



Roj: **STS 4080/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4080**

Id Cendoj: **28079120012014100644**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2014**

Nº de Recurso: **688/2014**

Nº de Resolución: **630/2014**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 460/2014,**
STS 4080/2014

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 630/2014

RECURSO CASACION Nº: 688/2014

Fallo/Acuerdo:

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Secc. 5ª

Fecha Sentencia : 30/09/2014

Ponente Excmo. Sr. D. : Ana María Ferrer García

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : IMS

Delito contra la Salud pública. La opción de no cursar la denuncia administrativa por posesión de drogas para el consumo a cambio de obtener una declaración documentada por escrito respecto al suministrador, en este caso suministradora, de tal sustancia, carece del efecto invalidante que el recurso pretende. Sin perjuicio de que pueda ser un elemento a tomar en consideración a la hora de valorar la credibilidad del testigo de que se trate. Subtipo atenuado: La acusada desplegaba su operativa de venta con la protección de la propia vivienda, lo que supone una cierta permanencia. Así lo refrenda la variedad de sustancias incautadas en ella, incluida cocaína, y del dinero y joyas igualmente intervenidos, fruto de la misma actividad de tráfico de drogas. Ello evidencia que no se trató de un episodio aislado de venta, sino de una lucrativa y consolidada actividad de menudeo de droga, de manera coordinada con el vecino colindante, que incluye sustancias que causan grave daño a la salud como la cocaína, y que no encaja en el subtipo atenuado. Reincidencia: su apreciación requiere que consten en el factum la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, 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 no será necesario 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. 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 o expediente de refundición. A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá contarse desde la firmeza de la propia sentencia. Determinación de la pena



cuando concurre una atenuante cualificada y una agravante: Según el artículo 66.7 del CP cuando concurren atenuantes y agravantes los tribunales "las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado...". Ello implica que la concurrencia de una agravante cercena las posibilidades degradatorias de la pena que corresponden a la atenuante cualificada. Cuando concurre sola o con otras atenuantes, permite la rebaja hasta en dos grados de la pena tipo (artículo 66.2 CP), rebaja que, por mucha intensidad que revista la circunstancia, solo puede ser en un grado cuando acompaña a una agravante. Este es el efecto obligado que la confluencia de ambas conlleva, a partir del cual el tribunal recupera la facultad para compensarlas racionalmente, sin necesidad de acudir a la mitad superior.

Nº: 688/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Ana María Ferrer García

Fallo: 16/09/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 630/2014

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Manuel Marchena Gómez, D. Alberto Jorge Barreiro, D^a. Ana María Ferrer García

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 la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la procesada Celestina, contra sentencia dictada por la **Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5^a**, que la **condenó por delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud**. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando la procesada recurrente representada por el Procurador Sr. Piñeira de Campos y asistida del Letrado Sr. Martínez García. Ha sido Magistrada Ponente la Excmo. Sra. Dña. Ana María Ferrer García.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO - El Juzgado de Instrucción número 3 de Catarroja, instruyó procedimiento abreviado con el número 67/13, contra **Celestina, Paulina y Pedro Miguel** y, una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5^a)** que, con fecha 17 de Enero de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

PRIMERO.- Ha resultado probado y así se declara expresamente que en el mes de diciembre de 2008, la policía tuvo noticia de que en las viviendas sitas sito en la CALLE000 nº NUM000, puertas NUM001 y NUM002, de Catarroja, pudieran venderse sustancias estupefacientes.

Con objeto de comprobar este hecho, se estableció un dispositivo de vigilancia en torno a estos domicilios, que resultaron pertenecer a los acusados, la puerta NUM001, a Pedro Miguel y la puerta NUM002, a Celestina y Paulina, vigilancia que permitió constatar lo siguiente:

El día 13 de enero de 2009, sobre las 23.30 horas, se identificó a Gabino en la puerta de la finca de la CALLE000 nº NUM000, de Catarroja y se le incautó 3,09 gramos de hachish, con pureza de 5,72%, y 0,4 gramos de cocaína, con pureza de 65,9%.

El día 19 de enero de 2009, sobre las 16 horas, se identificó a Prudencio, cuando salía del número NUM000 de la CALLE000 y se le incautó 3,37 gramos hachish, con pureza de 7,47%.



El día 16 de marzo de 2009, Juan Pablo, se personó en la puerta número NUM002 de la finca sita en el número NUM000 de la CALLE000, donde compró 1,72 gramos de hachish, con una pureza de 8,74%, que Celestina le entregó a través de la reja de la puerta, a cambio de 5 euros.

