

Roj: **STS 1767/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1767**Id Cendoj: **28079120012014100336**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/04/2014**Nº de Recurso: **1858/2013**Nº de Resolución: **346/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 2317/2013,**  
**STS 1767/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Blas**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. González Sánchez. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Benidorm (Alicante) instruyó Sumario con el número 102/2011, contra **Blas**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante que, con fecha veintitrés de mayo de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

*<<La acusación se dirige contra **Blas**, mayor de edad, con antecedentes penales no computables, y **Franco**, mayor de edad, sin antecedentes penales, quienes puestos de común acuerdo, sobre las 01,15 horas del día 26 de agosto de 2011 fueron sorprendidos por Funcionarios del C.N.P de Benidorm, cuando se encontraban en el parking de la Discoteca "KU" sita en la Avda. Comunidad Valenciana de Benidorm, al ofrecer a los funcionarios del C.N.P. n° NUM000, NUM001 y NUM002, de paisano y en vehículo camuflado, sustancias estupefacientes, concretamente cocaína y marihuana. Requeridos por los funcionarios del C.N.P para que se identificaran y mostrara sus pertenencias, se le ocupó en el interior del pantalón al acusado **Franco** un envoltorio de papel de aluminio con tres cápsulas, y tres envoltorios de plástico con sustancia pulverulenta, y en el vehículo que tenían estacionado en el parking, VW Polo matrícula Nm- ....-EF propiedad del padre del acusado **Franco**, debajo del asiento delantero derecho, una bolsa de color blanco y rojo conteniendo en su interior sustancia vegetal verdosa.*

*Las sustancias pericialmente analizadas, resultaron ser:*

- Tres envoltorios con COCAÍNA con un peso global de 1,19 gr. y 28,2% de pureza.
- Tres cápsulas de ANFETAMINA con un peso global de 0,9752 gr. y 7,6% de pureza y
- 1 bolsa con CANNABIS SATIVA, con un peso de 66 gr. y 5,3% de pureza.

*Sustancias todas ellas poseídas por los acusados para ser transmitidas a terceras personas. El precio que la droga en la fecha de los hechos habría alcanzado en el mercado ilícito sería de 71,79 €, 15,99 € y 275,88 € respectivamente. Total 363,66 euros. >>.*



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

<<FALLO.- Que debemos condenar y **CONDENAMOS** al acusado en esta causa Blas , como autor penalmente responsable de un delito **CONTRA LA SALUD PÚBLICA** en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368, 1 y 2 del Código Penal , de la responsabilidad criminal, a la pena de **UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN con su accesoria. de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena** **MULTA DE NOVECIENTOS EUROS, con un día de arresto sustitutorio de un día por cada 100 € o fracción dejada de abonar e insolvencia y al pago de la mitad de las costas procesales.**

Abonamos a dicho acusado todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación libertad.

Y que debemos condenar y **CONDENAMOS** al acusado en esta causa Franco , como autor penalmente responsable de un delito **CONTRA LA SALUD PÚBLICA** en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368, 1 y 2 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN, con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, MULTA DE NOVECIENTOS EUROS, con un día de arresto sustitutorio de un día por cada 100 € o fracción dejada de abonar e insolvencia y al pago de la mitad de las costas procesales.**

Abonamos a dicho acusado todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Requírase al condenado al abono, en plazo de **QUINCE DÍAS** de la multa impuesta; caso de impago y de ser insolvente, cumpla el mismo la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo del Código Penal un arresto de 9 días.

Se decreta el comiso de la droga intervenida.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Blas .

**Motivo primero** .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24 CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley del nº 1 art. 849 LECrim en relación con el art. 368 CP , 24.1 y 120.3 CE . **Motivo tercero** .- Por infracción de ley del nº 2 art. 849 LECrim por error en la valoración de la prueba.

4.- El recurso preparado por el otro condenado fue renunciado, teniéndosele por tal.

5.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto, **impugnando todos los motivos del recurso** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintidós de abril de dos mil catorce.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer motivo de casación, denuncia vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4. LOPJ (más correcta a partir de 2000 resulta la invocación directa del art 852 LECrim , proyección específica en el proceso penal del enunciado general de la LOPJ). En concreto se estiman desatendidas las exigencias del derecho a la presunción de inocencia.

La consagración del derecho fundamental a la presunción de inocencia como motivo de casación no muta la naturaleza extraordinaria de este recurso para convertirlo en una apelación. La tarea de valoración de la prueba es materia que sigue residenciada en el Tribunal de Instancia. En casación solo podremos revisar la existencia de prueba de cargo suficiente y la racionalidad de su valoración. Subvertiría el reparto de espacios funcionales en el proceso penal que nos adentrásemos en las labores de revisión global de la prueba practicada (para lo que estamos en una posición menos idónea que la Sala de instancia), y en su caso hacer prevalecer nuestras conclusiones -que obtendríamos al margen del principio de inmediación y de manera indirecta- sobre las de la Sala de instancia. Es ese un camino que no podemos transitar.



El derecho a la presunción de inocencia prohíbe ser condenado sin que se hayan realizado **i)** pruebas de cargo, **ii)** válidas, **iii)** revestidas de las garantías esenciales, **iv)** referidas a todos los elementos del delito, y **v)** de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo ( SSTC 68/2010, de 18 de octubre Fundamento Jurídico Cuarto ; 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), o 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). El control en vía de recurso sobre el respeto a la presunción de inocencia exige **i)** depurar el material probatorio para expulsar de él la prueba ilícita o no utilizable por no haber estado revestida su práctica de las garantías imprescindibles (contradicción, publicidad); **ii)** a continuación valorar el material restante comprobando si en abstracto era razonablemente suficiente para que el juzgador racionalmente pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad; y **iii)** finalmente testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica.

En este asunto, no se cuestiona la legitimidad del material probatorio utilizado por la Sala: la testifical de los agentes policiales.

Tampoco se cuestiona en rigor directamente su suficiencia. Más bien se pone en entredicho la racionalidad de la valoración efectuada por los jueces *a quibus* . Y se hace a través del expediente de resaltar de forma tan meritoria y detallada como baldía, algunas supuestas contradicciones y diferencias en las declaraciones de los agentes policiales.

Ese tipo de argumentación sobrepasa lo debatible a través de la presunción de inocencia. La Sala no hace una valoración arbitraria o caprichosa o irracional. Ha sopesado los desajustes apuntados por la defensa, pero concluye que no desacreditan ni descalifican lo nuclear de la declaración. Y es que, en efecto, esas diferencias en la forma de relatar los hechos e incluso contradicciones en datos accesorios pueden obedecer, como enseña la experiencia, a razones muy diferentes ligadas a la desmemoria (han transcurrido casi dos años) o a la mezcla o confusión con sucesos análogos que por su profesión han de protagonizar sin duda los declarantes repetidas veces; nada cuartejan esas razones la fiabilidad en lo esencial de un testimonio.

Desde esta perspectiva ningún reproche se puede hacer a la sentencia combatida: se apoya en una prueba testifical cuya credibilidad es explícita y adecuadamente razonada en su fundamento de derecho primero. La testifical de los agentes que intervinieron, de cuya veracidad no existe motivo para dudar, constituye el principal elemento probatorio sobre el que se asienta la condena. La presunción de inocencia no obliga a dar más crédito a la versión de acusados. La declaración de los agentes policiales no goza de una presunción de veracidad como dice incidentalmente el recurrente: art. 717 de la Ley Procesal Penal . Ha de ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, como cualquier otra testifical. Pero a tenor de esas máximas de experiencia, han resultado razonadamente convincentes en este caso para el Tribunal *a quo* . Se constata así la existencia de prueba de inequívoco signo incriminatorio y valorada de manera razonada y razonable por el Tribunal.

En otro orden de cosas, lo que describen los hechos probados basados en esas manifestaciones policiales no es un delito provocado; es decir, un supuesto en que la voluntad criminal (en este caso, venta de sustancias estupefacientes) surja como fruto exclusivo de la inducción de agentes policiales que controlan la situación desde el comienzo. Son los dos condenados los que por iniciativa propia ofrecen droga a los agentes tal y como hacen a otras personas. El delito estaba perfeccionado con anterioridad: la tenencia de sustancia estupefaciente con propósito de distribuirla entre terceros es ya un delito del art. 368 CP consumado. El acto de ofrecimiento acredita la voluntad previa de comercialización. Por tanto tampoco puede prosperar el alegato de falta de prueba de ese ánimo de difusión entre terceros quedando descartada la posibilidad de que estuviese exclusivamente destinada al autoconsumo penalmente irrelevante.

**El primer motivo es improsperable.**

**SEGUNDO.- El segundo de los motivos sí merece ser acogido.**

Ha sido expresamente apoyado por el Ministerio Fiscal.

Se ha impuesto a los penados una multa de novecientos euros. El valor de la droga ocupada ascendía a 363,66 euros.

El recurrente indica que oscilando la multa entre el tanto y el triplo del valor de la droga ( art. 368) la Sala de instancia tendría que haber razonado la opción por un *quantum* que se acerca al máximo. El art. 52.2 CP fija los parámetros a que han de atenerse los Tribunales al cuantificar una multa proporcional. No concurriendo circunstancias modificativas y no constando la solvencia del acusado debería haberse impuesto el mínimo.



