



Roj: **STS 4985/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4985**

Id Cendoj: **28079120012013100753**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2013**

Nº de Recurso: **10235/2013**

Nº de Resolución: **741/2013**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, de fecha 4 de diciembre de 2012. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, los acusados Jose Daniel representado por el Procurador Sr. Lozano Sánchez, Alfredo representado por la Procuradora Sra. García Rey, Cornelio representado por la Procuradora Sra. Juliá Corujo y Geronimo representado por el procurador Sr. Martín Fernández. Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Zaragoza instruyó Abreviado 1129/12, por delito contra la salud pública contra Jose Daniel, Alfredo, Cornelio, Geronimo y otros, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza cuya Sección Primera dictó sentencia en el Rollo de Sala 36/12 en fecha 4 de diciembre de 2012 con los siguientes hechos probados:

" Obdulio, es mayor de edad y carece de antecedentes penales. Es consumidor de anfetamina y MDMA.

Jose Daniel, es mayor de edad y carece de antecedentes penales.

Alfredo, es mayor de edad, con antecedentes penales sin relevancia para la causa a efectos de reincidencia, al estar condenado por delito de receptación en la causa 55/10 del J. de lo Penal nº 4 en el que le fue concedida la suspensión de la ejecución de la pena. Consume cocaína, anfetamina y MDMA en fechas posteriores a la de los hechos, resultando admisible una leve disminución de la imputabilidad para actos relacionados con la obtención de droga o dinero para su adquisición.

Cornelio, es mayor de edad y con antecedentes penales sin relevancia para la causa a efectos de reincidencia. Es consumidor de anfetamina en los 4 meses anteriores a los hechos.

Geronimo, es mayor de edad y está ejecutoriamente condenado en sentencia de 8-3-10 de la Audiencia Provincial Sección nº 1 de Zaragoza por delito de Tráfico de Drogas, firme el 3-5-2010, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión y 8.000 euros de multa.

Luis Andrés, es mayor de edad y con antecedentes penales sin relevancia para la causa a efectos de reincidencia. En el mes posterior a los hechos consume anfetaminas y cannabis.

Arsenio, es mayor de edad y carece de antecedentes penales. Es consumidor de anfetaminas, MDMA y cocaína.

Eladio, es mayor de edad y carece de antecedentes penales.

Por investigaciones policiales se tuvo conocimiento de que los acusados Obdulio y Jose Daniel podían dedicarse a la distribución de sustancias psicotrópicas por lo que se solicitó la intervención de los teléfonos



de su titularidad, acordándolo así el Juzgado de Instrucción nº 5 de Zaragoza por Auto de fecha 2-3-12 . Con posterioridad y para proseguir las investigaciones, por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza se dictaron Autos de intervención telefónica en fechas 17-4-12, 27-4-12, 11-5-12y 24-5-12.

En las vigilancias efectuadas sobre *Obdulio* se observó que éste contactaba con supuestos compradores de droga y como consecuencia de estas intervenciones telefónicas se averiguó que cuando éste no disponía de droga, contactaba por teléfono o incluso personalmente con *Jose Daniel* quien a su vez lo hacía con el número NUM000 , cuyo titular se pudo determinar era el acusado *Alfredo* , con quien contacta telefónicamente el día 22 de marzo de 2012 sobre las 19,16 horas y se citan, y si bien es seguido por la policía en el coche, lo pierden de vista ante las maniobras imprevistas de aceleración y cambio de carril; sobre las 22,20 horas, *Obdulio* entra en un portal de la CALLE003 en la que tiene el domicilio *Jose Daniel* , saliendo con un paquete en la mano que se lleva a su casa; al día siguiente las llamadas que recibe *Obdulio* las responde en el sentido de que ya tiene mercancía, utilizando palabras de argot.

Alfredo mantiene frecuentes conversaciones con el acusado *Geronimo* para concertar citas de las que tiene conocimiento el acusado *Cornelio* , y así el día 10-4-2012 después de hablar aquellos a las 13,05 horas para quedar, a las 13,41 horas, este llama a *Alfredo* quien le dice que ha quedado; al día siguiente, este con su coche recoge a *Cornelio* y tras dar varias vueltas por el Picarral, aparcan el coche introduciéndose en el domicilio de *Cornelio* , donde contactan telefónicamente *Geronimo* y *Alfredo* , recriminándole no haberse encontrado, por lo que quedan para el día siguiente, en el que recibe este una nueva llamada retrasando la cita hasta las 20,30 horas, conversación de la que a continuación es informado *Cornelio* ; a través de otra llamada del día 12 de abril sobre las 20,43 horas, quedan en recogerlo, acudiendo a la cita en el coche-KHR conducido por *Alfredo* y como copiloto *Cornelio* se detienen a la altura de *Geronimo* quien sube en la parte trasera, después de dar una vuelta este se apea y tomando precauciones por si es seguido, se introduce en el portal del nº NUM001 de la CALLE000 , lugar al que también accede *Alfredo* , saliendo este a los pocos minutos con una bolsa de plástico en la mano dirigiéndose al vehículo y abandonando la zona. A continuación *Alfredo* recibe llamadas de personas a las que antes les había dicho carecer de mercancía, a las que comunica que ya posee. En los días posteriores *Geronimo* reclama dinero a *Alfredo* quien en una conversación con *Cornelio* , este, el día 26 manifiesta que al estar dos semanas fuera no ha podido quedar con nadie, el día 28 hablan de recaudación; el día 27 de abril a las 21,26 horas *Alfredo* contacta con *Geronimo* en un locutorio de la Calle Lastanosa, sin que se sepa qué hacen en él.

También a través de esas intervenciones telefónicas se averiguó que el lugar de almacenamiento de las drogas era el domicilio del acusado *Luis Andrés* , ubicado en la CALLE001 nº NUM002 , NUM003 NUM004 , del cual *Alfredo* tenía también llaves, donde se estableció un sistema de vigilancia.

En la madrugada del día 31 de mayo 2012 la policía comprobó cómo llegaban al garaje de la CALLE001 nº NUM002 dos vehículos un *Fiat* matrícula-ZNY conducido por el acusado *Alfredo* , seguido de un *Seat Toledo* matrícula-HTF ocupado por los acusados *Arsenio* y conducido por *Eladio* , a quien aquél le había dado 50 euros por traerlo de Valencia hasta Zaragoza diciéndole que venía a coger una mochila con ropa; en el interior del garaje *Alfredo* había ocultado en el motor del limpiaparabrisas un paquete; ambos vehículos volvieron a salir unos minutos más tarde separándose después y persiguiendo los agentes de policía al *Seat* al que interceptaron a la 1,40 horas procediendo a la detención de los dos ocupantes, interviniéndole a *Arsenio* una bolsita conteniendo marihuana de 0,65 gr., si bien indicó a los agentes que en el vehículo en el que viajaban, el acusado *Alfredo* había ocultado un paquete de droga.

Sobre las 8,50 horas del día 31 de mayo se detuvo al acusado *Alfredo* y trasladado al lugar donde se encontraba el vehículo *Seat Toledo*-HTF que ocupaban *Arsenio* y *Eladio* , se recuperó oculta en el hueco de los motores del limpiaparabrisas, de donde aquél la sacó personalmente, resultando ser una bola de 205,39 grs. con riqueza de 12,18% de anfetamina o speed recubierta con cinta aislante negra, droga valorada en 10.076 euros.

Ese mismo día se detuvo al acusado *Luis Andrés* ocupándole dos cigarrillos de marihuana, 0,98 gr de cannabis sativa de 12,94% de riqueza, 0,14 gr. de anfetamina de una riqueza de 11,62% y un trozo de papel cuyas anotaciones no podemos determinar al no estar unido a la causa.

Se solicitó mandamiento de Entrada y registro en los domicilios de los acusados: *Luis Andrés* en la CALLE001 nº NUM002 , de *Obdulio* en la CALLE002 nº NUM002 , NUM005 NUM002 , de *Jose Daniel* en la CALLE003 nº NUM001 - NUM006 NUM007 NUM008 y de *Alfredo* en la AVENIDA000 , NUM009 , NUM005 NUM010 , los que se autorizaron por Auto de Entrada y Registro de fecha 31 de mayo dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza.

