



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 508/2016, de 9 de junio de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 318/2016

SUMARIO:

Tráfico de drogas. Consumo compartido. Conducta atípica. Pena de multa. Documentos a efectos casacionales. De la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable. La aplicación de esta doctrina, ha quedado sujeta a la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.) Las personas que se agrupan han de ser adictos, con lo que se pretende evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, si bien este requisito se ha suavizado para abarcar a los consumidores habituales, incluidos aquellos que aunque no puedan considerarse adictos en sentido estricto, presentan un patrón que se corresponde con el consumidor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos. Todo ello para evitar que la doctrina del consumo compartido quede vacía 2.) El proyectado consumo ha de realizarse en lugar cerrado, en evitación de que terceros desconocidos puedan acceder a la distribución o al consumo. 3.) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes. 4.) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, como único medio de poder calibrar su número y condiciones personales. 5.) Debe tratarse de consumo inmediato de las sustancias adquiridas, para que las mismas no lleguen a manos de terceros ajenos a los conciliados para el compartido consumo. En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos. El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el artículo 70 del CP. La jurisprudencia de esta Sala ha negado reiteradamente la condición de documento a las declaraciones de imputados y testigos, por tratarse de prueba personal en cuya valoración juega un papel especialmente relevante la percepción directa e inmediata del Tribunal ante el que se practica.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 70 y 368.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 741.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.

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



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por Erasmo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2ª), con fecha 15 de septiembre de 2015 ; los Excmos. Sres. 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 de los citados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana Maria Ferrer Garcia; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente Erasmo representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Sorribes Calle.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Fuengirola, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 26/2014 contra Erasmo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2ª, rollo 24/2015) que, con fecha 15 de septiembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Valorada en conciencia la prueba practicada, resulta probado y así lo declaramos expresamente los siguientes extremos:

Sobre las 11,25 horas del 21/9/2013, en la calle José Cubero Yiyo de Fuengirola, el acusado, Erasmo , fue sorprendido por agentes de la Policía Local de Fuengirola, cuando contactaba con un individuo que resultó ser Roque . Tras mantener con él una breve conversación, el acusado se marcha y entra en un edificio cercano, Núcleo NUM000 , donde sube a la NUM001 planta y en la puerta NUM002 , contacta con una persona no identificada que le entrega un objeto. A continuación, vuelve a la calle donde le esperaba Roque y le hace entrega de dos pequeñas bolsas, recibiendo a cambio tres billetes de cinco euros y una moneda de un euro.

Con inmediatez, la Policía Local intervino, procediendo a identificar a ambos, ocupando al comprador Roque las dos bolsas que le había entregado el acusado. Las mismas contenían una sustancia que, analizada, resultó ser cocaína. Arrojando dicho análisis y pesaje el resultado siguiente: una de las bolsas el peso neto de 0,10 grs., una pureza de 67,68% y un valor en el ilícito mercado de 15 euros; y la otra bolsa el peso neto de 0,04 grs., una pureza de 20,20% y un valor en el ilícito mercado de 4,4 euros.

La cocaína es una sustancia estupefaciente sometida a control internacional incluida en la lista I y IV de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 25 de mayo de 1972.

Así mismo se encontró en poder del acusado 28 euros, producto de sus ilícitas actividades de venta de sustancias estupefacientes.

No consta acreditado que la droga entregada por el acusado a Roque estuviera destinada al consumo compartido de ambos."



www.civil-mercantil.com

Segundo.

La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"CONDENAR y CONDENAMOS, al acusado Erasmo , como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud publica en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de un años y seis meses de prisión y multa de 30 euros con dos días de responsabilidad personal en caso de impago, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, abónese al acusado el tiempo que haya estado privada de libertad por esta causa.

Se acuerda el decomiso de la droga aprehendida en la causa y del dinero incautado en su día al hoy condenado, dada su ilícita procedencia, al que se le dará el destino legal señalado en los fundamentos jurídicos de la presente. "

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, por la representación de Erasmo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala 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 recurrente Erasmo se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del artículo 849.1º LECrim por infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 368 CP.

2º.- Conforme al artículo 855 LECrim en relación con el artículo 849.2º por error en la apreciación de la prueba.

3º.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852 LECrim , por infracción de precepto constitucional por vulneración del principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 31 de mayo de 2016.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga se dictó sentencia en fecha 15 de septiembre de 2015 , que condenó a Erasmo como autor de un delito contra la salud pública.

Por aquél se interpuso recurso de casación que ha sido impugnado por el Fiscal y que pasamos a analizar.

