

Roj: **STS 5441/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5441**Id Cendoj: **28079120012013100844**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/11/2013**Nº de Recurso: **35/2013**Nº de Resolución: **852/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Noviembre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de los acusados Jacobo , Justiniano y Luciano , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Primera) de fecha 13 de noviembre de 2012 en causa seguida contra Mariola , Jacobo ; Justiniano ; Luciano y Modesta , por delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y los recurrentes representados por la procuradora doña Olga Romojaro Casado. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de instrucción nº 9 de Zaragoza, incoó diligencias previas procedimiento abreviado núm. 5267/2011, contra Mariola , Jacobo ; Justiniano ; Luciano y Modesta y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera rollo de Sala nº 32/2012 que, con fecha 13 de noviembre de 2012, dictó sentencia núm. 309/2012 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

*"Como consecuencia de informaciones recibidas por la policía judicial, se tuvo conocimiento de que en el Bar sito en la calle de la Universidad 3, regentado por la acusada Mariola a la que ayudaba trabajando en ocasiones en la cocina, el también acusado Jacobo , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, se realizaba venta de sustancias estupefacientes.*

*En estas vigilancias se constató la presencia en el bar de la también acusada Modesta , madre de la anterior, y también de los acusados Justiniano y Luciano , todos ellos mayores de edad, sin antecedentes penales; y a sí (sic) mismo como estos dos últimos mantienen contactos con numerosas personas que acuden al local.*

*El día 2 de noviembre 2011, los policías nacionales con carnet profesional NUM000 , NUM001 y NUM002 , que tenían establecido un dispositivo de vigilancia en las proximidades del bar Universidad, observan sobre las 20,50 horas cómo una pareja de jóvenes contacta con Luciano , y tras mantener éste una conversación con Jacobo , se introducen en el bar y posteriormente éste le da un pequeño objeto a Luciano quien se lo entrega en la terraza al joven que resultó ser Jose Enrique , que seguido por los funcionarios de policía con carnet profesional números NUM000 y NUM001 lo interceptan en el coso, sin haberle perdido de vista en ningún momento, y le ocupan en la mochila el objeto entregado que una vez remitido a la Subdelegación del Gobierno de Aragón resultó ser 10,19 g de hachis con una riqueza media de 16,06%. Pudiendo igualmente observar dichos funcionarios como la mujer que acompañaba al comprador le entregó a Luciano dos billetes de cinco euros.*

*En vigilancia del 4-11-11, dos mujeres contactan con Justiniano y tras una breve conversación en presencia de Modesta , Justiniano a continuación le entregó a la mujer, que resultó ser Carmela , una sustancia; siendo Carmela seguida por los funcionarios de policía con carnet profesional números NUM000 y NUM001 , que*



igualmente sin perderla de vista la interceptan tiempo después ocupándole 3,30 g de hachís con una riqueza media de 7,94%. La mujer le había entregado a Justiniano por la citada droga un billete de cinco euros.

El 8-11-11 el funcionario de policía con número de carnet NUM003 observa como Justiniano se introduce en el inmueble, sale y se sienta con una persona de aspecto indigente haciéndole entrega de un pequeño objeto y éste le entrega cinco euros, a continuación el citado se sienta en un banco y se confecciona un cigarro tipo porro, siendo observada tal actuación por el funcionario con carnet profesional NUM002, pero no interviene en aquel momento para evitar descubrir el servicio de vigilancia que él junto con sus compañeros llevaban a cabo.

Sobre las 19,30 horas de ese día, los citados funcionarios de policía observan como Mariola se introduce en el bar en compañía de Jacobo, posteriormente Jacobo sale y se dirige a la plaza de la Magdalena, siendo seguido por los funcionarios con carnet profesional números NUM004 y NUM005, pudiendo observar cómo contacta con dos jóvenes y entrega un pequeño objeto a uno a cambio de unos billetes, interceptando al comprador que resultó ser Eliseo, al que intervienen una papelina que había arrojado al suelo y que una vez analizada resultó ser 0,25 g de cocaína como una riqueza media en base de 20,11%, una vez analizada por la Subdelegación del Gobierno área de Sanidad.

En fecha 14-11-11 Jacobo y Mariola que circulaban en un vehículo conducido por el primero tuvieron un accidente, abandonándolo y siendo inspeccionado dicho vehículo por los funcionarios NUM006 y NUM007 y guías caninos marcando éstos positivo a sustancias estupefacientes en los asientos traseros.

