

Roj: **STS 861/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:861**Id Cendoj: **28079120012014100158**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/03/2014**Nº de Recurso: **1292/2013**Nº de Resolución: **159/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Marzo de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Marta** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cadiz, Sección Primera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Ruiz Gopegui González..

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 3 de Cádiz, incoó Procedimiento Abreviado con el número 70 de 2012, contra **Marta** , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, cuya Sección Primera, con fecha 29 de abril de 2.013, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: Apreciando en conciencia la prueba practicada se declara expresamente probado: Sobre las 10,40 horas del 2 de julio de 2012, y estando de servicio los agentes del Grupo UDYCO II de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, con números de identificación NUM000 y NUM001 , pudieron observar, desde el interior del vehículo policial camuflado, y estacionado en la avda Amilcar Barca de esta Ciudad, entre los bares llamados "La Bocatería" y "Yiyi", como llegaba en un ciclomotor con dos personas, el piloto, conocido como el " Raton " , persona que relacionaban con el trapicheo de sustancias estupefacientes por lo que observaron de manera diáfana los movimientos de este.*

*Pudieron ver que estacionaba la motocicleta y bajaban el acusado, **Marta** y el que iba de paquete con él, quien resultó tras ser identificado **Eulalio** , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, y como el primero y tras apearse de la moto entablaba conversación con un tercero que resultó ser, **Feliciano** , que daba toda la sensación de estar esperándole. Los tres entraron en el establecimiento "La bocatería" y tras escasos minutos, cinco aproximadamente, **Marta** salió del mismo y se dirigió al ciclomotor, levantado el sillín y accediendo al hueco que sirve de maletero introdujo l »u mano y sacó objetos pequeños, "paquetitos" que entregó a cada uno de sus acompañantes. **Feliciano** lo guardó en la funda de las gafas y **Eulalio** en el bolsillo del pantalón. Pudieron cotejar del mismo modo que **Feliciano** entregaba una cantidad de dinero al hoy acusado.*

*Ante esta circunstancia y pensando pudiera tratarse de una compraventa de sustancia estupefaciente, instantes después y a escasos metros de donde se produjo la acción anterior, fueron interceptados los hipotéticos compradores, comprobando como **Eulalio** tenía en el bolsillo del pantalón un envoltorio de plástico de una sustancia polvorienta que después se detallara, tras ser pesada y analizada por los servicios competentes. A **Feliciano** se le encontró, del mismo modo, y en la funda de las gafas un envoltorio de similares características al anterior de lo que seguidamente se describirá.*



La cantidad interceptada a Eulalio resultó ser cocaína presentada en dos envoltorios de plástico con un peso neto total de 0,519 gramos con pureza al 17,1%, valorada en 12,2367 euros y a Feliciano idéntica sustancia con un peso de 0,431 gramos y pureza al 24,1% valorada en 14,3271 euros.

El acusado pilotaba el ciclomotor modelo Piaggio Zip matrícula Y-...-YYV y es donde llevaba la droga que vendió a los dos reseñados.

La Cocaína es una sustancia que causa grave daño a la salud incluida en la Lista I de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes sometidos a fiscalización internacional, enmendada por Protocolo de 25 de mayo de 1972".

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

*FALLO: Que debemos condenar y condenamos a D. Marta como autor criminalmente responsable de un delito ya definido contra la Salud Pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la Salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con aplicación del subtipo atenuado descrito a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Y MULTA DE 78 EUROS, con dos días de arresto sustitutorio en caso de impago, así como al pago de las costas procesales.*

Se decreta el COMISO de la droga y el ciclomotor intervenido al acusado a los que se dará el destino legal.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que imponemos les abonamos todo el tiempo que han estado privado de ella por esta causa.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Marta 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 del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

*PRIMERO .-* Al amparo del art. 5.4 LOPJ . entiende vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE .

*SEGUNDO .-* Al amparo del art. 849.1 LECrim . entiende vulnerado el art. 66.6 CP . en relación con el art. 24 CE .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veinticinco de febrero de dos mil catorce.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 24 CE , por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia** al no haber existido en el juicio prueba de cargo suficiente de los hechos que se imputan al recurrente obtenida con toda las garantías.

