



Roj: **STS 4113/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4113**

Id Cendoj: **28079120012022100870**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2022**

Nº de Recurso: **947/2021**

Nº de Resolución: **903/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9229/2020,**
AAAP M 4824/2020,
STSJ M 27/2021,
STS 4113/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 903/2022

Fecha de sentencia: 17/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 947/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 947/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 903/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García



D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Emilio**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 19 de enero de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, de fecha 15 de septiembre de 2020, que le condenó por delito contra la salud pública, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Juan Antonio Escrivá de Romaní Vereterra y bajo la dirección Letrada de D. Rafael Silvosa Pedreira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado con el nº 36/2019 contra Emilio, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, que con fecha 15 de septiembre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Son hechos probados y así se declara que el acusado Emilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, concertó un encuentro, sobre las 18:45 horas del 8-01-2019 en la C/ Bañeza de Madrid, con Jeronimo quien entregó en tal ocasión un envoltorio conteniendo cocaína, a cambio de 50 euros. Encontrándose en las inmediaciones del lugar los agentes de la Policía Local con nº de carnet profesional NUM000, NUM001 y NUM002, se percataron del encuentro y procedieron a interceptarles, interviniendo la sustancia al comprador, y el dinero fraccionado en poder del acusado; quien les reconoció en ese instante que tenía más droga porque se estaba dedicando su venta, porque estaba atravesando una mala época. Tras requerir el acusado requerir la presencia de quien dijo ser su mujer, entregó aquél a los agentes un neceser que ésta le hizo llegar, en cuyo interior tenía una roca de cocaína, siete envoltorios con cocaína, y una báscula digital con restos de la misma sustancia. El análisis pericial de la sustancia intervenida, arrojó los siguientes resultados: 0'793 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 86'34 €; 0'800 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 86'34 €; 0'817 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 87'69 €; 0'804 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 86'34 €; 0'515 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 55'31 €; 0'823 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 89'04 €; 62'493 g de cocaína con pureza de 79'5% valorada en 6.702'28 €. La valoración total de la sustancia intervenida y dedicada por el encausado para su ilícita distribución a terceros asciende a 7.193,34 euros".

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

"Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Emilio, como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años y seis meses de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 7.193 euros así como al pago de las costas procesales. Se decreta el comiso del dinero y la sustancia estupefaciente incautada al encausado, así como la destrucción de la misma. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación del que conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación".

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Emilio ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que con fecha 19 de enero de 2021 dictó sentencia con la siguiente Parte Dispositiva:

"QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. JUAN ANTONIO ESCRIVÁ DE ROMANÍ VERETERRA, en nombre y representación de Emilio, frente a la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2020, dictada por la Sección nº 2 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Procedimiento Abreviado nº 453/2020, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada sentencia, sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia. Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órgano judicial de referencia. Librese por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de este Tribunal certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al Libro de Sentencias penales de esta Sala. Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de conformidad con



el art. 792. 4 en relación con el art. 847. 1 b) de la LECrim., con sujeción a lo previsto en el art. 855 y ss. de la L.E.Crim., formulando la petición a que se refiere el art. 855 mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Emilio , 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.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Emilio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar que se ha infringido precepto constitucional.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar que se ha infringido precepto constitucional.

Tercero.- Infracción de ley. El presente motivo se ampara en el artículo 849 al entender que hay una valoración errónea en los documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador.

Cuarto.- Quebrantamiento de forma. Se plantea el presente motivo de recurso al amparo de lo establecido en el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que la Sentencia no se expresa clara y terminantemente cuales son los hechos probados, o resulta manifiesta contradicción entre ello, y se consignan como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de noviembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación Legal de Emilio contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2021 dictada en Apelación por el T.S J de Madrid.

SEGUNDO.- 1.- Por Vulneración constitucional al amparo del art 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24 de la C. E en relación a la **presunción de inocencia**, valoración de los testigos de referencia, motivación de la sentencia, licitud, suficiencia y racionalidad de la valoración probatoria.

Se queja el recurrente de la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia. Se queja de que no es suficiente la declaración de los agentes que declaran como testigos de referencia y que no hay prueba de que él vendiera droga. Efectúa un extenso relato acerca de su discrepancia con el proceso de valoración de la prueba llevada a cabo.