En el domicilio de *Luis Andrés* en la CALLE001 nº NUM002 , NUM003 NUM004 , , del que también tiene llave el acusado *Alfredo* que estaba presente en el registro, se ocupó: 4 bolsas de plástico de peso 503,1, 983,82, 977,66, y 964,33 grs. de anfetamina con una riqueza de 16,68, 14,01, 15'51 y 14.59% respectivamente



valorada en 148.403 euros. En la cocina un rollo de alambre, recortes de bolsas de plástico, bolsas de pequeño tamaño con autocierre, otra bolsa de 944,09 grs. de una sustancia en la que no se detectó sustancia sometida a fiscalización, al parecer cafeína, propiedad de Alfredo ; en el salón una báscula digital con restos de polvo blanco; 2 unidades de vegetal verde y humero respectivamente de plantas de cannabis sativa que pesaban 538,6 gramos y 257,39 gramos, con 17,93 y 7,6 1% de riqueza, y 5,24 grs de 12,26% de riqueza, valoradas en 3.652 euros. El acusado Alfredo abrió una pequeña caja fuerte que contenía 84,35 y 9,38 gr de cocaína con riqueza de 51,06 y 56,21%, drogas valoradas en 7.396 euros. En el domicilio de Alfredo en la AVENIDA000 NUM011 , NUM005 NUM010 , se ocupó 1 bote y 1 bolsa que contenían 98,95 gr y 199,88 gr de MDMA y una bolsa de 610,08 gr de polvo blanco, valoradas en 13.296 euros, y en la guantera del coche 3.530 euros de su propiedad.

En el domicilio de Obdulio en la CALLE002 nº NUM002 , NUM005 NUM002 , se ocupó una bolsa con anfetamina de 13,67 gr con riqueza de 2,77%, otra bolsa con 8,79 gr de una sustancia en la que no se detectó sustancia sometida a fiscalización, una papelina de MDMA (sulfato de anfetamina) de 2,55 gramos con una riqueza de 51,41%, una caja de gonadotropina y dos básculas de precisión, bolsas de plástico con recortes y 780 euros en metálico. Las drogas han sido valoradas en 778 euros.

En el domicilio de Jose Daniel en la CALLE003 nº NUM001 - NUM006 , NUM007 NUM008 , se ocupó 0,46 gr y 0,86 grs de MDMA con riqueza de 54,72 y 54,24%, 0,4 gr de cocaína con pureza de 39,97% y 3,95 gr de cannabis sativa, valoradas en 137 euros.

Por auto de 31-5-12 del Juzgado de Instrucción nº 11 de Zaragoza se dictó Auto de entrada y registro en el domicilio de Cornelio en la CALLE004 , NUM012 , NUM005 NUM010 , donde se ocupó 7 tabletas de hachís de 680 gr valorado en 3.712 euros.

El día 6 de junio de 2012 el acusado Geronimo fue detenido cuando portaba una bolsa que contenía 7 placas prensadas de hachís con un peso de 681,93 grs y riqueza de 12,97% valorado en 3.712 euros. Por Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de Zaragoza de fecha 6-6-12 se autorizó la entrada y registro en el domicilio del acusado Geronimo en la CALLE005 nº NUM013 , NUM002 NUM010 en el que se ocupó 1 billete de 100 euros, 14 de 50, 11 de 20 y 2 de 10, lo que hace un total de 1040 euros.

El valor total de la droga, salvo error u omisión, asciende a 183.766 euros.

A los acusados se les ocupó salvo error u omisión un total de 5.490 euros en metálico.

Se intervinieron varios vehículos y efectos que fueron devueltos a sus titulares a excepción de los vehículosFFF del que es titular el acusado Obdulio y los-FBJ y F....-FQ de Jose Daniel , intervenidos en el depósito municipal, el-KHR propiedad de Alfredo , y-ZNY propiedad de Luis Andrés , cuyo uso se ha autorizado a la policía".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO

Condenamos a Obdulio , como autor responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud sin la concurrencia de **circunstancias, a las penas de 3 años de prisión y multa de 1.200 euros** , con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 100 euros no pagados, a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de 1/16 parte de las costas procesales.

Condenamos a Jose Daniel , como autor responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud sin la concurrencia de **circunstancias, a las penas de 3 años de prisión y multa de 200 euros** , con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 100 euros no pagados, a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de 1/16 parte de las costas procesales.

Condenamos a Alfredo , como autor responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud en cantidad de notoria importancia, sin la concurrencia de **circunstancias, a las penas de 6 años de prisión y multa de 170.000 euros** , a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de 1/16 parte de las costas procesales.

Condenamos a Cornelio , como autor responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud sin la concurrencia de **circunstancias, a las penas de 3 años de prisión y multa de 4.000 euros** , con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 100 euros no pagados, a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como al abono de 1/16 parte de las costas procesales.



Condenamos a Geronimo , como autor responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud con la concurrencia de la circunstancia agravante de **reincidencia, a las penas de 4 años y 8 meses de prisión y multa de 8.000 euros**, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 100 euros no pagados, a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de 1/16 parte de las costas procesales.

Condenamos a Luis Andrés , como cómplice responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud sin la concurrencia de **circunstancias, a las penas de 2 años de prisión y multa de 3.652 euros**, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 100 euros no pagados, a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de 1/16 parte de las costas procesales.

Condenamos a Arsenio , como autor responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud sin la concurrencia de **circunstancias, a las penas de 4 años de prisión y multa de 10.200 euros**, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 100 euros no pagados, a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de 1/16 parte de las costas procesales.

Condenamos a Eladio , como cómplice responsable de un delito de tráfico de drogas que causan daño a la salud sin la concurrencia de circunstancias, **a las penas de 1 año, 6 meses y 1 día de prisión y multa de 5.100 euros**, con un día de responsabilidad personal subsidiaria por cada 100 euros no pagados, a las accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de 1/16 parte de las costas procesales.

Se decreta el comiso de la droga incautada que se destruirá así como el de los teléfonos móviles a excepción del de Eladio a quien se le devolverá, así como el ordenador; se embarga el dinero ocupado a resultas de este procedimiento, así como los vehículos:FFF , del que es titular el acusado Obdulio , los-FBJ y F....-FQ de Jose Daniel ,-KHR de Alfredo , y-ZNY propiedad de Luis Andrés .

A la vista de los embargos aquí acordados se revoca el Auto de insolvencia dictado en la pieza de responsabilidad civil y se decreta la solvencia parcial.

Para el cumplimiento de la pena que se les impone se les abona el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa.

Se absuelve a todos ellos del delito del A-570 ter del Código Penal del que vienen acusados, declarando de oficio 8/16 partes de las costas".

3.- Con fecha 13 de diciembre de 2012 se dictó por la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza auto en el que consta los siguientes Antecedentes de Hecho: *PRIMERO.- Que en fecha 4 de diciembre de 2012, se ha dictado Sentencia en la causa del margen, en cuyo fallo se acordaba el embargo del vehículo matrícula-ZNY propiedad de Luis Andrés . SEGUNDO.- La Procuradora Sra. Morellón Usón, en nombre y representación de Luis Andrés , ha solicitado la aclaración de Sentencia en el sentido de que el mencionado vehículo es propiedad de D^a Zaida , madre de Luis Andrés , y le fue restituido a su legítima propietaria en virtud de providencia del Juzgado de Instrucción n^o 1 de fecha 25 de junio del actual. La parte dispositiva del referido auto dice: Aclarar el fallo de la Sentencia n^o 331/12 dictada en la presente causa en fecha 4 de diciembre de 2012 en el sentido de dejar sin efecto el embargo acordado respecto del vehículo matrícula-ZNY , quedando el mismo definitivamente en poder de su propietaria D^a Zaida .*

Con fecha 18 de diciembre de 2012 la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera en el Rollo de Sala 36/12 dictó auto de aclaración con los siguientes Antecedentes de Hecho: *PRIMERO.- Que en fecha 4 de diciembre de 2012, se ha dictado Sentencia en la causa del margen. SEGUNDO.- La Procuradora Sra. Bonet Perdignes, en nombre y representación de Jose Daniel , ha solicitado la aclaración de Sentencia en el sentido de hacer constar que D. Jose Daniel es consumidor de sustancias tóxicas en los meses anteriores a los hechos. En el referido auto se acordó: Aclarar la sentencia n^o 33^o/12 dictada en la presente causa en fecha 4 de diciembre de 2012 en el sentido de paliar la omisión sufrida en el Segundo Párrafo de los Hechos Probados que se completa en el sentido siguiente: " Jose Daniel entre 1 y 3 meses anteriores al 18 de julio de 2012 era consumidor de metilendioximetanfetamina y metilendioxianfetamna."*

La Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 27 de diciembre de 2012 dictó nuevo auto de aclaración con los siguientes Antecedentes de Hecho: *Primero que en fecha 4 de diciembre de 2012, se ha dictado Sentencia en la causa del margen, en cuyo fallo se acordaba el embargo del vehículo matrícula-KHR propiedad de Alfredo . Segundo.- El Procurador Sr. Berdejo Gracián, en nombre y representación de Alfredo , ha solicitado la aclaración de Sentencia en el sentido de que el mencionado vehículo es propiedad de D^a Piedad , madre de Alfredo , y le fue restituido a su legítima propietaria en fecha 21 de Junio de 2.012. La parte dispositiva del auto dice:*



Aclarar el fallo de la Sentencia nº 331/12 dictada en la presente causa en fecha 4 de diciembre de 2012 en el sentido de dejar sin efecto el embargo acordado respecto del vehículo matrícula-KHR , quedando el mismo definitivamente en poder de su propietaria D^a Piedad ."

