



Roj: **STS 3241/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3241**

Id Cendoj: **28079120012015100443**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2015**

Nº de Recurso: **271/2015**

Nº de Resolución: **438/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 2284/2014,**
STS 3241/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma e infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 17 de octubre de 2014. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, Valentín y Tarsila, representados por la procuradora Sra. Fernández Saavedra. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Vilagarcía de Arousa, incoo Procedimiento Abreviado con el número 39/2005, por delito contra la salud pública, contra Valentín y Tarsila y, concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuya Sección Segunda, dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 2014, en el rollo número 21/2014, con los siguientes hechos probados: "ÚNICO. - Probado y así se declara que con motivo de una investigación llevada a cabo en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Ourense se procedió a la detención de la acusada Tarsila, mayor de edad y sin antecedentes penales, con DNI. NUM000, nacida en Panamá el día NUM001 /1972, de nacionalidad española, a raíz de su declaración en comisaria se solicitó la entrada y registro en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM002 - NUM003 NUM004 de la localidad de Vilagarcía de Arousa, propiedad de Mariana.

Por auto de fecha 02/04/2004, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vilagarcía de Arousa se autoriza dicha intervención, y sobre las 16:01 horas del mismo la comisión judicial, acompañada de Tarsila, se personaron en dicho domicilio y procedieron a localizar una bolsa de plástico conteniendo 45.714, gramos de cocaína con una pureza del 67.75%, que en el mercado ilícito hubiera alcanzado en venta un valor de 3.882,82 € en venta por gramo. También se encontró una báscula de precisión digital marca Tanita modelo 1479 y, con número de serie 1410910.

La acusada haba depositado la cocaína en este domicilio, en el que ella realizaba la limpieza domestica por indicación y de acuerdo con su esposo el también acusado, Valentín, mayor de edad, con DNI NUM005 nacido el NUM006 /66, y con antecedentes penales al haber sido anteriormente condenado a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, por sentencia firme de fecha. 21/02/2001, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense por delito la salud pública.

La tramitación de la causa ha durado más de 10 años, sufriendo paralizaciones en diversas épocas".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Valentín en concepto de autor de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, del art. 638-1 del Código



Penal, concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, y concurre la circunstancia agravante de reincidencia, procediendo imponerle una pena de 2 años y 6 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de 7.764 €, con dos meses de privación de libertad en caso de impago, asimismo deberá abonar el pago de de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a *Tarsila* en concepto de autora de un delito contra la salud pública, del artículo 638-1º del Código Penal, concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, procediendo imponerle una pena de 1 año y 6 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de 3.882 €, con un mes de privación de libertad en caso de impago, asimismo deberá abonar el pago de de las costas procesales.

Procede acordar el comiso definitivo de la báscula de precisión y la destrucción de la droga si no se hubiera llevado a cabo".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de los condenados, 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.

4.- La representación procesal de los recurrentes, basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 y 2 CE). Segundo.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos. Tercero.- Al amparo del artículo 851.3 LECrim, por no resolverse en la sentencia sobre todos los puntos de debate. Cuarto.- Al amparo del artículo 851.1 LECrim, por no expresarse clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados. En concreto, la participación de los recurrentes. Quinto.- Al amparo del artículo 851.3 LECrim, aunque no se señala cuál puede ser el extremo que no se ha resuelto en la sentencia. Sexto.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 22.8 del Código Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, interesa la estimación del sexto motivo y respecto a los demás motivos interesa su inadmisión y subsidiariamente la desestimación e impugnación. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 2 de julio de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Lo denunciado, por el cauce de los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ, es vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a obtener una resolución motivada (art. 24,1 y 120,3 CE) y a la presunción de inocencia, por la falta de claridad descriptiva de la sentencia. Concretando, en el caso de *Tarsila*, se dice que lo que consta es que estaba al tanto de la existencia de la droga, pero no existe prueba que la implique en el tráfico con la sustancia de la que se trata, de modo que todo lo que hay es que escondió la droga que tenía su esposo. En el caso de este, la objeción es que no se expresa en qué consistió su participación criminal, porque lo único que consta es que aquella actuó como lo hizo por su indicación. De otro lado, y en cuanto al segundo, se señala que, no obstante hallarse detenido cuando se produjo el registro de la vivienda en la que se halló la droga, no fue trasladado a ella para la práctica de la diligencia, a pesar de que debe considerársele interesado, a los efectos del art. 569 Lecrim.

Es cierto que los hechos probados de la sentencia pecan de cierta falta de expresividad, pero también lo es que en lo que se refiere a *Tarsila*, lo que resulta de ellos -en contra de lo que se sugiere en el desarrollo de la impugnación- no es que únicamente supiera de la existencia de la cocaína en razón de la relación de convivencia con su esposo. Es que, al recibir de este una indicación en clave, supo perfectamente de lo que se le hablaba y realizó la acción precisa para sustraerla a una posible intervención policial, trasladándola a otra vivienda; todo lo que denota una patente implicación en la actividad de *Valentín* que tenía tal sustancia por objeto. Por tanto, de parte de *Tarsila* hubo bastante más que una aportación neutral o no significativa, que permite hablar no meramente, como se dice, de la droga que tenía su esposo, sino de algo tenido conjuntamente por los dos.

