

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

Referencia: NCJ066317

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 826/2022, de 19 de octubre de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4523/2020

**SUMARIO:**

**Delito contra la Salud Pública. Presunción de inocencia. Prueba. Indicios. Reconocimientos fotográficos.** Partiendo de la demostrada condición de consumidor de cocaína del acusado, no hay reglas fijas o cantidades a partir de las cuales necesariamente haya de presumirse la dedicación a la venta; ni la cantidad (que sobrepasa en muy poco la que se fija como orientativa para considerarla como compatible con el propio consumo); ni la ocupación de cafeína (que podría estar dedicada a preparar la sustancia para ese autoconsumo); ni la ocupación de útiles para manipular la droga, o libretas con anotaciones compatibles con operaciones de venta; ni la elevada riqueza de la droga excluirían la hipótesis alternativa aducida (tenencia para autoconsumo). Tampoco la dedicación a la venta de hachís obliga a suponer que también destinaba la cocaína a esa distribución. Ciertamente, en abstracto, cada uno de esos elementos por sí solo podría ser ambivalente e insuficiente. Pero el conjunto de todos ellos, trabados y entrelazados, dota a la convicción de la Sala de una base sólida para la inferencia realizada y fundar, así, una condena que, por contar con prueba concluyente, no vulnera la presunción de inocencia. La prueba practicada solo acredita hábitos de consumo de cocaína, pero no una adicción grave, que es lo que reclama el art. 21.2 CP para dar vida a una atenuación y no podemos acudir a la atenuante analógica para eludir los requisitos de la atenuante ordinaria.

Respecto al reconocimiento fotográfico en sede policial, no pueden presumirse irregularidades en su práctica, ya que estas, deben estar acreditadas o, al menos, aportarse un principio de prueba que permita considerarlas probables. El testigo que era menor en el momento de su práctica, por lo que debía ser asistido de otra persona que asumiera la tutela y así se hizo y se consignó, factor éste que no solo no resta validez a tales actuaciones sino que completa los requisitos necesarios para las mismas.

Los requisitos ideales de la diligencia de rueda de reconocimiento son: i) su plasmación documental; ii) intervención de funcionarios policiales; iii) exhibición de una pluralidad de fotografías de personas con características fisonómicas acordes con la descripción realizada por el llamado a reconocer; iv) incomunicación entre las distintas personas que han de reconocer; v) prohibición de sugestión o dirección interesada por parte de la policía; vi) incorporación documentada de las fotografías para contar con elementos que permitan valorar su fiabilidad. Una eventual irregularidad afectará a la fiabilidad de esa diligencia, pero no determinará necesariamente su nulidad y si esos reconocimientos son ratificados en el plenario pueden representar prueba suficiente para desmontar la presunción constitucional de inocencia.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.2, 66 y 368.

Constitución Española, art. 24.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 369.

**PONENTE:***Don Antonio Del Moral García.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA  
Doña SUSANA POLO GARCIA  
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 826/2022

Fecha de sentencia: 19/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4523/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 21

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4523/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 826/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta  
D. Antonio del Moral García  
D.ª Ana María Ferrer García  
D.ª Susana Polo García  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de octubre de 2022.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 4523/2020 interpuestos por Eloy representado por el procurador Sr. D. Eladio Roberto Olivo Luján, bajo la dirección letrada de D.ª Freire Magdaleno Antonio; Eulalio representado por la Procuradora D.ª María del Carmen Barreras Rivas y bajo la dirección letrada de D. Ignasi Maeso Vidal; Faustino representado por la Procuradora Sra. D.ª Isabel Cordovilla González y bajo la dirección letrada de D. Javier Serrano Martínez; Florencio representado por el Procurador Sr. D. Jaime González Minguez y bajo la dirección letrada de D. Antonio Serrano Marcos contra la Sentencia nº 10/2020 de fecha 30 de diciembre de 2019 dictada por la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra los recurrentes por delitos contra la salud pública. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 12 de Barcelona incoó Diligencias Precias con el nº 690/2015 a las que se le acumularon las DP 98/2015 del juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de DIRECCION000 y las DP 523/15 del Juzgado de primera Instancia e Instrucción 1 de la misma localidad convirtiéndose posteriormente en el sumario 3/2016, seguido contra Marino y otros. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21ª) que con fecha 30 de diciembre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO. Apartado 1. Entre las 3:00 y las 4:30 horas del día 4 de octubre de 2014 Nemesio se encontraba en compañía de sus amigos Onesimo, Pablo y Prudencio en el interior de la discoteca DIRECCION001, sita en la CALLE000 n o NUM000 de la población de DIRECCION000, provincia de Barcelona.

En un momento de la noche, se encontró en el interior de la discoteca con el procesado Marino, procediendo el mismo, sin que conste ningún tipo de provocación previa y guiado por el ánimo de menoscabar la integridad corporal de Nemesio, a darle un golpe con el hombro a fin de iniciar una discusión que devino en pelea, llegando a propinar varios empujones al mismo. Por tal motivo, el personal de seguridad de la discoteca expulsó a ambos del interior del local, momento en el que el procesado Marino advirtió a Nemesio y a sus acompañantes que eso no iba a quedar así.

No consta que Nemesio sufriera lesiones por tales hechos.

Apartado 2. Una vez en el exterior, Nemesio, Onesimo, Pablo y Prudencio iniciaron el regreso a sus respectivos domicilios a través del PARQUE000 de dicha población de DIRECCION000, siendo en ese lugar donde fueron abordados de forma sorpresiva y en emboscada por un grupo de personas, compuesto aproximadamente por unos 10 individuos, que estaban escondidas tras los matorrales y los vehículos que allí se encontraban estacionados, portando llaves de tubo y botellas de cristal rotas. Entre los miembros de dicho grupo estaba el referido procesado Marino, así como los también procesados Jesús Manuel, Eulalio, Florencio y Faustino.

Mientras los acompañantes de Onesimo huían del lugar, éste fue alcanzado por el grupo agresor, recibiendo varios impactos en la cabeza que le hicieron perder el conocimiento y caer al suelo. Una vez allí, y sin posibilidad alguna de defensa ante la desproporción numérica de sus agresores y la tenencia por los mismos de los instrumentos descritos, Onesimo fue rodeado por el grupo asaltante que, guiado por el ánimo de menoscabar la integridad corporal del caído, inició un ataque continuado e indiscriminado sobre su persona mediante patadas y golpes por el cuerpo. En el curso de ello, Marino le infligió una fuerte patada, haciendo uso a continuación de una botella de cristal con la que produjo a Onesimo diversos cortes en las manos al intentar éste proteger con las mismas otras zonas más sensibles de su cuerpo.

El procesado Jesús Manuel se valió por su de una llave de tubo con la que golpeó a Onesimo en la cabeza.

Acto seguido, Onesimo fue pinchado hasta en dos ocasiones en la espalda por uno de los integrantes del grupo agresor cuya identidad concreta no consta, al tiempo que seguía recibiendo golpes y patadas por todo el cuerpo.