4.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los respectivos Procuradores de Jose Daniel , Alfredo , Cornelio y Geronimo que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

5.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Jose Daniel : PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo previsto en el num. 4 del art. 5 de la LOPJ , ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, y art. 852 de la LECr . SEGUNDO.- Por infracción de Ley, por la vía del art. 849.1º de la LECr . aplicación indebida del art. 368 del CP .

B) Alfredo : PRIMERO.- Por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, regulada en el art. 24 de la C.E . al amparo del art. 5.4 de LOPJ . SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECr ., por aplicación indebida del art. 368 y 369 del C.P . TERCERO.- Por infracción de ley por error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECr .

C) Cornelio : PRIMERO.- Por vía del art. 5.4 LOPJ y del Art. 852 de la LECr ., la vulneración de la presunción constitucional de inocencia (art. 24-2º CE). SEGUNDO.- Al amparo del art. 849 nº 1 de la LECr ., al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo. TERCERO.- Por vía del art. 849.2º de la LECr ., la infracción de ley al existir error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos.

D) Geronimo : PRIMERO.- Por la vía del num. 4 del art. 5 de la LOPJ , por infracción del principio constitucional de presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 de la Carta Magna . SEGUNDO.- Por la vía del num. 2 del art. 849 de la LECr ., por error en la apreciación de la prueba. TERCERO.- Por la vía del num. 1 del art. 849 de la LECr ., por la no apreciación de la atenuante analógica de drogadicción del nº 7 del art. 21 del CP en relación con el nº 2 del art. 21 y nº 2 del art. 20 ambos del mismo texto legal . CUARTO.- Por la vía del num. del art. 849 de la LECr ., por aplicación indebida del art. 368 del párrafo primero del CP . QUINTO.- Por vía del num. 1 de art. 849 LECr . por infracción de ley.

6.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 3 de octubre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Jose Daniel

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el art. 5.4 LOPJ . y art. 852 LECrim , por infracción del art. 24 CE . que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, a no sufrir indefensión, así como a la tutela judicial efectiva, el derecho a no confesarse culpable y el principio de legalidad y seguridad jurídica del art. 9.3 CE .

Se sostiene en el motivo que a la vista de la prueba practicada, tanto en fase de instrucción como en el acto del juicio oral, no ha quedado suficientemente acreditada la autoría de los hechos por parte de Jose Daniel , ya que no existe prueba objetiva y directa que venga a determinar que se dedicara al trafico de drogas y que permita enervar el principio de presunción de inocencia que ampara al mismo.

1) Como hemos dicho en SSTs. 484/2012 de 12.6 , 97/2010 de 10.2 , 1322/2009 de 30.12 , entre otras, nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta



la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe 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 de 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 de 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. 209/2004 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 . "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).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86 , 107/89 , 384/93 , 206/94m , 24/97 , 81/98 , 189/98 , 1/99 , 235/2002 , 300/2005 , 66/2006).

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de



inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Bien entendido que "en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum sea con una presunción iuris et de iure (por todas STC. 87/2001 de 2.4, FJ.8), y viene afirmando (STC. 8/2006 de 16.1 , FJ.2), que no cabe condenar a una persona sin que tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de la prueba indiciaria. Pues si bien el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho y la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba y no sobre su calificación jurídica, ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE . ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad (STC. 87/2001 de 2.4), esto es, como dice la STS. 724/2007 de 26.9 : "si el elemento subjetivo es tal que de él depende la existencia misma del hecho punible, debe entenderse que la presunción de inocencia exige la prueba de tal animo tendencial o finalista.

Por ello únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia "aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y por otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad" (SSTC. 33/2000 de 14.2 , 171/2000 de 26.6).

STS. 545/2010 de 5.6 , FJ. 1:"... ciertamente el elemento subjetivo del delito ha de quedar probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria, pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC. 127/90 de 5.7 , 87/2001 de 2.4 , 233/2005 de 26.9 , 8/2006 de 16.1 , 92/2006 de 27.3 , 91/2009 de 20.4). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que solo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revela el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC. 91/99 de 26.5 , 267/2005 de 24.10 , 8/2006 de 16.1)".

2) Por ello, hemos señalado igualmente, que a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar su pronunciamiento de condena, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que - como decíamos en STS 870/2008, de 16.12 y 791/2010, de 28.9 :

- a) los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas;
- b) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

Como se dijo en las SSTC. 135/2003 de 30.6 y 263/2005 de 24.10 , el control constitucional, de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria .*puede efectuarse tanto desde el canon de su **lógica o coherencia** (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su **suficiencia o carácter concluyente** , (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de intermediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.*

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998 partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es



directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente 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 o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... 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 si (SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4).

SEGUNDO: Pues bien la sentencia de instancia fundamentó la autoría de este recurrente por las testificales de los agentes de policía NUM014 , NUM015 y NUM016 que hicieron registros, vigilancias y oyeron las conversaciones telefónicas en el sentido de que cuando el coacusado Obdulio contactaba con supuestos compradores de droga, no disponía de droga, contactaba por teléfono o incluso personalmente con este recurrente, quien a su vez lo hacía con otro coacusado Alfredo , así como que Obdulio después de entrar en un portal de la CALLE003 , en la que tiene el domicilio Jose Daniel , sale del mismo con un paquete en la mano que se lleva a su casa, y al día siguiente las llamadas que recibe Obdulio las responde en el sentido de que ya tiene mercancía. Ello lo considera la Sala indicio suficiente para concretar que ambos se dedicaban al tráfico de drogas, lo que viene avalado por el registro efectuado en sus domicilios, interviniéndose en el de Jose Daniel , 0,46 gr y 0,86 grs de MDMA con riqueza de 54,72 y 54,24%, 0,4 gr de cocaína con pureza de 39,97% y 3,95 gr de cannabis sativa, sustancias valoradas en 137 E, y que el tribunal no entiende sean para el autoconsumo, al no existir prueba acreditativa de una dependencia del recurrente al consumo de drogas tóxicas o estupefacientes, y aunque las cantidades ocupadas sean módicas "son polivalentes en cuanto se encuentran hachís, cocaína y anfetaminas, lo que denota su tenencia para traficar".

En este punto el recurrente no cuestiona la posesión de estas sustancias sino que manifiesta que eran para su propio consumo y que la sentencia parte de una premisa errónea, cual es que no existe prueba acreditativa de su condición de consumidor, cuando el propio tribunal, por auto de aclaración de 18.12.2012 , completó el segundo párrafo de los hechos probados de la sentencia de 4.12.2012 , en el sentido de que " Jose Daniel entre 1 y 3 meses anteriores al 18.7.2012 era consumidor de metilendiosimetanfetamina y metilendiosianfetamina".

Con independencia de que tal condición de consumidor solo lo sería de una de las sustancias MDMA, la inferencia de la Sala de que este acusado se dedicaba al tráfico de drogas no lo es solo por las sustancias intervenidas -aún cuando si una persona no es consumidor de determinadas sustancias que se hallan en su domicilio, inferir de tal dato su destino al tráfico resulta lógica y racional, pues la tenencia de droga por un no adicto debe considerarse típica, dado que la misma no puede estar destinada al autoconsumo y es, en si misma, generadora del peligro abstracto de difusión de la droga que la norma quiere evitar (SSTC. 129/2000 de 8.2 , 207/2003 de 10.7), sino por el contenido de las conversaciones telefónicas que obran en las actuaciones y las testificales de los policías que efectuaron las vigilancias, siendo significativo que cuando el coacusado Obdulio -que se ha aquietado con su condena- carecía de droga contactaba por teléfono, e incluso personalmente con Jose Daniel quien, a su vez, lo hacía con el también acusado -y condenado- Alfredo , con quien contacta telefónicamente el 22.3.2012, y se citan sobre las 19,16 horas, aunque la policía los pierde de vista por las maniobras imprevistas de aceleración y cambio de carril, y especialmente relevante como ese mismo día la policía constató como sobre las 22,20 horas Obdulio entró en el portal de la CALLE003 en la que tiene su domicilio Jose Daniel , saliendo con un paquete en la mano que lleva a su casa, y al día siguiente las llamadas que recibe Obdulio las responde en el sentido de que ya tiene "mercancía". Inferir de ello que el contenido del paquete era sustancia estupefaciente no puede entenderse ilógico e irracional.