Por lo que hace a la ausencia de *Valentín* del registro, puede muy bien coincidir en que lo jurídicamente ideal habría sido propiciar su presencia, dada su implicación y que se hallaba detenido. Pero lo cierto es que ni la vivienda ni la intimidad familiar afectada por esa diligencia eran las suyas, ni la acción del traslado de la cocaína y su ocultación le eran materialmente atribuibles. En este sentido, su interés, procesalmente hablando, era indirecto, y, así, en relación con él y en rigor, no se produjo la vulneración de ningún derecho fundamental.



Incluso, puede decirse, aunque la actuación, obviamente, como era lo correcto por razón de garantía, tuvo necesariamente la forma propia de la entrada y registro, lo que realmente producido no fue allanamiento verdadero y propio de la vivienda, ya que esta, como tal, carecía de interés para la causa; sino el traslado de la ahora recurrente a la misma a fin de que recogiera y entregase la sustancia, de cuya existencia se sabía, tomándola del lugar en el que la había depositado. De hecho, lo único que consta en el acta (folio 23) es tan solo que, franqueado el acceso, se llevó a cabo directamente la incautación de lo que consta en los hechos, "a indicación de la detenida".

Se reprocha asimismo a la sala de instancia la falta de concreción en los hechos de la finalidad con la que los dos ahora recurrentes tenían la droga. Y también en esto hay que decir que la objeción no está ayuna de fundamento, al tratarse de un dato que, por más que inmaterial, forma parte de la acción, en cuanto la dota de sentido, y, por eso, su carácter fáctico. Pero, con todo, es lo cierto que el destino de tráfico atribuido a la misma en la sentencia es del todo perceptible, ya en los hechos, en virtud de una inferencia de lo más elemental, visto que no se atribuye en ellos a ninguno de los implicados la condición de consumidor, dada la riqueza en principio activo de la sustancia, su valor en el mercado ilegal, y el hallazgo también con ella de una báscula de precisión.

En consecuencia, el motivo no puede acogerse.

Segundo. Lo alegado, con apoyo en el art. 849,2º Lecrim, es error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que acreditarían la equivocación del juzgador. El argumento es que la llamada interceptada por la policía mediante la que Valentín trasladó a Tarsila la indicación en clave de que sacase la cocaína de casa, lo fue en un momento no cubierto por la autorización judicial, puesto que esta se extendía hasta el 3 de marzo de 2004 y la conversación, en la que el primero hizo uso de su teléfono de número NUM007, tuvo lugar el 1 de abril. A esto habría que unir el hecho de que, prescindiendo de lo sabido mediante esa injerencia, en virtud de la declaración de nulidad que se solicita, no habría nada contra Tarsila, que no estaba siendo investigada, y que en el juicio negó toda relación con la droga.

Pero el Fiscal en su informe objeta y demuestra eficazmente que la comunicación de referencia se produjo a través del terminal de número NUM008, usado por Valentín, que estaba intervenido, mediante una resolución en vigor, de 3 de marzo de 2004 (folios 375-376), por el tiempo de un mes, cuando resulta que, en efecto, la conversación se celebró el 1 de abril de 2004 (folios 398-399).

Así las cosas, es claro que la objeción central del motivo carece de fundamento. Y, por otro lado, la que busca apoyo en lo manifestado por la recurrente en el juicio, carece asimismo de viabilidad, al tratarse de una prueba personal, cuya constancia documental no convierte al correspondiente soporte en documento, a los efectos del art. 849,2º Lecrim, según reiteradísima y bien conocida jurisprudencia.

Por todo, el motivo tiene que desestimarse.

Tercero. El reproche es de quebrantamiento de forma, porque, se dice, la sentencia ha dejado sin resolver algunas cuestiones planteadas por la defensa. Estas son: la relativa a que en la causa no aparece la lectura de derechos de la recurrente; la que hace referencia a la ausencia de cotejo de las conversaciones en sede judicial; al hecho de que la selección de las conversaciones transcritas no se llevó a cabo por al instructora; y a la denuncia de nulidad de las actuaciones debida a que, no siendo Tarsila objeto de investigación, la atención policial se habría dirigido contra ella solo en virtud de lo sabido a través de un acto de comunicación interceptado sin autorización judicial.

En cuanto a esto último, hay que estar a lo ya resuelto en el examen del motivo anterior.

A propósito de la lectura de derechos a Tarsila, el Fiscal objeta que la policial figura en el folio 34 y la judicial en el folio 1183, lo que es completamente cierto.

