO

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** , con estimación de su motivo segundo y desestimación del resto, interpuesto por la representación del acusado **Carlos Manuel** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Segunda, de fecha 19 de marzo de 2015 , en causa seguida contra el mismo por delito contra la salud pública. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

### SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Lugo, con el nº 21 de 2014, y seguida ante la Audiencia Provincial de Lugo, Sección Segunda, por delito contra la salud pública contra el acusado Carlos Manuel , nacido en Colombia el día NUM000 .1973, hijo de Jose María y de Elena , con DNI nº NUM001 , domiciliado en Lugo c/ DIRECCION000 nº NUM002 NUM003 tfno. NUM004 , sin antecedentes penales, en situación de libertad por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 19 de marzo de 2015 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

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

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

**SEGUNDO.-** Según tenemos dicho en la sentencia rescindente los hechos son subsumibles en el párr. 2º del art. 368 C.P ., por concurrir los requisitos típicos exigidos en tal subtipo atenuado, en particular la "escasa entidad del hecho" (aspecto objetivo), sin que concurren circunstancias personales (elemento subjetivo), que desvirtúen la levedad de la conducta enjuiciada.

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado como autor responsable de un delito atenuado de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, en grado de consumación, sin circunstancias, a la pena de 2 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el



tiempo de la condena y 15 euros de multa con 3 días de arresto sustitutorio caso de impago. En todo lo demás se mantiene lo resuelto en la sentencia recurrida (comiso, costas).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