El día 16-11-2011, funcionarios de policía provistos de los correspondientes autos dictados por el Juzgado de Instrucción 6 de Zaragoza, que les habilitaba para ello, procedieron a la entrada en el domicilio sito en la CALLE000 NUM008 planta NUM008 puerta NUM009, domicilio de Justiniano, donde intervienen 14,77 g de hachís con una riqueza media des (sic) 9,60%, sustancia ésta que directamente les fue entregada por el propio acusado, a los funcionarios de policía numerosos NUM010 y NUM006.

Ese mismo día en el domicilio sito en la CALLE001 NUM011, NUM008 NUM012, domicilio de Jacobo se intervino por los funcionarios de policía números NUM013 y NUM006, 15,75 g de cocaína con una riqueza de 20,29%, 16,71 g de cocaína con una riqueza de 93,73%, 4,25 g de cocaína con una riqueza de 33,76%, 2,25 g de cocaína una riqueza de 31,16% y 82,86 gramos de hachís con una riqueza de 4,27 por ciento.

Asimismo ese día se procede a la entrada en el domicilio sito en la CALLE002 de Siresa, domicilio de Mariola en el que no se encuentra ningún tipo de droga.

El día 16 de noviembre 2011, el Policía Nacional con uno de carnet profesional NUM002 observa que entra en el bar un individuo y que se pone en contacto con Modesta y Luciano, retirándose a un punto en que no pueden observarlos, interviniendo posteriormente al individuo Luis Angel una sustancia que resulta ser una vez analizada 1,60 g de hachís con una riqueza media en base de 13,96%, y a Jesús Luis 18,51 g de hachís con una riqueza media de 10,50%. Procediéndose a la detención de los acusados interviniéndoles a Luciano 100 € procedentes del tráfico de drogas y a Mariola 275 €, cuyo origen se desconoce, asimismo intervienen 30 € de la caja registradora del bar, y otros 30 € que lleva Modesta cuyo origen igualmente se desconoce.

El total de 38,96 g de cocaína intervenidos en casa de Jacobo tiene un valor en el mercado ilícito de 2307,6 € y los 82,83 g de hachís intervenidos tienen un valor en el mercado ilícito de 471,4 euros.

Los 0,25 gramos de cocaína intervenida a Eliseo tiene un valor en el mercado ilícito de 14,8 €.

Los 14,77 g de hachís intervenidos a Justiniano tienen un valor en el mercado ilícito de 84,04 euros.

Los 10,19 g de hachís intervenidos a Jose Enrique tiene un valor en el mercado ilícito de 57,98.

La sustancia de 18,52 g de Hachís intervenida a Jesús Luis tiene un valor en el mercado ilícito de 105,37 €.

La sustancia de 1,60 g de cannabis sativa intervenida a Luis Angel tiene un valor en el mercado ilícito de 6,97 euros.

No consta acreditado que los cinco acusados integraran grupo criminal alguno".

**Segundo.-** La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Primera) dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLO : 1). Absolvemos libremente a los acusados Modesta, Mariola, Jacobo, Justiniano y Luciano, cuyas demás circunstancias personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, del delito del grupo criminal del que venían acusados por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de cinco décimas partes de los (sic) costas procesales.



2). Absolvemos libremente a las acusadas Modesta y Mariola , del delito de tráfico de drogas por el que venían siendo acusadas por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de dos décimas partes de las costas procesales.

Se dejan sin efecto cuantas medidas cautelares se hubieran acordado respecto de éstas en su caso, y debiendo devolverse a las mismas 305 € a Mariola y 30 € a Modesta , así como los móviles y ropa que les fueron ocupados.

3). Condenamos a Jacobo , Justiniano y Luciano , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esa resolución, como autores responsables de un delito de tráfico de drogas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de:

A). a Jacobo , a Cuatro años de prisión y multa de 3000 € euros con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes, a la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una décima parte de las costas procesales.

B). a Justiniano , a Un año de prisión y multa de 150 € con la responsabilidad personal subsidiaria de tres días, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una décima parte de las costas procesales

C). a Luciano , a Un año de prisión y multa de 170 € con la responsabilidad personal subsidiaria de cuatro días, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una décima parte de las costas procesales.