En lo que hace al cotejo de las conversaciones telefónicas, el Fiscal subraya, también con razón, que no han sido tomadas en consideración como medio de prueba, a excepción de la mantenida por los ahora recurrentes el 1 de abril, respecto de la que -también está en lo cierto- se da la circunstancia de que su contenido ha sido reconocida por ambos.

Por último, de la causa resulta que Tarsila, informada en todo caso de sus derechos, fue citada a declarar como imputada (según resulta de la cédula que consta al folio 1181), a instancia del Fiscal (folio 1178) y, al fin, figura por su nombre en el auto de ampliación de la transformación del procedimiento (folios 1240-1241).

Lo que resulta de todas estas consideraciones es que la investigación se dirigió contra Tarsila con plena legitimidad; que esta tuvo en todo momento el trato que le correspondía en su calidad de imputada; y que los elementos de prueba tomados en consideración para su condena, fueron bien adquiridos y correctamente valorados. Y, siendo así, el motivo no puede acogerse.



Cuarto . Por el cauce del art. 850,1º Lecrim , el reproche es que en la sentencia no se expresa de forma clara el modo de participación de los recurrentes en los hechos motivadores de la condena. Es así, se argumenta, porque de Tarsila solo consta que depositó la cocaína en la vivienda en la que realizaba labores de limpieza, y no existe prueba alguna de que se dedicase al tráfico de cocaína. Y porque, si Valentín admitió que la droga era de su propiedad, lo hizo en su condición de consumidor, pero sin que ello supusiera admitir la realización de actos de tráfico.

Pero lo cierto es que en los hechos no se da la falta de claridad en el sentido reclamado por el precepto del art. 850,1º Lecrim , para la apreciación del quebrantamiento de forma, puesto que no existe ningún problema de comprensión acerca de lo que allí se dice de manera explícita, y tampoco de lo que implícitamente se sigue de ellos en virtud de la inferencia elemental a la que se ha aludido al tratar del motivo primero. De este modo, el motivo tiene que rechazarse.

Quinto . Invocando el art. 851,3º Lecrim se señala que en los hechos probados se alude a una investigación del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Orense, pero que, sin embargo, el Fiscal, en escrito de 12 de septiembre de 2013 solicitó el sobreseimiento respecto de los demás imputados por entender que contra ellos no había nada sugestivo de una posible dedicación al tráfico de drogas.

Esta manifestación va seguida de algunas consideraciones jurisprudenciales, pero sin ningún desarrollo concreto del enunciado transcrito, de modo que resulta imposible saber de qué quebrantamiento de forma podría tratarse, lo que priva a la impugnación de todo posible fundamento.

Sexto . Al amparo del art. 849,1º Lecrim , se afirma que el art. 22,8º Cpenal (agravante de reincidencia) ha sido indebidamente aplicada. El argumento es que ni en la certificación de antecedentes ni en los hechos probados de la sentencia consta la fecha de extinción de la condena, por lo que, si a esto se une la falta también de información sobre el tiempo de prisión preventiva sufrido en la causa de referencia y que esa única condena data de 1998, faltarían también los presupuestos requeridos para la aplicación de aquella circunstancia modificativa de la responsabilidad.

El Fiscal ha dado su apoyo al motivo, por considerar que lo que consta en los hechos probados es que el recurrente había sido condenado, por un delito contra la salud pública, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, por sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, firme el 21 de febrero de 2001 . Los hechos de esta causa son de fecha 2 de abril de 2004, con lo que, entre una y otra fecha, habría transcurrido el tiempo, de tres años, requerido para la cancelación de antecedentes causados por penas menos graves.

Pues bien, dada esta circunstancia y no constando la fecha en la que la pena habría quedado extinguida, es lo cierto que, en hipótesis, no es descartable la opción contemplada por el Fiscal; a tenor de lo resuelto en reiterada jurisprudencia de esta sala, de la que es expresiva la reciente sentencia n.º 8/2015, de 22 de enero , que cita. Y, en consecuencia, el motivo tiene que estimarse.

III. FALLO

Se estima el motivo sexto del recurso de casación, desestimando el resto, interpuesto por la representación procesal de Valentín y Tarsila , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 17 de octubre de 2014 , en la causa seguida por delito contra la salud pública, en el rollo número 21/2014 y, en consecuencia, anulamos parcialmente esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta. Declarando de oficio las costas causadas en este recurso.

Comuníquese ambas resoluciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarda Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil quince.

En la causa numero 21/2014, con origen en las diligencias de Procedimiento Abreviado número 39/2005, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción numero 3 de Vilagarcía de Arousa, seguida por delito contra la salud pública, contra Valentín y Tarsila , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia de fecha 17 de octubre de 2014 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la



dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, no es aplicable a Valentín la agravante de reincidencia, debiendo, consecuentemente, imponérsele la misma pena que a la acusada y condenada.

III. FALLO

Se impone a Valentín , como autor de un delito contra la salud pública, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, muy cualificada, la pena de un año y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 3.882 euros, con un mes de privación de libertad en caso de impago. Se mantiene en todo lo demás la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarda Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

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