Así se argumenta que la sentencia ha dado única y arbitrariamente valor probatoria a la prueba consistente en las testificales de dos agentes de la Policía -pese a las contradicciones en que incurrieron en el acto del juicio oral- obviando las declaraciones del recurrente, la prueba documental y las testificales a Eulalio y Feliciano .

El examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal en cuanto al alcance en casación de la invocación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Así en SSTs. 867/2013 de 28.11 , 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción



y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde 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 a 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 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. 299/2004 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, que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, 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 ).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, 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 sobre 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, inmediación, 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 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.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir 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, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio- y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

En el caso presente el tribunal ha valorado la prueba directa de cargo constituida por la testifical de los funcionarios de Policía nº NUM000 y NUM001 , que intervinieron en los hechos, observaron la actuación del recurrente e incautaron las papelinas en poder de los compradores. Declaración que la Sala considera firme y coherente, que acredita la posesión de dicha sustancia por el acusado y su transferencia a los dos compradores mencionados y que desvirtúa por completo la declaración dada en el plenario por el acusado, quien niega su relación con la droga al igual que los dos compradores, testimonios éstos a los que no dota de credibilidad alguna al dar una versión inverosímil de lo descrito por los agentes actuantes.

Valoración probatoria que debe asumirse en esta sede casacional.

En efecto nos encontramos como dice la STS.1074/2005 de 27.9 , en presencia de los llamados "delitos testimoniales" que presentan como rango esencial la inseparable percepción directa del funcionario de la Policía Judicial ( SSTS. 3.12.2004 y 29.4.2005 ), y que se caracterizan por la presunción de veracidad en cuanto a los hechos cometidos o acabados de cometer cuando se une la evidencia de la aprehensión o de la misma comisión cual sucedió en el caso presente, en el que en poder de los dos compradores se intervino la sustancia.

El art. 717 LECrim . dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales apreciables, como éstas, según las reglas del criterio racional y no otra cosa, efectúa el tribunal de instancia que apreció aquellas declaraciones policiales con racionalidad, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos.

El hecho de que los dos compradores negaran que fuera el recurrente quien les vendió la droga, no impide alcanzar dicha conclusión, pues ésta resulta probada a la vista del resto de la prueba practicada, pues como hemos dicho en SSTS. 146/2012 de 6.3 , y 77/2011 de 23.2 se trata de testigos adquirentes de droga, presumiblemente adictos a la misma. Su posición en el juicio -dice la STS. 1415/2004 de 30.11- es extremadamente delicada, como nos enseña la experiencia del foro, pues delatar al vendedor le va a acarrear seguras y graves represalias, no sólo por lo que en sí supone de imputación delictiva, sino por los riesgos que corren, de verse inmersos en problemas judiciales, los eventuales vendedores que decidan suministrarle alguna dosis en ocasiones futuras. A su vez, la simple expectativa de que dichos proveedores se nieguen a venderle la droga que necesita en lo sucesivo puede constituir un condicionante para declarar judicialmente con verdad ante la posibilidad de sufrir el tan temido síndrome de abstinencia.

En definitiva, negar la realidad, encubriendo al suministrador de la sustancia tóxica, elimina todos los riesgos posibles, salvo una remota y poco probable condena por falso testimonio. Por todo ello, el testimonio de un adicto comprador para acreditar una transacción implicando al vendedor no ofrece garantías y se halla desacreditado ante los Tribunales de justicia, según nos muestra la experiencia judicial diaria. La poca relevancia de ese testimonio, permitiría entenderlo en el sentido más favorable al reo y aún así, no tendría repercusión en la convicción del Tribunal, ya formada a través de otras pruebas más serias y fiables.



En igual sentido las SSTs. 150/2010 de 5.3 , 792/2008 de 4.12 y 125/2006 de 14.2 , ya precisaron que no es necesario para desvirtuar el principio de presunción de inocencia complementar los elementos incriminatorios con el testimonio de los adquirentes de la droga porque éstos "suelen negarse a identificar a sus proveedores por el tenor de represalias y por la necesidad de continuar en el futuro acudiendo a los mismos mercados ilícitos para abastecerse de mercancía para satisfacer su propio consumo".

Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los hoy recurrentes quienes en su argumentación critican la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, olvidando que el problema no es que no haya mas pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto - como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

**SEGUNDO: El motivo segundo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por infracción del art. 66.6 CP , vulneración del art. 24 CE .**

Se cuestiona en el motivo que al condenar la sentencia al recurrente, a la pena de 2 años de prisión y multa de 78 E, y comiso del ciclomotor como autor de un delito contra la salud pública, con aplicación del subtipo atenuado del art. 368.2 CP , no ha valorado las circunstancias personales del mismo y del caso, por lo que sería procedente la imposición a la pena de prisión en su grado mínimo, 1 año y 6 meses, y en lo que atañe a la pena de multa hay un evidente error de transcripción en el fallo de la sentencia, donde se le impone la de 78 E, cuando en el Fundamento jurídico octavo considera adecuada la cantidad de 50 euros, ya que teniendo en cuenta el valor total de la droga incautada a la misma está dentro del triple de la cantidad.

Como hemos dicho en STS. 677/2013 de 24.9 La legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites mas o menos amplios, dentro de los cuales "el justo equilibrio de ponderación judicial", actuará como límite calificar de los hechos jurídico y socialmente.

Es decir que el arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado, es algo que solo al Juzgador de instancia compete. Ciertamente el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual, además deberá quedar constatado en la sentencia. Otra cosa convierte el arbitrio en arbitrariedad, pues el uso de tal preciada facultad, al no hacer de la medida, razón y proposición, se convierte en irracional, desmesurado o desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales.

Por ello en la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena depende del arbitrio del Tribunal. Sin embargo, tales expresiones, sin embargo, no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales estará en su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercido con arreglo a los principios jurídicos.

El Tribunal Supremo en la sentencia 1426/2005 de 7.12 , y 145/2005 de 7.2 , tiene dicho que la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación



de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

Consecuentemente, en lo que se refiere a la motivación de la pena concretamente impuesta, el Tribunal Supremo ha insistido con reiteración en la necesidad de expresar con la suficiente extensión, las razones que el Tribunal ha tenido en cuenta en el momento de precisar las consecuencias punitivas del delito. Las penas máximas sanciones del ordenamiento, suponen siempre una afectación a alguno de lo de los derechos que forman el catálogo de derechos del ciudadano, cuando se trata de penas preventivas de libertad, derechos fundamentales.

Es por eso que, con carácter general, es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley, con o sin el establecimiento de criterios orientadores.

En este sentido el actual art. 66.1.6º CP ., permite a los Tribunales cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, recorra toda la extensión de la pena prevista para el delito concreto de que se trate, debiendo fijar su extensión atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

La individualización corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria ( SSTS 21.11.2007 , 390/1998 , de 21 de marzo).

También ha de señalarse que, aunque la necesidad de motivación del artículo 120.3 de la Constitución alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen, - y que no precisa justificación o motivación alguna, STC. 57/2003 de 24.3 FJ.5- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundamentadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de Ley ( STS 1478/2001 , de 20 de julio y 24.6.2002).

Por ello este deber de razonar en la sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación jurídica alguna al respecto o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta, y no hay datos en la sentencia recurrida de los que pudiera deducirse esa elevación de penas, esto y cuando el Tribunal de casación no puede inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulnera el principio de proporcionalidad, este Tribunal es quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos y ante aquella ausencia de datos la pena no deberá ser otra que la mínima dentro del mínimo legal. ( SSTS. 2.6.2004 , 15.4.2004 , 16.4.2001 , 25.1.2001 , 19.4.99 ).

En esta dirección el nuevo art. 72 CP . reformado por LO. 15/2003, con entrada en vigor el 1.10.2004, ha introducido en el Texto punitivo la necesidad de motivación, señalando que los Jueces y Tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta. Se trata pues, dice la STS. 1099/2004 de 7.10 , de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley ( art. 849 LECrim .), pero su inexistencia no determina la nulidad de la sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente".