Como consecuencia de los hechos descritos Onesimo sufrió lesiones consistentes en dos heridas incisas en la zona parietal, una herida incisa en el hemitórax superior izquierdo, una herida incisa con flap en el 4º dedo de la mano derecha, una herida punzante en el dorso de la mano izquierda, contusión bucal con edema en el labio inferior con herida superficial en el hemilabio inferior izquierdo y dos heridas en la mucosa hemilabial izquierda, pérdida del esmalte y cara palatina de la pieza dentaria número trece (13), ausencia de corona y presencia de resto apical en la pieza número doce (12), fractura con pérdida de esmalte y visualización por exposición de dentina que interesa el ángulo incisal derecho y la cara lingual con movilidad de la pieza número treinta y dos (32), fractura con pérdida de esmalte en todo el borde incisal y cara lingual con exposición de dentina limpia y movilidad 3, fractura del esmalte con movilidad 3-4 y fractura completa a nivel de tercer medio de la pieza número cuarenta y uno (41) y fractura de esmalte con pérdida en bisel del borde incisal y cara vestibular con exposición de dentina limpia y movilidad de la pieza número cuarenta y dos (42), lesiones que fueron tributarias para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, de tratamiento médico y quirúrgico consistente en exploración clínica y pruebas complementarias, curas tópicas, tratamiento farmacológico y puntos de sutura, invirtiendo en su curación 8 días. Tras ello restó con secuelas consistentes en pérdida de la pieza dental número treinta y uno (31) susceptible de reparación, pérdida de la pieza dental número cuarenta y uno (41) susceptible de reparación, cicatriz de 3,5 x 0,5 cm subescapular izquierda hipercrómica e hipertrófica, cicatriz parietotemporal izquierda de 2 cm hipocrómica, tapada por el cabello y cicatriz parietooccipital de 1 cm hipocrómica, conformando todo ello un perjuicio estético discreto alto.

Onesimo reclama por estos hechos.

SEGUNDO. El día 13 de abril de 2015 Isidro, menor de edad al haber nacido el día NUM001 de 1997 y contar por tanto con 17 años en la fecha de los hechos, contactó telefónicamente con el procesado Leonardo a fin de adquirir marihuana, acordando ambos en encontrarse en la zonaBarcelona. Una vez allí y sobre las 18:55 horas de la fecha, Leonardo entregó a Isidro, a cambio de una cantidad de dinero que no ha podido ser determinada, un envoltorio de papel transparente de 3 x 2 x 2 cm con sustancia vegetal verdosa que, sometida a los preceptivos

análisis, resultó ser marihuana con un peso neto de 1 gramos (un gramo con ciento treinta miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 13,7 %

No consta que el procesado fuera conocedor de la condición de menor de edad de Isidro, quien fue interceptado por agentes del Cos de Mossos d'Esquadra que habían presenciado el intercambio a la altura del número NUM002 de la CALLE001, de Barcelona, interviniendo en el bolsillo derecho del pantalón del menor la ilícita sustancia adquirida al procesado.

Un gramo de marihuana alcanza en el comercio ilícito el precio de 6 euros según la tabla de valoración emitida por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes del Cuerpo Nacional de Policía.

TERCERO. Mediante Auto de 8 de junio de 2015 el Juzgado de Instrucción 12 de Barcelona autorizó la entrada y registro simultáneo en los siguientes domicilios de los procesados que a continuación se reseñan, diligencia que se llevó a cabo el 10 de junio de 2015 con el resultado que sigue:

Apartado 1. En el domicilio del procesado Eloy sito en la CALLE002 nº NUM003 de Barcelona, donde fue detenido el mismo, se intervinieron las siguientes sustancias destinadas al tráfico y sus efectos: w.

Debajo del colchón del dormitorio del procesado, dos piezas de sustancia vegetal prensada de color marrón que sometidas a los preceptivos análisis resultaron ser hachís, una con un peso neto de 97,10 gramos (noventa y siete gramos con cien miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 30,6%, y la otra con un peso neto de 79,29 gramos (setenta y nueve gramos con doscientos noventa miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 30,7%.

x. Una balanza de precisión de color gris marca SANDA.

y. Cuatro billetes de 10 euros procedentes de dicha ilícita actividad, de los cuales 3 billetes fueron hallados en el interior de una cartera.

z. Una bolsa de plástico de color blanco con sustancia blanca en roca que sometida a los preceptivos análisis resultó ser cocaína, con un peso neto de 10,40 gramos (diez gramos con cuatrocientos miligramos) y una riqueza en cocaína base del 81% ± 6%, que equivale a 8,42 ± 0,62 gramos de cocaína base.

Una pieza de sustancia vegetal prensada de color marrón que sometida a los preceptivos análisis resultó ser hachís, con un peso neto de 10,13 gramos (diez gramos con trescientos miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 42,9%

Una madera para cortar con restos de sustancia de color marrón y un cuchillo con los mismos restos.

Una libreta pequeña de color naranja con anotaciones de nombres y cantidades.

Un colador pequeño metálico con restos de sustancia blanca,

En el interior del bolsillo de una chaqueta, una pieza de sustancia vegetal prensada de color marrón que tras los preceptivos análisis resultó ser hachís, con un peso neto de 61,83 gramos (sesenta y un gramos con ochocientos treinta miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 43%.

Sobre una mesita de noche, una caja metálica con sustancia de color blanco en su interior que sometida a los preceptivos análisis resultó ser cafeína, con un peso neto de 16,72 gramos (dieciséis gramos con setecientos veinte miligramos).

Un teléfono móvil marca SAMSUNG con IMEI NUM004.

Un teléfono móvil marca APPLE modelo IPHONE 4,

Una caja alargada de cartón que en su interior contenía una carabina neumática de 4,5 mm match de calibre, marca GAMO, modelo SILENT CAT, con número de identificación **04-1C464433-11**, provista de sistema de tiro Monotir, de 1.160 mm de longitud y 2476 gramos de peso, que se encontraba en correcto estado de conservación y funcionamiento, sin modificación de sus características originales, tratándose de un arma reglamentada según Real Decreto 137/1993 de 28 de enero, Sección 3, artículo 3º, categoría 4 a 2.

Apartado 2. En el local sito en el PASAJE000 n o NUM005, de Barcelona, domicilio de los procesados Segundo y Penélope y donde fueron éstos detenidos, se intervinieron los siguientes efectos y sustancias destinadas al cultivo y tráfico:

En una habitación interior:

Sobre una mesa, 17 plantas que sometidas a los preceptivos análisis resultaron ser marihuana, con un peso neto de 152,50 gramos (ciento cincuenta y dos gramos con quinientos miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 12,4%.

Dentro de un tiesto de color azul, 17 plantas y hojas sueltas, de las cuales 10 plantas estaban colgadas en una cuerda, 4 plantas en un rincón sobre una mesa, 2 plantas sobre otra mesa y 1 planta sobre otra mesa más, que sometidas a los preceptivos análisis resultaron ser marihuana, con un peso neto de 75,31 gramos (setenta y cinco gramos con trescientos diez miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 10,8%.

Sobre una mesa, 46 semilleros en los que se recogieron lo que tras los preceptivos análisis resultaron ser semillas de marihuana, casi todas sin germinar, con un peso neto de 0,21 gramos (doscientos diez miligramos) en las que se evidenció la presencia de delta-9 tetrahidrocannabinol con una riqueza del 5,9%

Sobre una mesa, una bolsa para lavar la ropa conteniendo 9 cogollos de sustancia vegetal verdosa que sometidos a los preceptivos análisis resultaron ser marihuana, con un peso neto de 4,77 gramos (cuatro gramos con setecientos setenta miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 24,5%.

Bajo un tablero a modo de mesa, en una caja de plástico, una lámpara con dos fluorescentes así como dos paquetes de bolsas transparentes con autocierre de diferentes tamaños.

En una caja de cartón marca MoviStar, 16 cogollos de sustancia vegetal verdosa que sometida a los preceptivos análisis resultó ser marihuana, con un peso neto de 15,75 gramos (quince gramos con setecientos cincuenta miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 14,4%.

Un aparato de aire acondicionado marca SIEMENS con un trozo de tubo.

En el dormitorio de los procesados Segundo y Penélope:

En una mesita de noche en la habitación de matrimonio, el teléfono móvil marca APPLE modelo IPHONE 6 con IMEI NUM006.