Se decreta el comiso y destrucción de las drogas, así como de los móviles, dinero y demás efectos intervenidos a estos tres acusados a los que se les dará el destino legal.

Se aprueban los autos de insolvencia dictados y que consulta al Juez Instructor en la causa, en las piezas de responsabilidad civil.

Y para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se les impone a los tres acusados, se les abona el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa y que ya consta en el encabezamiento de esta resolución".

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

**Cuarto.**- La representación legal del recurrente Jacobo , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

**I.**- Al amparo del art. 850.1 de la LECrim , por quebrantamiento de forma. **II.**- Al amparo de los incisos 1 º, 2 º y 3º del nº 1 del art. 851 de la LECrim , por quebrantamiento de forma. **III.**- Vulneración de los arts. 24.1 2 en relación con el art. 13 y el art. 25 de la CE . **IV.**- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deban ser subsanadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia. **V.**- Infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim .

**Quinto.**- La representación legal de los recurrentes Justiniano y Luciano , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

**I.**- Al amparo del art. 849 de la LECrim , en su segundo número, por cuanto en la Sentencia que se recurre existe error en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos que demuestran la equivocación del Tribunal, no desvirtuados por otras pruebas. **II.**- Al amparo del art. 849 de la LECrim , párrafo primero por infracción legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 368 párrafo primero y segundo del CP . **III.**- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su art. 24 en relación con el art. 53.1 del propio Texto Constitucional.

**Sexto.**- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 14 de mayo de 2013, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los tres recursos y por impugnados todos sus motivos.

**Séptimo.**- Por providencia de fecha 17 de octubre de 2013 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

**Octavo.**- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 7 de noviembre de 2013.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, condenó a los acusados Jacobo, Justiniano y Luciano, como autores de un delito de tráfico de drogas, a las penas que han quedado reflejadas en los antecedentes de hecho de esta sentencia. Por los tres condenados se interpone recurso de casación. Los dos últimos lo hacen bajo una misma representación legal.

### **RECURSO DE Jacobo**

2.- Los dos primeros motivos invocan quebrantamiento de forma.

A) Al amparo del art. 850.1 de la LECrim se sostiene la denegación de una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considera pertinente.

A juicio de la defensa, la no incorporación a la causa de una certificación del empadronamiento en el domicilio sito en la CALLE001 de Zaragoza, habría perjudicado su estrategia de defensa. El acusado -se aduce- no vivía allí, de ahí que carezca de sentido acordar un registro e inculparle por efectos intervenidos en un inmueble que no es su domicilio.

El motivo carece de consistencia.

Como anticipa el Fiscal, en el rollo de la causa -no numerado- consta certificación emitida por el Ayuntamiento de Zaragoza, fechada el día 2 de octubre de 2012, en la que se precisa el empadronamiento del acusado en la vivienda sita en el CAMINO000. No puede hablarse, por tanto, de denegación de prueba. Cuestión distinta es que a ese documento pretenda atribuirse una u otra significación probatoria. Pero lo que es evidente es que no existió quebranto alguno del derecho de prueba.

Además, la sentencia de instancia contiene un razonamiento en los últimos párrafos que integran el FJ 2º, en el que se da respuesta a la alegación defensiva del recurrente, que sostuvo que la vivienda sita en la CALLE001 núm. NUM011 - NUM008 no era su domicilio habitual, al estar él empadronado en la calle Santa Cruz de Tenerife. Los policías que practicaron la detención y ulterior registro declararon que era el recurrente quien portaba las llaves del mismo, sin que llegara a hacer alguna objeción durante el desarrollo de la diligencia de entrada. La Audiencia expresa y razona su convicción de que aquel inmueble era uno de los usados habitualmente para la distribución clandestina de droga y concluye que, fuera o no de su titularidad, la operación de venta presenciada por los agentes, que dio pie a la ocupación de 0,25 gramos de cocaína con una riqueza de 20,11% sería suficiente para integrar el tipo por el que se ha formulado condena.

B) El segundo de los motivos, también por quebrantamiento de forma, invoca los incisos 1º, 2º y 3º del art. 851.1 de la LECrim.

El relato de hechos probados -se sostiene- es una "... copia y pega del escrito de calificación". No refleja lo que sucedió en el juicio oral.

No tiene razón el recurrente.

Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha entendido que se incurre en el defecto denunciado cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras, SSTS 1693/2003, 11 de diciembre, 71/2001, de 22 de marzo, 1144/2001, de 31 de julio, 1181/2001, de 19 de junio y 1610/2001, de 17 de septiembre)

No tiene razón la defensa cuando identifica el quebrantamiento de forma con la simple copia de la primera de las conclusiones del Ministerio Fiscal. Es cierto que la incondicionada asunción por el órgano decisorio del relato de hechos ofrecido por cualquiera de las acusaciones expresa una metodología que no debería ser imitada. Lo deseable es que el Tribunal, asumiendo el objeto del proceso, tal y como ha sido delimitado objetiva y subjetivamente en la pretensión acusatoria, opere sobre el mismo como lo que es, a saber, el presupuesto fáctico sobre el que construir el juicio de subsunción, siempre a la vista del desenlace probatorio que haya ofrecido el plenario. Pese a todo, el que esa forma de concebir la redacción del factum sea mejorable, su utilización no conlleva, de forma necesaria, la sanción de nulidad.

En efecto, esta Sala ha aceptado de forma expresa la posibilidad de integrar el hecho probado mediante la copia literal del escrito de acusación del Fiscal. Las SSTS 249/2011, 1 de abril y 1693/2003, 11 de diciembre, entre otras, recuerdan que nada impide al Tribunal recoger los hechos contenidos en uno de los escritos de



acusación si entiende que se corresponden adecuadamente con el resultado de la prueba, siempre que ese relato fáctico reúna los requisitos precisos para no incurrir en el error in iudicando previsto en el art. 851.1 de la LECrim . En el caso entonces enjuiciado, el Tribunal había aceptado el relato fáctico contenido en la acusación del Ministerio Fiscal, que resultaba perfectamente inteligible, descartando el defecto denunciado.

Por lo expuesto, los motivos primero y segundo han de ser desestimados.

**3 .-** El tercero de los motivos, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 de la CE .

El desarrollo del motivo centra todo el esfuerzo argumental en destacar la insuficiencia del material de cargo ponderado por el Tribunal de instancia. Se incluyen algunos reproches a la inactividad probatoria de la acusación pública, como la no declaración de los supuestos compradores o que no se tomaran huellas para acreditar que la balanza aprehendida en el registro era efectivamente usada por el recurrente.

No tiene razón la defensa.

Conviene recordar que el control del respeto al derecho a la presunción de inocencia -decíamos en las SSTS 444/2011, 4 de mayo ; 954/2009, 30 de septiembre y 49/2008, 25 de febrero - autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Está también fuera de dudas -y así lo recuerda la STS 1199/2006, 11 de diciembre -, que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal *a quo* sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

En definitiva, el Letrado del recurrente, en su legítimo ejercicio del derecho de defensa, ofrece a esta Sala una valoración probatoria alternativa a la que llevó a cabo el Tribunal *a quo*. Es, pues, entendible que ese filtro de legítima parcialidad que condiciona su razonamiento, le lleve a poner el énfasis en aspectos que, por sí solos, no tienen virtualidad para impugnar la coherencia del discurso inculpatario de los jueces de instancia. Es al órgano decisorio al que incumbe valorar, tanto los elementos de cargo con los que la acusación pretende respaldar el juicio de autoría, como aquellos otros que, para hacer valer la resistencia a la pretensión punitiva del Estado, esgrime el imputado. Aceptada su licitud y su suficiencia, si la autoría puede afirmarse más allá de cualquier duda razonable, la condena del imputado no implicará vulneración alguna del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

La Audiencia fundamenta la autoría del procesado a partir del testimonio de los agentes de policía con números profesionales NUM004 y NUM005 , que pudieron presenciar cómo el acusado entregaba un objeto a cambio de unos billetes al joven Eliseo , que al ser registrado llevaba en su poder una papalina de 0,25 gramos de cocaína, de la que trató de desprenderse al ser sorprendido. Asimismo, ha tomado en consideración la intervención en el inmueble utilizado por aquél de 38,96 gramos de cocaína, junto a 82,86 gramos de hachís.