Pero hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la



presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad, suficiencia y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado tanto la declaración exculpatoria del recurrente como el resto de la prueba. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

Así, son hechos probados y así se declara que Emilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, concertó un encuentro, sobre las 18:45 horas del 8-01-2019 en la C/ Bañeza de Madrid, con Jeronimo, a quien entregó en tal ocasión. un envoltorio conteniendo cocaína, a cambio de 50 euros.

Encontrándose en las inmediaciones del lugar los agentes de la Policía Local con no de carnet profesional NUM000, NUM001 y NUM002, se percataron del encuentro y procedieron a interceptarles, interviniendo la sustancia al comprador, y el dinero fraccionado en poder del acusado; quien les reconoció en ese instante que tenía más droga porque se estaba dedicando su venta, porque estaba atravesando una mala época. Tras requerir el acusado la presencia de quien dijo ser su mujer, entregó aquél a los agentes un neceser que ésta le hizo llegar, en cuyo interior tenía una roca de cocaína, siete envoltorios con cocaína, y una báscula digital con restos de la misma sustancia.

El análisis pericial de la sustancia intervenida, arrojó los siguientes resultados: 0'793 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 86'34 €; 0'800 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 86'34 €; 0'817 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 87'69 €; 0'804 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 86'34 €; 0'515 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 55'31 €; 0'823 g de cocaína con pureza de 80'1% valorada en 89'04 €; 62'493 g de cocaína con pureza de 79'5% valorada en 6.702'28 €.

La valoración total de la sustancia intervenida y dedicada por el encausado para su ilícita distribución a terceros asciende a 7.193,34 euros."

Por ello, es condenado como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública referido a sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años y seis meses de prisión, con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 7.193 euros así como al pago de las costas procesales.

Señala el tribunal de instancia que "queda justificada no solo la concreta venta a tercera persona que rechazó en el plenario dicho acusado, sino la tenencia en su poder de la droga intervenida, claramente ordenada además, al tráfico ilegal."



Hace referencia también el tribunal a las contradicciones existentes entre Jeronimo y el acusado con respecto a cómo se vieron, por qué y para qué se vieron en aquel lugar, llegando a la deducción a la vista del acta que firmó también el propio testigo respecto a los hechos que finalmente se transcriben como probados a que, en efecto, la operación se centró en la compra venta de droga tal y como así se desprende de la intervención policial inmediata.

Y añade el Tribunal respecto a la intervención de los agentes que:

"Hasta tres testigos -a saber, los agentes de policía intervinientes coincidieron en describir no solo la secuencia de los hechos tal y como la presenciaron y que se refleja en el capítulo fáctico de la presente, sino porque, contrariamente a la valoración de la testifical analizada hasta ahora claramente influida por la predisposición ya mencionada, ningún atisbo de duda surgió en el Tribunal de que, los tres testigos que depusieron en el plenario, lo hicieron con estricta observancia y cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre cualquier testigo, relatando la secuencia de lo acaecido, conforme sucedió.

Así, describieron cómo se produjo un rápido encuentro entre quien había llegado en una furgoneta minutos antes, deteniéndose en un carril de circulación, cerca del lugar donde ellos se encontraban de servicio y vestidos de paisano; y cómo esperó su conductor unos minutos hasta que llegó el acusado, viéndoles a ambos -los tres testigos- establecer contacto limitado a un intercambio de algo que resultó ser un envoltorio de una sustancia en poder del conductor de la furgoneta que -según les dijo- había comprado al acusado a cambio de 50 euros, y la moneda fraccionada que intervinieron al acusado.

Y goza además de la misma veracidad, la descripción de los testigos sobre lo que sucedió posteriormente; a saber, que cuando los agentes procedían a la detención del acusado, éste, en una clara intención de colaborar con la intervención policial de los agentes, reconoció esa venta y además, la actividad que venía desarrollando por entonces, al estar pasando "una mala racha".