Una báscula de precisión electrónica marca KERN, modelo EMB 2200.

En un cajón de la mesita de noche, al lado de la cama, una factura de Aguas de Barcelona de 15.3.2014 a 16.9.2014 por importe de 1.220 euros y un contrato de alquiler de local NUM005 de la CALLE003 nº NUM007 de Barcelona.

En un cajón de la mesita de noche, dos trozos de una bolsa de color verde con sustancia pulverulenta de color blanco en su interior con un peso neto conjunto de 7,91 gramos netos (siete gramos con novecientos diez miligramos) en la que, sometida a los preceptivos análisis, se identificaron los principios activos de la anfetamina y la cafeína.

En un bolso de señora, situado en el suelo al lado de la cama, una caja metálica, tipo pastillero, con sustancia pulverulenta de color blanco con un peso neto de 1,07 gramos (un gramo con setenta miligramos) en la que, sometida a los preceptivos análisis, se identificaron los principios activos de anfetamina y cafeína.

En una mochila negra, una caja metálica conteniendo un trozo de bolsa de color verde cerrada con un alambre con sustancia pulverulenta de color blanco, un trozo de plástico transparente con restos de sustancia polvorienta de color blanco y tres trozos de plástico blanco con restos de polvo del mismo color; siendo que toda esta sustancia, sometida a los preceptivos análisis, resultó ser cafeína con un peso neto de 0,20 gramos (doscientos miligramos).

- Colgada en la pared, una pizarra con un calendario con anotaciones numéricas para el cultivo de marihuana.

En un armario, dentro de una caja de cartón, una bolsa de plástico transparente con autocierre, que resultó albergar una bolsa de color azul conteniendo en su interior sustancia polvorienta de color blanco y otra bolsa de color verde con restos de polvo blanco, sustancia toda ella de la que, sometida a los preceptivos análisis, resultaron 0,31 gramos netos (trescientos diez miligramos) en los que se identificaron los principios activos de anfetamina y cafeína

En una estancia del local destinada a la lavadora y a la secadora:

Dentro de una caja de madera, al lado de la lavadora, una bolsa transparente con autocierre que contenía a su vez un trozo de bolsa verde con sustancia blanca polvorienta, así como una caja tipo joyero que contenía una bolsa pequeña transparente con autocierre en cuyo interior había una bolsa de color blanco con sustancia polvorienta del mismo color, sustancia toda ella de la que, sometida a los preceptivos análisis, resultaron 3,74 gramos netos (tres gramos con setecientos cuarenta miligramos) en los que se identificaron los principios activos de anfetamina y cafeína.

En un mueble con cajones:

En el cajón superior, una bolsa transparente con autocierre con semillas de color marrón con un peso neto de 53,68 gramos (cincuenta y tres gramos con seiscientos ochenta miligramos), que sometidas a los preceptivos análisis no permitieron identificar ninguna sustancia estupefaciente ni psicotrópica fiscalizada.

En el segundo cajón, dos botes, uno de algicida no espumante y otro de cloro.

- En el mismo segundo cajón, una pistola neumática de calibre 4,5 mm, marca GAMO modelo PQ3, con número de identificación NUM008, provista de sistema de tiro semiautomático, de 195 mm de longitud y 454 gramos de peso, en correcto estado de conservación y sin modificaciones en sus características originales, tratándose de un arma reglamentada según Real Decreto 137/1993 de 28 de enero, Sección 3a , artículo 3, categoría 4 a 1.

En la planta baja del local:

Dentro de una bolsa de plástico de color blanco, una sustancia de color blanco tipo roca y en polvo que sometida a los preceptivos análisis resultó ser cocaína, con un peso neto de 41,15 gramos (cuarenta y un gramos con ciento cincuenta miligramos) y una riqueza en cocaína base del 82% ± 6%, equivalente a 33,74± 2,47 gramos de cocaína base.

Dentro de un recipiente pequeño, una bolsa de color blanco con sustancia blanca tipo polvo y roca con peso neto de 4,81 gramos (cuatro gramos con ochocientos diez miligramos), que sometida a los preceptivos análisis no evidenció la presencia de ninguna sustancia estupefaciente ni psicotrópica fiscalizada.

En el mismo recipiente anterior, 255 euros procedentes de las ilícitas actividades relatadas, fraccionados en 3 billetes de 50 euros, 4 billetes de 20 euros, 2 billetes de 10 euros y 1 billete de 5 euros.

En una bolsa transparente con autocierre, varios cogollos de sustancia vegetal verdosa que sometida a los preceptivos análisis resultó ser marihuana, con un peso neto de 33,49 gramos (treinta y tres gramos con cuatrocientos noventa miligramos) en los que se identificó el principio activo de delta-9 tetrahidrocannabinol con una riqueza del 23,1%.

Un fragmento de sustancia vegetal prensada de color marrón que sometida a los preceptivos análisis resultó ser hachís, con un peso neto de 69,41 gramos (sesenta y nueve gramos con cuatrocientos diez miligramos) en los que se identificó el principio activo de delta-9 tetrahidrocannabinol con una riqueza del 6,1%

Una báscula electrónica marca TANITA modelo 1459V.

Al lado de la nevera, una bolsa de plástico con dos bolsas transparentes con autocierre en su interior conteniendo cogollos de sustancia vegetal verdosa, con un peso neto de 419,30 gramos (cuatrocientos diecinueve gramos con trescientos miligramos), que sometida a los preceptivos análisis resultó ser marihuana, en la que se identificó tetrahidrocannabinol con una riqueza del 20,9%.

En el congelador, dentro de un bote de Nesquik, una bolsa transparente con autocierre conteniendo en su interior una bolsa verde de plástico con sustancia polvorienta de color blanco, con un peso neto de 45,50 gramos (cuarenta y cinco gramos con quinientos miligramos) y en la que se identificaron los principios activos de la anfetamina y la cafeína

En la zona del comedor de la vivienda:

Un envoltorio con 0,50 gramos netos (quinientos miligramos) de sustancia pulverulenta de color amarillo en la que se identificaron los principios activos de la anfetamina y la cafeína.

Un envoltorio con 0,59 gramos netos (quinientos noventa miligramos) de sustancia pulverulenta de color marrón en la que se identificaron los principios activos de la anfetamina y la cafeína.

Encima de una caja, al lado de la TV, una bolsa transparente con autocierre que contenía cogollos de sustancia vegetal verdosa cortada que sometida a los preceptivos análisis resultó ser marihuana, con un peso neto de 1 gramos (un gramo con novecientos treinta miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 19,0%.

En el mismo lugar que el anterior indicio, un bote con cápsulas con la inscripción "MEGA DIETE

En el mismo lugar, un libro con título "LA ALQUIMIA DEL CÁÑAMO, CANNABIS ALQUIMICUM' y varias bolsas transparentes con autocierre, todo ello dentro de una bolsa de plástico verde.

En un mueble, al lado del sofá, una libreta con el título "Agenda escolar 2014-2015' con anotaciones manuscritas diversas.

- Entre la mesita y el sofá, en una caja de cartón, un billete con valor facial de 500 euros y número de serie NUM009, que sometido a análisis resultó ser mendaz.

En otra caja de cartón, un segundo billete con valor facial de 500 euros y número de serie NUM010, que sometido a análisis resultó ser también mendaz

Una tapa de una caja de color negro de cartón con anotaciones numéricas.

En la misma caja, dentro de otra más pequeña, una bolsa blanca de plástico con sustancia de color blanco tipo roca que sometida a los preceptivos análisis resultó ser cocaína, con un peso neto de 99,62 gramos netos (noventa y nueve gramos con seiscientos veinte miligramos) y una riqueza en cocaína base del 82% ± 6%, equivalente a 81,69 ± 5,98 gramos de cocaína base.