En definitiva la jurisprudencia ha declarado la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, presionando de esta forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta están expresadas en la propia resolución de que se trate ( SSTS. 31.3.2000 , 21.1.2003 , 30.6.2004 , 10.7.2006 ).



En el caso presente la sentencia de instancia tras razonar en el fundamento jurídico sexto que resulta patente que cabe apreciar el subtipo atenuado del párrafo 2º del art. 368 CP, toda vez que, por la cantidad intervenida nos encontramos ante el último eslabón de la cadena de consumo, ante actos de "menudeo", la no existencia de antecedentes penales recientes lo que permite apreciar la atenuación y un menor reproche en su conducta, en el fundamento jurídico octavo se limita en cuanto a la pena a imponer que "en aplicación de la regla prevista en el art. 66.6 CP, al no concurrir ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y ser de aplicación el subtipo atenuado del art. 368.2, es criterio de esta Sala que el acusado es merecedor de la pena de dos años de prisión, atendiendo a la cantidad de droga objeto del ilícito tráfico y al hecho de que carece de antecedentes penales.

Motivación insuficiente para justificar esa exasperación punitiva y que debió llevar a la Sala a la imposición de la pena de prisión en su límite mínimo.

-En cuanto a la pena de multa impuesta en el fallo, 78 E, existe una doble equivocación, por cuanto en el fundamento de derecho 8º considera adecuada la cantidad de 50 E, y en todo caso al aplicar el art. 368.2, con la rebaja en un grado de la pena, dado el valor total de las papelinas intervenidas, 26,56 euros, la pena procedente, tal como solicita el Ministerio Fiscal al apoyar en este punto el motivo será de 18,28 E.

-Por último en cuanto al comiso del ciclomotor que fue solicitado por el Ministerio Fiscal; la Sala se limita a acordar el mismo, así como el de la droga intervenida, a tenor de lo establecido en el art. 374 sin explicar las razones de tal pronunciamiento -salvo la genérica referencia en el factum de que el acusado pilotaba el ciclomotor modelo Praggio Zip, matrícula Y-....-YYV, y es donde llevaba la droga que vendió a los dos reseñados- falta de motivación relevante cuando ni siquiera consta que el acusado sea el propietario del ciclomotor, y que debe conllevar la estimación del motivo al no poder ser suplida por esta Sala, dada la naturaleza de control de la interpretación de la Ley que tiene la casación y porque esta cuestión se ha suscitado en el marco de un recurso formalizado por el acusado, sin que pueda, por tanto, en este contexto suplir la falta de fundamentación de la instancia, en contra del propio recurrente ( SSTS. 1998/2002, de 28.12, 11/2011 de 1.2, 969/2013 de 18.12 ).

**TERCERO:** Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio ( art. 901 LECrim ).

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Marta**, contra sentencia de 29 de ABRIL de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, que les condenó como autor de un delito contra la salud pública; y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS meritada sentencia dictando nueva sentencia más acorde a derecho, con declaración de oficio de las costas 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. Andres Martinez Arrieta D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Perfecto Andres Ibañez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Marzo de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Cádiz, con el número 11 de 2013, y seguida ante la Audiencia Provincial Cádiz, Sección 1ª por delito contra la salud pública, contra Marta, con DNI. NUM002, nacido en Cádiz el NUM003 de 1955, hijo de Horacio y Gracia, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta; 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 recurrida, incluidos los hechos probados.

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.-** Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho segundo de la sentencia antecedente la pena a imponer será de 1 año y 6 meses prisión y multa de 18,28 E, con responsabilidad personal subsidiaria de 2 días, y se deja sin efecto el comiso del ciclomotor intervenido.



### III. FALLO

**Manteniendo el resto de los pronunciamientos** de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, de fecha 29 abril 2013 , las penas a imponer a Marta , será **un año y 6 meses prisión y multa de 18,28 E** con responsabilidad personal subsidiaria de 2 días. Se deja sin efecto el comiso del ciclomotor, modelo Piaggio Zip, matrícula Y-....-YYV intervenido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez D. Perfecto Andres Ibañez

**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 CENDO