El incuestionable peso incriminatorio de esos datos no queda degradado por el hecho de que no se practicara una prueba pericial para dictaminar acerca de las huellas dactilares que pudieran haberse detectado, en su caso, en la balanza de precisión aprehendida en el registro domiciliario practicado por la policía. Como apunta el Fiscal en su informe, la defensa fue libre de proponer la práctica de esa prueba que, sin embargo, no consideró procedente incluir en su propuesta probatoria. Algo similar puede decirse respecto del testimonio del comprador de la droga que fue vendida por el acusado. No faltarán supuestos en que la declaración del consumidor adquirente de la sustancia estupefaciente resulte indispensable para la proclamación de la autoría. No es este el caso. Los agentes que depusieron en el plenario ofrecieron todos los detalles referidos a su intervención. Aportaron, además, como pieza de convicción la dosis de cocaína hallada en poder del comprador y el trozo de hachís del que se incautaron en la vivienda sita en la CALLE001 . En suma, la presencia del comprador interceptado por los agentes de policía puede resultar decisiva en determinados casos para ofrecer un cuadro probatorio suficiente, pero no en todos. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de valorar la suficiencia de los elementos probatorios ofrecidos como prueba de cargo. Y en el presente caso, la declaración de los agentes de policía que testimoniaron en el juicio oral y la aprehensión de las sustancias estupefacientes controladas por Jacobo , encierran una virtualidad probatoria que se impone frente a la ausencia del testigo Eliseo . Así lo hemos entendido en otros precedentes, de los que los AATS 731/2012, 19 de abril y 746/2012, 19 de abril , son elocuentes ejemplos. El Fiscal propuso la prueba de cargo que estimó conveniente para cimentar su hipótesis acusatoria, sin incluir la citación del mencionado testigo. Era, por tanto, a la defensa, si quería hacer valer ese testimonio como prueba de descargo a la que incumbía su propuesta. La lectura del escrito



de defensa que obra en la causa (folios 279 y 280), pone de manifiesto que no estimó conveniente su traída a juicio. De ahí que el reproche que ahora formula carezca de consistencia.

La misma suerte desestimatoria han de correr las alegaciones exculpatorias basadas en la falta de titularidad de la vivienda en la que se practicó el registro. Ya hemos apuntado *supra* que la atribución de la disponibilidad de la droga por parte del acusado no exige como presupuesto que el inmueble en el que aquella haya sido aprehendida sea el domicilio civil del imputado. Las llaves se hallaban en poder de Jacobo . A él fueron intervenidas y ninguna alegación formuló durante la práctica de la diligencia de registro acerca de la falta de residencia en ese inmueble. Lo propio puede afirmarse respecto de la alegada falta de correlación entre la pureza de la droga interceptada por la policía en el momento de su venta a Eliseo y la aprehendida en el domicilio. Esa coincidencia no puede convertirse en *condictio sine qua non* para la proclamación de la autoría del recurrente. Es una máxima de experiencia no controvertida que el origen de la droga que se custodia en el propio domicilio y aquella que se distribuye en la vía pública puede estar relacionado con partidas distintas y, por tanto, no siempre coincidentes en su composición química.

El motivo ha de ser desestimado ( art. 885.1 LECrim ).

**4 .-** El cuarto motivo, por infracción de ley ( art. 849.1 de la LECrim ), denuncia inaplicación indebida del art. 376 del CP .

Arguye la defensa que Jacobo "*... desde que fue detenido por la policía e ingresado en calabozos ha prestado colaboración activa con los agentes policiales -hasta en la actualidad- para la obtención de pruebas necesarias en intervenciones policiales; no destapando su identidad por las posibles represalias a las que se expone. Circunstancia que es delicada por los riesgos a los que D. Jacobo se ha expuesto, ya que de conocerse puede correr riesgo su vida*" ( sic ).

El motivo está abocado a su rechazo.

La vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim exige como presupuesto metodológico la aceptación del juicio histórico. Sólo cuando se observe un error en el juicio de subsunción o, en fin, un distanciamiento respecto de la aplicación de las normas penales de carácter sustantivo, podrá hacerse valer con éxito una impugnación de esta naturaleza. En el presente caso, la defensa reivindica la rebaja de pena con la que el art. 376 del CP recompensa los actos de colaboración con la justicia, pero no menciona -no puede hacerlo, pues el *factum* guarda silencio al respecto- qué concretos actos de colaboración fueron desplegados por el acusado que, dicho sea de paso, todavía hoy niega la autoría de los hechos. Se limita a una equívoca mención a una supuesta "*...colaboración activa*" con los agentes, que se mantendría vigente.