El recurrente cuestiona el resultado de aquellas vigilancias al no ocuparse sustancia alguna y el sentido incriminatorio de las conversaciones telefónicas, olvidando que se trata de pruebas personales sometidas a la intermediación del tribunal que las percibe y que la misión de esta Sala casacional es verificar que la valoración realizada por el Tribunal de instancia, no se aparta de las reglas de la lógica y no es, por tanto, irracional o arbitraria.

En este punto es necesario destacar que la droga constituye uno de los elementos del tipo objetivo previsto en el art. 368 CP . Sin embargo su existencia no siempre tiene que estar acreditada mediante un acto específico de intervención. No existe un catálogo cerrado de medios probatorios con idoneidad para acreditar la existencia del objeto del delito. Es indudable que en aquellas ocasiones en que la sustancia estupefaciente no haya podido ser incautada, la prudencia a la hora de valorar la concurrencia de la acción típica habrá de ser extremada por el órgano jurisdiccional. La imposibilidad real de comprobar específicamente la naturaleza del producto no excluye la existencia de otros elementos probatorios que permiten establecer el dato impugnado. Su



determinación a través de pruebas personales ha sido admitida, entre otras, en las SSTs. 585/2003 de 16.4 , 587/2003 de 16.4 , 322/2008 de 30.5 .

El hecho de que al recurrente no se le ocupara droga alguna no implica la imposibilidad de subsumir su conducta en el tipo penal del art. 368. La ocupación o la tenencia material no constituye elemento objetivo del delito, si actos anteriores de tráfico o favorecimiento están acreditados por otra prueba. La existencia de un objeto puede acreditarse tanto mediante su exhibición, que ciertamente sería lo ideal, como por otros medios de prueba, entre ellos, los de carácter personal, como es la testifical del agente policial (STS. 1126/2009 de 19.11).

En definitiva, la prueba de la existencia de droga en las operaciones en que no ha sido aprehendida materialmente, no es un obstáculo para afirmar su existencia sobre la base de otras pruebas que así lo puedan acreditar. En el caso, las conversaciones telefónicas y los desplazamientos de los acusados, permite deducir la naturaleza de la sustancia que constituiría el objeto de anteriores transacciones, aunque no llegaran a intervenirla materialmente (STS. 1090/2005 de 15.9).

Ahora bien en el caso concreto las mismas razones que llevaron al tribunal a quo a no aplicar a este acusado el subtipo agravado de notoria importancia por la cantidad de MDMA ocupada a Alfredo , ha de llevarnos, al no haberse ocupado en las vigilancias sustancia alguna, ni deducirse su naturaleza de las conversaciones telefónicas, a considerar, a favor del reo, que los hechos imputados a Jose Daniel constituyen un delito contra la salud pública referido a sustancias que no causan grave daño a la salud, al ser precisamente el hachís, entre las sustancias intervenidas en su domicilio, la de mayor entidad cuantitativa.

El motivo, por lo expuesto deberá ser estimado, con este concreto efecto.

TERCERO: El motivo segundo por infracción de ley, art. 849.1 LECrim . aplicación indebida del art. 368 CP . en cuanto plantea las mismas cuestiones que el motivo precedente -no se dan los elementos del tipo y nos encontramos ante meras suposiciones policiales, sin que en ninguna de las vigilancias llevadas a cabo por los agentes de policía se pudiera acreditar que el recurrente tuviera droga en su poder o entregara droga a una tercera persona, y en cuanto a la droga intervenida en su domicilio, al tratarse de cantidades escasas sin que se hayan intervenido otros elementos como básculas, recortes, no pueden llevar a precisar que el mismo se dedicaba al tráfico de drogas, máxime cuando la propia sentencia en auto de aclaración reconoció la concurrencia de la atenuante de toxicomanía -debe seguir la misma suerte estimatoria parcial- insistiéndose en que la no ocupación de droga en transacciones anteriores no implicaba imposibilidad de encuadrar su conducta en el tipo penal del art. 368, sustancia que no causa grave daño a la salud y precisándose que en contra de lo sustentado por el recurrente, el auto de aclaración de 18.12.2012 , no estima concurrente la atenuante de toxicomanía, sino que se limita a completar el hecho probado en el sentido de que " Jose Daniel entre 1 y 3 meses anteriores al 18 julio de 2012, era consumidor de *metilendioximetanfetamina* y *metilendioxiánfetamina*", sin que en la fundamentación jurídica se haga referencia alguna a la posible concurrencia de atenuación alguna.

RECURSO INTERPUESTO POR Alfredo

CUARTO: El motivo primero por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, regulada en el art. 24 CE , al amparo del art. 5.4 LOPJ , pues el tribunal a quo ha llegado a la inferencia de que la droga ocupada estaba destinada al tráfico, mediante presunciones en contra del reo y sin valorar debidamente los elementos de descargo.

El motivo se desestima.

Como hemos dicho en el mismo ordinal del recurso interpuesto por el anterior recurrente sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria, reiterando doctrina jurisprudencial (SSTs. 458/2009 de 13.4 , 131/2010 de 18.1 y 648/2013 de 18.7), no se trata en casación de formar otra convicción valorativa al no disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.



A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concorra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir 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 (SSTS 528/2007 ; 476/2006 ; 866/2005 ; 220/2004 ; 6/2003 ; 1171/2001).

QUINTO: En el caso analizado, la sentencia de instancia, fundamento jurídico segundo detalla la prueba de cargo que le lleva a la convicción de la autoría de Alfredo :

-Las testificales de los agentes de policía que hicieron los registros, vigilancias y oyeron las conversaciones telefónicas, nº NUM014 , NUM017 y NUM016 que constaban que, éste mantiene frecuentes conversaciones con el acusado Geronimo para concertar citas, acudiendo al encuentro ambos se introducen en el portal del nº NUM001 de la CALLE000 , saliendo Alfredo a los pocos minutos con una bolsa de plástico en la mano dirigiéndose al vehículo y abandonando la zona. A continuación Alfredo recibe llamadas de personas a las que antes les había dicho carecer de mercancía, a las que comunica que ya posee. Igualmente el día 27 de abril a las 21,26 horas Alfredo , después de mantener conversaciones con referencia al dinero contacta con Geronimo en un locutorio de la Calle Lastanosa, sin que se sepa qué hacen en él.

Este indicio se ve corroborado por la cantidad de droga que tenía a su disposición: en su domicilio 98,95 gr y 199,88 gr de MDMA, con pureza respectiva del 68,25 y 65,09%; en el hueco de los motores del limpiaparabrisas del SEAT Toledo-HTF , 205,39 grs. con riqueza de 12,18% de anfetamina o Speed, sustancia que el recurrente había ocultado y entregado al coacusado Arsenio ; y en el domicilio del coacusado Luis Andrés , 503,1, 983,82, 977,66, y 964,33 grs. de anfetamina con una riqueza de 16,68, 14,01, 15'51 y 14.59% respectivamente, 2 plantas de cannabis sativa que pesaban 538,6 gramos y 257,39 gramos, con 17,93 y 7,6 1% de riqueza, y 5,24 grs de 12,26% de riqueza, así como 84,35 y 9,38 gr de cocaína con riqueza de 51,06 y 56,21%, dentro de una caja fuerte.

Que el acusado tenía a su disposición estas últimas sustancias intervenidas en el domicilio de Luis Andrés , se deduce de la declaración de este último, declaración de coimputado que se ve corroborada por el dato de que Alfredo tenía llave del domicilio, estuvo presente en el registro practicado e incluso abrió la caja fuerte en la que se encontraba la cocaína, y el juicio de inferencia del Tribunal de que por la variedad y cantidades de droga intervenidas, estaban destinadas al tráfico debe considerarse racional y lógica y conforme con las máximas de experiencia.

SEXTO: El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de los arts. 368 y 369 CP .

