

Roj: **STS 434/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:434**Id Cendoj: **28079120012017100093**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/02/2017**Nº de Recurso: **1346/2016**Nº de Resolución: **61/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **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

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Febrero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Martin**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Cabrera Callero.

### **I. ANTECEDENTES**

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 3 de Hospitalet de Llobregat, incoó Diligencias Previas con el número 4131 de 2013, contra **Martin**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 5ª, con fecha 16 de marzo de 2.016, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Se declara, expresamente, probado que, sobre las 16:30 horas del día 2 de agosto de 2013, Martin, mayor de edad, nacido en la República de Guinea, sin permiso de residencia legal en España y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, se encontraba en una terraza de la calle Montseny con la calle Llobregat de la localidad de Hospitalet de Llobregat, cuando se le aproximó Anselmo al cual y a cambio de 20 euros, le entregó un envoltorio que contenía 0,30 gramos de peso neto de heroína, con una riqueza base del 26% +-2, identificándose los siguientes principios activos: 6-Monoacetilmorfina, Acetilcodeína, cafeína, heroína, morfina y piracetam, según análisis posterior efectuado; transacción que fue visualizada, de manera directa, por los agentes de mossos d'esquadra NUM000 y NUM001 que procedieron a la interceptación de Anselmo al que le hallaron el envoltorio y a la detención de Martin al que, en el bolsillo le encontraron un billete de 20 euros arrugado, previamente, entregado por el primero.*

*SEGUNDO.- Martin fue ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de fecha 10 de octubre de 2002 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7 a, por un delito contra la salud pública a la pena de prisión de 6 años y multa, pena que quedó extinguida en fecha 16 de julio de 2012; una condena por delito contra la salud pública en virtud de sentencia de fecha 27 de febrero de 2003 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9 a, a una pena de 4 años de prisión y multa que quedó extinguida en fecha 16 de julio de 2012; constando una condena por delito contra la salud pública en virtud de sentencia de fecha 10 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8 a, a la pena de 1 año de prisión y multa y una condena por delito contra la*



salud pública en virtud de sentencia de fecha 9 de abril de 2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª a la pena de 4 años de prisión y multa.

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

**FALLO:** QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado *Martin* en concepto de autor criminalmente responsable de un delito de CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD DE SUSTANCIA QUE CAUSA GRAVE DAÑO A LA SALUD, DE MENOR ENTIDAD, precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de DOS AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA de SESENTA EUROS (60 euros), con DIEZ días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al pago de las costas procesales devengadas en este juicio.

Se acuerda el comiso definitivo de la sustancia estupefaciente y del dinero intervenido y déseles el destino previsto en los artículos 127 y 374 del CP .

Fórmese y conclúyase, en su caso, en debida forma la pieza de responsabilidad civil para decidir sobre la solvencia o insolvencia del penado.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por *Martin* , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

**MOTIVO ÚNICO:** Al amparo de los artículos 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2º de la Constitución Española .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y APOYA PARCIALMENTE el motivo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veinticinco de enero de dos mil diecisiete.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: El motivo primero por violación del principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE , al amparo del artículo 849.1 LECrim , y artículo 5.4 LOPJ .**

En el desarrollo del motivo, tras exponer de forma genérica el contenido del derecho a la presunción de inocencia y la insuficiencia de las declaraciones contenidas en el atestado policial, aún realizadas con las debidas garantías de asistencia letrada a los efectos de la destrucción de dicha presunción, sólo añade su apoyo de su tesis que no ha quedado acreditado que el acusado recibiera abonara droga alguna, sin la más mínima referencia a la prueba de cargo tenida en cuenta y valorada por el tribunal de instancia en el fundamento de derecho primero.

El examen de la cuestión planteada requiere traer a colación la reiterada doctrina de ésta Sala segunda en cuanto al alcance en casación de la invocación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así en SSTS/2013 de 28.11, 159/2014 de 11.3 , 724/2014 de 13.11, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales , que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero



no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.
- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.
- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador



soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediatez de que dispuso, inmediatez que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio-y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

**SEGUNDO:** En el caso presente el tribunal ha valorado la prueba directa de cargo constituida por la testifical de los agentes de Mossos d'Esquadra NUM000 y NUM001 , que intervinieron en los hechos, observaron la actuación de recurrente que incautaron la papalina en poder del comprador. Declaraciones que la Sala considera firmes, coherentes y coincidentes, describiendo la entrega del dinero por quien resultó ser Anselmo , ocupándose la sustancia al comprador guardada en un paquete de tabaco y un billete de 20 ? al acusado en el bolsillo, sustancia aquella, que resultó ser heroína con un peso de 0,30 g netos y riqueza base del 26%.

Valoración probatoria que debe asumirse en esta sede casacional.