SEGUNDO.- Con la autorización del Juzgado de Instrucción nº 5 de Catarroja, que dictó auto de fecha 6 de abril de 2009, se procedió ese mismo día a registrar los domicilios de Pedro Miguel, Celestina y Paulina. En el del primero, sito en la CALLE000 nº NUM000, puerta NUM001 de Catarroja, se encontró: 52 gramos de cannabis sativa de 1,8% de pureza; 4,9 gramos de cannabis sativa con 8,17 gramos de pureza; 2,1 gramos de hachish; 4,75 gramos de cocaína con pureza de 22,9%; 33,6 gramos de cocaína con pureza del 58,4%; una balanza de precisión; y 198,14 euros, en moneda fraccionada, fruto de su ilícita actividad.

En la vivienda de Celestina y Paulina, sita en la CALLE000 nº NUM000, puerta NUM002, de Catarroja, se encontró: 61,1 gramos de cannabis sativa con pureza de 5,91%; 58,7 gramos de hachish con pureza de 11,6%; 0,82 gramos de cocaína con pureza de 57,9%; así como diversos instrumentos para cortar y envolver el hachish, cuchillo con restos de hachish y rollo de papel plástico transparente para envolver las porciones; 2.726,28 euros en moneda fraccionada y extranjera, fruto de su ilícita actividad; joyas por valor de 16.762,42 euros, parte de las cuales constituyen también fruto de su ilícita actividad; 9 libretas correspondientes a otros tantos depósitos bancarios, de los que era titular Celestina y sus hijos Paulina y Matías, menor de edad en la fecha de los hechos, con saldos obtenidos en parte con la actividad de tráfico de estupefacientes.

Los acusados destinaban las sustancia encontradas a la venta a terceras personas, sin perjuicio de que Celestina consumiera hachish y Pedro Miguel, cocaína.

TERCERO.- La cocaína es sustancia que causa grave daño a la salud; no así el cannabis y el hachish.

El precio medio de dichas sustancias en el mercado ilícito en la fecha de los hechos era de 60,22 euros el gramo de cocaína y de 14,61 euros la dosis; 3,29 euros el gramo de marihuana; y 4,89 euros, el gramo de hachish.

CUARTO.- Celestina fue condenada a dos años y cuatro meses de prisión, por delito contra la salud pública, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, en virtud de sentencia firme, de fecha 28 de junio de 2004, recaída en la causa 87/1998, ejecutoria 77/2004.

En la fecha de los hechos, Pedro Miguel presentaba un cuadro de dependencia a cocaína, cannabis y abuso de alcohol.

El presente procedimiento se inició el 6 de abril de 2009, el día 13 de diciembre de 2011 se dictó auto de incoación de procedimiento abreviado en el fecha 19 de julio de 2013 se remitió a esta Audiencia para enjuiciamiento. Ha sufrido una paralización de once meses, entre el 25 de agosto de 2010 y el 26 de julio de 2011 y otra de ocho meses del 20 de marzo al 19 de noviembre de 2012.

SEGUNDO .- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS**

A Celestina, como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño, del artículo 368 CP, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia y atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de dos años de prisión, multa de 1000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de quince días, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

A Pedro Miguel, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causa grave daño, del artículo 368 CP, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y análoga a la de drogadicción, a las penas de un año y seis meses de prisión, multa de 3000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un mes, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Con abono a ambos condenados del tiempo que han estado privados de libertad por esta causa y al pago de la mitad de las costas, debiendo dar a los efectos intervenidos el destino legal.

Acordamos el comiso del dinero intervenido a ambos y de las joyas intervenidas a Celestina, cuya lícita procedencia no acredite, así como el comiso y destrucción de la droga y de los útiles intervenidos.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Paulina, con todos los pronunciamientos favorables.

TERCERO .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la procesada Celestina, 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 los recursos.

CUARTO .- La representación de la procesada Celestina , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

PRIMER MOTIVO, por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRim, por entender vulnerado el Derecho Constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la CE.

SEGUNDO MOTIVO, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, y del artículo 852 de la LECRim, por vulneración del principio de presunción de inocencia, en relación con el Derecho Fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la CE.

TERCER MOTIVO. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, al haberse infringido el artículo 368.2 del Código Penal.

CUARTO MOTIVO. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 22.8 del Código Penal.

QUINTO MOTIVO. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim.

QUINTO .- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 27 de mayo de 2014, evacuando el trámite que se le confirió, y por la razones que adujo, APOYA PARCIALMENTE EL MOTIVO CUARTO del recurso interpuesto e interesa la desestimación de los restantes motivos.