Segundo.

El primer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar la indebida aplicación del artículo 368 CP , porque sostiene que la conducta del acusado se encontraría amparada en la doctrina del consumo compartido.

Aduce el recurrente en apoyo de este motivo que no consta acreditada la realización de un acto de tráfico, sino que la sustancia incautada estaba destinada a ser consumida conjuntamente por el acusado y el testigo Sr. Roque , los dos drogodependientes. Que así lo han reconocido ambos, y que su práctica habitual cuando desean consumir es la de adquirir a medias la droga para su posterior e inmediata ingesta, pagando a veces uno e invitando al otro o comprándola de forma conjunta. Que el acusado Erasmo carece de antecedentes penales, que no se le han ocupado útiles o instrumentos que puedan evidenciar su dedicación al tráfico de drogas, y que el precio que se atribuye a la sustancia incautada excede de los 16 euros que según la sentencia recurrida recibió en pago por ella.

Es doctrina reiterada de esta Sala (recogida entre otras en STSS 1102/2003 de 23 de julio; 850/2013 de 4 de noviembre; 1014/2013 de 12 de diciembre; 360/2015 de 10 de junio; 493/2015 de 23 de julio o 37/2016 de 2 de febrero), que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable. Ahora bien la aplicación de esta doctrina de creación jurisprudencial, ha quedado sujeta a la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.) Las personas que se agrupan han de ser adictos, con lo que se pretende evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, si bien este requisito se ha suavizado para abarcar a los consumidores habituales, incluidos aquellos que aunque no puedan considerarse adictos en sentido estricto, presentan un patrón que se corresponde con el consumidor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos. Todo ello para evitar que la doctrina del consumo compartido quede vacía (STS 493/2015 de 23 de julio y las que en ella se citan).

2.) El proyectado consumo ha de realizarse en lugar cerrado, en evitación de que terceros desconocidos puedan acceder a la distribución o al consumo.

3.) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes.

4.) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, como único medio de poder calibrar su número y condiciones personales.

5.) Debe tratarse de consumo inmediato de las sustancias adquiridas, como garantía de que las sustancias prohibidas no lleguen en algún momento a manos de terceros ajenos a los conciliados para el compartido consumo.



www.civil-mercantil.com

Si bien alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos, pues cuando un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo (SSTS 1014/2013 de 12 de diciembre o 360/2015 de 10 de junio).

Tercero.

Se formula la impugnación al amparo del artículo 849.1 LECrim , lo que exige respetar la literalidad de los hechos declarados probados. Este motivo " es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, y correspondientemente su desestimación conforme lo previsto en el artículo 884.3 LECrim " (SSTS 579/2014 de 16 de julio ; 806/2015 de 11 de diciembre o 865/2015 de 14 de enero de 2016).

En palabras de la STS 121/2008 de 26 de febrero , reiteradas, entre otras, en SSTS 732/2009, de 7 de julio o 209/2015 de 16 de abril "... el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida".



Cuarto.

La Sala sentenciadora consideró probado que sobre las 11,25 horas del 21 de septiembre de 2013 el acusado Erasmo , "fue sorprendido por agentes de la Policía Local de Fuengirola, cuando contactaba con un individuo que resultó ser Roque . Tras mantener con él una breve conversación, el acusado se marcha y entra en un edificio cercano, Núcleo NUM000 , donde sube a la NUM001 planta y en la puerta NUM002 , contacta con una persona no identificada que le entrega un objeto. A continuación, vuelve a la calle donde le esperaba Roque y le hace entrega de dos pequeñas bolsas, recibiendo a cambio tres billetes de cinco euros y una moneda de un euro.

Con inmediatez, la Policía Local intervino, procediendo a identificar a ambos, ocupando al comprador Roque las dos bolsas que le había entregado el acusado. Las mismas contenían una sustancia que, analizada, resultó ser cocaína. Arrojanado dicho análisis y pesaje el resultado siguiente: una de las bolsas el peso neto de 0,10 grs., una pureza de 67,68% y un valor en el ilícito mercado de 15 euros; y la otra bolsa el peso neto de 0,04 grs., una pureza de 20,20% y un valor en el ilícito mercado de 4,4 euros."

Es decir describió claramente un acto de tráfico y expresamente descartó " que la droga entregada por el acusado a Roque estuviera destinada al consumo compartido de ambos." Lo que inexorablemente proyecta los presupuestos de tipicidad del artículo 368 CP que aplica y excluye la aplicación de la doctrina jurisprudencial que se reclama, por lo que el enfoque jurídico que dio a los hechos resulta inobjetable.