Se sostiene en síntesis que no existe prueba de la venta o distribución de estupefacientes a terceras personas y que el recurrente es consumidor de las mismas. Y tampoco concurren los requisitos del subtipo agravado de notoria importancia, art. 369.1.5, pues las cantidades intervenidas en su domicilio e incluso sumadas a las halladas en el SEAT Toledo-HTF no superan los parámetros jurisprudenciales de la notoria importancia, al no estar acreditado que la droga incautada en el domicilio de Luis Andrés fuese del recurrente.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.



La vía casacional del art. 849.1 LECrim ., dicho en STS. 210/2012 de 15.3 parte de la intangibilidad de los hechos declarados probados que han de ser respetados en su integridad, pues por este cauce sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre esos hechos predeterminados que han de ser fijados al efectos por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr ., error en la apreciación de la prueba o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECr .y 5.4 LOPJ .

En efecto -como se dice en la STS 121/2008, de 26-2 - el recurso de casación cuanto se articula por la vía del art. 849.1 LECr ., ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el tribunal de instancia, por no constituir ni una apelación ni una versión de la prueba. Se trata de un motivo de carácter sustantivo penal, cuyo objeto es el enfoque jurídico que a unos hechos dados ya inalterables, se pretende aplicar en discordancia con el tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los motivos por estas vía, se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, y que el ámbito propio de este motivo queda limitado al control de la juridicidad o sea, que lo único que en él se puede discutir, es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurso no puede salirse del contenido del hecho probado.

Siendo así la sentencia recurrida declara como probado que " Alfredo mantiene frecuentes conversaciones con el acusado Geronimo para concretar citas,.., el día 12 de abril sobre las 20,43, quedan en recogerlo, acudiendo a la cita en el coche-KHR conducido por Alfredo , ... se introducen en el portal del n° NUM001 de la CALLE000 , saliendo Alfredo a los pocos minutos con una bolsa de plástico en la mano dirigiéndose al vehículo y abandonando la zona, A continuación Alfredo recibe llamadas de personas a las que antes les había dicho carecer de mercancía, a las que comunica que ya posee".

Se declara probado en la sentencia que "También a través de esas intervenciones telefónicas se averiguó que el lugar de almacenamiento de las drogas era el domicilio del acusado Luis Andrés , ubicado en la CALLE001 NUM002 , NUM003 NUM004 , del cual Alfredo tenía también llaves, donde se estableció un sistema de vigilancia ". Y que la sentencia al reseñar su incautación en el registro realizado en dicho domicilio declara que eran propiedad de Alfredo " .

Además la sentencia recurrida declara probado, que "En la madrugada del día 31 de mayo de 2012 la policía comprobó cómo llegaban al garaje de la CALLE001 n° NUM002 , dos vehículos un Fiat matricula-ZNY , conducido por el acusado Alfredo , seguido de un SEAT Toledo matricida-HTF ocupado por los acusados Arsenio y conducido por Eladio En el interior del garaje Alfredo había ocultado en el motor limpiaparabrisas un paquete... Arsenio ... indicó a los agentes que en el vehículo que viajaban, el acusado Alfredo había ocultado un paquete de droga".

"Sobre las 8,50 horas del día 31 de mayo se detuvo al acusado Alfredo y traslado al lugar donde se encontraba el vehículo SEAT Toledo-HTF que ocupaban Arsenio y Eladio , se recuperó oculta en el hueco de los motores del limpiaparabrisas, de donde aquel la sacó personalmente, resultando ser una bola de 205, 39 grs. con riqueza de 12,18% de anfetamina o speed recubierta con cinta aislante negra..."

Estos hechos, junto con la incautación de la droga en los domicilios del acusado Luis Andrés , es decir, las 4 bolsas de plástico de peso 503,1, 983,82,, 977,66 y 964,33 grs., de anfetamina con una riqueza de 16,68, 14,01, 15,51 y 14,59%, 84,35", junto con los recortes de bolsas de plástico y las balanzas intervenidas, que la sentencia declara probado que "eran propiedad de Alfredo ", y en el domicilio de Alfredo en la AVENIDA000 NUM009 , NUM005 , es decir, los "9,38 gr., de cocaína con riqueza de 51,06 y 56,21%, así como 1 bote y 1 bolsa que contenían 98,38 gr. y 199,88 gr. de MDMA", demuestran que los hechos son constitutivos del un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, del artículo 368, y en cantidad de notoria importancia del artículo 369.1.5°, dado que la cantidad total, reducida a pureza, de la sustancia Speed aprehendida, ascendió a 514,08 gramos, cantidad superior a la fijada en el Pleno de esta Sala de 19.10.2001, en el que para fijar la cantidad de notoria importancia parte de las cifras que cuantifican el consumo diario de un consumidor medio y a partir de ahí fijarla en atención a la cantidad de droga que permita abastecer un mercado importante -50 consumidores,, durante un periodo relevante de tiempo 10 días- se obtiene así la cifra de 500 dosis de consumo diario, aplicable a todas las drogas, que equivalen en el MDMA a 240 gramos de droga pura (SSTS. 379/2007 de 10.5 , 61/2003 de 25.1).

SEPTIMO: El motivo tercero por infracción de Ley por error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECrim .

Alega el recurrente que ninguno de los indicios que han sido tomados en cuenta por el tribunal a quo - conversaciones telefónicas, vigilancias y cantidad de droga- gozan de la suficiente entidad e idoneidad como para servir de justificación a la condena impuesta.



El motivo deviene inadmisibile.

Como hemos dicho en reciente STS. 539/2013 de 27.6, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entro otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 , es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados " *literosuficientes* " o " *autosuficientes* ", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim . como expone la S.T.S. de 14/10/99 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y " *literosuficiente* " capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediatez en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediatez.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02 , la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96 , 11.11.97 , 24.7.98).

Por ello el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 26.2.2008 , 30.9.2005), por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes. Y esta trascendencia o relevancia se proyecta, en definitiva, sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que en cualquiera de ambos casos, la subsunción de la sentencia sometida a recurso queda privada del necesario soporte fáctico.



Por ello han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del factum derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del factum, que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Previsiones todas omitidas por el recurrente que se limitar a dar por reproducidos los razonamientos expuestos en los motivos primero y segundo, lo que ha de llevar indeclinablemente a la desestimación del motivo.

RECURSO INTERPUESTO POR Cornelio

OCTAVO: El motivo primero por vía del art. 5.4 LOPJ . y del art. 852 LECrim . por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, art. 24.2 CE . dado que la sentencia impugnada se base en la prueba de las escuchas telefónicas y en la droga ocupada al recurrente, cuando ésta, hachís, no es sustancia que causa grave daño a la salud, -delito por el que ha sido condenado- y estaba destinada al consumo propio de Cornelio , conjuntamente con varios amigos.

1) Retomando lo ya argumentado en los motivos articulados por los anteriores recurrentes por la misma vía casacional, cuando se denuncia ante esta Sala la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el ámbito de su control se concreta en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

-En primer lugar, debe analizar **el juicio de 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, intermediación, 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 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.

2) Asimismo esta Sala ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida a partir de la prueba indiciaria, siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseveridad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim . la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE .

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas



de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc . "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del como se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE . los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim . (SSTS 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho- consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004 , es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aún cuando ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Organo judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatar que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

NOVENO: En el caso analizado la sentencia de instancia considera a este recurrente responsable en concepto de autor del delito de tráfico de drogas **que causan grave daño a la salud**, previsto y penado en el art. 368 CP , a partir de las testimoniales de los agentes de policía NUM014 , NUM017 y NUM016 , que hicieron registros, vigilancias y oyeron las conversaciones telefónicas, que constatan que Alfredo mantiene frecuentes conversaciones con el acusado Geronimo para concertar citas; de ellas tiene conocimiento Cornelio , y así el día 10-4-2012 después de hablar aquellos a las 13,05 horas para quedar, a las 13,41 horas, este llama a Alfredo quien le dice que ha quedado; al día siguiente, este con su coche recoge a Cornelio y tras dar varias vueltas por el Picarral, aparcan el coche introduciéndose en el domicilio de Cornelio , donde contactan telefónicamente Geronimo y Alfredo , recriminándole no haberse encontrado, por lo que quedan para el día siguiente, en el que recibe este una nueva llamada retrasando la cita hasta las 20,30 horas, conversación de la que a continuación es informado Cornelio ; a través de otra llamada del día 12 sobre las 20,43 horas, quedan en recogerlo, acudiendo a la cita en el coche-KHR conducido por Alfredo y como copiloto Cornelio se detienen a la altura de Geronimo quien sube en la parte trasera, después de dar una vuelta este se apea y



tomando precauciones por si es seguido, se introduce en el portal del nº NUM001 de la CALLE000, lugar al que también accede Alfredo, saliendo a los pocos minutos con una bolsa de plástico en la mano dirigiéndose al vehículo y abandonando la zona. A continuación Alfredo recibe llamadas de personas a las que antes les había dicho carecer de mercancía, a las que comunica que ya posee; el día 26, Cornelio manifiesta a Alfredo que al estar dos semanas fuera no ha podido quedar con nadie, y el día 28 hablan de recaudación, y de estas citas y acompañamientos considera el tribunal a quo que Cornelio, "tenía conocimiento de los movimientos de Alfredo y de una u otra forma colaboraba con él favoreciendo de tal guisa el tráfico de drogas".

Ciertamente inferir del simple acompañamiento a uno de los coacusados a citas con otras personas -en las que la policía no pudo constatar el intercambio de sustancias estupefacientes- que el recurrente colaboraba -sin especificar de qué manera- en el tráfico de drogas de Alfredo, es una inferencia equívoca y admite otras alternativas mucho más favorables para el acusado, pues como pone de manifiesto el recurrente tales datos no llevan inequívocamente a una conclusión como la extraída por la Audiencia, de que éste colaboraba en el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, máxime cuando la incautación de droga en su domicilio, lo fue de hachís, sustancia que no causa ese grave daño.

En efecto, de una parte, no es delictivo conocer la existencia de droga adquirida por otros (STS. 3/2008), y de otra el término "colaborar" tiene un significado tan amplio que no permite conocer, en la forma absolutamente precisa para una posible condena penal, en qué consistía su colaboración con el otro acusado -con la posibilidad, por tanto, de que tal colaboración pudiera ser penalmente irrelevante, de escasa relevancia o especialmente relevante-, lo cual hace imposible una calificación jurídicamente aceptable de una conducta tan imprecisamente definida. Sin conocer en qué consistió dicha conducta, es patente que no puede ser calificada jurídicamente, ni, por tanto, ser objeto de una condena penal (STS. 47/2008 de 21.1).

En consecuencia el motivo debe ser estimado en el sentido de que no existe suficiente prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia en el extremo de la participación de este recurrente en un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud.

DECIMO: Cuestión distinta es si la incautación en su domicilio de 7 tabletas de hachís con un peso de 680 gramos y un valor de 3.712 euros puede constituir un delito contra la salud pública **de sustancias que no causan grave daño a la salud**, lo que igualmente, constituye el **motivo segundo amparado en el art. 849.1 LECrim . por infracción de precepto penal de carácter sustantivo**, dado que su destino al tráfico no se deriva de lo hechos probados, haciendo uso de una lógica puramente inductiva de meros hechos, indicios y circunstancias aisladas, con la suficiente exclusión de tesis alternativas, y por el contrario, es razonable establecer que aquel destino era el consumo por el acusado junto con varios amigos en condiciones penalmente atípicas.

Tesis exculpatoria que no puede ser acogida.

1) La jurisprudencia tiene declarado que el ser consumidor no excluye de manera absoluta el propósito de traficar (STS. 384/2005 de 11.3), y aún en los casos de que el tenedor de la sustancia estupefaciente sea consumidor, debe ponderarse en la medida en que la droga aprehendida exceda de las previsiones de un consumo normal, y así ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor durante 10 días. Y en el caso de hechos partiendo de un consumo medio diario de 5 gramos, se estima en 50 gramos la cantidad a partir de la cual la posesión de hachís ha de entenderse destinada al tráfico (SSTS. 281/2003 de 1.10 , 947/2007 de 12.11) cantidad que algunas sentencias elevan hasta 100 gramos (SSTS. 403/2000 de 15.3 , 1167/99 de 6.7).

En el caso presente la cantidad de hachís intervenida distribuida en 7 tabletas, ascendió a 680 gramos, cantidad que supera ampliamente aquellos límites.

La pretensión del recurrente de que como el hachís tenía una riqueza del 10,21 %, ello supondría un peso neto de 69,64 gramos que podría entenderse destinada al propio consumo compartido con otras personas, deviene inaceptable.

En efecto, tratándose de hachís -hemos dicho en SSTS. 111/2010 de 24.2 , 581/2011 de 14.6), es totalmente irrelevante la determinación de la pureza de la droga, pues tanto el hachís, como la grifa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en las que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta, -sin necesidad de proceso químico (se obtiene por el secado y prensado del cannabis)- de cuya composición forma parte en mayor o menor proporción según la calidad del cultivo, zona agrícola de procedencia y otras variables naturales, sin que quepa variar su composición congénita, en la que la proporción de sustancia activa o tetrahidrocanabinol oscila en función de aquellas variables entre un 2% y un 10%. Por ello mismo, y como ya se decía en las SSTS de 15.3.2000 , 6.11.2000 , 11 y 18.3.2002 , 24.10.2002 , 9.10.2004 , a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, por lo que su composición inicial se ve alterada



al ser mezclada con otros aditivos, los derivados del cáñamo índico son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa de tetrahidrocannabinol (THC) en estado puro nunca se obtiene en su totalidad en las platas o derivados.

Razón por la cual esta Sala ha establecido los límites mínimos para no estimar destinada al autoconsumo o para apreciar la agravante específica del art. 369.1.5 CP, no en consideración de la sustancia activa de cada uno de los derivados del cannabis (hachís, marihuana, grifa, aceite), sino en el peso bruto de la sustancia cualquiera que fuese su grado de concentración. Sin perjuicio y como quiera que la concentración de tetrahidrocannabinol es creciente según se trate de grifa, marihuana, hachís o aceite, la jurisprudencia ha establecido el límite mínimo a partir del que se debe apreciar la notoria importancia en función del peso de cada una de esas modalidades de presentación; fijándose en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.10.2001, que para la concreción de esta agravante habrá de tenerse la sustancia o base tóxica, esto es, reducida a pureza **con la salvedad del hachís y sus derivados**.

2) Asimismo ha de rechazarse su afirmación relativa a un consumo compartido.

En efecto hemos de partir de la doctrina de esta Sala SSTs. 38/2013 de 31.1, 888/2012 de 22.11, 669/2012 de 25.7, 171/2010 de 10.3, 1081/2009 de 11.11, 357/2009 de 3.4, 1254/2006 de 2.12, doctrina que amplía la falta de punición de la tenencia para autoconsumo individual a algunos otros de autoconsumo en grupo, ante la presencia de casos en que, particularmente jóvenes se reúnen para compartir la droga que han adquirido con el dinero de todos, ha venido también requiriendo para reputar atípica esa conducta consistente en el consumo conjunto por diversas personas, que concurren las siguientes circunstancias (SSTs. 376/2000 de 8.3, 1969/2002 de 27.11, 286/2004 de 8.3 y 378/2006 de 31.1):

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero, 3 de marzo de 1995, veinte de julio de 1999, 13 de diciembre de 2001, si bien las sentencias 286/2004 de 8.3 y 408/2005 de 23., amplían el concepto y reputan adictos a los consumidores habituales de fin de semana, singularmente en los casos de drogas sintéticas (MDMA, MDA) en los que el patrón de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos. En este sentido la STS. 718/2006 de 30.6, recuerda que ha de tenerse en cuenta que la condición del consumidor esporádico de fin de semana es la más típica y usual de los casos de consumo compartido.

En efecto que la exigencia de que el grupo de consumidores hayan de ser adictos, entendiendo esta palabra como drogodependientes no es exacta en la jurisprudencia de esta Sala y debe ser matizado, interpretándose "adicto" como consumidor de fin de semana, un patrón de uso que no exige la condición de drogadicto (SSTs. 237/2003 de 17.2, y 983/2000 de 30.5).

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente.

La referencia a <lugar cerrado> es frecuente en la jurisprudencia (SS. de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995).

c) La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser <insignificante> como correspondiente a un normal y esporádico consumo (sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995).

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

e) Ha de tratarse de un consumo <inmediato> de las sustancias adquiridas (sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995) y sin contraprestación especulativa de las sustancias adquiridas al efecto (SSTs. 16.6.97 y 15.1.98).

Bien entendido que esta Sala (STS. 718/2006 de 30.6), partiendo de la concepción de los delitos contra la salud pública, como de infracciones de peligro en abstracto, tiene establecido que pueden existir supuestos en los que no objetivándose tal peligro se estaría en una conducta atípica, evitándose con ello una penalización *sic et simpliciter*, que pudiera tener efectos criminógenos y en la que no estuviese comprometido el bien jurídico que tales delitos tratan de defender, habiéndose señalado como indicadores que abonarían tal atipicidad, los acabados de exponer, en los que se trata de verificar si en el presente caso se está en un supuesto de



los comprendidos en la doctrina de la Sala expuesta, debiendo añadirse que en todo caso, los indicadores citados deben de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, ya que no debe olvidarse que todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado y que lo relevante es si del análisis del supuesto se objetiva o no una vocación de tráfico y por tanto un riesgo para la salud de terceros. Cada uno de los requisitos que se establecen para la declaración de concurrencia no pueden ser examinados en su estricto contenido formal, a manera de test de concurrencia pues lo relevante es que ese consumo sea realizado sin ostentación, sin promoción del consumo, y entre consumidores que lo encarguen, para determinar si por la cantidad puede establecerse un razonado juicio de inferencia de estar destinada al tráfico o de consumición entre los partícipes en la adquisición.

En el caso presente no puede admitirse la aplicación de la doctrina del consumo compartido ante la ausencia de prueba alguna, más allá de la propia y lógicamente interesada palabra del acusado, máxime teniendo en cuenta la excepcionalidad de la atipicidad del consumo compartido y que su impunidad no puede ser reconocida con suma cautela (SSTS. 2023/2002 de 9.12 , 502/200004 de 15.4, 234/2006 de 2.3 , 29/2009 de 19.1). Por ello, toda circunstancia o situación impeditiva que excluyan la aplicación del tipo penal debe quedar rigurosamente acreditado, de manera que cuando estén conformados por la concurrencia de varios elementos, todos ellos habrán de serlo.

DECIMO PRIMERO: El motivo tercero por vía del art. 849.2 LECrim , infracción de Ley al existir error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos que evidencian el error del juzgador, sin estar contradichos por otros elementos probatorios.

Dado que el recurrente da por reproducidos los argumentos esgrimidos en el motivo primero, articulado por vulneración de la presunción de inocencia, nos remitimos a lo ya razonado en orden a su parcial estimación, considerando la actividad del recurrente subsumible en el art. 368 CP . sustancias que "no causan grave daño a la salud".

RECURSO INTERPUESTO POR Geronimo

DECIMO SEGUNDO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional por la vía del art. 5.4 LOPJ , principio constitucional de presunción de inocencia, art. 24.2 CE , por no existir actividad probatoria suficiente para desvirtuar dicho principio.

Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en relación a los anteriores recurrentes sobre el alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el motivo es similar al articulado por el recurrente Cornelio por cuanto la Sala de instancia para fundamentar la autoría y participación de Geronimo en el delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud, valora como prueba la misma vigilancia policial sobre la cita con Alfredo y Cornelio del día 12.4.2012, sobre las 20,43 horas, que le sirvió de base para la condena de éste último, añadiendo solo que en días posteriores Geronimo reclamó dinero a Alfredo quien el día 27.4, a las 21,26 horas contacta con aquel en un locutorio de la calle Castanosa, a cuya puerta vigila un tercero, sin que se vea qué hacia en el, y que a pesar de tales contactos de este acusado en su declaración instructora negó conocer a Alfredo y a Cornelio , si bien en el juicio admitió que a éste lo vio un día con aquél.

Por último destaca la droga incautada en poder de Geronimo al ser detenido el 6.6.2012, 7 placas de hachís con un peso de 681,93 gramos y riqueza del 12,97%.

Inferir de éstos datos que el recurrente participaba en el delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud es una inferencia excesivamente abierta, por cuanto en la cita del 12.4, como ya se ha indicado en el recurso de Cornelio , los agentes iintervinientes pusieron de manifiesto que no presenciaron directamente ni la entrega ni comprobaron el contenido de la bolsa de plástico, por lo que inferir de ello que Geronimo entregó a otro los coacusados sustancia estupefaciente -cuya naturaleza se desconoce- constituye una mera hipótesis o sospecha carente e corroboración objetiva.

Y en relación al seguimiento del 27.4.2012, en un locutorio de la calle Lastanosa, la afirmación de la sentencia de que puede deducirse que se efectuó un pago relacionado con sustancias estupefacientes, no pasa de ser una mera hipótesis o creencia no acreditada por pruebas objetivas, e incluso en contradicción con los propios hechos probados que se limitan a recoger que "el día 27 de abril, a las 21,26 horas Alfredo contacta con Geronimo en un locutorio de la calle Lastanosa **sin que sepa que hacían en él**".

Consecuentemente no ha existido actividad probatoria de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de Geronimo en cuanto a su participación en un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia que causan grave daño a la salud.



El motivo, por lo expuesto, debe ser estimado con este alcance, sin perjuicio de que la ocupación en su poder de 7 tabletas de hachís con un peso de 681,93 gr. y pureza de 12,97%, pueda subsumirse en un delito contra la salud pública, sustancia que no causa grave daño a la salud, al poderse inferir su destino a terceras personas, tal como el propio recurrente viene admitir en este motivo y en el cuarto por la vía **del número 1 del art. 849 LECrim**, al entender que debió aplicarse en relación a este recurrente el art. 368.1 CP, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud.

DECIMO TERCERO: El motivo segundo por la vía del art. 849.2 LECrim . al existir error en la apreciación de la prueba, pues de lo documentos que obran en autos se demuestra la equivocación del tribunal de instancia, documentos que no están contradichos por otros elementos probatorios.

Así se señala que obra aportado al inicio del juicio oral Informe emitido por el Director de Programas de la Fundación Centro de Solidaridad de Zaragoza de 12.11.2012, que acredita que el recurrente ha iniciado un tratamiento de rehabilitación de manera ambulatoria con entrevistas individualizadas, por lo que la sentencia de instancia debió haber admitido la atenuante analógica propuesta, alternativamente, en trámite de conclusiones, art. 21.7, en relación con los arts. 21.2 y 20.2 CP .

El motivo se desestima.

Debemos recordar STS. 224/2005 de 24.2 que la invocación de este motivo exige para su admisibilidad la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.
- 2) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en sentido preciso que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la sTS. 10.11.95 en lo que se precisa por tal "... aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originador o producidos fuera de la causa e incorporadas a la misma ...". Quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal, aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y Acta del Plenario, entre otras.

La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental -y solo ésta- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador.

- 3) Que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que cabe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como litero-suficiencia.

- 4) Que a su vez ese dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros documentos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras, y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim .

- 5) Por último, es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el Fallo y no contra los elementos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo (ssTS. 22.9.92 , 21.11.96 , 11.11.97 , 24.7.98).

A los anteriores debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo, art. 855 LECrim . Esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización.

En el caso presente el documento designado no tiene carácter documental, ni fue ratificado en el juicio oral, al limitarse el firmante del informe que el acusado acudió al Centro "manifestando tener un problema e adicción a tóxicos, principalmente cannabis y alcohol y demandando ayuda para superar esta situación", pero sin señalar en que forma esa adicción incide en el momento y voluntad del agente y en su capacidad de culpabilidad.

DECIMO CUARTO: El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por inaplicación de la atenuante analógica de drogadicción 7 art. 21 CP , en relación con el nº 2 art. 21 y nº 2 art. 20 CP .

El motivo se desestima.



1) En relación a la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, hemos dicho en SSTs. 38/2013, de 31.1 , 347/2012 de 2 5.4 , 312/2011 de 29.4 , 11/2010 de 24.2 , que según la Organización Mundial de la Salud, por droga ha de entenderse "cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

1º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).

2º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).

3º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como "el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética", y la dependencia como "el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma".

En cuanto a su incidencia en la responsabilidad penal hemos dicho en sentencias de esta Sala 16/2009 de 27.1 ; 672/2007 de 19.7 ; 145/2007 de 28.2 ; 1071/2006 de 9.11 , 282/2004 de 1.4 , las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, (arts. 20.2 y 21.1 CP), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal , propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º.

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarles del siguiente modo:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a') que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y

b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre , ya declaró que "no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto". Cierto es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS. 21.12.99), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las "acciones liberae in causa").

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto



grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999 , hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

A) Pues bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS. 21/2005 de 19.1).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal , cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuricidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1ª CP).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

C) Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP , se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

Las SSTs. 22.5.98 y 5.6.2003 , insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP . es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla (SSTs. 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (STS. 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP . y su correlativa atenuante 21.1 CP , en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La STS. de 28.5.2000 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS. 817/2006 de 26.7 , recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo



en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTS. 30.5.91 , y en igual sentido 147/98 de 26.3, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es mas bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, mas bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 CP .

Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS. 27.9.99 y 5.5.98 , que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones SSTS 16.10.00 , 6.2 , 6.3 y 25.4.01 , 19.6 y 12.7.02).

En la STS. 21.3.01 se señala que aunque la atenuante de drogadicción ha sido en ciertos aspectos "objetivada" en el nuevo CP, no cabe prescindir de que la actuación del culpable sea causada, aunque solo sea ab initio, por su adición grave el consumo de droga.

La citada doctrina no es sino afirmación del reiterado criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen (SSTS 15.9.98 , 17.9.98 , 19.12.98 , 29.11.99 , 23.4.2001 , STS. 2.2.200, que cita STS. 6.10.98 , en igual línea SSTS. 21.1.2002 , 2.7.2002 , 4.11.2002 y 20.5.2003 , que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio in dubio pro reo.

2) En el caso presente lo único que podría entenderse acreditado es esa invocada adicción al alcohol y al cannabis, pero sin embargo, más allá de sus imprecisas y genéricas manifestaciones, no se conoce respecto al recurrente su consumo real ni la incidencia en sus capacidades volitiva y cognoscitivas en las fechas de los hechos.

Por tanto la ofensa al bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, impulsado por la adicción a las drogas o el deterioro psicosomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del SSTS. 201/2008 , de 28 - 4 , y 457/2007, de 12-6 , ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquellas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece (STS 28/2004, de 1-3). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente incompleta, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del art. 21.2 CP , a saber su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado.

Como recuerdan las SSTS 343/2003, de 7-3 y 507/2010, de 21-5 , lo característico de la drogadicción a efectos penales es la relación funcional con el delito, es decir, que actúe como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto activo impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y conecta al hecho delictivo, hace para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo continuar con sus costumbres e inclinaciones, no bastando por ello, con la mera condición de consumidor de sustancias estupefacientes, aunque el consumo sea habitual.

Por todo ello, todo apunta a que la aplicación de la atenuación de Geronimo supondría conferir a aquélla un carácter puramente objetivo, ligado a la simple constatación de la presencia de droga en el organismo, al



margen de su verdadera influencia en la capacidad de culpabilidad, propugnándose así una concepción de la atenuación de aplicación aritmética, ligada al segmento de la población que en uno u otro momento ha podido tener contacto con alguna sustancia estupefaciente. Y ello implica, desde luego, apartar la atenuación del fundamento que le es propio.

DECIMO QUINTO: El motivo cuarto por la vía del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art. 368.1 en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, estimando que, en atención a los hechos objeto de procedimiento y declarados probados, debió aplicarse en relación a Geronimo el art. 368.1 CP . en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud.

El motivo, tal como se ha explicitado en el motivo primero, debe ser estimado. Excluida la comunicabilidad del tipo delictivo de las sustancias que causan grave daño a la salud, la detención de este recurrente, cuando llevaba consigo una bolsa con 7 placas de hachís con un peso de 681,93 gramos y una riqueza del 12,97%, permite inferir, por la cantidad intervenida, su destino al tráfico.

DECIMO SEXTO: El motivo quinto por la vía del art. 849.1 LECrim . infracción de Ley, al haberse condenado al recurrente la pena de multa de 8.000 E, con 1 día de responsabilidad subsidiaria por cada 100 E no pagados, pronunciamiento que entra en contradicción con los razonamientos jurídicos esgrimidos en el fundamento derecho 14, al imponer en la parte dispositiva esa multa de 8.000 E, cuando, teniendo en cuenta las multas impuestas al resto de los acusados, particularmente la multa fijada para Cornelio , 4.000 E, cuyo punto de partida para su determinación era idéntico que el del recurrente, en cuanto que la valoración económica de la droga incautada a aquel, era la misma que la droga incautada a Geronimo , 3.712 E, por lo que la multa impuesta a este último debió ser la misma que a aquél, 4.000 E.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

Ciertamente, las penas correspondientes al delito del art. 368 CP , en relación a la multa aquel precepto prevé en los casos de sustancias que causan grave daño a la salud, la del tanto al triple, esto es, en el caso presente de 3.712 E a 11.136 E, estando la impuesta, 8.000 E, dentro de ese limite, teniendo en cuenta que en su concreta determinación el art. 52.2 prevé su imposición dentro de los limites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias agravantes y atenuantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.

No obstante lo anterior al haberse estimado los motivos 1º y 4º y siendo los hechos subsumibles en el art. 368 CP , pero en el supuesto de sustancias que no causan grave daño a la salud, la pena prevista es del tanto al duplo, esto es, 3.712 a 7.424 E, por lo que la impuesta, 8.000 E, excede del máximo imponible y deberá ser corregida por esta Sala en la segunda sentencia que se dicte.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de casación**, interpuestos por Jose Daniel , Cornelio y Geronimo , contra sentencia de 4 de diciembre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera , que les condenó como autores de un delito contra la salud pública, de sustancias que no causan grave daño a la salud, declarando de oficio las costas de los recursos; y que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso interpuesto por Alfredo** contra la mencionada sentencia; y en su virtud CASAMOS Y ANULAMOS referida resolución, dictando a continuación nueva sentencia más acorde a derecho, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación 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. Candido Conde-Pumpido Touron D. Perfecto Andres Ibañez D. **Francisco Monterde Ferrer** D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza, con el número 36 de 2012, y seguida ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 1ª por delito contra la salud pública, contra:



- Jose Daniel , nacido en Zaragoza el NUM018 de 1991, con D.N.I. NUM019 , hijo de José Antonio y de Amparo, domiciliado en Zaragoza, de estado soltero, de profesión seguridad y relaciones públicas, con instrucción, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad por esta causa de la que estuvo privado del 31-5- 2012 al 2-6-2012.
- Alfredo , nacido en Zaragoza el NUM020 de 1989, con DNI. NUM021 hijo de Pedro y de Elisa, domiciliado en Zaragoza, de estado soltero, de profesión electromecánico, con instrucción, con antecedentes penales, insolvente y en prisión por esta causa desde el 31-5-2012.
- Cornelio , nacido en Zaragoza el NUM022 de 1987, con D.N.I. nº NUM023 , hijo de Carlos y de M^a Elena, domiciliado en Zaragoza, de estado soltero, de profesión discjockey, con instrucción, con antecedentes penales, insolvente y en libertad por esta causa de la que estuvo privado del 31-5-2012 al 2-6- 2012.
- Geronimo , nacido en El Malha El Baire Feihala (Marruecos) el NUM024 de 1972, con D.N.I. nº NUM025 , hijo de Abselam y de Fátima, domiciliado en Zaragoza, de estado casado, de profesión escayolista, con instrucción, insolvente y en libertad por esta causa de la que estuvo privado del 6-6-2012 al 8-6-2012; 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. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente los hechos probados constituyen respecto a Jose Daniel , Cornelio y Geronimo un delito contra la salud pública, sustancia que no causa grave daño a la salud.

Segundo.- En orden a la necesaria individualización de la pena en el nuevo marco penológico del art. 368: 1 a 3 años prisión y multa del tanto al duplo, las penas que la Sala consideren adecuadas conforme a las reglas del art. 66 CP . serían:

- Jose Daniel , ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, circunstancias personales y la escasa gravedad del hecho por ínfima cantidad de hachís que le fue ocupada, menos de 4 gramos, valorados en 23 E, la de 1 año y 3 meses prisión con 30 E multa y 1 día responsabilidad personal subsidiaria, caso impago.
- Cornelio , ante su carencia de antecedentes penales valorables a efectos de reincidencia y la cantidad de droga intervenida 680 gramos hachís valorados en 3.712 E, la de 1 año y 6 meses prisión y 4.000 E multa.
- Geronimo al concurrir la agravante de reincidencia y ser la cantidad de hachís ocupada 681,93 gramos con valor de 3.712, la de 2 años y 1 día prisión y 6.000 E multa.

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera de 4 diciembre 2012 , debemos condenar a:

- Jose Daniel como autor de un delito contra la salud pública, sustancia que no causa grave daño a la salud, sin circunstancias modificativas a las penas de 1 año y 3 meses prisión, con multa de 30 E y responsabilidad personal subsidiaria de 1 día caso impago.
- Cornelio como autor del mismo delito sin circunstancias modificativas a las penas de 1 año y 6 meses prisión y 4.000 E multa, con 1 día responsabilidad subsidiaria por cada 100 euros no pagados.
- Geronimo como autor del mismo delito concurriendo la agravante reincidencia 2 años y 1 día prisión y 6.000 E multa con 100 E responsabilidad personal subsidiaria por 100 E no pagados.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Perfecto Andres Ibañez D. **Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Antonio del Moral 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 Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