SEXTO .- Por Providencia de 9 de Julio de 2014 se declaró el recurso admitido y quedando **conclusos los autos señalándose para su deliberación y decisión el 16 de septiembre de 2014**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia condenó, entre otros, a Celestina como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo la agravante de reincidencia y la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas señaladas en los antecedentes de hecho.

En síntesis la condena se basó en la actividad de venta de drogas realizada por aquella desde su domicilio, en el que se incautaron diversas sustancias destinadas a tal fin, además de dinero y joyas procedentes de esa actividad.

Frente a dicha resolución judicial se interpuso por Celestina el recurso de casación que pasamos seguidamente a analizar.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, por el cauce del artículo 5.4 de la LOPJ y el 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE.

La recurrente mantiene que la solicitud que presentó la Guardia Civil ante el Juzgado de Instrucción, a fin de que se autorizara la entrada y registro en el domicilio de Celestina , omitió un dato relevante: que la declaración del testigo que afirmó haber adquirido en esa casa la droga que se le acababa de incautar, el Sr. Juan Pablo , se obtuvo a cambio de que el mismo no fuera denunciado administrativamente por posesión de sustancia estupefaciente. Al hilo de ello sostiene el motivo que el Juzgado autorizó el registro a partir de una información viciada, lo que determina la nulidad del mismo.

Cualquiera que fuera la trascendencia que pudiera tener una omisión como la que el recurso describe, la realidad es que en este caso no se produjo la misma. Así lo analiza la Sala sentenciadora. Explica en el fundamento jurídico primero que el atestado en el que se recoge el extremo aludido, es decir que el testigo no iba a ser denunciado administrativamente dada su disponibilidad a declarar, se acompañó a la petición de entrada que se presentó ante el Juzgado, comprensiva de los datos que constituían la base indiciaria sobre la que se habría de sustentar la autorización del registro.

Examinada la solicitud presentada se comprueba que la misma relataba las vigilancias realizadas ante los domicilios de los acusados. La causa de esas vigilancias fue la sospecha surgida a partir de las noticias suministradas por distintos vecinos de la zona, sobre la afluencia al inmueble sito en CALLE000 NUM000 de Catarroja de personas que, sin vivir en él, entraban y salían del mismo en diferentes horas del día. Se incorporó igualmente el resultado de esas vigilancias que dio lugar a varias incautaciones de hachís y cocaína. Entre otros, al Sr. Juan Pablo a cuya declaración ya hemos hecho referencia, o al Sr. Gabino a quien se incautó hachis que, según se explicaba, dijo que acababa de adquirir en la puerta NUM002 del citado inmueble. De éste, como



de otros, se dijo que simplemente hicieron manifestaciones ante los agentes, que no fueron documentadas por escrito, salvo la del ya citado Sr. Juan Pablo . Y se acompañó copia del atestado que incluía esa declaración, y en el que se recogía expresamente que aquél accedió a que sus manifestaciones se documentaran por escrito "voluntariamente y a fin de evitar la denuncia administrativa". Es decir, que ninguna información se sustrajo del conocimiento de la Juez competente para conceder tal autorización, ni de los restantes intervinientes en el proceso.

La opción de no cursar la denuncia administrativa por posesión de drogas para el consumo a cambio de obtener una declaración documentada por escrito respecto al suministrador, en este caso suministradora, de tal sustancia, carece del efecto invalidante que el recurso pretende. Sin perjuicio de que pueda ser un elemento a tomar en consideración a la hora de valorar la credibilidad del testigo de que se trate.

Por todo ello el recurso se desestima.

TERCERO .- El segundo motivo de recurso, al amparo del artículo 5.4 de LOPJ y 852 de LECrim, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sostiene el recurso que la prueba que permite concluir que la cocaína incautada en el domicilio de Celestina era de su propiedad presenta importante fisuras. De un lado porque fue dejada allí por su vecino, también acusado; y de otro porque, con aquella en el domicilio convive su hijo, que es consumidor habitual de sustancias tóxicas.

La STS 383/2014, de 16 de mayo, expone la doctrina de esta Sala en relación al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y explica que su invocación permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina según la cual, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales. Tampoco lo está a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presencié, para, a partir de ellas, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

CUARTO.- Según el factum de la sentencia recurrida, en el domicilio de la recurrente Celestina se localizaron, además de otras sustancias como Cannabis Sativa y Hachís, " 0,82 gramos de cocaína con pureza de 57,9%". La sentencia analiza la prueba que ha tomado en consideración para afirmar indubitadamente que también la citada cocaína estaba a disposición de la recurrente destinada " a la venta a terceras personas", así como el apoyo que en el desarrollo de su actividad de venta prestaba el otro acusado, morador de la vivienda contigua en la que también se encontró hachís, cannabis sativa o cocaína.