Añade el tribunal que: "Mal se compadece la actuación policial denunciada con cualquier sentimiento de animadversión hacia el acusado cuando -siempre según la versión que considera acreditada el Tribunal, dimanante de la testifical practicada fue éste quien convocó ante los agentes a quien dijo era "su mujer" importando poco si lo era o no- y siendo esa mujer la que les entregó no solo la droga intervenida en las actuaciones sino además la báscula de pesaje que tenía el acusado en el mismo domicilio que ambos compartían. Pese a lo cual consideraron los agentes, en ese momento y con posterioridad, que esa tercera persona quedara ajena a su actuación -y por ende a la causa- al considerar que nada tenía que ver con la actividad delictiva del acusado. Intervención por cierto, la de esta mujer que, constando debidamente filiada en el atestado pudo haber tenido un papel testifical con un evidente valor de descargo, que la defensa no consideró oportuno convocar a juicio, fundamental sobre todo para poder contrarrestar la eficacia de la prueba de cargo practicada, de la que, como ya se ha dicho, se deduce, sin resquicio de duda, que los hechos sucedieron tal y como los relataron los agentes."

Respecto a la prueba pericial de análisis de la droga añade que: "Ha quedado acreditado igualmente por la prueba pericial obrante en los autos consistente en el Informe pericial del análisis de la sustancia que la droga intervenida se trata de cocaína, cuya naturaleza y características la catalogan entre las que causan grave daño a la salud, en cuanto alcaloide susceptible de ocasionar importante deterioro físico y psíquico en el organismo humano al afectar al sistema nervioso central y que, por ello, se halla incluida en la listas I y IV de la Convención Unica de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificada por España mediante instrucción de 3 de febrero de 1966, que posteriormente fue enmendada en 1981, quedando plasmado en la Convención Unica de ese año, recogida por España por orden de 11 de marzo de 1981."

Ante el recurso de apelación ante el TSJ por este se concreta que: "Hay prueba es directa y está constituida por las declaraciones de los tres agentes de la Policía Municipal de Madrid y por el hecho de la ocupación de la sustancia, que debidamente analizada, resultó ser cocaína, con el peso y pureza que se reflejan en el relato de hechos probados, habiendo valorado, asimismo, el resto de la prueba (declaración del acusado y del testigo Jeronimo) --ex art. 741 LECrim.--, para basar en todo ello una condena, respecto de la que, aun cuando la defensa no la comparta lógicamente, puede conocer los criterios tenidos en cuenta por la Sala de instancia para dictar dicho pronunciamiento.

...La defensa incurre en un palmario error, al calificar a los testigos, agentes de policía, simplemente como de referencia, ignorando que no declaran, solo, con tal condición, sino que son también testigos directos, que relatan lo que vieron y el resultado de su actuación, siendo la parte esencial de su testimonio, unido al hecho de la ocupación de la droga, la base sustantiva y suficiente para desvirtuar el principio de **presunción de inocencia** el acusado y dictar sentencia condenatoria. Lo que importa, por otra parte, son los hechos que transmiten al tribunal a quo, no las valoraciones o conclusiones que puedan hacer, sin perjuicio del valor que pudieran tener, como explicación de los propios hechos percibidos."



Con ello, y frente a la queja del recurrente hay prueba bastante debidamente valorada por el tribunal en relación a la directa intervención policial al presenciar los hechos, ya que no tienen en ese acto la consideración de testigos de referencia como alguien que no ha presenciado un hecho, sino que lo que conoce de él lo es por terceros, sino que visualizaron los hechos directamente y así lo exponen, además de que consta que vieron la transacción de cocaína intervienen de inmediato y localizan la droga entregada en poder del comprador y el precio pagado por ella en el del vendedor, y a continuación los siete envoltorios de cocaína y una báscula, todo ello tendente a evidenciar la dedicación al tráfico de drogas. Resulta, pues, evidente que el recurrente llevó a cabo un acto de tráfico de drogas y que la valoración de la prueba por el tribunal ha sido correcta, así como el análisis llevado a cabo por el TSJ con respecto a la suficiencia de la prueba de cargo explicada por el tribunal de instancia y la racionalidad de la valoración probatoria expresada con carácter de mínimo para enervar la **presunción de inocencia**.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por Vulneración constitucional al amparo del art 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24 de la C. E en relación a la **presunción de inocencia** y la valoración de las declaraciones espontáneas de los acusados realizadas a la policía y la licitud y suficiencia probatoria y el derecho a un procedimiento con todas las garantías.

