

Roj: **STS 7752/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:7752**Id Cendoj: **28079120012012100893**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/11/2012**Nº de Recurso: **2307/2011**Nº de Resolución: **846/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por las representaciones legales de los acusados **Ángel , Desiderio y Gines** , contra Sentencia núm. 538/2011, de 11 de julio de 2010 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, dictada en el Rollo de Sala núm. 26/11 dimamante del P.A. 25/08 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Torrente (antiguo Mixto 6), seguido por delito contra la salud pública contra mencionados recurrentes; 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. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados por: Ángel por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús Fernández Salagre y defendido por la Letrada Doña María Teresa Marcos Cuadrado, Gines representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Belén Montalvo Soto y defendido por el Letrado Don José Manuel Martínez Sanz, y Desiderio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Teresa de las Alas Pumariño Larrañaga y defendido por el Letrado Don José Luis Moreno Puchel.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Torrent incoó P. A. núm. 25/08 por delito contra la salud pública contra **Ángel , Desiderio y Gines** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 11 de julio de 2010, dictó Sentencia núm. 538/11 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Los acusados Ángel y Desiderio , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, a principios del mes de julio de 2007 se habían puesto de acuerdo para vender drogas tóxicas y estupefacientes como cocaína a terceras personas, en ejecución de dicho plan Ángel , el día 12 de julio de 2007 sobre las 17,35 horas cuando se dirigía a entregar a Desiderio que lo esperaba en la esquina de la Avda. País Valenciá de Torrente con la calle Azorín, una cantidad de 98,92 gramos de cocaína con una pureza de 28,3% se cruzó con el a gente del cuerpo nacional de policía quienes lo conocían por haberlo visto en lugares de consumo y venta de drogas con anterioridad, por lo que le pidieron que se identificara. En ese momento éste les mostró un trozo de hachís diciendo que esto era lo único que llevaba, pero como quiera que portaba también una mochila, le requirieron que les mostrara lo que llevaba dentro, sacando de la misma una bolsa del supermercado Mercadona con un precinto verde, en cuyo interior se encontraba la cocaína referida.

En ese momento, sonó su teléfono insistentemente, recibiendo llamadas del núm. NUM000 manifestando espontáneamente, que él solo era un correo y que tenía que entregar la cocaína a Desiderio , que lo esperaba en el lugar indicado, facilitando sus datos de identificación personal. Comisionada una patrulla en ese lugar observaron como un joven que se correspondía con dichas características se encontraba en actitud expectante junto a un Audi 6, y que en un momento dado iba a subirse al vehículo para marcharse, ante lo cual le pidieron su identificación y resultó ser Desiderio . En el momento de su detención portaba un envoltorio de plástico con 10,14 gramos de cocaína con una pureza del 27,4%.



Ángel , tras su detención manifestó a los agentes que en su domicilio tenía más droga y que quería entregarla, por lo que se dirigieron a su domicilio y éste les entregó polvo en forma de roca, que resultó ser cocaína con un peso de 6,83 gramos con una pureza del 31,9% y 4.14 gramos de hachís con una pureza del 9,02 %.

Desiderio consintió en que practicara un registro en su domicilio sito en la AVENIDA000 núm. NUM001 - NUM002 de Torrente, donde se encontró sustancia blanca en forma de roca que resultó ser cocaína con un peso de 39,26 gramos y pureza del 26% y una bolsita conteniendo 0,9 gramos de cocaína con un pureza del 18%, 8,45 gramos de hachís con una pureza del 8,46% y 7.650 euros procedentes de las ganancias obtenidas con la venta de la droga, una balanza de precisión y un bote de bicarbonato conteniendo trozos de alambre de color verde, todo ello dispuesto para el tratamiento de la droga."

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

"CONDENAMOS a Ángel , como autor criminalmente responsable en concepto de autor, de un delito contra la salud pública de sustancia que produce grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de tres años y un día de prisión y multa de 6.500 euros y responsabilidad personal subsidiaria de treinta días y al pago de las costas del proceso.

CONDENAMOS a Desiderio , como criminalmente responsable en concepto de autor, de un delito contra la salud pública de sustancia que produce grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a pena de tres años y un día de prisión y multa de 3.100 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de quince días y al pago de las costas del proceso.