En la instancia no se dijo que alguno de los ocupantes de la vivienda de la recurrente fuera consumidor de cocaína, aunque si de otras sustancias, en concreto hachís y/o marihuana.

También analiza la alegación de la defensa de la Sra. Celestina quien mantuvo que la cocaína la había dejado en su casa el otro acusado. La Sala sentenciadora acepta esta hipótesis como verosímil, pero no que lo fuera por olvido como pretende el recurso, sino para que ella la vendiera. A tal fin explica que no resulta lógico que quien se dice propietario de cocaína la olvide tal y como fue encontrada, guardada en una caja y junto a ésta "once envoltorios para hacer dosis". Se trata de una argumentación que no puede tacharse de arbitraria o irracional, y que además apoya la conclusión de que ambos colaboraban o cuanto menos se apoyan en la actividad de venta de drogas. La Sala sentenciadora no llega a afirmar el mutuo concierto entre estos dos acusados en toda la actividad que desarrollan, pero si una cierta colaboración. Se basa esa deducción en una serie de indicios concluyentes. Las viviendas eran contiguas y la de Celestina estaba especialmente habilitada para las transacciones sin necesidad de entrada, pues tenía instalada una reja. Celestina y el otro acusado condenado, morador de la vivienda nº NUM001, fueron vistos juntos a lo largo de la investigación policial. Finalmente los compradores acudían a ambos domicilios, según se desprende del testimonio del testigo Juan Pablo.

En el domicilio del otro acusado se encontraron 4,75 grs de cocaína con una pureza del 22,9% y 33,6 grs y una pureza del 58,7 %. Si bien no podemos afirmar, a la vista del relato de hechos de la sentencia impugnada, que la recurrente tuviera disponibilidad sobre esa cocaína almacenada en casa de su vecino, la "colaboración" que se aprecia entre ambos refuerza la inferencia de la Sala sentenciadora respecto a que la actividad de venta que la acusada desarrollaba incluía también la cocaína, lo que resta relevancia a que la cantidad puntualmente incautada no sea muy elevada.

Por último, el recurso atribuye falta de credibilidad al testigo Sr. Juan Pablo por el hecho de que declarara sin ser visto por los acusados. La protección de testigos consistente en que declare oculto sin confrontación visual con los acusados, exige la ponderación de distintos intereses en juego, para que no suponga una limitación arbitraria del derecho de defensa. De ahí que sea exigible una decisión fundada del Tribunal, respecto a la que las partes pueden mostrar su desacuerdo con la correspondiente protesta. En este caso el recurso no cuestiona la procedencia de la medida, se limita a insinuar falta de credibilidad por esa simple razón y sin otro sustento.

En el presente caso, el Tribunal sentenciador reconoció credibilidad al citado testigo, en un proceso valorativo que no puede tacharse de erróneo o arbitrario, cuando además su testimonio se ha visto corroborado por los hallazgos obtenidos en el registro efectuado.

En definitiva existió prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, y racionalmente valorada, y el motivo que nos ocupa se va a desestimar.

QUINTO.- El tercer motivo de recurso, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim denuncia infracción por inaplicación del artículo 368.2 del CP.

Esta pretensión se formula por primera vez en el recurso. La defensa de la acusada tanto en las conclusiones provisionales como en las definitivas solicitó su absolución, sin formular pretensión alternativa.

Jurisprudencia consolidada de esta Sala ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes. Lo que implica que no puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al Tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral, y a decidir sobre ellos por primera vez y no en vía de recurso. Es decir, como si actuase en instancia, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas.

No obstante la doctrina jurisprudencial admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. En segundo lugar, cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

La primera de las excepciones citadas nos abre la vía para entrar a resolver la cuestión ahora suscitada, que debe ser rechazada.



El cauce casacional utilizado obliga a respetar el relato de hechos probados de la resolución impugnada. En atención a los datos que en el mismo se consignan, de ninguna manera los hechos pueden calificarse como de menor entidad. La acusada desplegaba su operativa de venta con la protección de la propia vivienda, lo que supone una cierta permanencia. Así lo refrenda la variedad de sustancias incautadas en ella, incluida cocaína, y del dinero y joyas igualmente intervenidos, fruto de la misma actividad de tráfico de drogas. Ello evidencia que no se trató de un episodio aislado de venta, sino de una lucrativa y consolidada actividad de menudeo de droga, de manera coordinada con el vecino colindante, que incluye sustancias que causan grave daño a la salud como la cocaína, y que no encaja en el subtipo atenuado. Al respecto nos remitimos a lo señalado en el fundamento anterior.