Hemos dicho que el precepto cuya indebida aplicación se denuncia da una respuesta penal más benévola al arrepentido colaborador en el enfrentamiento con la delincuencia organizada ( STS 777/1998, 18 de mayo ). Son razones de política criminal las que impulsan las previsiones contenidas en este precepto, orientadas a favorecer la lucha contra el tráfico de drogas, especialmente el ejecutado por delincuentes organizados, mediante una especie de arrepentimiento activo que comenzando por el abandono voluntario de la actividad delictiva, continúe con la confesión de los hechos y finalice con una colaboración eficaz, con una de las finalidades expuestas ( SSTS 624/2002, 10 de abril ; 631/2002, 11 de abril ; 952/2002, 20 de mayo ; 25 /2003, 16 de enero y 459/2004, 13 de abril ).

Nada de esto se observa en el juicio histórico. De ahí la obligada desestimación del motivo por su falta de fundamento ( art. 885.1 y 2 LECrim ).

**5 .-** El quinto de los motivos, con cita del art. 849.2 de la LECrim , denuncia infracción de ley, error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y demuestran la equivocación del juzgador.

Impide la viabilidad del motivo la falta de idoneidad casacional de los documentos invocados para justificar el error valorativo. Se trata de diligencias contenidas en el atestado -folio 17, negativa a la firma del acusado; folio 38, cacheo del detenido; folio 46, valoración provisional de la droga- y de diligencias sumariales -folios 163, 215 a 223, referidos a los análisis de la composición cuantitativa y cualitativa de la droga y folio 90, acta judicial de entrada y registro-.

Hemos dicho en una jurisprudencia reiterada que ni el acta de registro ni, por supuesto, la reseña de efectos encierran el carácter de documento a efectos casacionales. Se trata de diligencias incorporadas al proceso que se limitan a constatar una serie de datos que han de ser luego objeto de valoración por el Tribunal *a quo*. Así lo ha entendido esta Sala de forma reiterada, siendo las SSTS 141/2013, 15 de febrero ; 322/2008, 30 de mayo , 1616/2000, 24 de octubre y 456/1998, 23 de marzo , fiel expresión de este criterio. También hemos dicho en innumerables ocasiones -de las que las STS 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre , son buena



muestra-, que ni las diligencias policiales, ni la declaración judicial del condenado ni, por supuesto, el acta del juicio oral, son documentos a efectos casacionales, conforme viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, cfr. SSTS 480/2003, 4 de abril ; 196/2006, 14 de febrero y 284/2003, 24 de febrero ).

Y si admitiéramos la validez casacional de los informes periciales relativos a la composición de la droga, tampoco detecta la Sala el error que se adjudica. El hecho probado no se distancia de lo que en los mismos se refleja. De ahí que el esfuerzo argumental encaminado a acreditar la pretendida equivocación del órgano decisorio esté condenado de antemano a ser inatendido.

El motivo ha de ser desestimado ( art. 885.1 y 6 LECrim ).

#### **RECURSO DE Justiniano y Luciano**

6.- El primer motivo se formula al amparo del art. 849.2 de la LECrim , error de hecho en la valoración de la prueba. Se señalan, como documentos que evidenciarían el error, los siguientes: a) declaraciones de Mariola , Modesta , Jacobo , Justiniano y Luciano ; b) informe pericial en el que consta la analítica de las drogas - folios 162 a 179 y 215 a 223-; c) testificales de los policías nacionales que declararon en el plenario, conforme consta en el CD que recoge el desarrollo de las sesiones.

El motivo incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- prevista en el art. 884.5 de la LECrim , en la medida en que la defensa no incluye un desarrollo del motivo en el que especifique de forma concreta qué parte del contenido de aquellos documentos se opone a lo declarado en la resolución combatida. Por si fuera poco, ninguno de los documentos designados cumple las exigencias jurisprudenciales asociadas al art. 849.2 de la LECrim . Se trata de diligencias de investigación y pruebas de carácter personal que resultan manifiestamente insuficientes e inidóneas para hacer viable el error valorativo.

Se impone, en consecuencia, la desestimación del motivo ( art. 884.6 y 885.1 y 2 LECrim ).