La estimación irá más allá de lo expresamente solicitado por el recurrente: no es que haya ausencia de motivación, sino que además se ha rebasado el mínimo legal seguramente por fijarse la multa miméticamente trasladando la solicitud del Fiscal, olvidándose que la Sala ha "recatalogado" la calificación jurídica.

En efecto, los hechos se han encuadrado en el art. 368.2 CP que impone una rebaja de las penas. La degradación ha de afectar no solo a la pena privativa de libertad sino también a la pecuniaria.

Si el valor de la droga ocupada era de 363,66 euros, la pena de multa no podrá ser superior a 362 euros. Pese a la ausencia de una específica regla legal, el Pleno no jurisdiccional de esta sala Segunda en su acuerdo de 22 de julio de 2008 sentó como criterio la degradabilidad de las multas proporcionales aplicando por analogía las reglas de las otras penas ( art. 70.1.2º CP ). Es una analogía *in bonam partem* (entre muchas otras STS 1020/2013, de 27 de diciembre ) y, por tanto, admisible.

De acuerdo con ello procede casar la sentencia de instancia en ese particular y dictar segunda sentencia atemperando el importe de la multa.

La eficacia del motivo ha de extenderse al penado no recurrente ( art. 903 LECrim ).

**TERCERO.-** El art. 849.2º LECrim ( *error facti* ) sirve de palanca al recurrente para reclamar que se adicione la base fáctica de la atenuación prevista en el art. 21.2 CP . Un informe pericial psicológico aportado por la defensa al acto de la vista acreditaría su condición de drogodependiente y por tanto el presupuesto necesario para tal atenuación. A tal informe, y como mero complemento, se suman unos expedientes aportados también por la defensa por infracciones del art. 25.1 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (tenencia y consumo de cannabis)

#### **El motivo es improsperable.**

El informe, fechado en 2013, carece de capacidad demostrativa de una adicción **grave** -que es lo que exige el art. 21.2 CP - en la fecha de los hechos (26 de agosto de 2011). Es cierto que la diferencia cronológica no es imputable totalmente a la defensa, que reclamó en su escrito de calificación (2012) ese informe que finalmente no pudo realizarse. Pero es que aunque refiriésemos el contenido del informe a la fecha de los hechos, no se deriva del mismo más que un consumo abusivo de drogas, pero no la grave adicción que reclama el art. 21.2 CP ; ni, mucho menos, la instrumentalidad del delito cometido respecto de tal adicción. La simple condición de consumidor de drogas, incluso de consumidor habitual, es inapta por sí sola para construir una atenuante. El informe habla de dependencia "moderada" del cannabis. Además la percepción de ciertos emolumentos por su trabajo y la ausencia de gastos personales de alojamiento o alimentación (lo que también se refleja en el informe y en sus declaraciones en el acto del juicio oral) permiten descartar la otra exigencia del art. 21.2 CP : que el delito se cometa impulsado por la necesidad de recabar fondos para satisfacer la propia adicción. Una dependencia "moderada" del cannabis por quien cuenta con ingresos suficientes es base incapaz de sustentar la atenuación postulada.

Por lo demás la pena se ha impuesto en su mínima extensión por lo que la estimación, que se reputa improcedente por lo dicho, tampoco arrojaría ningún resultado efectivo.

**CUARTO.-** Habiéndose estimado parcialmente el recurso, las costas deben declararse de oficio ( art. 901 LECrim ).

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Blas** , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito contra la salud pública, **por estimación del motivo segundo de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Tournon Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de dos mil catorce.



En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Uno de Benidorm, fallada posteriormente por la **Sala de lo Penal** de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Primera), y que fue seguida por delito contra la salud pública contra Blas y Franco teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la **Sentencia** recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

**ÚNICO** .- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO** .- Ascendiendo el valor de la droga ocupada a 363,66 euros y habiéndose apreciado la cláusula atenuatoria del art. 368.2 CP , procede rebajar en un grado la pena de multa. Se estima adecuada la cuantía de doscientos euros, a la vista de los antecedentes obrantes en la causa; cuantía que rebasa en muy poco el mínimo posible, ya de por sí moderado. .

### **III. FALLO**

Que debemos sustituir la cuantía de las multas **NOVECIENTOS EUROS** (900 €) impuestas en la sentencia por la de **DOSCIENTOS EUROS** (200 €) con la misma responsabilidad personal subsidiaria establecida (un día por cada cien euros o fracción dejada de pagar).

Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia (prisión, comiso y costas) en lo que no sean incompatibles con éste.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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