En el congelador de un frigorífico pequeño de color rojo, con la insignia COCA-COLA, en el interior de una bolsa de color marrón forrado con aluminio, 244,80 gramos netos (doscientos cuarenta y cuatro gramos con ochocientos miligramos) de semillas en las que no se identificó ninguna sustancia estupefaciente ni psicotrópica fiscalizada

En la zona de entrada de la vivienda:

En un hueco, debajo de la escalera de caracol que da a la zona de la vivienda destinada a los menores, una bolsa de plástico de color blanco conteniendo cogollos de sustancia vegetal verdosa que, sometidos a los preceptivos análisis, resultaron ser 1.005,40 gramos netos (mil cinco gramos con cuatrocientos miligramos) de marihuana, con una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 16,4%

En la planta baja, sobre el armario de la cocina, una bolsa de color azul, dentro una bolsa de color blanco, con cogollos de sustancia vegetal verdosa que, sometidos a los preceptivos análisis, resultaron ser 52,70 gramos netos (cincuenta y dos gramos con setecientos miligramos) de marihuana, con una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 16,2%.

En el cajón de un mueble pequeño con ruedas, cogollos de sustancia vegetal verdosa que, tras a los preceptivos análisis, resultaron ser 0,99 gramos netos (novecientos noventa miligramos) de marihuana, con una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 12,9%.

En la habitación situada a la izquierda de la escalera de la vivienda:

130 plantas, que fueron recogidas en 8 bolsas, siendo sometidas a análisis 30 de ellas con un peso neto de 401,40 gramos (cuatrocientos un gramos con cuatrocientos miligramos), equivalente a 1.739,40 gramos (mil setecientos treinta y nueve gramos con cuatrocientos miligramos) en su conjunto, evidenciando que se trataba de marihuana con una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 21,2%

14 lámparas con sus bombillas para el cultivo de marihuana.

Un aparato de aire acondicionado marca ORBEGOZO.

3 ventiladores colgados del techo, utensilios todos ellos necesarios para el cultivo interior de marihuana.

Apartado 3. En el domicilio vinculado al procesado Horacio sito en la PLAZA000 nº NUM011, de DIRECCION000, se intervinieron las siguientes sustancias destinadas al tráfico y sus efectos :

En el comedor:

Sobre la mesa, una bolsita de plástico transparente con sustancia vegetal que sometida a los preceptivos análisis resultó ser marihuana, con un peso neto de 0,94 gramos (novecientos cuarenta miligramos) y una riqueza en delta-9 tetrahidrocannabinol del 14,5%.

Encima del televisor, un pendrive marca TDK

En una habitación de la vivienda:

En el interior de un armario sin puertas, una balanza marca DIABLO de color gris.

En el perchero, tres collares con cuentas amarillas y negras, uno de los cuales portaba un crucifijo, propio de la simbología del colectivo Latin King.

- En una silla, colgado, un collar con cuentas negras y amarillas.

En otra pequeña habitación, tipo vestidor:

En el interior de una maleta, varias bolsas pequeñas de plástico transparente.

En un bolsillo de la maleta, 175 euros provenientes de la ilícita actividad relatada, fraccionados en 2 billetes de 50 euros, 3 billetes de 20 euros y 3 billetes de 5 euros.

En el vestíbulo de la entrada o pequeño recibidor:

Una mochila azul y negra con un justificante de recibo de dinero en el que figura como beneficiario Justino, a quien no afecta el presente procedimiento.

Un gramo de cocaína alcanza en el comercio ilícito el precio de 60 euros, mientras que el precio del gramo de marihuana y de hachís en el mercado ilícito es de aproximadamente 6 euros, según la tabla de valoración emitida por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes del Cuerpo Nacional de Policía.

CUARTO. El procesado Faustino ha ingresado, con carácter previo a la celebración del juicio oral, la cantidad de 1.000 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales para el resarcimiento de las lesiones sufridas por el Sr. Onesimo.

El procesado Marino ha ingresado, con carácter previo a la celebración del juicio oral, la cantidad de 4.000 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales para el resarcimiento de las lesiones sufridas por el Sr. Onesimo.

El procesado Florencio ingresó, el mismo día del comienzo de las sesiones del juicio oral, la cantidad de 200 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales para el resarcimiento de las lesiones sufridas por el Sr. Onesimo.

QUINTO. El presente procedimiento sufrió demoras procesales no imputables a los procesados entre el 28.10.2016 y el 10.3.2017, entre el 6.6.2018 y el 3.12.2018 y entre el 20.12.2018 y el día de hoy".

**Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos **CONDENAR Y** Onesimo al procesado Marino como autor criminalmente responsable de una falta de maltrato de obra, prevista y penada en el artículo 6172 CP, según redacción vigente en el momento de los hechos, a la pena de 30 días de multa a razón de una cuota diaria de 9 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de su impago, voluntariamente o por vía de apremio, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplirse mediante localización permanente, conforme al artículo 53.1

Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** igualmente a los procesados Marino, Faustino e Florencio como autores criminalmente responsables de un delito de lesiones con utilización de armas, instrumentos y objetos peligrosos, previsto y penado en el artículo 148.1 0 en relación con el 147.1 CP en igual versión temporal, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de reparación del daño del artículo 21.5a CP y dilaciones indebidas del artículo 21.6a CP y de la agravante de alevosía del artículo 22.1 a CP, a la pena de dos años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena prevista en el artículo 56.1.2 cp; y a los procesados Jesús Manuel y Eulalio como autores criminalmente responsables del mismo delito de lesiones con utilización de armas, instrumentos y objetos peligrosos, previsto y penado en el expresado artículo 148.1 0 en relación con el 147.1 CP, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas del artículo 21 .6a CP y de la agravante de alevosía del artículo 22.1 a CP, a la pena de tres años de prisión, también con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena prevista en el artículo 56.1.2 CP. A todos ellos, Marino, Jesús Manuel, Faustino, Eulalio e Florencio, imponemos además la prohibición de aproximarse a Onesimo, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de estudio o trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por él, a una distancia inferior a 1000 metros, por un tiempo superior en 2 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en sentencia, y comunicarse con el mismo estableciendo por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por igual tiempo que la anterior, cumpliéndose ambas prohibiciones de forma simultánea a la prisión.

Igualmente, condenamos a Marino, Jesús Manuel, Faustino, Eulalio e Florencio a indemnizar solidariamente Onesimo en la suma de 4.530 euros en concepto de responsabilidad civil por las lesiones y daños morales causados, importe que devenga el interés legal previsto en el artículo 576 LEC hasta su completo pago.

También debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Leonardo como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368, párrafo primero, del CP, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª CP, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena prevista en el artículo 56.1.2 CP, y multa de 7 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de su impago de 1 día de privación de libertad, conforme al artículo 53.2 CP.

Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** también al procesado Eloy como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368, párrafo primero, del CP, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas del artículo 21 CP, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena prevista en el artículo 56.1.2a CP, y multa de 2.500 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de su impago de 15 días de privación de libertad, conforme al artículo 53.2 CP.

Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** también a los procesados Segundo y Penélope como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368, párrafo primero, del CP, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas del artículo 21.6 a CP, a la pena a cada uno de ellos de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena prevista en el artículo 56.1.2ª CP, y multa de 35.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de su impago de 60 días de privación de libertad, conforme al artículo 53.2 CP.

Y debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Horacio como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud, previsto y penado en el artículo 368, párrafo primero, del CP, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas del artículo 21.6a CP, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena prevista en el artículo 56.1.2a CP, y multa de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de su impago de 1 día de privación de libertad, conforme al artículo 53.2 CP.