CONDENAMOS a Gines como criminalmente responsable en concepto de autor, de un delito contra la salud pública de sustancia que no produce grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de un año y un día de prisión y multa de 2300 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 7 días y al pago de las costas del proceso.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone abonamos a los acusados todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa, si no le hubiera sido abonado en otra.

Declaramos la insolvencia del acusado aprobando el autor que a tal fin dictó el instructor.

Reclámese del Instructor debidamente terminada la pieza de responsabilidades pecuniarias."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por las representaciones legales de los acusados **Ángel , Desiderio y Gines** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Ángel , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Lo invoco al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.1 y 2 de la CE que establece la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales de justicia sin que en ningún caso se pueda producir indefensión, violando asimismo su derecho a la presunción de inocencia. Infracciones estas producidas por la falta de motivación de la sentencia que se recurre que, constituye quebrantamiento de forma del art. 851.3 de la LECrim . también llamada "incongruencia omisiva".

2º.- Lo invoco al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., infracción de Ley por aplicación indebida del art. 368 del C. penal vulnerándose el derecho de mi mandante a la presunción de inocencia.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Gines , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Se formula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ 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 núm. 1 del Texto Fundamental, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

2º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim . en su núm. 2º, por cuanto en la Sentencia que se recurre existe error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos que demuestran la equivocación del tribunal, no desvirtuados por otras pruebas.

3º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim . en su núm. 1º por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 368 del C. penal .



El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Desiderio , se basó en los siguientes

MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Infracción de precepto constitucional de los arts. 1 y 24 de la CE que establecen el derecho de igualdad ante la Ley y el derecho a la tutela judicial efectiva del que deriva el principio non bis in idem, todo ello en relación a lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ .

2º.- Por infracción de precepto 954.1 de la LECrim., que consagra el principio non bis in idem en relación al art. 24 de la CE .

3º.- Infracción de Ley cometida al existir error de hecho en la apreciación de la prueba recurrida en casación al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECrim .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y solicitó la inadmisión del mismo y subsidiariamente su desestimación, 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 para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24 de octubre de 2012, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, condenó a Ángel , Desiderio y Gines , como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, en las modalidades que se determinan en la parte dispositiva de tal resolución judicial, y frente a la misma han interpuesto este recurso de casación la representación procesal de los aludidos acusados en la instancia, recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Ángel .

SEGUNDO.- El primer motivo se articula por el cauce autorizado en el art. 851-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como quebrantamiento de forma, denunciándose el vicio sentencial de incongruencia omisiva, al que se articula también, como vulneración constitucional, la denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, quejándose de una deficiente motivación en el aspecto fáctico de la sentencia recurrida, en el sentido de que no han sido analizadas las pruebas de cargo que enervan su presunción de inocencia, olvidándose que el propio acusado confesó los hechos desde el primer momento, colaborando con la policía judicial, al punto que al ser detenido portando una cantidad de cocaína, nada despreciable, como eran casi cien gramos, ciertamente de no demasiada riqueza (28,3 por 100), y al sonar su teléfono móvil en ese momento, indicó a los agentes que realizaba un transporte para Desiderio , dirigiéndose los funcionarios a su localización, lo que, en efecto, hicieron, encontrándole a la espera del encuentro, y con una cantidad de cocaína de parecida pureza y un peso de 10,14 gramos; seguidamente se practicó un registro domiciliario en la vivienda de este último, y fueron halladas también diversas sustancias estupefacientes (cocaína, 39,26 gramos; y hachís, 8,45 gramos), y la nada despreciable cantidad en metálico de 7.650 euros, procedentes de las ganancias obtenidas mediante su venta a terceros, una balanza de precisión y diversos útiles para su expendición. A su vez, había sospechas de que el proveedor del primero lo era Gines , de lo que nos ocuparemos más adelante, tras la resolución de los motivos que ha formalizado éste. Junto a tales elementos probatorios, la Sala sentenciadora de instancia analizó las declaraciones de los policías en el acto del juicio oral, los informes periciales de análisis de las sustancias que fueron incautadas y el resultado de los registros domiciliarios. Fueron analizados todos los elementos probatorios de los que dispuso el Tribunal de instancia.

Con este bagaje probatorio, es evidente que la queja del ahora recurrente, Ángel , no puede ser atendida, pues se practicaron pruebas suficientes para enervar su presunción de inocencia y han sido explicadas de forma razonable en la combatida.

