

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063933

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 85/2019, de 19 de febrero de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 361/2018

**SUMARIO:**

**Inviolabilidad del domicilio. Tenencia ilícita de armas. Delito de tráfico de drogas.** No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una «notitia criminis» alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá, por lo que la entrada y registro, se considera idónea, útil y proporcional, con base en una detallada exposición de datos objetivos, concretos y verificables, obtenidos después de varios meses de investigación que permitieron «formar juicio» sobre la racional y razonable justificación de las sospechas policiales. La cantidad de droga que puede considerarse destinada al autoconsumo, que en el caso del hachís, partiendo de un consumo diario de 5 gramos, se estima en 50 gramos la cantidad a partir de la cual ha de entenderse destinada al tráfico.

La descripción típica de la conducta que integra el delito de tenencia ilícita de armas no impide que se considere un solo delito la tenencia de más de un arma, determinándose en ese caso la penalidad básica conforme a las características del arma cuya posición esté más gravemente penada y teniendo en cuenta el número de armas como una circunstancia del hecho a los efectos de individualización de la pena. Le fueron ocupadas dos armas en su domicilio, por lo que, debe ser sancionado como autor de un único delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal. Sin embargo, no puede ser apreciada la atenuación prevista en el artículo 565 del Código Penal pretendida por el recurrente. El citado precepto exige que exista evidencia, no una posibilidad, de que las armas no estaban destinadas a fines ilícitos. Estamos ante una atenuación facultativa. No puede exigirse su aplicación. La discrecionalidad razonada y razonable del Tribunal de instancia no es fiscalizable en casación.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 368, 369.5, 563, 564.1, 566.1 y 567.1 y 2.  
Real Decreto 137/1993, (Rgto. de Armas), arts. 4.1 y 6.1.f).  
Constitución española, art. 18.2.

**PONENTE:**

*Doña Carmen Lamela Díaz.*

Magistrados:

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA  
Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO  
Don PABLO LLARENA CONDE  
Don CARMEN LAMELA DIAZ  
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

**RECURSO CASACION núm.: 361/2018**

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Diaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

Sentencia núm. 85/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 361/2018, interpuesto por los recurrentes: Don Juan Manuel , representado por la procuradora Doña Isabel Rufo Chocano, bajo la dirección letrada de Doña Patricia Cárdenas Díaz; por Don Pedro Jesús , representado por la procuradora Doña Aránzaru Pequeño Rodríguez, bajo la dirección letrada de Doña Patricia Ramallo López de Gamarra y por Don Alberto , representado por la procuradora Doña Aránzaru Pequeño Rodríguez y bajo la dirección letrada de Don Eduardo Aguilera Crespillo, contra la sentencia número 41/2017 dictada el 10 de febrero, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga , que les condeno, por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, por un delito de depósito de armas y munición de guerra y por delitos de tenencia de armas prohibidas. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Diaz.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

El Juzgado de Instrucción número 4 de Málaga, incoo Sumario con el número 1/2014, por delitos de detención ilegal, robo violento, tenencia ilícita de armas y depósito de armas de guerra, contra, Don Juan Manuel , Don Pedro Jesús y Don Alberto , y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga cuya Sección Segunda dictó, en el Rollo de Sala n.º 3/2014, sentencia en fecha 10 de febrero de 2017 , con los siguientes hechos probados:

<< Primero.- A este Tribunal no le han resultado probados, y por tanto, así se declaran como no probados, los siguientes hechos:

Que el procesado Pedro Jesús , sobre la medianoche del 6/7/2013, contactara con Gumersindo en la calle Manuel Altolaquirre de Málaga y, tras requerirle para que le pagara una deuda, avisará a Alberto , personándose el mismo en el lugar dicho unos 10 minutos más tarde en un vehículo propiedad de Juan Manuel . Que a continuación, los tres se desplazaran en el vehículo hasta la vivienda de Alberto , situada en la URBANIZACIÓN000 , PLAZA000 n.º NUM000 bloque NUM001 piso NUM002 NUM003 , donde les esperaba Juan Manuel . Que allí, tras atar de pies y manos a Gumersindo con unas bridas de plástico, Alberto le quitara a Gumersindo 200 euros en efectivo, dos teléfonos móviles, las llaves de dos vehículos y las de la vivienda situada en la CALLE000 ; indicándole que sino saldaba la deuda le quemaría la casa, golpeándole y dándole descargas eléctricas en las piernas, manteniéndolo en dicha situación hasta las 5 de la mañana del día 8 que fue liberado por Pedro Jesús .



No ha resultado probado que las lesiones consistentes en erosiones leves en ambas muñecas y tobillos y dorso lumbalgia, sufridas por Gumersindo , que precisaron de una asistencia facultativa con siete días de impedimento, tuvieran su origen en los referidos hechos, tampoco probados.