Ahora bien, la revisión del juicio de subsunción que permite el artículo 849.1 LECrim , lo es con la máxima amplitud, y también alcanza a la determinación penológica a partir del tipo penal aplicado.

En este caso la Sala sentenciadora, en atención a que los hechos fueron exponente de un supuesto de venta al menudeo y la constatada adicción a las drogas del acusado, hizo uso de la posibilidad degradatoria que faculta el párrafo segundo del artículo 368 CP . Y así rebajó en un grado la pena privativa de libertad que impuso, sin embargo no hizo lo mismo en relación a la multa, que concretó en 30 euros cuando el valor de la droga incautada fue fijado en el relato de hechos en 19,4 euros.

Según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 22 de julio de 2008: "En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos.

El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el artículo 70 del CP . La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales."

Siguiendo el criterio de la Sala sentenciadora que optó por la rebaja en un grado de la pena prevista para el delito, la multa procedente habría de haber quedado determinada entre un límite máximo, que no podría alcanzar al tanto del valor de la droga y la mitad de éste. Al rebasar la que fijó la sentencia de instancia el valor de la droga incautada, el motivo se va a estimar en relación a este particular extremo.

Quinto.

El segundo de los motivos de recurso, en esta ocasión por cauce del artículo 849.2 LECrim , denuncia error en la valoración de la prueba.



www.civil-mercantil.com

Para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2º LECrim la doctrina de esta Sala 2ª (entre otras muchas las SSTS 209/2012 de 23 de marzo ; 128/2013 de 28 de febrero ; 656/2013 de 28 de junio o la 475/2014 de 3 de junio) ha consolidado la exigencia de los siguientes requisitos: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim ; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, 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 modificar.

En definitiva, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2º LECrim consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

Sexto.

En el presente caso el recurrente no designa documento que se acomode a los presupuestos indicados, y a partir del cual se pueda directamente incorporar al apartado fáctico una secuencia capaz de apoyar la doctrina del consumo compartido.

En primer lugar utiliza el recurrente como fundamento de su impugnación las declaraciones prestadas Sr. Roque en distintos momentos procesales. La jurisprudencia de esta Sala ha negado reiteradamente la condición de documento a las declaraciones de imputados y testigos, por tratarse de prueba personal en cuya valoración juega un papel especialmente relevante la percepción directa e inmediata del Tribunal ante el que se practica (por todas, SSTS 667/2015 de 30 de septiembre y 340/2016 de 21 de abril).

En segundo lugar sostiene que los 28 euros que se le incautaron en el momento de su detención proceden de su actividad de tráfico, sino que tuvieron su origen en el cheque por importe de 150 euros presentado por el acusado en las actuaciones (folio 30), recibido el 20 de septiembre de 2013, es decir, el día antes de que ocurrieran los hechos. Sin embargo, el documento designado por sí solo es insuficiente para sustentar la versión del recurrente e imponerse a la conclusión que la Sala sentenciadora obtuvo a partir del resto de la prueba practicada.



www.civil-mercantil.com

Por último alude el recurso al Informe de la Trabajadora Social del Centro de Drogodependencias de Fuengirola Alternativa-2, incorporado en el folio 29, en el que se señala que Erasmo continuaba con su adicción a las drogas en la fecha en que ocurrieron los hechos. Que el 16 de Enero de 2012 inició en el citado centro tratamiento en programa ambulatorio por su dependencia a heroína-cocaína, y que desde entonces su evolución ha sido inestable, alternándose períodos de abstinencia y recaída. Que acudía con irregularidad a las citas y los controles toxicológicos que se le marcaban, en el último de los cuales arrojó resultado positivo a las sustancias analizadas.

Los informes periciales no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba. 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 pericial haya 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 inmediación. Ahora bien, excepcionalmente esta Sala ha atribuido a los informes periciales la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia cuando el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente; o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen (SSTS 1017/2011 de 6 de octubre ; 463/2014 de 28 de mayo ; 476/2014 de 4 de junio ; 908/2014 de 30 de diciembre o la 133/2016 de 24 de febrero).

El informe destacado por el recurrente puede ser idóneo para probar la condición de drogodependiente del acusado, y en ese sentido lo tomó en consideración el Tribunal de instancia para considerar acreditado que lo era, con los efectos expuestos al resolver el anterior motivo de recurso. Sin embargo que el acusado sea toxicómano no acredita por sí solo que la cocaína que entregó al Sr. Roque estuviera destinada al consumo compartido de ambos, por lo que carece de virtualidad para incidir en el relato de hechos probados con el alcance que el recurso pretende.