El motivo no puede, en consecuencia, prosperar.

TERCERO.- En el segundo motivo, esta vez formalizado por estricta infracción de ley, se denuncia la indebida aplicación del art. 368 del Código Penal .

Llevar a cabo un acto de transporte de droga para un tercero, a cambio de precio (se admitió que en cantidad de 500 euros), no es una conducta atípica, como parece sugerir el autor del recurso, sino plenamente incardinable en dicho tipo penal, como acto que favorece el delito contra la salud pública por el que ha sido condenado en la instancia.



La STS 464/2008, de 2 de julio declara, entre otras muchas de esta Sala Casacional, el encaje de una operación de transporte con la tipología prevista en el art. 368 del Código penal, pues se considera que desde que uno de los partícipes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, el delito queda consumado (STS 2104/2002, de 9 de diciembre).

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Recurso de Desiderio .

CUARTO.- Este recurrente, en sus tres motivos de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en los arts. 849.2 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, igualdad y « *non bis idem* », junto al « *error facti* » pretendido, ponen de manifiesto un solo tema, que por consiguiente puede ser estudiado conjuntamente.

En efecto, viene a reiterar la excepción de cosa juzgada como artículo de previo pronunciamiento que suscitó en el turno de intervenciones previas al juicio oral y que la sentencia recurrida resuelve en su fundamento jurídico primero para desestimarla.

En el razonamiento de la Audiencia, se expone que, frente a la decisión del instructor de dictar un Auto de sobreseimiento libre que le favorecía, interpuso el Ministerio Fiscal el oportuno recurso de apelación, que fue resuelto en el sentido de proceder a su estimación y la consiguiente revocación de la decisión del juez de instrucción, sin que la parte ahora recurrente alegase entonces lo extemporáneo de tal medio de impugnación empleado por el Fiscal, razón por la cual, analizando la fecha que se consigna en el escrito de apelación, se encuentra dentro de plazo, a pesar de que constan otras diligencias que pudieran arrojar lo contrario, pero es lo cierto que la decisión quedó entonces firme al dictarse la interlocutoria correspondiente, y continuar el procedimiento abreviado en curso, hasta llegar al dictado de la sentencia recurrida.

La excepción de cosa juzgada que se ha alegado en esta instancia casacional no es predicable de todos los autos dictados durante la instrucción preliminar de la causa, sino exclusivamente de una decisión anterior que resolviendo el fondo, condenara o absolviera al recurrente, máxime teniendo en cuenta que la alegada es procesalmente inexistente.

En efecto, una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE . y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 29.4.1993 , 22.6.1994 , 17.10.1994 , 20.6.1997 , 8.4.1998), que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio «*non bis in idem*», el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE ., como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principios que se configuran como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de *cuestiones prejudiciales* de los arts. 3 y ss. de la LECrim . en cierta manera hoy muy relativizadas por el art. 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS 24.4.2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «*non bis in idem*», y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10-2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.1977, según el cual « *nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país* ».

Sin embargo, y según esta misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la misma en el ámbito del proceso penal, y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir, exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para



apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos *mismos hechos* (STS de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995 , 17 octubre y 12 de diciembre 1994 , 20 junio y 17 noviembre 1997 , y 3 de febrero y 8 de abril de 1998).

Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material en el orden penal, son los siguientes:

- 1) identidad sustancial de los **hechos** motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de **sujetos pasivos** , de personas sentenciadas y acusadas.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse aquella contra la que dirigió la acusación en la primera causa **y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta)** que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

En el supuesto ahora resuelto, no existió previa condena o absolución. Ciertamente, los efectos de un sobreseimiento libre son similares a los que despliega una sentencia absolutoria, pero la diferencia se encuentra en nuestro caso en que nunca existió un Auto de sobreseimiento libre, sencillamente porque el dictado fue revocado por la Audiencia, en uso de las atribuciones que le confiere la interposición de un recurso de apelación por quien estaba plenamente legitimado para ello como es el Ministerio Fiscal, y mediante una serie de razones de fondo, que ni siquiera son combatidas por el ahora recurrente.