Segundo.- Probado y así se declara que el Juzgado de Instrucción nº 2 de Málaga, como consecuencia de la denuncia interpuesta por Gumersindo , autorizó la entrada y registro en los domicilios de los procesados, interviniéndose los siguientes efectos: en el domicilio de Alberto , de la URBANIZACIÓN000 , PLAZA000 nº NUM000 , portal NUM001 , piso NUM002 NUM003 de Málaga, teléfonos móviles de diversas marcas, 455 euros, tres placas de hachís con un peso neto de 267, 6 gramos y un valor de 1461,10€ y que destinaba a su posterior distribución y venta a terceros y una balanza de precisión.

En el domicilio de Pedro Jesús , sito en la CALLE001 nº NUM001 , una pistola marca CZ, modelo 83, con el número de serie eliminado y con funcionamiento mecánico y operativo correcto para cartuchos de calibre 7,65; de los que se intervinieron 4; una pistola llavero imitando un mando a distancia y apta para el disparo de cartuchos de calibre 6,35, tratándose de arma prohibida; 42 cartuchos del calibre 22; dos cartuchos de calibre 7,62; un cartucho calibre 9 mm y 3 calibre 38; así como una pastilla de hachís con un peso de 71,7 gramos y un valor en el mercado ilícito de 391,48€; 2080 euros; 8 tarjetas telefónicas; 3 móviles y una Tablet marca Samsung.

En el domicilio de Juan Manuel , sito en la CALLE002 , NUM000 cartuchos calibre 38; 20 cartuchos de calibre 7,62 marca Kalashnikov; una granada de mano armada, de fabricación Yugoslava modelo BR M75 en perfecto estado de funcionamiento y que tuvo que ser desactivada por el grupo de desactivación de explosivos NRBQ, TEDAX, de la Comisaría del Cuerpo Nacional de policía de Málaga y 14.1550 euros, en efectivo.

Tercero.- No ha resultado probado que tanto la granada de mano como la munición intervenida en el domicilio de Juan Manuel le hubiera sido entregada al mismo para su custodia por Alberto .

Probado y así se declara que el fallecido Samuel , entregó a la Policía la bolsa que su nieto Juan Manuel había llevado a su domicilio para que se la guardara y que contenía 15 paquetes de hachís, con un peso de 7410 gramos, valorados en 38.984,40 euros, cuyo destino era la distribución y venta a terceros.

No ha quedado probado que Alberto , enterado del registro que se iba a practicar en su domicilio, le entregara dicha cantidad de droga a Juan Manuel .>>

## Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< I.- Desestimar la cuestión previa propuesta por las Defensas de los procesados al inicio de la vista oral, en los términos recogidos en el fundamento de derecho primero de esta resolución.

II.- Condenar a:

Alberto como responsable en concepto de autor de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, tipificado en el artículo 368 párrafo primero, inciso segundo del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de: un año y seis meses de prisión y multa de tanto del valor de la droga, 1.461,10 euros. Dicha multa, conforme al artículo 53.1 en relación con el 53.2 del Código Penal , tendrá la responsabilidad personal subsidiaria de 2 días de privación de libertad. Y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Juan Manuel como responsable en concepto de autor de los siguientes:

A) Un delito de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, tipificado en el artículo 368 párrafo primero, inciso segundo del Código Penal , con la concurrencia de la agravante de notoria importancia recogida en el artículo 369.5 del Código Penal , a la pena de: tres años de prisión, multa del tanto del valor de la droga, 38.984, 40 euros. Dicha multa, tendrá la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de privación de libertad. Y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

B) Un delito de depósito de armas y munición de guerra contemplado en los artículos 566.1 1", primer inciso y 567.1 y 2 del Código Penal , en relación con el artículo 6.1. f) del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de Armas; sin circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la



pena de: cinco años de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

Pedro Jesús , la Sala le condena, como responsable en concepto de autor, por dos delitos de tenencia de armas prohibidas previstos y penados en el artículo 563 del Código Penal , en relación con artículo 4.1 , y 4º1 e) del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de Armas, a la pena de: un año y seis meses de prisión por cada uno de ellos y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

III.- Absolver a los tres acusados todos los delitos y faltas por los que no han sido expresamente condenados en el mismo y de los que fueron objeto de acusación, recogidos en los fundamentos jurídicos de esta resolución.

IV.- Acordar el decomiso , de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico sexto cuyo contenido damos por reproducido aquí.

V.- De las costas responderán los condenados en la proporción establecida en el fundamento jurídico quinto cuyo contenido damos por reproducido aquí.

Para el cumplimiento de las penas impuestas les será abonado a los condenados el tiempo que permanecieron privados de libertad por esta causa, si no se le hubiese sido aplicado a otra con anterioridad.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los artículos 212 y 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .>>

### **Tercero.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional por los acusados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

### **Cuarto.**

La representación procesal de Juan Manuel , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero. Por Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española que regula la presunción de inocencia.

Segundo. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 º y 11.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ambos en relación con el artículo 24.1 de la Constitución , que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero. Por Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 18.2 de la Constitución Española que regula la inviolabilidad del domicilio.

Cuarto. Por Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 24 Y 120.3 de la Constitución Española que regula la motivación de las sentencias.

Quinto. Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Error de hecho en la valoración de la prueba.

### **Quinto.**

La representación procesal de Pedro Jesús , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:



Primero: Infracción del art 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en lo relativo a la tutela judicial efectiva y al principio de presunción de inocencia. infracción del artículo 18.2 de la Constitución Española derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Segundo: Infracción de ley por la indebida aplicación del art. 563 del Código Penal , al suponer la condena al acusado por dos delitos de tenencia ilícita de armas (563 C.P) una doble incriminación.

Tercero: Infracción del artículo 24 y 120.3 de la Constitución Española en lo relativo a la motivación de sentencias.

#### **Sexto.**

La representación procesal de Alberto , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del art 24.1 y 24.2 de la Constitución Española en lo relativo a la tutela judicial efectiva y al principio de presunción de inocencia. infracción del artículo 18.2 de la Constitución española derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Segundo: Infracción de ley por aplicación indebida del art. 368 del Código Penal al ser calificado como autor de los hechos.

Tercero: Infracción del artículo 24 y 120.3 de la Constitución Española en lo relativo a la motivación de sentencias.

#### **Séptimo.**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Octavo.**

- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 6 de febrero de 2019.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Los recurrentes, Don Alberto , Don Pedro Jesús y Don Juan Manuel , han sido condenados en sentencia núm. 41/2017, de 10 de febrero, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Sala 3/2014 , dimanante de la causa Sumario núm. 1/2014, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Málaga como autores de los siguientes delitos:

Don Alberto como responsable en concepto de autor de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, tipificado en el artículo 368 párrafo primero, inciso segundo del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a las penas de un año y seis meses de prisión y multa de 1.461,10 euros, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Don Juan Manuel como responsable en concepto de autor de los siguientes de: A) Un delito de tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, tipificado en el artículo 368 párrafo primero, inciso segundo del Código Penal , con la concurrencia de la agravante de notoria importancia recogida en el artículo 369.5 del Código Penal , a la pena de tres años de prisión, multa de 38.984,40 euros, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y B) Un delito de depósito de armas y munición de guerra contemplado en los artículos 566.1 1º, primer inciso y 567.1 Y 2 del Código Penal , en relación con el artículo 6.1. f) del Real Decreta 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas ; sin circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.



Don Pedro Jesús , como responsable en concepto de autor, por dos delitos de tenencia de armas prohibidas previstos y penados en el artículo 563 del Código Penal , en relación con artículo 4.1 , y 4º1 e) del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de Armas, a la pena de un año y seis meses de prisión por cada uno de ellos y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena.

Igualmente fueron condenados al pago proporcional de las costas procesales causadas.

## Segundo.

El primero de los motivos de los recursos formulados por Don Alberto y por Don Pedro Jesús y el tercero de los motivos del recurso formulado por Don Juan Manuel se deduce por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 18.2 de la Constitución Española que reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En desarrollo de este motivo señalan los dos primeros que los registros domiciliarios se practicaron sin la cobertura de autorización judicial válida mediante auto de fecha 9 de Julio de 2013 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga , deduciéndose la invalidez de la autorización concedida al carecer de contenido y motivación suficiente que justifique la injerencia de derechos fundamentales, basado en una investigación deficiente, que perseguía una finalidad meramente prospectiva.

Exponen que, tras la denuncia que efectuó Don Gumersindo el día 8 de julio de 2013, mediante oficio de fecha 9 de Julio de 2013, los Agentes pertenecientes a la Unidad de Droga y Crimen Organizado solicitaron la entrada y registro en varios domicilios basándose en meras conjeturas y sospechas desprovistas de la necesaria calidad para fundamentar la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sin realizar ningún tipo de investigación a fin de corroborar con datos objetivos los hechos denunciados, y exponiendo en el mismo datos erróneos, vagos e imprecisos con el propósito y finalidad de llevar a cabo una investigación meramente prospectiva. Además expresan que en el oficio se ponía de manifiesto la existencia de una investigación en relación a Don Alberto que se refería a hechos cometidos en el año 2010, hechos que nada tenían que ver con los hechos a los que se refiere la presente causa. Igualmente se hacía referencia a unos seguimientos y vigilancias policiales llevados a cabo dos meses antes de que se produjera la denuncia de Don Gumersindo de los que no se extrae ningún indicio de criminalidad respecto de los acusados. Por ello señalan que los datos en que se basó la autorización de entradas y registros, basada en el oficio policial, eran exclusivamente los ofrecidos por Don Gumersindo en su denuncia, los cuales eran vagos, imprecisos, ambiguos e incoherentes. Concluyen señalando que la petición policial en la que se apoyaba la resolución judicial no se encontraba suficientemente fundada. Para los recurrentes carecía de verdaderos indicios o sospechas suficientes y el juez se limitó a convalidar la petición policial, sin solicitar ampliación de la información, sin que el vacío indiciario pueda ser subsanado con el resultado de la diligencia practicada.

Como consecuencia de todo ello estiman que el auto de fecha 9 de julio de 2013 carecía de motivación suficiente para acordar la entrada y registro en los domicilios de los acusados, por lo que debe decretarse la nulidad tanto de este auto como del oficio nº 124807/13 y, por ello, la expulsión del proceso de los hallazgos obtenidos a consecuencia de la diligencia. Sostienen así que no se ha reunido material probatorio válido y suficiente sobre la comisión de los delitos enjuiciados. Según los impugnantes la condena descansa exclusivamente en los objetos encontrados en el domicilio de los acusados, diligencia a la que no conceden validez, por lo que no se ha enervado la presunción de inocencia de los recurrentes.

1. El art. 18.2º de la Constitución proclama el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio salvo en caso de delito flagrante, consentimiento de su titular o entrada con resolución judicial motivada, resolución ésta que deberá evaluar la proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la inmisión en la esfera de privacidad que el domicilio representa.

La proporcionalidad es un juicio de valor entre los bienes jurídicos en juego; de un lado, el derecho fundamental y, de otro, la necesidad de actuación del ius puniendi del Estado para salvaguardar o preservar otros bienes jurídicos, decidiendo si, en el caso concreto, procede autorizar la entrada domiciliar solicitada.

El juicio de proporcionalidad debe tener en cuenta la gravedad de los hechos, la pena aparejada a los delitos que esos hechos integran, así como la solidez de los indicios presentados.

Por otro lado, la necesidad hace referencia a la ausencia de otra forma menos gravosa de conseguir los vestigios incriminatorios que se pretenden obtener.

Finalmente la idoneidad se conjuga como diligencia de instrucción apta e idónea a los fines interesados.



La doctrina del Tribunal Constitucional ( STC 14/2001, de 1 de Marzo , 239/1999, de 20 de diciembre y 136/2000, de 29 de mayo ) ha determinado cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Sobre la motivación que exige esta resolución, explica el Tribunal Constitucional que "... esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo ( SSTC 62/1982, de 15 de octubre ; 13/1985, de 31 de enero ; 151/1997, de 29 de septiembre ; 175/1997, de 27 de octubre ; 200/1997, de 24 de noviembre ; 177/1998, de 14 de septiembre ; 18/1999, de 22 de febrero ). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) ( SSTC 181/1995, de 11 de diciembre ; 290/1994 ; ATC 30/1998, de 28 de enero ).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una "notitia criminis" alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: se trata de la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos sobre sus límites. Esto es, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto ( SSTC 239/1999 y 136/2000 ).

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión ( SSTC 49/1999, de 5 de abril ; 166/1999, de 27 de septiembre ; 171/1999, de 27 de septiembre y 8/2000, de 17 de enero )."

Y conforme apunta la sentencia de este Tribunal núm. 413/2015, de 30 de junio , la motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente ( STS núm. 636/2012, de 13 de julio ). Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención ( STS núm. 248/2012, de 12 de abril ), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad ( STC 72/2010 , de 18 de octubre). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes ( STS núm. 722/2012, de 2 de octubre ).

2. En el supuesto analizado, tanto el oficio solicitando la medida como el auto dictado el día 9 de julio de 2013 autorizando la entrada y registro en el domicilio de los acusados reúnen los elementos básicos necesarios para la adopción válida de la medida, como de manera detallada se expresa en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Examinando pues las actuaciones a la vista de los preceptos legales y doctrina jurisprudencial reseñados, debe destacarse en primer lugar que la solicitud policial pone de manifiesto la existencia desde el mes de mayo de 2013 de una investigación en torno a una persona apodada " Corretejaos " junto con otras personas, de las cuales se conocía que una de ellas respondía al apodo " Pelos " y Juan Manuel , los que podrían estar dedicándose al tráfico de sustancias estupefacientes. Las primeras pesquisas llevaron a la identificación de estas personas como Alberto (" Corretejaos "), Pedro Jesús (" Pelos ") y Juan Manuel . Igualmente se indagó sobre sus datos de



identidad y domicilios. De la misma manera se consultaron las bases de datos a fin de conocer sus antecedentes policiales y judiciales, lo que les llevó a conocer que Alberto , que ya era conocido por el Grupo investigador por haberle ya investigado y encontrarse como consecuencia de ello encartado en diligencias judiciales (DP. 1709/12 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Málaga). También había sido investigado en otras ocasiones por delitos contra la salud pública, amenazas, coacciones, tráfico de armas y tenencia ilícita de armas (DP 1079/2010 y 2601/2010 del Juzgado de Instrucción nº 13 de Málaga).

Otra línea de investigación fueron las vigilancias llevadas a cabo en torno a estas personas a través de las cuales se pudo comprobar: que los mismos no realizaban actividad remunerada alguna, llevando sin embargo un nivel de vida no acorde con el de una persona desempleada; que disponían además de vehículos de alta gama; la utilización por parte de Alberto del vehículo Opel Astra, matrícula ....NG , titularidad de Juan Manuel ; y la adopción por parte de los mismos de importantes medidas de seguridad de forma continua. Igualmente en dos vigilancias realizadas sobre Alberto en mayo de 2013, se detectó que el mismo pudiera haber intervenido en la venta de sustancias estupefacientes. Y fue en el curso de esta investigación cuando, el día 8 de julio de 2013, fue derivada al grupo investigador (Grupo 1º de Estupefacientes de la Unidad de Drogas y Crimen Organizado de la Costa del Sol) la denuncia que había sido formulada por Don Gumersindo por detención ilegal, robo, amenazas y tenencia ilícita de armas, por parte de quienes identificaba como " Corretejaos ", " Pelos " y " Casposo ", reconociendo a los tres fotográficamente, siendo éstos los investigados por el Grupo como Alberto , Pedro Jesús y Juan Manuel . Además, identificó el vehículo utilizado por " Corretejaos " como un Opel Astra negro del que era titular Casposo . Se trataba de una denuncia concreta, detallada y extensa, que además se correspondía con los datos que hasta el momento habían sido obtenidos por el Grupo en su investigación.

Finalmente, el día 9 de julio de 2013 el Grupo investigador presentó solicitud de entrada y registro en los domicilios de las tres personas investigadas efectuando un resumen de la investigación en el que se relacionaba la identidad de la posible víctima así como de las personas sujetas a investigación, personas respecto a las que ofrecía plena identificación. La solicitud aportaba además los elementos necesarios para que pudiera llevarse a cabo el juicio de proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego, y para poder valorar la idoneidad de la medida y su necesidad. No se trataba de simples manifestaciones del Grupo encargado de la investigación, sino que la información ofrecida aparecía debidamente documentada.

En consecuencia, no es viable la queja de los recurrentes al reunir las solicitudes policiales los elementos suficientes de investigación, no tratándose de meros oficios estereotipados o genéricos e inconclusos, sino de oficios con datos, y nombres concretos, además de la explicación básica del modus operandi que exige que, para la continuación de las labores de investigación, se autorice la medida limitativa de derecho fundamental.

De este modo, puede concluirse estimando que, lejos de las consideraciones que efectúan los recurrentes, los distintos informes a los que se remite el auto acordando la medida no contienen meras conjeturas y suposiciones. Por el contrario integran una explicación razonable de los agentes que llevaron a cabo la investigación basada en elementos objetivos, de los que se infiere la suficiencia de la investigación.

Y lo mismo puede afirmarse sobre el auto por el que se acordó la entrada y registro en el domicilio de los acusados ya que la Magistrada Instructora autorizó la entrada y registro, considerando tal medida idónea, útil y proporcional, con base en una detallada exposición de datos objetivos, concretos y verificables, obtenidos después de varios meses de investigación que le permitieron "formar juicio" sobre la racional y razonable justificación de las sospechas policiales, de la suficiente gravedad para justificar la restricción del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.

Hemos, pues, de concluir que no se ha producido ninguna vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de los recurrentes por falta de motivación.

La impugnación carece pues de todo fundamento.

### Tercero.

A través del segundo motivo del recurso formulado por Don Alberto y del primer y segundo motivos del recurso formulado por Don Juan Manuel se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia con base en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en los artículos 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española .

Afirma la defensa de Don Alberto que la sentencia únicamente fundamenta su condena en la cantidad de droga incautada de forma aislada. Añade que la sustancia que le fue intervenida era destinada a su propio consumo y al de su mujer Doña Casilda . Sostiene que su defendido ha afirmado ser consumidor de hachís desde su primera declaración. Igualmente señala que no se practicó protocolo de toxicomanía, habida cuenta que el





mismo cuando fue puesto a disposición judicial llevaba tres días detenido y más de cinco días sin haber consumido, superando el límite de detección de dicha sustancia estupefaciente en orina, no siendo posible realizar el protocolo mediante extracción capilar al no ser suficiente la longitud que presentaba. Considera que no ha sido acreditado el elemento subjetivo del delito que se le imputa, ya que el mismo no era objeto de seguimientos ni vigilancias policiales, la sustancia estupefaciente incautada se encontraba en el interior de su domicilio y en una sola pieza, no encontrándose dispuesta en dosis, de la que se pueda desprender la finalidad del tráfico de la misma, que no se le intervienen instrumentos o utensilios preordenados a la elaboración o preparación de dosis de sustancia estupefaciente, que no existió acto de venta o transacción de droga-dinero, que no se le intervino cantidad de dinero alguna, fruto de la obtención de ilícitos beneficios, que no existen compradores ni testigos protegidos que le identifiquen o reconozcan como la persona que se venga dedicando a la venta de sustancia estupefaciente en la zona y que carece de antecedentes policiales o penales de naturaleza análoga o similar.

La defensa de Don Juan Manuel , en el primer motivo de su recurso, después de exponer determinada doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia, se limita a señalar que la sentencia de instancia es irracional en tanto que no existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del Sr. Juan Manuel . Aduce que la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial carece de toda lógica jurídica, de tal forma que de la prueba de cargo existente, no cabe atribuirle los delitos por los que ha sido condenado. Añade en el segundo motivo que el Tribunal no ha dado una respuesta razonable en relación a los hechos por los que ha sido condenado y que no consta acreditada la comisión de un delito de tráfico de estupefacientes y de un delito de depósito de armas y munición de guerra.

En definitiva, lo que hacen los recurrentes no es otra cosa que disentir de la valoración de la prueba efectuada en primera instancia.

1. La presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE ) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme se expone en el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre , 742/2007, de 26 de septiembre , y 52/2008, de 5 de febrero ), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos



fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS 1125/2001, de 12 de julio ).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ( artículo 9.1 CE ); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur ( STS 1030/2006, de 25 de octubre ).

2. En nuestro caso, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ofrece contestación a los recurrentes sobre todas y cada una de las cuestiones que suscitan, ofreciendo explicación coherente y clara de lo ocurrido, respuesta que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.

De esta forma la sentencia recoge una valoración expresa, detenida y detallada de la prueba de cargo. En la misma se expresa, en relación a Don Alberto en primer lugar el hecho objetivo de la incautación en poder del acusado de 267'6 gramos de hachís con un valor en el mercado ilícito de 1.461'10 euros. A continuación expone la jurisprudencia de esta Sala sobre la cantidad de droga que puede considerarse destinada al autoconsumo, que en el caso del hachís, partiendo de un consumo diario de 5 gramos, se estima en 50 gramos la cantidad a partir de la cual ha de entenderse destinada al tráfico, y señala que, aun cuando el acusado ha manifestado ser consumidor de hachís, no ha acreditado esta circunstancia, y considera que la cantidad de droga que le fue intervenida (267'6 gramos de hachís), distribuida en tres placas, impide con carácter objetivo que pueda considerarse que su posesión estaba destinada al autoconsumo.

Además, la sentencia contiene otros datos de los que se infiere que las afirmaciones que efectúa el recurrente no se ajustan a la verdad. De esta forma, como se ha expresado en el anterior fundamento, Don Alberto estaba siendo investigado al tenerse conocimiento de que el mismo podría estar dedicándose al tráfico de sustancias estupefacientes. Por este motivo, entre otras actividades de investigación, fue objeto de vigilancia, dándose cuenta de dos vigilancias realizadas sobre el mismo en mayo de 2013. Ya se ha expuesto como la sustancia estupefaciente no se encontraba en una sola pieza, sino distribuida en tres placas, habiéndose intervenido en su domicilio, además de numerosos teléfonos móviles, 455 euros y una balanza de precisión. También se pusieron de manifiesto antecedentes policiales del acusado, por tráfico de sustancias estupefacientes, por los cuales se encontraban abiertas varias causas judiciales. Por último, Don Alberto no fue detenido, sino que se presentó voluntariamente en el Juzgado el día 29 de octubre de 2013, siendo citado para recibirle declaración el día 5 de noviembre de 2013, por lo que ningún impedimento existía para que se practicara con él el protocolo de toxicomanía. Y, tal y como señala la sentencia recurrida, tampoco ha solicitado ninguna prueba pericial en este sentido.

En relación a Don Juan Manuel , el Tribunal ha valorado en primer lugar la declaración prestada por el propio acusado, para lo cual ha comparado el contenido de sus manifestaciones realizadas durante la instrucción y en el acto del juicio oral a fin de analizar la credibilidad de la imputación que el mismo efectuó inicialmente frente al también acusado Sr. Alberto , llegando a la conclusión de que aquella se efectuó con ánimo exculpatario sin que existan elementos objetivos externos que la corroboren, excluyendo de esta forma que el hachís que su abuelo Don Samuel entregó a la policía y que le había sido entregado por Juan Manuel para que se lo guardara, fuera del Sr. Alberto . Igualmente ha valorado la cantidad de sustancia intervenida (7410 gramos), y su valor (38.984'40 euros), así como la no acreditación de que el Sr. Juan Manuel sea consumidor de hachís, de ello infiere el Tribunal que el único destino posible de la sustancia era destinarla a su tráfico y distribución a terceros. Y por lo que al delito de depósito de armas y municiones se refiere, el Tribunal ha valorado, la incautación de la granada en el domicilio del acusado Sr. Juan Manuel , su propia declaración admitiendo la tenencia de la misma en su domicilio, la testifical de los funcionarios de policía que procedieron a realizar el registro domiciliario y el informe pericial llevado a cabo por los Técnicos Especialistas en Desactivación de Artefactos Explosivos (TEDAX), informe que pone de manifiesto que se trataba de una granada de mano armada, defensiva, de fragmentación, de fabricación



yugoslava, modelo BR M75, en perfecto estado de funcionamiento, habiendo tenido que proceder los especialistas a desactivarla.

Todo ello evidencia que el Tribunal de instancia ha llegado a las conclusiones plasmadas en la sentencia a través de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditada la participación de los acusados en los hechos por los que han resultado condenados; pruebas que, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia los razonamientos lógicos de la convicción alcanzada por el Tribunal. Se trata en definitiva de unas conclusiones valorativas ciertamente racionales y razonadas careciendo esta Sala de casación de motivos para invalidarla.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

#### Cuarto.

El segundo motivo del recurso formulado por Don Pedro Jesús se deduce por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 563 del Código Penal, por considerar que la condena del acusado por dos delitos de tenencia ilícita de armas supone una doble incriminación, y por inaplicación del párrafo segundo del artículo 565 del Código Penal.

1.1 En relación al primer submotivo, la doctrina jurisprudencial (sentencias núm. 1234/04, de 28 de octubre y 69/2008, de 4 de febrero) admite que la descripción típica de la conducta que integra el delito de tenencia ilícita de armas no impide que se considere un solo delito la tenencia de más de un arma, determinándose en ese caso la penalidad básica conforme a las características del arma cuya posición esté más gravemente penada y teniendo en cuenta el número de armas como una circunstancia del hecho a los efectos de individualización de la pena. Tal doctrina se resume en la sentencia de esta Sala núm. 1306/2011, de 19 de octubre, que pone de manifiesto como efectivamente "la jurisprudencia se ha mostrado partidaria de la absorción argumentando que en estos casos de tenencia ilícita de armas de los artículos 563 y 564.1, se puede no aplicar el artículo 564, dado que existe un delito único, absorbido por la infracción más castigada, que es la del artículo 563, puesto que "única es la desobediencia a las normas administrativas sobre el control de armas de fuego que pone en riesgo la seguridad de la comunidad". También se ha argumentado que "la descripción típica de la conducta que integra el delito de tenencia ilícita de armas no impide que se considere un solo delito de tenencia de más de un arma, determinándose en este caso la finalidad básica conforme a las características del arma cuya posesión esté más gravemente penada y teniendo en cuenta el número de armas como una circunstancia del hecho a los efectos de la individualización de la pena". Lo que sucede es que el número de armas deberá ser inferior a cinco, pues si no lo fuese estaríamos frente a una modalidad delictiva más grave como es el depósito de armas de los artículos 566 y 567, de forma que si sostuviésemos la existencia de tantos delitos como armas la incongruencia con las previsiones legales sería patente, pudiéndose sancionar con mayor pena la tenencia de tres o cuatro armas cortas que el depósito de armas, constituido por más de cinco."

1.2 En el supuesto examinado, al acusado Don Pedro Jesús le fueron ocupadas dos armas en su domicilio, por lo que, conforme a la doctrina expuesta debe ser sancionado como autor de un único delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal.

2. Sin embargo, no puede ser apreciada la atenuación prevista en el artículo 565 del Código Penal pretendida por el recurrente. El citado precepto exige que exista evidencia, no una posibilidad, de que las armas no estaban destinadas a fines ilícitos.

Estamos ante una atenuación facultativa. No puede exigirse su aplicación. La discrecionalidad razonada y razonable del Tribunal de instancia no es fiscalizable en casación (Sentencia núm. 196/2015, de 6 de abril).

La Audiencia Provincial ha expuesto razonadamente porque considera que tal atenuación no puede ser apreciada. No se trata de una decisión arbitraria, sino razonable. Se ha valorado por el Tribunal de instancia el hecho de que fueran ocupadas dos armas junto a un total de cincuenta y dos cartuchos, así como la ausencia de las evidencias a que se refiere el precepto penal cuya aplicación se pretende, concluyendo que todo ello lleva a la consideración de que la tenencia de tales armas solo podía tener como fin su uso por parte de Don Pedro Jesús. Tales razonamientos vienen además reforzados con otros datos contenidos en la sentencia, como el hecho de que hubiese sido eliminado el número de serie de una de las armas y que las mismas se encontraran ocultas en un altillo de un armario de su domicilio.

El motivo debe por tanto ser estimado en parte.

#### Quinto.



El tercer motivo de los recursos formulados por Don Alberto y por Don Pedro Jesús y el cuarto motivo del recurso formulado por Don Juan Manuel , se deduce por vulneración del derecho a la presunción de inocencia con base al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de los artículos 5.4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española . Los dos primeros sostienen que el auto habilitante de la entrada registro en su domicilio carece del razonamiento suficiente para concluir en la condena de los acusados, y los tres recurrentes que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, carecen del razonamiento suficiente para concluir en la condena de los acusados, reiterando el primero de ellos que no ha resultado acreditado que el mismo tuviera la sustancia estupefaciente para su posterior venta o distribución a terceros, y la defensa del Sr. Pedro Jesús que, declarada la nulidad del auto autorizando los registros, no existe prueba válida y suficiente para la condena de su defendido por delito de tenencia ilícita de armas, insistiendo que, en todo caso, debe ser condenado como autor de un único delito de tenencia ilícita de armas del artículo 563 del Código Penal .

El contenido de estos motivos, reiteración de los anteriores, ha sido extensamente tratado en los fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto de esta sentencia, por lo que damos ahora por reproducido todo lo que allí se razonó y resolvió en sentido desestimatorio, evitando así reiteraciones innecesarias que sólo alargarían el contenido de esta resolución.

El motivo no puede por tanto prosperar.

#### **Sexto.**

- El quinto motivo del recurso formulado por Don Juan Manuel se deduce por infracción de ley del artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de hecho en la valoración de la prueba.

En desarrollo de este motivo discute nuevamente el recurrente la valoración de la prueba llevada a cabo por la Audiencia Provincial. Señala que desconocía que en la caja que le había dado el Sr. Gumersindo hubiera una granada. Defiende que en su primera declaración dijo que se la había dado el Sr. Alberto porque fue coaccionado por la policía. Y en relación al delito contra la salud pública explica que ha manifestado durante todo el procedimiento que la bolsa con hachís que le fue incautada no era suya, sino de Don Gumersindo , si bien en un primer momento dijo que era de Don Alberto por los mismos motivos que expresó con relación a la pertenencia de la granada y munición.

1. El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre , que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre , que, con referencia a otras sentencias ( SSTS 8/3/2006 , 20/7/2005 , 25/2/2003 , 22/10/2002 ; ATC 8/11/2007 ), señala que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , 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 art. 884. 3 Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En relación al motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre , 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre ), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 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, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; 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.

2. El recurrente se limita a señalar que ha existido error en la valoración de la prueba, reiterando que no ha quedado acreditado que la granada y la sustancia estupefaciente intervenidos al Sr. Juan Manuel fueran suyos, ya que ambas las había recibido del Sr. Gumersindo .

Por ello, el cauce del artículo 849.1 elegido por el recurrente es erróneo. Los hechos probados de la sentencia recurrida consideran acreditado que tanto la granada como la droga eran de Don Juan Manuel . Nada expone el recurrente que pueda conducir a una rectificación de las premisas de hecho impuestas en la sentencia recurrida. El recurrente se limita nuevamente a discrepar sobre la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia lo que debería llevarse a cabo en el ámbito de la presunción de inocencia. Tampoco señala en el desarrollo de este motivo qué inferencias realizadas por la Audiencia Provincial son erróneas.

Tampoco resulta adecuado el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que exige como primer requisito que el error surja de forma incontestable del particular de un documento.

No estamos ante un supuesto en el que en base a un documento o documentos se deban excluir del relato fáctico unos hechos que erróneamente se ha declarado probados. La única prueba que es citada por el recurrente para sustentar el error en la apreciación de la prueba es la propia declaración de Don Juan Manuel en el acto del juicio oral en la que rechazó que la granada y la droga fueran suyos, atribuyendo la propiedad de ellas al Sr. Gumersindo , lo que evidentemente no constituye prueba documental sino personal.

En todo caso, la valoración de la prueba realizada por el Tribunal ha sido examinada en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

El motivo debe por tanto ser rechazado.

### **Séptimo.**

La desestimación de los recursos formulados por Don Alberto y Don Juan Manuel , conlleva la condena en dos tercios de las costas a los recurrentes y la estimación parcial del recurso formulado por Don Pedro Jesús determina respecto al mismo declarar las costas de oficio, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

## **FALLO**

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

1º) Desestima r los recursos de casación interpuestos por Don Alberto y Don Juan Manuel , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 10 de febrero de 2017 , y

2º) Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Pedro Jesús contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Sala 3/2014 , dimanante de la causa Sumario núm. 1/2014, instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Málaga, y en su virtud casamos y anulamos en parte la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

3º) Declarar de oficio la tercera parte de las costas correspondientes al presente recurso, condenando en dos tercios de las costas a los recurrentes Don Alberto y Don Juan Manuel .

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 361/2018

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Diaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



## SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 19 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto en la causa Rollo número 3/2014, seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante del Sumario n.º 1/2014, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de los de Málaga, por delitos de: tráfico de sustancias estupefacientes que no causan grave daño a la salud, por un delito de depósito de armas y munición de guerra y por tenencia de armas prohibidas, contra los recurrentes en casación; Don Juan Manuel , con D.N.I. NUM004 , nacido el NUM005 de 1989, en Málaga, hijo de Leopoldo y Elisenda ; Don Pedro Jesús , con D.N.I. NUM006 , nacido el NUM007 de 1992, en Málaga, hijo de Millán y de Eulalia y Don Alberto , con D.N.I. NUM008 , nacido el NUM009 de 1983, en Málaga, hijo de Pedro y de Gabriela , se dictó sentencia número 41/2017, condenatoria para los recurrentes por la mencionada Audiencia el 10 de febrero de 2017 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Diaz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Único.

Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

- De conformidad con el fundamento cuarto de la sentencia casacional, procede absolver a Don Pedro Jesús de uno de los dos delitos de tenencia ilícita de armas.

## FALLO

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

1º) ABSOLVER a Don Pedro Jesús de un delito de tenencia ilícita de armas.

2º) CONFIRMAR , en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 10 de febrero de 2017 .

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Pablo Llarena Conde



Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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.