7 .- El segundo motivo sostiene la indebida inaplicación ( art. 849.1 de la LECrim ) del art. 368, párrafos 1 y 2 del CP .

Razona la defensa que los hechos probados describen un supuesto de menudeo, donde no se ocupa una gran cantidad de sustancia estupefaciente. Además, no les constan a los acusados antecedentes penales. De hecho, podría ser aplicada la teoría de la insignificancia, a la vista del margen de error propio de todo dictamen pericial. En cualquier caso, se concluye, la aplicación del art. 368.2 del CP resultaría obligada.

No tiene razón el recurrente.

A) El hecho probado -de obligada aceptación para el desarrollo argumental del motivo- da cuenta de que ambos acusados mantenían contactos con numerosas personas que acudían al bar sito en el núm. 3 de la calle Universidad. Verificadas las correspondientes vigilancias, se pudo observar que el día 2 de noviembre de 2011, sobre las 20,50 horas, una pareja de jóvenes contactaba con Luciano y tras mantener éste una conversación con Jacobo -el primero de los recurrentes-, se introdujeron en el bar, entregando éste a aquél un trozo de hachís que contenía 10,19 gramos de esa sustancia, con una riqueza media del 16,06%. También pudieron comprobar los agentes de policía cómo la mujer que acompañaba al comprador le entregaba a Luciano dos billetes de cinco euros. Describe el factum dos operaciones de entrega de droga, fechadas los días 4 y 8 de noviembre de 2011. En la primera de ellas, Justiniano , tras una breve conversación, entregó a Carmela 3,30 gramos de hachís, con una riqueza media de 7,94, a cambio de un billete de 5 euros. En la segunda, el mismo recurrente entregó a un indigente, a cambio de 5 euros, una sustancia que fue luego consumida con un cigarro porro. Días después, el 16 de noviembre del mismo año, una diligencia judicialmente autorizada de entrada y registro permitió intervenir en el domicilio de Justiniano la cantidad de 14,77 gramos de hachís con una riqueza media de 9,60. En poder de Luciano fueron hallados 100 euros procedentes del narcotráfico, en la operación que dio lugar a su detención, el día 16 de noviembre de 2011, cuando agentes de policía pudieron observar cómo dos personas accedieron al bar referido y después de ponerse en contacto con el recurrente, se hicieron respectivamente con 1,60 y 18,51 gramos de hachís.

Como puede apreciarse, en el factum se alojan todos y cada uno de los elementos que definen el tipo previsto en el art. 368 del CP . Se trata de varias operaciones de distribución clandestina de hachís a cambio de precio. Es cierto que se trata de actos de menudeo que afectan a una sustancia que no causa grave daño a la salud. Pero no se describe un único acto. Antes al contrario, todo apunta a una dedicación permanente por parte de ambos acusados que, tomando como centro de operaciones el bar sito en el núm. 3 de la calle Universidad, nutren de hachís a todo aquel que lo desea y está dispuesto a pagar el precio fijado.

Los argumentos defensivos ligados a una posible insignificancia de la dosis psicoactivas que integran las piezas de hachís, chocan con el obstáculo de una jurisprudencia que -no sin algunas oscilaciones- ha considerado que no es preciso concretar el grado de THC -tetrahidrocannabinol- que posee el hachís, sino que



basta con tener presente el peso bruto de la droga intervenida, porque es un producto vegetal, obtenido sin procesos químicos, que no admite manipulaciones ni adulteraciones, cuyo grado de pureza deriva de causas naturales como la calidad de la planta según la zona de cultivo, o la sección de las partes componentes de la misma, como el tallo, las hojas o las flores (cfr. SSTS 111/2010, 24 de febrero ; 157/2007, 1 de marzo ; 1198/2004, 28 de octubre ; 1113/2004, 9 de octubre y 403/2000, 15 de marzo , entre otras muchas). No faltan precedentes que exigen, sin embargo, una pureza mínima del 4% de THC (cfr. SSTS 154/2007, 1 de marzo y 831/2003, 9 de junio ), frente a aquellos otros que en los supuestos de hachís con pobre contenido en principio activo, parifican aquella sustancia a la marihuana, concluyendo que "*... en ningún caso puede dejar de conceptuarse como droga*" ( SSTS 111/2010, 24 de febrero ; 89/2002, 25 de enero ).