Si lo que se pretende es volver a reproducir ese debate, desde luego que la cuestión se encuentra extramuros de la resolución de este recurso de casación ya que, como acertadamente expone el Ministerio Fiscal al impugnar esta queja, el objeto procesal lo constituye la sentencia recurrida, y no el meritado auto ya revocado durante la fase de instrucción sumarial. Y si lo que se pretende es volver a analizar los presupuestos formales de su viabilidad -plazo, legitimación, postulación-, la cuestión también es ajena a esta extraordinaria revisión casacional, porque el recurso no se ha entablado contra el Auto del instructor, ni tampoco contra el de la Audiencia, sino contra la sentencia dictada en la instancia, al término del juicio oral. Y si lo que se quiere poner de manifiesto es la conculcación de un derecho fundamental, es lo cierto que del estudio de las fechas barajadas tampoco podría afirmarse con rotundidad lo extemporáneo de su formalización por el órgano que encarna la acusación pública, como explican sobradamente los jueces «a quo», so pena de convertirse esta casación en una exhaustiva revisión de todos los avatares procesales de la causa, e iría contra el principio de oportunidad, intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes e incluso de la buena fe procesal, toda vez que, como dice la Audiencia, en momento alguno fue suscitado ese problema en la tramitación y argumentación del aludido recurso de apelación. De manera que lo que se encuentra firme, sin duda alguna, es la resolución judicial de la Audiencia revocando el auto de sobreseimiento, lo que le convierte, *per se* , en inexistente, y en consecuencia, inoponible en esta instancia casacional con el pretendido efecto de cosa juzgada. O en palabras del Ministerio Fiscal: «frente a lo ya resuelto y tramitado -el recurso de apelación contra un auto de sobreseimiento- en un determinado sentido, es decir, admitiendo el recurso y sin que las partes adujeran entonces su extemporaneidad, no cabe cuestionar en la casación frente a la sentencia la extemporaneidad de aquel recurso ya solventado».

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

Recurso de Gines .

QUINTO.- El motivo primero de su recurso se ha formalizado por vulneración de la presunción de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

Dice el recurrente que la inferencia a la que llega el Tribunal «a quo» para deducir que los dos trozos de hachís con un peso de 50,49 gramos que le fueron ocupados en su casa, en el registró que autorizó, no es inequívoca, en el sentido de que deja de lado la posibilidad de que los tuviera para su propio consumo e incluso los compartiera con los testigos que presentó en el plenario, como así lo afirmaron, los cuales también contribuyeron económicamente para su adquisición.

La Audiencia le condena como autor de un delito contra la salud pública en la modalidad de drogas que no causan grave daño a la salud.

El motivo será estimado.

En efecto, los elementos de donde deducen los jueces «a quibus» que la posesión de unos 50 gramos de hachís está destinada al tráfico de tal sustancia a terceros -que por cierto no se refleja así en el *factum* -, se basan en la ocupación de una báscula de bolsillo, una trituradora y una cierta cantidad de dinero en su poder.



En el caso enjuiciado, todo el material probatorio acumulado tiene carácter indiciario, por lo que debemos proyectar su contenido sobre las reglas acuñadas por esta Sala, para dar entidad probatoria a los diferentes elementos disponibles. Hemos dicho que, en primer lugar es necesario que concurren una variedad de indicios, ya que el indicio único y aislado resulta la más de las veces ambiguo y casi siempre inconsistente, por lo que es necesario un concurso o pluralidad, para reforzar su impacto incriminatorio. A su vez, también es preciso que todos los datos indiciarios hayan sido recogidos a través de prueba directa y aparecer en cierta conexión o relación con el hecho que es objeto de enjuiciamiento. De igual forma es necesario que los indicios tengan una inequívoca potencialidad reveladora de hechos o datos que sirvan para establecer una determinada relación entre el hecho punible y la persona a la que afectan los indicios disponibles. La convicción obtenida, debe estar a salvo de la existencia de cualquier duda razonable y tiene que basarse en la fuerza inculpativa que se derive de tales marcadores indiciarios. Esta convicción debe estar asentada sobre un juicio de racionalidad, de tal naturaleza que no deje resquicio alguno para conclusiones de signo diferente, que asimismo puedan estar firmemente basadas sobre una valoración acomodada a las reglas del criterio humano. El enlace preciso y directo que se viene exigiendo para dar viabilidad probatoria a los elementos indiciarios, nos tendría que llevar a una conclusión firme y sólida que no admitiese la posibilidad de revisión casacional en virtud de la razonada motivación del órgano juzgador de instancia. Como se viene señalando por la doctrina de esta Sala, existe la conexión lógica, con la seguridad exigible para las pruebas de cargo en materia penal cuando, dados los hechos directamente probados, ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable, compatible con esos indicios y, a tal fin, si se han alegado, habrán de examinarse las explicaciones dadas por el acusado.