Por ello el motivo se desestima.

SEXO.- Por cauce del artículo 849.2 de la LECrim, el cuarto motivo de recurso denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 22.8 del CP.

Sostiene la recurrente que se ha apreciado la reincidencia como circunstancia agravante, cuando no constan en la sentencia datos que permitan indubitadamente afirmar que el antecedente sobre el que se sustenta permanecía en vigor, lo que es relevante a los efectos de lo dispuesto en el artículo 22.8 citado. Este en su último inciso señala que no se computaran a efectos de esta agravante los antecedentes penales "cancelados o que debieran serlo".

Ha señalado reiteradamente esta Sala (entre otras SSTS 4/2013 de 22 de Enero, 313/2013 de 23 de abril o 547/2014 de 4 de julio) que para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el factum la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, 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 no será necesario 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.

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 o expediente de refundición. Ya dijo 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.

A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.

En el presente caso la sentencia recurrida declara probado que " *Celestina fue condenada a dos años y cuatro meses de prisión, por delito contra la salud pública, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, en virtud de sentencia firme, de fecha 28 de junio de 2004 , recaída en la causa 87/1998, ejecutoria 77/2004*".

Como sostiene la recurrente, no consta en que fecha quedó definitivamente extinguida la citada condena, por lo que el cómputo del plazo de cancelación debe realizarse a partir de la fecha de firmeza de la sentencia que la impuso. La pena a la que fue condenada la recurrente es de las consideradas menos grave, incluida en el artículo 33.3a) del CP y sujeta a un plazo de cancelación de tres años. Por lo que si el plazo de rehabilitación debe computarse desde el 18 de junio de 2004, cuando comenzaron a cometerse los hechos en los que se sustentó la condena en la presente causa, el 16 de marzo de 2009, habían transcurrido ya en exceso tres años, sin que conste que Celestina hubiera vuelto a delinquir. Ello implica que a tal fecha el antecedente dimanante de la previa condena deba considerarse cancelable, y, en consecuencia, ineficaz a los efectos de sustentar la agravante que había sido apreciada.

Por ello el motivo va a prosperar, lo que necesariamente ha de incidir en la determinación de la pena.

SÉPTIMO.- El Fiscal, aunque ha apoyado el motivo, se opone a una rebaja de la pena. Según su criterio la Sala sentenciadora no tuvo en cuenta la agravante al determinar la pena. Rebajó en un grado la correspondiente al delito del artículo 368.1 del CP como consecuencia de la atenuante muy cualificada que estimó, y la concretó en la mitad inferior de ésta y no en la superior.

La Sala sentenciadora actuó al concretar la pena como lo hizo dentro de las posibilidades de actuación que confiere el artículo 66 del CP. Establece el apartado 7º de este precepto que cuando concurren atenuantes y agravantes los tribunales "las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado...". Ello implica que la concurrencia de una agravante cercena las posibilidades degradatorias de la pena que corresponden a la atenuante cualificada. Cuando concurre sola o con otras atenuantes, permite la rebaja hasta en dos grados de la pena tipo (artículo 66.2 CP), rebaja que, por mucha intensidad que revista la circunstancia, solo puede



ser en un grado cuando acompaña a una agravante. Este es el efecto obligado que la confluencia de ambas conlleva, a partir del cual el tribunal recupera la facultad para compensarlas racionalmente, sin necesidad de acudir a la mitad superior. Por ello no puede sostenerse que en este caso la Sala sentenciadora no anudara efecto alguno a la agravante que estimó.

OCTAVO.- El último motivo de recurso, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim, denuncia lo que no es más que un error material en el último párrafo del fundamento de derecho de la sentencia recurrida al mencionar la cantidad de cocaína incautada en el domicilio de la recurrente. Error material evidente a la vista del relato de hechos probados e incluso del primer párrafo del mismo fundamento segundo, cuya rectificación debía haber sido solicitada por cauce del artículo 267 de LOPJ y que en nada incide en la calificación de los hechos ni en los pronunciamientos de este recurso.

El motivo se desestima.

NOVENO.- Dada la estimación parcialmente del recurso, se declaran de oficio las costas del mismo (artículo 901 LECrim).

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAREN PARTE** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Celestina** contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2014, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el Procedimiento Abreviado 67/2013, declarando de oficio las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, 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. Cándido Conde Pumpido Tourón D. Francisco Monterde Ferrer

D. Manuel Marchena Gómez D. Alberto Jorge Barreiro D^a. Ana María Ferrer García

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Ana María Ferrer García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.