Pues bien, sea cual fuere el criterio con el que operemos, ya nos situemos atendiendo a las cantidades brutas o a los porcentajes de riqueza a que se refiere el hecho probado, la afectación del bien jurídico y, en consecuencia, la aplicación del art. 368.1 del CP , resultaba correcta y obligada.

B) Tampoco puede acoger la Sala la propugnada aplicación del art. 368.2 del CP , previsto para situaciones que nada tienen que ver con la que se describe en el factum. No todo acto de menudeo, sin más, se hace merecedor de la aplicación del tipo atenuado. En supuestos como el presente, en los que se describen varios actos, cronológicamente diferenciados, de venta de sustancia estupefaciente y en los que, además, existe la referencia locativa representada por un bar abierto al público, que sirve de punto de encuentro para las transacciones, el hecho imputado deja de ser de escasa entidad, como exige el art. 368.2 del CP .

Con vocación de síntesis, la STS 371/2013, 8 de mayo , recuerda que La doctrina establecida por esta Sala en sus sentencias 33/2011 de 26 de enero , 482/2011 de 31 de Mayo , 542/2011 de 14 de Junio , 646/2011 de 16 de junio , 1359/2011 de 15 de diciembre , 193/2012 de 22 de marzo , 397/2012 de 25 de mayo , 506/2012 de 11 de junio , 869/2012 de 31 de octubre , 904/2012 de 27 de noviembre y 97/2013, de 14 de febrero , entre otras, respecto del nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal , lo califica como un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado , en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo ("*... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable*"), cuya concurrencia puede y debe ser valorada racionalmente en la sentencia, y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

La jurisprudencia ( STS 646/2011, de 16 de junio , entre otras), añade que la necesidad de que se valoren los dos elementos de los que depende la aplicación del subtipo (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) debe conjugarse con la exigencia de que se pondere la distinta intensidad y cualificación de cada uno. Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no puede estar condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, en tanto éstas han de operar en el marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho cometido, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

Esta Sala ha considerado que concurre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "*el último escalón del tráfico*".

Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, que son factores que permiten modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, debiendo jugar en su favor el hecho de que no consten circunstancias de carácter negativo.

Resumiendo y reiterando la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, podemos señalar:

1º) El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2º) Concurre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "*el último escalón del tráfico*".

3º) La regulación del art 368 2º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4º) Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado





de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma, salvo supuestos excepcionales ( STS 94/2013, de 14 de febrero ).

A la vista de la anterior doctrina, es evidente que en el factum no se reflejan los presupuestos objetivos y/o subjetivos que determinan la aplicación del tipo atenuado. Como hemos señalado *supra*, se trata de hechos reiterados, descubiertos después de prolongadas vigilancias policiales, ejecutados en el entorno de un establecimiento de bebidas y que afectaron a varios consumidores.

No ha existido, por tanto, el error de derecho en el juicio de subsunción y el motivo ha de ser desestimado ( art. 885.1 LECrim ).

8.- El tercer y último motivo, con la cobertura de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

La línea argumental que anima el motivo se centra en cuestionar, tanto la suficiencia probatoria como la racionalidad de la inferencia que concluye que cantidades tan poco relevantes de hachís, pudieron haber traído consigo una vulneración del bien jurídico protegido.

El motivo no puede ser acogido.

En el fundamento jurídico precedente ya hemos abordado las razones que justifican el rechazo de la tesis de la insignificancia. No ha existido, en consecuencia, irracionalidad en la formulación del juicio de autoría por la Audiencia Provincial. Y aun cuando no se refiera a ello el recurrente, ya en el plano de la suficiencia probatoria, el testimonio de los agentes que efectuaron las vigilancias y que intervinieron en el acto formal de interceptación de la droga vendida por Justiniano y Luciano a los compradores, ha sido ponderado por los Jueces de instancia. El registro en el domicilio del primero de ellos y la aprehensión de 100 euros fruto de ventas anteriores, dibujan un escenario probatorio en el que la autoría de ambos recurrentes puede ser afirmada más allá de toda duda razonable.

Procede la desestimación del motivo ( art. 885.1 y 2 LECrim ).

9.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

### III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Jacobo , Justiniano y Luciano , contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza , en la causa seguida por los delitos de pertenencia a grupo criminal y tráfico de drogas; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada 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. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Perfecto Andres Ibañez

**PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.