En el caso enjuiciado, la posesión de 50 gramos de hachís entra dentro de los parámetros cuánticos atinentes al consumo propio. Si además, se posee una trituradora o una báscula, que tiene restos de cocaína, no refuerzan el tráfico de hachís, sino en todo caso de cocaína, aspecto éste sobre el que no ha condenado la Audiencia. La posesión de la cantidad de dinero que le fue ocupada, fue explicada por el acusado como fruto de su trabajo, y aunque llevara en el bolsillo 324 euros, no puede ello convertirse en signo incriminatorio de la imputada venta, ni la cantidad que tenía en casa (420 euros). Por si fuera poco, ha traído al juicio oral a dos testigos con los compartía su adicción. Dice la Audiencia que no lo dijo así en su primera declaración, pero admite que ante el juez, en su declaración judicial (folio 209), ya expresó que la cantidad incautada "era para el compareciente y un par de compañeros", y aunque se le reproche que en ese momento no les identificara, el caso es que fueron propuestos como testigos en el juicio oral, sin que pueda cuestionarse tal comportamiento, pues en dicho acto es donde se han de probar las alegaciones defensivas que las partes tengan por conveniente realizar. De manera que no puede censurarse a un acusado que si lo que opone en el plenario es convincente, deje de serlo porque no lo dijo con anterioridad.

En conclusión, si la inferencia no es inequívoca, en tanto que admite otras explicaciones verosímiles, y éstas han sido probadas en el momento procesal oportuno, y si de lo que se trata es de una nimia posesión de hachís de unos 50 gramos, que hemos considerado compatible con el autoconsumo, se ha vulnerado la presunción de inocencia del recurrente, al no conseguirse una prueba incriminatoria más allá de toda duda razonable, y en consecuencia, debemos estimar su queja casacional.

Desde el plano de la estricta infracción legal, tampoco se ha declarado en el relato histórico que tal cantidad de hachís, que le fue ocupada, estaba destinada al tráfico o a la distribución entre terceros, aspecto que únicamente se predica del dinero y objetos intervenidos, sin que se fundamente la razón de tal conceptualización.

Costas procesales.

SEXTO.- Las costas procesales serán impuestas a los dos recurrentes a quienes desestimamos sus recursos (Ángel y Desiderio), y de oficio en el caso del tercero (Gines), conforme dispone el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado **Gines** , contra Sentencia núm. 538/2011, de 11 de julio de 2010 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los acusados **Ángel y Desiderio** , contra la mencionada Sentencia núm. 538/2011, de 11 de julio de 2010 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.



En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil doce.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Torrent incoó P. A. núm. 25/08 por delito contra la salud pública contra Ángel , con DNI núm. NUM003 nacido en Valencia el NUM004 de 1980, hijo de José Manuel y de Rosa, con domicilio en la AVENIDA000 núm. NUM005 de Torrent (Valencia), cuya solvencia no consta y sin antecedentes penales, Desiderio , con DNI núm. NUM006 , nacido en Muro de Alcoy (Alicante) el NUM007 de 1980, hijo de Francisco y de María Carmen, con domicilio en la AVENIDA000 núm. NUM001 de Torrent (Valencia), cuya solvencia no consta y cuyos antecedentes penales no constan, y Gines , con DNI núm. NUM008 , nacido en Valencia el NUM009 de 1976, hijo de Leopoldo y de María Ángela, con domicilio en la CALLE000 núm. NUM010 de Torrent (Valencia) , cuya solvencia no consta, y cuyos antecedentes penales no constan, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 11 de julio de 2010, dictó Sentencia núm. 538/11 , la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de dichos acusados, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, a excepción de los pasajes relativos a Gines .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de absolver a Gines , con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Gines del imputado delito contra la salud pública, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia. En lo restante, se mantienen las condenas de Ángel y Desiderio , en sus propios términos.

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

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