En relación también con cuestiones atinentes a valoración de la prueba se queja de la valoración del tribunal de las declaraciones espontáneas del recurrente a los agentes.

Vuelve a realizar un extenso relato acerca de que el recurrente no reconoció los hechos, pero sobre todo ello ya se ha pronunciado tanto el tribunal de instancia como el TSJ señalando la prueba concurrente en relación a que los agentes no intervienen como testigos de referencia como se refiere por el recurrente, sino como directos, y actúan de inmediato a producirse la transacción de droga. Resulta irrelevante que luego el recurrente niegue los hechos y no reconozca la autoría cuando lo ocurrido fue presenciado por los agentes intervinientes y tras la intervención se produce la conversación entre los agentes y el recurrente, siendo este, fuera de un interrogatorio técnico, el que reconoce que tenía la droga en su poder y la enseña como consta en los hechos probados con la descripción de los envoltorios que le intervienen y la báscula.

Niega el recurrente que se haya tratado de una autoinculpación y descarta que exista prueba de cargo para la condena, negando la validez de lo que declaran los agentes, así como que no fue llevada a juicio oral la testigo que señalan, no obstante lo cual se trata de evaluar la suficiencia de la prueba de cargo y ello ha sido expresado por el tribunal de instancia y por el TSJ y ya hemos expresado que la sede casacional no puede convertirse en una tercera sede de revaloración de la prueba, que es lo que se pretende con el contenido de los dos primeros motivos dando una versión distinta de la prueba existente y cuestionando el contenido de la valoración probatoria.

Respecto a las manifestaciones espontáneas a la policía debemos recordar la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 418/2020 de 21 Jul. 2020, Rec. 10703/2019, donde se recoge que:

"Sobre las declaraciones espontáneas que imputados y testigos pueden aportar a los agentes policiales, fuera del escenario de una declaración oficial protocolizada, existe una amplia jurisprudencia relativamente consolidada. A ella se refiere el documentado y elaborado escrito de impugnación de la acusación particular.

Una primera puntualización resulta obligada. De lo contrario, se corre el riesgo de tratar como similares supuestos netamente diferenciados. No nos movemos en el marco que analizaba el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de junio de 2015 al que se refiere el recurrente. Este acuerdo, relacionado con el valor probatorio de la autoincriminación en la declaración oficial incorporada al atestado, no fue concebido para dar respuesta a las manifestaciones espontáneas u oficiosas. Respecto de éstas es otra la doctrina que hay que manejar para aclarar su virtualidad probatoria.

Son muchos los precedentes.

La STS 16/2014, 30 de enero -doctrina que reiterará la STS 597/2017, de 24 de julio-, con cita de las SSTS 1236/2011, 22 de noviembre y 878/2013, 3 de diciembre, diferencia entre las manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o ante los agentes policiales; y una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de Letrado y previa lectura de derechos. No existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o de los funcionarios policiales receptores de esos comentarios espontáneos, siempre que no sean inducidos. Se enfatiza, sin embargo, que en cualquier caso, se trata de un testimonio de referencia -auditio alieno- y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación. No aporta fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad de lo manifestado, lo que es ajeno al conocimiento del



testigo. Es directo -auditio propio- en cuanto al hecho en sí de haberse producido esa manifestación y de las circunstancias que la rodearon.

Según explican las SSTS 418/2006, 12 de abril y 667/2008, 5 de noviembre, el derecho a no declarar del imputado no impide las declaraciones libres y espontáneas que quiera realizar. Lo prohibido es la indagación antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a guardar silencio, pero no la audición de manifestaciones del detenido. Las manifestaciones que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico (STS 25/2005, 21 de enero). Gozan, por tanto, de aptitud para ser valoradas y confluir con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social.

Las SSTS 156/2000, 7 de julio y 844/2007, 31 de octubre, contemplan comentarios surgidos de forma espontánea y no provocada en dependencias policiales por quien ya ha sido detenido y antes de ser advertido de sus derechos: son aprovechables. No sería correcto -se apostilla- recogerlos por escrito en el atestado instruido para que los suscriba el detenido. Los instructores del atestado no pueden plasmar por escrito este tipo de declaraciones hechas sin la previa información de los derechos que asisten al detenido, "... pero si así se hiciera la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y por lo tanto la prueba habría de conceptuarse de irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales".

Queda así rebatida la queja del recurrente de que la diligencia donde se hace constar esa incidencia no fue firmada por el acusado. En efecto, no se le conminó a firmar (folio 58) y al no hacerlo los agentes obraron con la corrección exigible.

La STS 1266/2003, 2 de octubre, admite la validez probatoria de la confesión extrajudicial, siempre que acceda al juicio oral (STS 13 mayo de 1984 y 1282/2000, 25 de septiembre), mediante la declaración de quien la oyó. Esa testifical de referencia deberá ser sometida a debate contradictorio, de forma que las partes puedan interrogar sobre ese extremo. Eso es lo sucedido aquí.

También ha de ser traída a colación la STS 365/2013, 20 de marzo. Es, como muchas de las citadas, reseñada en el dictamen en casación de la acusación particular. Resume la doctrina jurisprudencial sobre el tratamiento de las manifestaciones espontáneas del detenido a los agentes policiales. Considera material probatorio utilizable esas declaraciones prestadas incluso antes de la asistencia letrada.

La STS 1571/2000, 17 de octubre, es otro exponente de ese criterio. Admite la validez de las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral por los agentes policiales que testimoniaron acerca de las manifestaciones espontáneas realizadas por el acusado tras su detención y una vez informado verbalmente de sus derechos ("... no encontrarían nada en el registro de su vehículo porque la droga la traían los otros coimputados", lo que se comprobó posteriormente).

Idéntica doctrina es reproducida, en cuanto a sus líneas generales, en las SSTS 112/2015, 10 de febreroy667/2008, 5 de noviembre).

La reciente sentencia 679/2019, 23 de enero de 2020, hace un recorrido por los pronunciamientos más destacados de esta Sala, algunos de los cuales ya han sido glosados supra. A su fundamentación jurídica, confirmatoria de la consolidada línea jurisprudencial que venimos exponiendo, nos remitimos. En la relación sistematizada de precedentes de esta Sala se incluye la STS 1030/2009 que, aunque se trata de un mero 'obiter dicta' y no la causa decisiva de estimación del recurso, insinúa un criterio disidente : "...las manifestaciones realizadas de forma espontánea a agentes policiales por un imputado, ya detenido, no pueden ser valoradas como prueba de cargo si no son reiteradas ante la autoridad judicial en declaración prestada con todas las garantías (SSTC 51/1995y 206/2003, entre otras muchas). En primer lugar, porque la declaración del imputado, y con mayor razón si está detenido, sólo es válida, a cualquier efecto, si viene rodeada de las garantías que impone la Constitución y la ley: previa y adecuada información de sus derechos y asistencia letrada, previsiones orientadas a garantizar que la declaración se presta de forma voluntaria y libre. En segundo lugar, porque solamente ante el Juez es posible preconstituir prueba, lo que conduce a negar valor probatorio, propio y autónomo, a cuantas diligencias de declaración sean prestadas ante agentes de la autoridad, si luego no son ratificadas ante la autoridad judicial con todas las garantías exigibles". Pero nótese, que lo que no es valorable es la manifestación inicial; no su reiteración posterior.

Por último, otros dos precedentes, como fiel reflejo de la importancia de los valores en juego, recuerdan la necesidad de obrar con prudencia. Se trata de la STS 655/2014, 7 de octubre, cuando advierte de la validez de esa prueba, sin perjuicio de ser cautos: "... nos encontramos ante manifestaciones espontáneas del acusado, que no ha ratificado a presencia judicial. Se trata de un material probatorio que ha de ser valorado con cautela, de manera que resulte inobjetable que se ha obtenido sin vulneración de los derechos del acusado". Y el ATS



637/2014, de 13 de marzo proclama la prohibición de toda indagación antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar; aunque no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales.

Los agentes dieron cuenta en el juicio oral de esas manifestaciones, refirieron que no obedecían a un interrogatorio al hoy recurrente. Y así ha sido entendido por la sentencia. En materia de bases fácticas determinantes de la nulidad de una prueba, el respeto a la valoración probatoria en la instancia ha de ser el mismo que rige respecto de los hechos constitutivos de la infracción penal."

En consecuencia, en el presente caso, pese a que es cuestionado por la recurrente, lo que reseña este lo fue hecho ni tan siquiera en dependencias policiales, sino en la conversación con los agentes y es ahí cuando se recoge la droga con los envoltorios de cocaína y luego es llevado al juicio oral por los agentes respecto a cómo encuentran la droga y la expresión del recurrente. Nada hay de prueba nula, o que no pueda ser tenida en cuenta cuando se ha dado cumplimiento a la doctrina aplicable en estos casos mediante la declaración de los agentes de lo que sucedió, lo que ellos vieron en la transacción de droga por dinero, la aprehensión inmediata de ambos, y la expresión del recurrente respecto a lo que consta en los hechos probados que fue expuesto por los agentes en el plenario y valorado con acierto por el tribunal de instancia y validado por el TSJ como prueba suficiente para la condena.

El TSJ valora lo que el Tribunal de instancia ha reflejado en su sentencia y concreta en este punto que "la ocupación de la droga y de una báscula de precisión, que se encontraba en el neceser, al igual que las circunstancias en que se produjo, no es fruto de referencia sino de la intervención directa de los agentes, a quienes le es entregada, lo que así relatan en la vista." Añadiendo que "la sentencia de instancia no basa la condena simplemente en la "supuesta autoinculpación" del acusado ante los agentes, sino en el resultado de la prueba de cargo practicada en el plenario. El acusado, que ciertamente se acogió a su derecho a no declarar en sede policial y en la instrucción, haciéndolo en el plenario extensivo a las preguntas del Ministerio Fiscal y del Tribunal, negó los hechos de la venta de droga, así como tener relación con la droga y báscula que contenía el neceser, y el tribunal a quo parte de dicha negativa, si bien no la considera creíble. Lo anterior no quita para que, a la vista del resto de la prueba practicada, singularmente la de cargo, considere acreditado el hecho del tráfico de sustancias estupefacientes, por el que viene condenado."

Es por ello, por lo que se deben rechazar las alegaciones del recurrente en un entorno de "suficiencia de prueba concurrente" con declaración de los agentes policiales que intervinieron, con aprehensión de la droga y dinero utilizado para su pago, y con el resto de envoltorios, también de cocaína, con la balanza referida. La prueba está suficientemente detallada, expuesta y revisada por el TSJ, descartándose la revisión valorativa propuesta de nuevo por el recurrente en sede casacional.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Al amparo del artículo 849 de la LECRIM por error en la valoración de la prueba documental.

Por la vía del art. 849.2 LECRIM disiente el recurrente en tal sentido de la valoración realizada respecto de los folios 2, 3 y 4 del atestado policial en relación a lo que vieron los agentes policiales, así como del informe del SAJIAD contenido en los folios 49 a 54 del procedimiento en cuanto a la acreditación de que el acusado es consumidor de cocaína aunque no conste acreditado que lo sea de manera continuada.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y



4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediatez la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

En lo referente a los informes periciales que señala el recurrente, puede afirmarse conforme a la doctrina de esta Sala que no constituyen documentos a efectos casacionales y aunque en supuestos excepcionales han sido entendidos por esta Sala Segunda como tales, ello no supone que pueda afirmarse, con carácter general, que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación.

Y en este sentido se ha señalado que "Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediatez para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es que como señalan entre otras las SSTS de 5.6.2000 y de 5.11.2003 "No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediatez" siendo por lo demás doctrina reiterada que lo que depende de la inmediatez no puede ser revisado en el recurso de casación.

Por ello para que tal excepcionalidad se aprecie es necesario que concurren los siguientes requisitos: que a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3).

Estas circunstancias indudablemente no concurren en el supuesto que examinamos. El recurrente se remite a documentos que no tienen naturaleza literosuficiente, pero además, la Sala de instancia teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas practicadas en la vista ha realizado su función de valorativa conforme al art. 741 de la LECRIM, argumentando razonablemente los datos y circunstancias, que le han llevado a tomar la correspondiente decisión y sin que por la Sala de apelación ni por esta Fiscalía se perciba arbitrariedad ni error alguno en tal valoración como hemos venido expresando.

Señala el TSJ que "no se acredita la condición de consumidor o en cualquier caso solo ocasional, a la vista del informe del S.A.J.I.A.D., que tan solo refleja de forma contrastada un consumo perjudicial de alcohol y no de otras drogas, permite concluir razonablemente, que la actuación del acusado, que vieron los agentes, fue la propia del vendedor de una papelina de cocaína y en definitiva de un acto de tráfico penalmente castigado."



Pero es que el recurrente está haciendo mención al atestado y al informe del SAJIAD sin precisar a qué efectos, y cuando estos documentos no tienen el carácter de literosuficientes, además de quedar contradichos por el resultado de la prueba practicada y valorada por el tribunal.

El motivo se desestima

QUINTO.- 4.- Al amparo del artículo 851.1 de la LECRIM por falta de claridad de los hechos probados y existir contradicción en ellos.

Se refiere el recurrente en su apoyo al Antecedente de Hecho sexto de la sentencia: "tras requerir el acusado la presencia de quien dijo ser su mujer, entregó a los agentes de la policía un neceser que ésta le hizo llegar que contenía una roca de cocaína, siete envoltorios de cocaína, y una báscula digital con restos de la misma sustancia", y el contenido derivado del Fundamento de Derecho Tercero apartado c) de la misma del que se desprende que fue la mujer, Dña. Teodora quien entrega el neceser.

No existe contradicción relevante en los hechos probados. Estos señalan que *Tras requerir el acusado la presencia de quien dijo ser su mujer, entregó aquél a los agentes un neceser que ésta le hizo llegar, en cuyo interior tenía una roca de cocaína, siete envoltorios con cocaína, y una báscula digital con restos de la misma sustancia.*

Están claros los hechos probados describiendo la secuencia de lo ocurrido. El neceser fue entregado a los agentes con la droga incautada, y ello se desprende de la declaración de los agentes.

Señala al respecto el TSJ que: "tanto en el atestado -instruido por la Policía Nacional- como en el plenario, los tres agentes dan la misma razón acerca de por qué les llamó la atención el ocupante de la furgoneta, al estar mal estacionado y poder observar una conducta nerviosa, que explican tanto en el atestado como en el plenario sin contradicciones o dudas.

El contenido del neceser es descrito tanto en el atestado como en el plenario sin contradicción. La adición de que también contenía una compresa, no contradice lo esencial, esto es quien entregó el neceser y que este contenía una báscula y una "roca" de sustancia, que resultó ser cocaína.

La falta de referencia a la "autoinculpación" en el atestado no es una contradicción, en todo caso no es relevante, al margen de su referencia en el plenario, a los efectos de la elaboración del atestado, que recordemos lo realiza la Policía Nacional.

La falta de referencia a la conversación con Teodora, más allá de hacer constar que fue quien, a instancias del acusado, al parecer su marido, quien bajó del domicilio el neceser, no tiene relevancia, dado que, por lo demás, en cuanto a los hechos ninguna intervención se constata que tuvo, de ahí que como explicó la agente de policía, a preguntas de la defensa, dicha conversación carecía de relevancia policial. En cualquier caso, bien pudo la defensa, si su presencia en el juicio era trascendental, haberla citado como testigo, cosa que no hizo."

No hay contradicción relevante en los hechos probados respecto a lo ocurrido, lo probado en el juicio, la argumentación dada por el tribunal y, por ello, lo que se ha reflejado en los hechos probados respecto a la intervención policial, y la aprehensión de la droga incautada en un claro acto de tráfico de drogas. No existe la pretendida por el recurrente "manifiesta" contradicción en los hechos probados.

El motivo se desestima

SEXTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Emilio**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 19 de enero de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, de fecha 15 de septiembre de 2020, que le condenó por delito contra la salud pública. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García



Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