Acordamos el decomiso definitivo de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y de corte ocupadas a los acusados y sus envases y envoltorios e instrumentos, como balanzas de precisión, maderas, tablas, pizarras, coladores, botes, bolsas de autocierre, teléfonos, lámparas, bombillas, aparatos de aire

acondicionado y ventiladores, así como el dinero por importe de 40 euros intervenidos en el domicilio del procesado Eloy, los 255 euros intervenidos en el domicilio de los procesados Segundo y Penélope y los 175 euros intervenidos en el domicilio de Horacio, todo ello por los delitos contra la salud pública objeto de sus respectivas condenas. Firme que sea la presente resolución, procédase a la destrucción de tales sustancias y a la adjudicación al Estado de dichos bienes y dinero, a través del Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados creado por la ley 17/2003, de 29 de mayo.

Finalmente, debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a los procesados Luis Andrés, Luis Enrique, Juan Ignacio, María Purificación, Ángel Jesús, Leonardo, Florentino, Magdalena, Heraclio, Horacio, Indalecio, Marino, Jesús Manuel, Faustino, Eulalio, Florencio, Jon, Leon, Luciano, Segundo, Penélope y Marcos del resto de delitos por los que venían acusados, con todos los pronunciamientos favorables.

Se impone a Marino el abono de 1/22 parte de las costas procesales devengadas en la presente causa; a éste y a Jesús Manuel, Faustino, Eulalio e Florencio, el pago, por cada uno de ellos, de 1/110 parte de dichas costas; a Leonardo, el pago de otra 1/22 parte de las mismas; a Eloy, el pago también de 1/22 parte de las costas; a Segundo y Penélope, el abono, cada uno, de 1/44 parte de las referidas costas; y al procesado Horacio".

### **Tercero.**

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

Motivos aducidos en nombre de Raimundo.

Motivo único. Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por infracción del art. 24.2 CE (presunción de inocencia).

Motivos aducidos en nombre de Eulalio.

Motivo primero. Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim (contradicción). Motivo segundo. Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim, (presunción de inocencia).

Recurso de Florencio.

Motivo primero. Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 24.2 CE (presunción de inocencia). Motivo segundo. Por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 LOPJ, en relación con el artículo 24.2 CE (derecho a un proceso con todas las garantías). Motivo tercero. Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 22. 1º CP y art. 66.1.7 CP.

Recurso de casación de Eloy.

Motivo primero. Por infracción de precepto constitucional ( art. 24.2 CE: presunción de inocencia). Motivo segundo. Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24 CE (presunción de inocencia). Motivo tercero. Por infracción de precepto legal al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 21.2 y 21.7 CP.

### **Cuarto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos los motivos. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

### **Quinto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 4 de octubre de 2022.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero. A) Recurso de Eloy.**

Condenado por un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud ( art. 368, inciso penúltimo), el primer motivo de su recurso denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE lo que accede a casación a través del art. 852 LECrim (concreción en el proceso penal del más genérico art. 5.4 LOPJ). Asume que el hachís que le fue ocupado estaba destinado a la distribución entre terceros, pero niega que pueda predicarse igual aseveración de los aproximadamente ocho gramos de cocaína, con la consiguiente reducción según su grado de pureza, que, en su versión, se dedicarían en

exclusiva al consumo propio. No habría prueba suficiente o concluyente del destino a la comercialización que sostiene la sentencia.

Partiendo de su demostrada condición de consumidor de cocaína (existen informes periciales), se entretiene el recurrente en desacreditar, una a una, las razones esgrimidas por la Sala de instancia para achacarle esa conducta. Lo hace invocando algunas sentencias de esta Sala que trae a colación con toda pertinencia (no hay reglas fijas o cantidades a partir de las cuales necesariamente haya de presumirse la dedicación a la venta, y analizando por separado esos indicios). Ni la cantidad (que sobrepasa en muy poco la que se fija como orientativa para considerarla como compatible con el propio consumo); ni la ocupación de cafeína (que podría estar dedicada a preparar la sustancia para ese autoconsumo); ni la ocupación de útiles para manipular la droga, o libretas con anotaciones compatibles con operaciones de venta; ni la elevada riqueza de la droga excluirían la hipótesis alternativa aducida (tenencia para autoconsumo). La dedicación a la venta de hachís no obliga a suponer que también destinaba la cocaína a esa distribución.

Ciertamente, en abstracto, cada uno de esos elementos por sí solo podría ser ambivalente e insuficiente. Pero el conjunto de todos ellos, trabados y entrelazados, dota a la convicción de la Sala de una base sólida para la inferencia realizada y fundar, así, una condena que, por contar con prueba concluyente, no vulnera la presunción de inocencia y ha de ser respetada en casación.

Procede la desestimación

### **Segundo.**

El alegato contenido en el segundo motivo discurre por idéntica vía casacional ( art. 852 LECrim por violación de la presunción de inocencia, en relación con el principio in dubio). Persigue ahora el recurrente una modificación del relato fáctico que admita, al menos como probable, su adicción a la cocaína, lo que permitiría apreciar una atenuante.

Al margen de que la vía usada no habilita para sostener una pretensión como la aducida -la presunción de inocencia no obliga a presumir la adicción ni la base fáctica de cualquier otra atenuante, salvo que quede demostrada su no concurrencia-, la prueba practicada solo acredita hábitos de consumo de cocaína, pero no una adicción grave, que es lo que reclama el art. 21.2 CP para dar vida a una atenuación. No podemos acudir a la atenuante analógica para eludir los requisitos de la atenuante ordinaria (gravedad de la adicción): hacerlo así sería tanto como derogar el requisito querido por el legislador.

El principio in dubio no es alegable en casación, por más que podamos admitir, rectificando así una vieja jurisprudencia, su operatividad también en materia de atenuantes. Pero la Sala de instancia no ha considerado posible que el acusado padeciese una grave adicción. Ciertamente nada dice en el hecho probado; pero de la fundamentación jurídica se deriva que ha descartado esa hipótesis. Admite sencillamente que podría ser consumidor. Eso no basta para la atenuación. Esa estimación queda corroborada por el examen de los informes médicos obrantes en la causa.

No es un problema de dificultad de probar la afectación en un momento dado. En un delito de tracto continuado como es el tráfico de drogas difícilmente podrá acudirse al art. 21.1 CP en cuanto es actividad persistente que perdura durante un tiempo. Esa atenuante, en caso de drogadicción, operará normalmente en delitos instantáneos o de ímpetu. Solo cabría contemplar como posible la apelación al art. 21.2 CP que requiere una grave adicción como punto de partida.

Razona la Audiencia con corrección tras detallar el contenido del material probatorio atinente a esta temática:

"Similar conclusión se alcanza respecto de Eloy, cuyos principales elementos probatorios sobre este extremo arrojaron el siguiente resultado:

- El informe médico forense del Dr. Torcuato realizado a petición de dicho procesado el 12.6.2015, es decir, el mismo día en el que fue puesto a disposición judicial tras su detención (folio 1.806), concluye que el detenido no presentaba sintomatología clínica física ni psíquica incapacitante, ni síndrome de abstinencia a drogas, ni alteración de capacidad de raciocinio, por lo que dicho facultativo le suministró un simple placebo.