En efecto respecto al valor probatorio de las declaraciones de los agentes de autoridad, como con acierto destaca la sentencia recurrida, esta Sala casacional -por ejemplo SSTS. 328/2014 de 28.9 , 433/2014 de 3.6 , 724/2014 de 13.11 , tiene dicho, que debe distinguirse los supuestos en que el policía está involucrado en los hechos bien como víctima (por ejemplo, atentado, resistencia...) bien como sujeto activo (por ejemplo, detención ilegal, torturas, contra la integridad moral, etc.). En estos supuestos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo, destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad, de las mismas. Y no puede ser así porque cualquier sobreestimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los afectados agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente se derive, no de la priori de la condición funcional de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio.

Pero cuando se refiere a hechos en que intervengan por razón de un cargo en el curso de investigaciones policiales, esto es, lo que la doctrina denomina "delitos testimoniales", que tienen como característica común la percepción directa de su comisión por aquellos, el art. 297.2 LECrim . otorga valor de declaración testifical a la prestada por funcionarios de la policía judicial en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio, reiterando en parte tal formulación del art. 717 que añade, para el juicio oral, y sin restricción alguna, pues omite la limitación a los hechos de conocimiento propio **que "serán apreciables según las reglas del criterio racional"**. El Tribunal Constitucional (S. 229/91 de 28.11) y esta Sala Segunda Tribunal Supremo (SS. 21.9.92 , 3.3.93 , 18.2.94 ), así lo entienden y conceden valor probatorio a sus testimonios debiendo ajustarse su apreciación y contenido a los mismos parámetros que los de cualquier otra declaración testifical.

Dice en concreto, la STS. 395/2008 de 27.6 , que según doctrina reiterada de esta Sala, las declaraciones de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio, prestadas en el plenario con arreglo a los artículos 297 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia, dado que gozan de las garantías propias de tal acto, sin que exista razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales.

El motivo por lo expuesto debería ser desestimado.

**TERCERO:** Pero no obstante, tal como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de parcial apoyo al motivo, por razones de estricta legalidad y aunque expresamente no haya sido planteado por el recurrente, se observa un error en la cuantificación de la pena de multa impuesta que puede ser corregido en esta instancia casacional, conforme tiene declarado esta Sala, SS. 1044/98 de 18 enero , 401/99 del 10 abril , 306/2000 de 22 febrero , 268/2001 de 19 febrero , 139/2009 de 24 febrero , 625/ 2010 de 6 julio , la voluntad impugnativa permite corregir



en beneficio de reo, cualquier error de derecho suficientemente constatado, por cuanto esta Sala casación al, con asunción de su plena jurisdicción, puede entrar en el estudio de una cuestión jurídica y obligado estudio y resolución y que forma parte de la demanda de justicia, inevitablemente unida la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental, implícitamente está asumido por el acusado al formular la pretensión revocatoria.

En efecto el tribunal de instancia aplica al supuesto de hecho, el subtipo atenuado del artículo 368.2 CP , que implica la rebaja en un grado de la pena del tipo básico: Prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga, e impone la pena de prisión de dos a seis meses prisión, al concurrir la agravante de reincidencia, pero no opera en la misma manera en relación a la multa que impone en cuantía de 60 ? el triplo de la cantidad de dinero entregado como precio de la compra, cuando es doctrina reiterada -por todas STS. 419/2016 de 18.5 - . que en las penas conjuntas el aumento o disminución del grado de la pena debe alcanzar a la totalidad de las previstas, privación de libertad y multa.

Consiguientemente deberá rebajarse la pena de multa en un grado que comprendería de la mitad al tanto e imponerse la de 15 Euros con 5 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

**CUARTO:** Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio.

### III. FALLO

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

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Martin** , contra sentencia de 16 de marzo de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta ; y en su virtud **CASAMOS** y **ANULAMOS** referida resolución dictando nueva sentencia más conforme a derecho con declaración de oficio de las costas de su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia D. Joaquín Gimenez Garcia**

### 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 siete de Febrero de dos mil diecisiete.

En la causa incoada el Juzgado de Instrucción número 3 de Hospitalet de Llobregat, incoó Diligencias Previas con el número 4131 de 2013, contra **Martin** , nacionalizado en Guinea, con DNI. NUM002 , mayor de edad, nacido el NUM003 de 1958, en Norte, hijo de **Carlos Manuel** y **Cecilia** , en situación de libertad provisional por esta causa, cuya solvencia no consta; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Tal como se ha explicitado en el motivo tercero de la sentencia precedente la multa debe también degradarse en un grado conforme el art. 368.2 CP .

### III. FALLO



**Manteniendo el resto de los pronunciamientos** de la sentencia recurrida, debemos condenar y condenamos a Martin , como autor criminalmente responsable de **un delito contra la salud pública de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud**, por el que ya había sido condenado a la pena de dos años y seis meses de prision y **MULTA DE 15 Euros con 5 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.**

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **D. Manuel Marchena Gomez D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca** D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia D. Joaquin Gimenez Garcia

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOXA