

Roj: **STS 5631/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5631**Id Cendoj: **28079120012015100841**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/12/2015**Nº de Recurso: **439/2015**Nº de Resolución: **823/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 2654/2014,**
STS 5631/2015

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende interpuesto por las representaciones legales de los acusados **Torcuato** , **Blas e Melchor** , contra Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 15 de diciembre de 2014, dictada en el Rollo de Sala núm. 61/14 dimanante del P.A. núm. 3629/2013-00 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Arona seguido por delito contra la salud pública contra mencionados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los acusados representados por: Torcuato por la Procuradora de los Tribunales Doña Blanca Berriatua Horta y defendido por el Letrado Don Francisco Javier Estévez Quintero, Blas por la Procuradora de los Tribunales Doña María Jesús Cezón Barahona y defendido por la Letrada Doña Rosa Laura Machi Pérez e Melchor representado por la Procuradora Doña Isabel Cañedo Vega y defendido por la Letrada doña Olga de Luque Sölleheim.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arona incoó P.A. núm. 3629/2013-00 por delito contra la salud pública contra **Torcuato** , **Blas e Melchor** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que con fecha 15 de diciembre de 2014 dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Probado y así se declara que: sobre las 03:45 Torcuato con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Blas ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 22 de noviembre de 2005 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial por un delito de tráfico de drogas la apena de tres años de prisión y a quien se le concedió el beneficio de la suspensión de la pena que le fue notificada el 21 de marzo de 2007, e Melchor , con antecedentes penales, y todos ellos mayores de edad, cuando se hallaban en la zona de las Verónicas, sita en el término municipal de Adeje, puestos de común acuerdo contactaron con el natural del Reino Unido, y que se hallaba pasando unas vacaciones en la Isla de Tenerife Victorino , ofreciéndole vender la sustancia estupefa



ciente que causa grave daño a la salud conocida por cocaína, y cuya compra Victorino rechazó tras probarla un amigo suyo y comprobar que era de baja calidad.

Dicha operación fue divisada por el a gente del Cuerpo Nacional de Policía n° NUM000 , que, junto con su compañero n° NUM001 , se hallaba de servicio en la zona para la represión del tráfico de drogas vestido de paisano, quien se acercó a donde ellos se encontraban al infundirles sospechas lo que estaban haciendo, momento en el que igualmente le ofrecieron venderle cocaína, procediendo acto seguido a su detención tras identificarse como policía.

Al ser registrados se intervino a Torcuato cinco bolsitas de dicha sustancia, con un peso total de 1,53 gramos y una pureza del 16,9%, que los en connivencia para proceder a su venta a consumidores de la misma. Torcuato un peso total de 1,53 tres habían adquirido a consumidores de la misma.

De haber materializado su propósito hubiesen obtenido un ilícito beneficio de 90,12 euros."

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

" Condenar y condenamos a Melchor , Torcuato y a Blas , concurriendo en este último la circunstancia agravante de su responsabilidad criminal de reincidencia y sin que concurra en los dos primeros ninguna, como autores penalmente responsables de un delito contra la Salud Pública ya definido, a las siguientes penas: a Melchor y a Torcuato a veinte meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 60 euros, con un día de arresto sustitutorio en caso de impago previa acreditación de insolvencia, y a Blas dos años y seis meses de prisión, con la accesoria antes definida durante el tiempo de la condena, y multa de 60 euros, con un día de arresto sustitutorio en caso de impago previa acreditación de insolvencia, estando todos ellos obligados al pago de las costas procesales. Así mismo, debe decretarse el comiso de la droga hallada y procederse a su destrucción si no se hubiese hecho ya."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los acusados **Torcuato , Blas e Melchor** , que se tuvo 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 de casación formulado por la representación legal del acusado Torcuato , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

1º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del art. 368 del C. penal . 2º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 de la Ley Procesal , al entender que existe un error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Blas , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim ., por indebida aplicación del art. 368 del C. penal .

2º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim ., por incorrecta aplicación de la agravante de reincidencia establecida en el art. 22.8 del C. penal .

3º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim ., por falta de aplicación del art. 376 del C. penal .

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Melchor , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim ., por vulneración del art. 24 de la CE en cuanto en él se recoge y consagra el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

2º.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim ., por infracción de los arts. 368 del C.penal .

3º.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim . por infracción del principio de presunción de inocencia del art. 24 de la CE y vulneración de los arts. 70.1.2º en relación con el a rt. 72 del C.penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no consideró necesaria la celebración de vista para su resolución y apoyó el segundo de los motivos del recurso del Sr. Blas y se opuso a la admisión del resto



impugnándolo subsidiariamente, 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 para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 3 de diciembre de 2015 sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife condenó a Melchor , Torcuato y Blas como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, concurriendo en Blas la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas que hemos dejado reflejadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO.- En sus diversos reproches casacionales, se denuncia la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

Los hechos probados relatan que sobre las 3:45 horas del día 22 de junio de 2013, los acusados, que se encontraban ofreciendo droga a los transeúntes en la zona de Las Verónicas del municipio de Ajete, contactaron con un inglés a quien le ofrecieron cocaína, pero la rechazó por ser de mala calidad, acudiendo dos funcionarios de policía, de paisano, a uno de los cuales ofrecieron igualmente droga, procediendo acto seguido a su detención, tras identificarse como policías.

Al ser registrados se intervino a Torcuato cinco bolsitas de dicha sustancia, con un peso total de 1,53 gramos de sustancia cocaína, con una pureza en principio activo del 16,90 por 100, que los tres habían adquirido en connivencia para proceder a su venta a terceros.

Desde el plano, pues, de la presunción de inocencia, ésta quedó enervada con la declaración testifical de los agentes de policía, que fue apreciada conforme a lo disciplinado en el art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Como hemos declarado en otras ocasiones (véase la Sentencia 369/2006, de 23 de marzo , la Sentencias 146/2005, de 14 de febrero , la Sentencia 1185/2005, de 10 de octubre y la STS 384/2009, de 31 de marzo , entre otras muchas), el Tribunal de instancia formó su convicción judicial, valorando tales declaraciones, conforme a lo autorizado por el art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en cuanto en él se determina que " *las declaraciones de las autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificadas, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional* ". Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, de manera que no existe, *a priori* , y siempre en combinación con el principio de valoración conjunta, razón alguna para dudar de su veracidad, precisamente en función a la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 de la Constitución española . No significa en modo alguno que tengan la consideración de prueba plena, sino que el precepto citado permite su declaración ante el Tribunal enjuiciador, y su valoración en términos críticos, en combinación con el resto del patrimonio probatorio.

Por lo demás, la actuación conjunta de todos los acusados les convierte en autores del número primero del art. 28, sin ninguna dificultad dogmática.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- También se ha reprochado, por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la indebida aplicación del art. 368 del Código Penal , sobre la base de la afectación al bien jurídico protegido, sosteniéndose que del resultado del análisis de la sustancia intervenida no puede mantenerse que contenga el principio activo necesario como para causar daño a la salud, por lo que el precepto penal aplicado lo habría sido incorrectamente.

En el desarrollo del motivo, se dividen los 258,50 miligramos de principio activo puro, obtenidos como resultado de proceder a la determinación cualitativa de los 1,53 gramos de sustancia cocaína intervenida, con una pureza en principio activo del 16,90 por 100, que los tres habían adquirido en connivencia para proceder a su venta a terceros, divididos en cinco papelinhas que pesarían un promedio de 51,70 miligramos cada una, que es la tesis de los recurrentes.

Pero esta argumentación desconoce la doctrina de esta Sala Casacional acerca de que han de sumarse las distintas dosis incautadas para obtener la cantidad con la que ha de operarse para calificar penalmente la conducta enjuiciada, y ello, tanto en el tipo básico, como en el subtipo agravado por la cuantía.



En aras de la necesaria seguridad jurídica sobre este tema, hubo una reunión de esta **Sala de lo Penal** del Tribunal Supremo, constituida en pleno no jurisdiccional, celebrada el 24.1.2003, en la que se acordó que por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos respecto de cada clase de sustancia por debajo de los cuales pudiera asegurarse la no afectación para la salud de las personas.

A partir del informe de tal organismo público, esta Sala adoptó sus conclusiones y viene aplicando esos límites, de modo que, superadas las cantidades correspondientes, no habrían de dictarse pronunciamientos absolutorios en base a la mencionada argumentación.

Tales límites, con relación a la cocaína, fueron los de 50 miligramos, esto es, 0,050 gramos.

La doctrina de esta Sala declara que ha de tenerse en cuenta la cantidad total imputable al acusado; en este caso, han de sumarse las cinco bolsitas con una dosis cada una, que excede con mucho de tales 0,05 gramos que, repetimos, es la cantidad adoptada por esta Sala, de acuerdo con los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Toxicología.

Este criterio de la suma de las diferentes cantidades que vendió o poseía el acusado, incluso aunque se trate de estupefacentes o psicotrópicos de clase diferente, aparece en las Sentencias de esta Sala números 450/2006 de 21 de marzo, 1034/2006 de 24 de octubre, 182/2008 de 21 de abril, 178/2009 de 26 de febrero, 1276/2009, de 21 de diciembre entre otras.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El segundo motivo de Blas censura la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, por aplicación indebida del art. 22.8ª del Código Penal. Este motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal y debe ser estimado.

En efecto, señala la resultancia fáctica de la sentencia recurrida que el citado recurrente fue precedentemente condenado el día 22 de noviembre de 2005, como autor de un delito contra la salud pública, a la pena de tres años de prisión, concediéndosele la suspensión de tal pena mediante Auto de 21 de marzo de 2007, fecha en que se le notifica tal resolución judicial.

Tal suspensión relativa a dicha medida alternativa a la pena de prisión no fue en ningún momento revocada, pues en caso afirmativo, así se haría constar. Por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 136 del Código Penal (hoy, número 2, tras la modificación operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo), para computar el plazo de cancelación de los antecedentes penales, se ha de contar desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional -como es el caso-, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retro trayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio.

Conforme a tal doctrina, en este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

Luego, la pena se ha de tener por iniciada a cumplir al día siguiente del otorgamiento de la suspensión, por lo que habrían transcurrido los tres años de privación de libertad, el día 22 de marzo de 2010.

Veamos ahora el plazo que ha de transcurrir para tener por cancelados tales antecedentes. Conforme al art. 136.1 habrán de transcurrir: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves. En nuestro caso, tres años. Con la nueva regulación (LO 1/2015, de 30 de marzo): a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves.

Por consiguiente, es más favorable la regulación hoy derogada pero vigente en la fecha de los hechos, y el plazo sería el de tres años (hoy cinco años). En ambos casos, el art. 33.3 del Código Penal nos dice que son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años. Como es el caso.

En consecuencia, en la fecha de la comisión de los hechos, a las 3:45 horas del día 22 de junio de 2013, habían transcurrido más de tres años desde el 22 de marzo de 2010, luego los antecedentes penales habían quedado cancelados, razón por la cual el motivo tiene que ser estimado.

QUINTO.- El segundo motivo de Melchor, se formaliza por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciándose la infracción de los arts. 70.1.2º en relación con el art. 72 del Código Penal.



Y ello porque se ha impuesto, tanto a este recurrente, como a Torcuato , veinte meses de prisión, en aplicación del tipo atenuado descrito en el párrafo segundo del art. 368 del Código Penal , que castiga con la pena inferior en grado sobre la básica de tres a seis años de prisión, en el caso de sustancias, como la cocaína, que causan grave daño a la salud.

El Tribunal sentenciador considera que debe elevar la penalidad por encima de su mínimo (que lo hubiera sido año y medio de prisión: dieciocho meses) porque al constarles a los acusados varias detenciones policiales, "esta circunstancia denota cierta tendencia a delinquir por su parte". El Tribunal «a quo» no distingue entre ambos acusados y las detenciones policiales que dice les constan a cada uno de ellos, pero sobre todo, discurre su argumento sobre la base de una propensión a delinquir que no ha quedado en modo alguno probada, y menos por tales datos gubernativos, que por sí solos no pueden acreditar meritada «tendencia» siendo así que a ninguno de ellos les constan antecedentes penales.

En consecuencia, al tratarse de una mera presunción, sin otro fundamento empírico que unos datos de los que no puede partirse, la referida tendencia no puede justificar tal propensión delictiva. Y siendo así, la argumentación de la Audiencia se viene abajo, y la pena habrá de ser impuesta en su franja mínima, y dentro de ella, en su umbral inferior, a falta de otros datos.

Cierto es que la pena de veinte meses es perfectamente imponible para el Tribunal sentenciador, pero para llegar a tal cuantía, habrá que justificarse en algún argumento sostenible. Al no haberlo hecho así la Audiencia, la consecuencia es la estimación del motivo, dictándose a continuación segunda sentencia por esta Sala Casacional.

SEXTO.- Al proceder la estimación de los recursos, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR, por estimación parcial**, al recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende interpuesto por las representaciones legales de los acusados Torcuato , Blas e Melchor , contra Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 15 de diciembre de 2014 . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución, y la que seguidamente se dicta, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Tournon Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Joaquin Gimenez Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Arona incoó P.A. núm. 3629/2013-00 por delito contra la salud pública contra Torcuato , nacido el NUM002 de 1991 y con DNI núm. NUM003 , Blas , nacido el NUM004 de 1972 y con DNI núm. NUM005 e Melchor , nacido el NUM006 de 1986 y con DNI núm. NUM007 , y una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que con fecha 15 de diciembre de 2014 dictó Sentencia , la cual ha sido recurrida en casación por las representaciones legales de dichos acusados, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:



I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Conforme a lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de suprimir la circunstancia agravante de reincidencia en el caso de Blas , e individualizar la pena a los tres acusados, excluyendo, por razones formales, la argumentación sobre la tendencia delictiva, de manera que impondremos a los tres la misma pena de prisión de un año y medio de duración e idéntica multa a la decretada en la instancia, al ser autores de un delito contra la salud pública, tipificado en el párrafo segundo del art. 368 del Código Penal .

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Blas , Melchor y Torcuato como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena, a cada uno de ellos, de un año y medio de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y una multa de sesenta euros, con un día de arresto subsidiario en caso de impago, y costas procesales de la instancia por partes iguales.

En los demás aspectos, como el decomiso y destrucción de la droga, se mantienen los demás pronunciamientos de la instancia

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Joaquin Gimenez Garcia

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