- El informe médico-forense de la Dra. Bernarda, ratificado en el plenario por ésta junto con la Dra. Blanca, ambas del Institut de Medicina Legal de Catalunya (folios 2.888 a 2.892), al objeto de determinar el consumo crónico de sustancias estupefacientes a través de la extracción de muestra de cabello, concluye que en el momento de su reconocimiento no presentaba sintomatología de ningún trastorno psiquiátrico agudo o crónico y sí unas funciones psiquiátricas superiores indemnes, con capacidad para entender y percibir la realidad adecuada. No se advertía ninguna acreditación de consumo de sustancias fuera de las verbalizaciones de informado, que en todo caso y de confirmarse serían compatibles con patrón de consumo y no de dependencia. Igualmente, tampoco habían indicios que hicieran entender, con criterios médico-legales, la existencia de afectación, en el momento de los hechos y de

la detención, de las capacidades cognitivas y volitivas por los sucesos que motivan este procedimiento, sin poder informar sobre consumo crónico al no disponer del resultado del análisis de la muestra de cabello del mismo.

A este respecto, el dictamen B15-06707 emitido por el jefe del Servicio de Química y Drogas con TIP NUM012 con el visto bueno del Director del Departamento D. Vidal, todos ellos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (folios 4.761 a 4.763), al objeto de detectar drogas de abuso en un mechón de 30 cm de cabello del procesado tomado el 14.9.2015, concluye la presencia en el mismo de cocaína y anfetamina en 13 cm de éste, lo que retrotrae temporalmente el consumo hasta el mes de julio de 2014. No obstante, advierte también dicho informe que no es posible establecer correlación entre las dosis consumidas de drogas con la concentraciones detectadas en los análisis, y que los resultados obtenidos no permiten valorar el grado de afectación, física o psíquica, de la persona en un momento concreto, ni determinar por sí mismos el grado de adicción a las drogas de abuso detectadas.

A raíz de este resultado se solicitó por la defensa y así se emitió un nuevo informe médico-forense por las Dras. Bernarda y Blanca (folios 4.896 a 4.900) sobre el grado de adicción que pudiera padecer el referido acusado a la vista de las sustancias reflejadas en el anterior dictamen del Instituto Nacional de Toxicología, y la afectación que ésta pudiera provocar en las facultades volitivas y cognitivas, así como sobre la situación del mismo en el ámbito penitenciario en relación al seguimiento de tratamiento deshabitador y su posterior abstinencia.

Pues bien, en cuanto al primer extremo, concluyen dichas peritos que del resultado del dictamen del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses no es posible hacer una correlación entre cantidad de sustancia detectada y dosis consumida; y advierten que la determinación de tóxicos en el cabello es un supuesto biológico que no permite nunca determinar el grado de adicción a la sustancia, ya que esto último es un concepto clínico. Por tanto, el resultado de dicho dictamen tan solo permite deducir que desde julio de 2014 hasta septiembre de 2015 ha existido consumo, pero sin indicar dosis, frecuencia o afectación clínica. En relación al segundo extremo interesado, relativo a la afectación de las facultades, se remiten expresamente a las conclusiones de su anterior informe. Y respecto del tercero, sobre el tratamiento penitenciario del penado, confirman que según la información aportada por él centro donde está internado el mismo siguió el programa de toxicomanías, pero sin que conste que haya realizado ningún tipo de tratamiento farmacológico.

Dicho informe fue expresamente ratificado por ambas forenses con ocasión de su intervención en el plenario, donde además, atendiendo las preguntas de la defensa del procesado que aquí nos ocupa, mantuvieron que la documentación aportada por el mismo y especialmente el parte médico de urgencias de fecha 10.2.2014 (folios 4.766 vuelto y 4.767), expresivo de su ingreso tras haber consumido cocaína inhalada y alcohol, no demuestran dependencia sino consumo, concretado en el caso del citado parte médico en las dos sustancias referidas en ese día determinado. Nada más".

El fracaso de esta pretensión arrastra a la siguiente (motivo tercero) que, amparándose en el art. 849.1º LECrim, reivindica una atenuación cuyo soporte fáctico derivaría del acogimiento del segundo motivo.

### **Tercero. B) Recurso de Florencio.**

Protesta este recurrente por una supuesta violación del derecho a la presunción de inocencia: la Audiencia funda su convicción en unos reconocimientos fotográficos realizados en sede policial, que, según jurisprudencia que cita, no constituirían medio probatorio, sino tan solo una diligencia apta para desencadenar una investigación policial. Además se habrían producido algunas irregularidades en los reconocimientos.

El planteamiento -que coincide con el de otros recurrentes cuyos argumentos tenemos ya ahora presentes- ignora un dato básico: no se basa la condena en los reconocimientos fotográficos sino en su ratificación en el acto del juicio oral. Esas declaraciones en el plenario bajo el principio de contradicción sí constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, prueba que corresponde valorar al Tribunal de instancia. Su mayor o menor fiabilidad no es tema en que este Tribunal de casación pueda sumergirse.

No se aprecian irregularidades en su práctica. Lo ha descartado con fundamento el Tribunal a quo:

"El relato histórico de esta resolución ha sido determinado en virtud de la prueba practicada bajo los principios de oralidad, intermediación, publicidad, contradicción e igualdad entre las partes que rigen el proceso penal, valorada por el Tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, apreciándola-de forma conjunta y en conciencia, conforme a las reglas del criterio racional y la sana crítica. (...)

- La declaración plenaria de la víctima de estos hechos, Onesimo, quien, continuando con su relato, explicó que cuando se iban ya para casa y llegando a Can Mercader le apuñalaron y le pegaron. Concretó sobre este suceso que se encontraron a un grupo de unas 6 o 7 personas escondidas detrás de los coches y los arbustos, en una zona oscura. Salieron de imprevisto, sin verlos, de frente, llevando una llave de tubo y picos de botellas. Con la llave le dieron en la cabeza, recibió un par de golpes y cayó al suelo, inconsciente, quedando boca abajo, y una vez en el suelo le apuñalaron. Solo recordaba haberse cubierto la cabeza. A los dos minutos recobró la conciencia y corrió

hacia un control de Mossos, que fueron quienes le dijeron que le habían apuñalado, ya que él no sintió nada. Después, el médico le dijo que le clavaron picos de botellas. No sabía si los del grupo eran Latin Kings ya que acababa de llegar al barrio. Precisó que le rompieron 3 o 4 dientes y la boca con la llave de tubo, durando la agresión unos 5 minutos en los que estuvo solo, sin ninguno de sus amigos. En relación a las personas que participaron y exhibido el folio 412 de las actuaciones, confirmó que quien aparece en el mismo es Marino pero dudó si él estaba fuera de la discoteca y si lo agredió, afirmando finalmente que no lo hizo. Exhibido el folio 410, no recordó en ese momento si era el que le agredió en Can Mercader, aunque afirmó que los que identificó en comisaría eran los que le agredieron. Exhibido igualmente el folio 412 bis, confirmó que esa persona sí participó en la agresión, siendo el que le dio con la llave de tubo. Finalmente, exhibido el folio 230, mantuvo que ése también estaba aquella noche.