El motivo se desestima.

Séptimo.

El último motivo de recurso, al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , denuncia infracción de precepto constitucional por vulneración de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Reprocha a la sentencia recurrida que base su conclusión condenatoria exclusivamente en el testimonio prestado por los agentes de policía, prescindiendo de la declaración del testigo ya citado, Sr. Roque , que consideró carente de credibilidad e imparcialidad por relación de abastecimiento que le une con el condenado.

Según doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 383/2014 de 16 de mayo ; 596/2014 de 23 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre ; 881/2014 de 15 de diciembre , 375/2015 de 2 de junio y 215/2016 de 23 de febrero) la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

En el caso que nos ocupa la Sala sentenciadora explicó en el fundamento de derecho segundo la prueba que tomó en consideración para emitir su pronunciamiento de condena. Especialmente el testimonio de los agentes de policía que presenciaron el desarrollo de las distintas secuencias que se describen. Testimonios a los que reconoció credibilidad y prevalencia ante el del Sr. Roque , en cuyo poder se incautó la droga que le acababa de entregar el acusado. Y lo razonó de manera que no puede tacharse de ilógica ni de arbitraria, en los siguientes términos " La Sala considera, sin embargo, que la declaración testifical confirmatoria de la versión exculpatoria del acusado, carece de credibilidad. En efecto, el testimonio de los Agentes policiales -plenamente convincente, pues en nada varía a lo largo de la causa, es coherente y sin contradicciones y sin que les afecte tacha alguna de interés en contra del acusado- no puede resultar desacreditado por la referida testifical; pues dicho testigo carece de la más mínima credibilidad y su testimonio está contaminado de parcialidad. Carencia que deriva del hecho de ser un consumidor habitual de sustancias estupefacientes, siendo lo habitual que tales consumidores se nieguen a reconocer quienes son a sus proveedores por miedo a las represalias y a que se nieguen a seguir suministrándoles las sustancias que son adictos. Parcialidad que se concreta en que, tales consumidores, al verse obligados a testificar sobre una individualizada compra de sustancia estupefaciente en la que



www.civil-mercantil.com

se han visto sorprendidos, son proclives a favorecer a las personas de las que la adquieren, precisamente, por esa relación de abastecimiento que les une."

En definitiva el pronunciamiento de condena se basó en prueba válidamente obtenida, legalmente practicada, suficiente y razonablemente valorada, por lo que la denunciada infracción de la presunción de inocencia ha de rechazarse.

El motivo se desestima.

Octavo.

Ante la estimación parcial del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim . Declaramos de oficio las costas de esta instancia.

III. FALLO

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el Recurso de Casación interpuesto por la representación del acusado Erasmo contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 2ª (Rollo de Sala 24/2015) de fecha 15 de septiembre de 2015 , en la causa seguida contra el mismo por un Delito contra la salud pública, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho y declarándose de oficio las costas devengadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos 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. Julian Sanchez Melgar D. Antonio del Moral Garcia D. Andres Palomo Del Arco Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

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 nueve de Junio de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción número 4 de los de Fuengirola instruyó Procedimiento Abreviado número 26/2014 por un delito contra la salud pública contra Erasmo , con NIE nº NUM003 , nacido en Ucrania, el NUM004 /1972; con domicilio en la C/ DIRECCION000 nº NUM005 NUM001 NUM001 de Fuengirola y una vez concluso lo remitió a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga que con fecha 15 de septiembre de 2015 dictó Sentencia condenándole como autor responsable de un delito contra la salud pública a la pena de un año y seis meses de prisión y multa de 30 euros con dos día de responsabilidad personal en caso de impago. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido CASADA Y ANULADA, por lo



www.civil-mercantil.com

que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la Excmo. Sra. D^a. Ana Maria Ferrer Garcia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

En atención a lo expuesto en la sentencia que antecede procede fijar en 15 euros la multa a imponer al acusado Erasmo . En relación a la responsabilidad personal subsidiaria, por seguir un criterio parangonable al de la Sala sentenciadora, procede concretar ésta en un día.

III. FALLO

Fijamos en 15 euros la multa impuesta a Erasmo en la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, en fecha 15 de septiembre de 2015 en el rollo 24/2015 , con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión en caso de impago de la misma, confirmando en los restantes extremos la referida sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julian Sanchez Melgar D. Antonio del Moral Garcia D. Andres Palomo Del Arco D^a. Ana Maria Ferrer Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por la Magistrada Ponente Excmo. Sra. D^a. Ana Maria Ferrer Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.