El contenido completo de tales reconocimientos obra en las diligencias policiales. Allí se recoge el resultado de la rueda de reconocimiento fotográfico 19 (folio 407), practicada el 4.10.2014, en la que la referida víctima reconoce sin ninguna duda la foto 8 (obrante al folio 412) como la de "la persona que comenzó a increparles en la discoteca y que posteriormente participó en la agresión en el PARQUE000 y que le cortó con una botella en la mano", correspondiendo la misma a Marino, alias "Marino" (folio 399); la rueda de reconocimiento fotográfico 8 (folio 408), practicada ese día también, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 4 (obrante al folio 410) como la de "la persona que participó en la agresión en el PARQUE000" correspondiendo la misma a Eulalio (folio 400); la rueda de reconocimiento fotográfico 22 (folio 415), practicada el 7.10.2014, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 5 (obrante al folio 412 bis) como la de "una de las personas que le atacó en fecha 04/10/2014, concretamente la persona que le golpeó en la cabeza con una llave de tubo", correspondiendo la misma a Jesús Manuel (folio 400); y la rueda de reconocimiento fotográfico 31 (folio 229), practicada el 24.02.2015, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 8 (obrante al folio 230) como la de "uno de los integrantes del grupo que agredió al declarante, concretamente la persona reconocida responde al mote de Flequi", correspondiendo la misma a Faustino (folio 183)

- La declaración en el plenario del testigo Nemesio, que al respecto de estos hechos explicó que cuando iban ya para casa, caminando, los cogieron en un parque. Fue un grupo grande de personas, 15 o más, que aparecieron detrás de los coches y los árboles, por lo que ellos salieron corriendo, cada uno por su lado, si bien Pablo fue con él. Venían armados con herramientas de coches, como llaves de tubo, y botellas. Cogieron a Onesimo, aunque eso no lo vio porque al salir corriendo no miró atrás. Cuando llegó a la esquina, donde estaban los Mossos, se giró y pudo ver a alguien en el suelo, que era Onesimo, y al grupo a su alrededor. La agresión duró minutos. Después llegó Onesimo, unos 10 minutos después. Vio que tenía los dientes partidos y sangraba. En relación a las personas que participaron y exhibido el folio 423, confirmó el reconocimiento de la persona que aparecía en el mismo, Marino; exhibido el folio 425, no recordó ya si esa persona estaba en aquella noche; exhibido el folio 12 del ANEXO I documental, tampoco recordó si ésa estaba y aclaró que él solo reconoció a Marino, el resto se los dijo su amigo y él los identificó por eso. El contenido completo de tales reconocimientos obra igualmente en las diligencias policiales, donde se recoge el resultado de la rueda de reconocimiento fotográfico (folio 422), practicada el 4.10.2014, en la que dicho testigo reconoce sin ninguna duda la foto 5844738 (obrante al folio 423) como la del "autor material de las lesiones de su amigo Onesimo, el que le dio con la botella", correspondiendo la misma a Marino (folio 400); la rueda de reconocimiento fotográfico (folio 424), practicada ese mismo día, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 5829322 (obrante al folio 425) como la de "uno de los integrantes del grupo que agredió a su amigo Onesimo", correspondiendo la misma a Florencio (folio 400); y la rueda de reconocimiento fotográfico 22 (folio 6 y 7 del ANEXO I documental), practicada el 21.10.2014, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 5 (obrante al folio 12 de dicho ANEXO I) como la de una persona "que participó en la agresión del día 04/10/2014 en el PARQUE000, siendo el que propinó el golpe en la boca, partiéndole los dientes a su amigo", correspondiendo la misma a Jesús Manuel (folio 400).

- La declaración testifical de Prudencio, que continuando también su anterior relato explicó que, cuando ya volvía a casa por PARQUE000, cogieron a Onesimo y le agredieron. Las personas que lo hicieron, estaban escondidas para que no las vieran y eran bastantes, más de 5, no sabe si más de 10. No vio que llevaran objetos, aunque lo que hicieron a Onesimo no podía hacerse con las manos. Respecto de los agresores, advirtió que no recordaba ya las personas que iban, pero sí haberlas identificado la misma noche de los hechos en la policía. Él solo vio como salían esas personas, no vio cómo cogían a Onesimo ya que él se fue corriendo de allí, recto, y cuando volvió lo vio ya herido, junto a Nemesio, Pablo y la policía. Estaba destrozado y sangraba por la boca porque le quitaron un diente. Después recuerda haber ido a la comisaría de los Mossos a hacer reconocimientos. A este respecto y exhibido el folio 585 de las actuaciones, ratificó tal reconocimiento porque estaba su firma, si bien no recordaba ya si fue la persona que agredió a Onesimo; exhibido el folio 228, confirmó también el reconocimiento, reiterando que si estaba su firma en él era por algo, pero negó conocer el mote de esa persona; exhibido el folio 447, admitió también haberlo identificado porque obra su firma, y por tanto que estaba ahí y agredió a Onesimo, si bien tampoco conoce su mote; exhibido el folio 450, confirmó que la persona que aparece estaba esa noche entre los que abordaron a Onesimo, ya que está su firma en el reconocimiento, no sabiendo su mote; y finalmente, exhibido el folio 583, confirmó también su firma en el reconocimiento, si bien no recordaba ya si estuvo allí o no. Insistió, a este respecto, que debían estar todos porque en los reconocimientos consta su firma. A preguntas de los letrados de las defensas manifestó que tales reconocimientos los hizo la misma noche, junto con otro chico, y aclaró que él

entonces era menor de edad y le obligaron a ir, estando ambos juntos cuando se practicó tal diligencia. Finalmente, reiteró que él no conocía los nombres de los agresores y añadió que los que reconoció eran los que estaban en la discoteca, ya que fuera no vio a nadie.

El contenido completo de los reconocimientos ratificados obra también en las diligencias policiales, donde se recoge el resultado de la rueda de reconocimiento fotográfico (folio 446), practicada el 4.10.2014, en la que dicho testigo reconoce sin ninguna duda la foto 5829322 (obrante al folio 447) como la de "uno de los que estaba en el grupo de personas que lo atacaron sin poder definir su participación", correspondiendo la misma a Florencio (folio 401); la rueda de reconocimiento fotográfico (folio 448), practicada el mismo día, en la que dicho testigo reconoce sin ninguna duda la foto 3808186 (obrante al folio 450) como la de "uno de los que estaba en el grupo de personas que los atacó, pudo ver cómo primero les tiró una botella contra ellos sin llegar a dar a nadie y luego llevaba un cuchillo en la mano", correspondiendo la misma a Fausto (folio 401); la rueda de reconocimiento fotográfico (folio 451), practicada ese día también, en la que dicho testigo reconoce sin ninguna duda la foto 5844738 (obrante al folio 452) como la de "el tal Marino, que era una de las personas que les atacó en el aparcamiento pero no pudo ver si llevaba algo en las manos", correspondiendo la misma a Marino (folio 401); la rueda de reconocimiento fotográfico 6 (folio 581), practicada el 8.10.2014, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 8 (obrante al folio 583) como la de "una de las personas que se encontraba en la discoteca DIRECCION001 junto con Marino y que posteriormente les atacó en la zona de Can Mercader", correspondiendo la misma a Imanol (folio 488); la rueda de reconocimiento fotográfico 22 (folio 582), practicada el 8.10.2014, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 5 (obrante al folio 585) como la de "una de las personas que les atacó en fecha 04/10/2014 y concretamente el que le pegó con una llave de tubo a su amigo Onesimo", correspondiendo la misma a Jesús Manuel (folio 489); y la rueda de reconocimiento fotográfico 31 (folio 227), practicada el 24.2.2015, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 8 (obrante al folio 228) como "uno de los integrantes del grupo que agredió a Onesimo en el PARQUE000 y, además, intentó agredir a otra de las personas del grupo de víctimas, concretamente a Nemesio. Que sabe que esta persona responde al apodo de " Flequi", correspondiendo la misma a Faustino (folio 183).

- También se contó con la declaración prestada en fase instructora por el testigo Pablo en relación a estos hechos, reproducida en el plenario, como se ha dicho, ante la imposibilidad de ser citado a juicio. En la misma mantenía a este respecto que fue Marino quien golpeó á su amigo Onesimo, ya que éste se lo dijo. También afirmaba haber visto salir a Roberto y Flequi de entre los coches en el grupo de 15 o 20 personas que fueron a agredirlos. No vio la agresión porque esas personas venían de entre los coches, pero si vio a Onesimo sangrar por la boca al faltarle una pieza dental.

En cuanto a los reconocimientos efectuados por este testigo, consta en las diligencias policiales el resultado de la rueda de reconocimiento fotográfico (folio 432), practicada el 4.10.2014, donde el mismo reconoce sin ninguna duda la foto 5829322 (obrante al folio 433) como la de "uno de los integrantes del grupo que agredió a su amigo Onesimo", correspondiendo la misma a Florencio (folio 400); la rueda de reconocimiento fotográfico (folio 434), practicada el mismo día, en la que dicho testigo reconoce sin ninguna duda la foto 5844738 (obrante al folio 435) como la de "el autor material de las lesiones de su amigo Onesimo, el que le dio con la botella", correspondiendo la misma a Marino (folio 400); la rueda de reconocimiento fotográfico (folio 436), practicada también ese día, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 3808186 (obrante al folio 437) como la de "uno de los integrantes del grupo que agredió a su amigo Onesimo", correspondiendo la misma a Fausto, alias " Roberto" (folio 400); y la rueda de reconocimiento fotográfico 22 (folio 439), practicada el 7.10.2014, en la que reconoce sin ninguna duda la foto 5 (obrante al folio 442) como la de "una de las personas que participó en la agresión del PARQUE000", correspondiendo la misma a Jesús Manuel (folio 401).

- Y finalmente en cuanto al resto de medios testificales se refiere, la declaración en el plenario del ya referido Pedro Antonio, controlador de acceso de la discoteca DIRECCION001, limitada, como ya se ha dicho, a su simple ratificación en los reconocimientos realizados en sede policial, al no recordar a fecha de juicio lo entonces acaecido.

El contenido completo de tales reconocimientos, en lo que refiere a los presentes hechos, obra igualmente en las diligencias policiales, donde se recoge el resultado de la rueda de reconocimiento fotográfico 20 (folio 588), practicada el 8.10.2014, en la que este testigo reconoce la foto 6 (obrante al folio 597) como la del "integrante de los Latín Kings que la noche de los hechos estaba en el interior de la discoteca y se fue cuando echaron al chico de la coleta", correspondiendo la misma a Florencio, alias " Gallina" (folio 492); y la rueda de reconocimiento fotográfico 21 (folios 588 y 589), practicada el 8.10.2014, en la que reconoce la foto 2 (obrante al folio 596), como la del "miembro de los Latín Kings de DIRECCION000 que el día de los hechos El contenido completo de tales reconocimientos, en lo que refiere a los presentes hechos, obra igualmente en las diligencias policiales, donde se recoge el resultado de la rueda de reconocimiento fotográfico 20 (folio 588), practicada el 8.10.2014, en la que este testigo reconoce la foto 6 (obrante al folio 597) como la del "integrante de los Latín Kings que la noche de los hechos estaba en el interior de la discoteca y se fue cuando echaron al chico de la coleta", correspondiendo la misma a Florencio, alias " Gallina" (folio estaba con el miembro descrito como el joven latino con coleta", correspondiendo la misma a Fausto alias " Roberto" (folio 492).

(...)

Pues bien, la valoración conjunta de toda esta actividad probatoria permite concluir, sin contradicción ni conflicto alguno, la existencia de una agresión en el PARQUE000 de la población de DIRECCION000, acaecida en la madrugada del 4 de octubre de 2014, en la que participó una multitud de individuos, encontrándose involucrado en ella el procesado Marino y de la que resultó lesionado Onesimo. La controversia probatoria surge, pues, en la identificación de los concretos sujetos activos de dicha agresión, los elementos utilizados, el modo comisivo, el alcance de las lesiones y el ánimo que las guió.

A este respecto, y en relación a la autoría que constituye el primer punto cuestionado, coincidieron todos los testigos que conocieron de la agresión en ratificar en el plenario los reconocimientos fotográficos realizados en sede policial identificando al referido Marino como uno de los partícipes que golpeó a Onesimo. Solo éste negó en el plenario que dicho, acusado fuera una de las personas que le agredieron, pero tal afirmación no fue segura sino dubitada tras alegar no recordar bien tal extremo, lo que le resta valor, máxime si tenemos en cuenta que a continuación concretó éste que los individuos que identificó en comisaría eran los que le agredieron, encontrándose el referido acusado entre ellos; que el resto de testigos también lo señalaron expresamente como uno de los agresores, y que el propio procesado reconoció en el plenario su presencia en coincidencia espacial y temporal con el acaecimiento de dicha agresión, así como su participación en la misma dando una patada a uno de sus oponentes.

En cuanto al resto de acusados por estos hechos, su participación se deduce de los respectivos reconocimientos fotográficos en sede policial, ratificados en el plenario por sus autores, los cuales llegaron incluso a remitirse expresamente a tales actuaciones para confirmar la identidad de las personas que intervinieron en la agresión, a las cuales algunos las conocían ya del barrio, lo que consolida tal imputación.

No debe dejarse de considerar, al respecto de estos reconocimientos, el elemento perturbador que introdujo el testigo Prudencio al advertir que realizó los mismos conjuntamente con otra persona. Pues bien, revisadas las actuaciones policiales en relación a ello, se observa que en cada reconocimiento fotográfico consta la fecha y la hora en la que se produjo así como los agentes ante los que se realizó, siendo todas ellas diferentes, lo que descarta, en ausencia de mejor prueba en contrario, su coincidencia. En cuanto a los concretos reconocimientos realizados por el referido testigo, debe tenerse en cuenta que éste era menor en el momento de su práctica, por lo que debía ser asistido de otra persona que asumiera la tutela precisa en tal tipo de actuaciones policiales, lo que fue asumido por un primo suyo que estuvo ciertamente acompañándolo y cuyos datos se consignan debidamente en las mismas (folio 443), factor éste que no solo no resta validez a tales actuaciones sino que completa los requisitos necesarios para las mismas. A mayor abundamiento, dichas identificaciones fueron expresamente ratificadas por el testigo con ocasión de su intervención en el plenario, añadiendo en dicho acto que las personas señaladas en ellas eran las que estaban allí y golpearon a su amigo.

Finalmente y también en relación a los expresados reconocimientos, no pasó por alto el Tribunal el comentario que introdujo este testigo al final de su declaración, al afirmar que las fotos que firmó correspondían a las personas que estaban en la discoteca y no fuera. Sin embargo, dicha afirmación no puede enturbiar la imagen conjunta de su relato, ya que no precisó en ella a qué reconocimientos concretos se refería, siendo contraria una interpretación amplia de la misma a lo mantenido de forma constante y uniforme por dicho testigo tanto en sede policial, como instructora, como también plenaria, donde confirmó expresamente las personas que intervinieron en el ataque a Onesimo, que recuérdese se infligió fuera de la discoteca; así como a lo declarado por el propio acusado Marino, quien mantuvo en el plenario estar solo en el interior de la discoteca cuando sucedió el enfrentamiento con Nemesio. (énfasis añadido).

El menor que reconoció al acusado estaba asistido en la comisaría por un familiar, lo que es suficiente para descartar una deficiencia, que, pro otra parte, no privaría a la diligencia de validez, en tanto no es defecto que suponga infracción de un derecho fundamental.

Son varios los testigos que identificaron al recurrente y que ratificaron en el juicio oral ese reconocimiento, con más o menos firmeza, pero sin desdecirse de sus manifestaciones en la policía. Eso ha llevado a la Sala a la plena convicción de su intervención en los hechos.

La diligencia policial de reconocimiento fotográfico es primeramente un medio de investigación. Su introducción en el plenario a través de las manifestaciones de los que han reconocido la convierte, en cambio, en medio probatorio. Los requisitos ideales de tal diligencia, en cuya regulación incidirá el ALECrim 2021, son: i) su plasmación documental; ii) intervención de funcionarios policiales; iii) exhibición de una pluralidad de fotografías de personas con características fisonómicas acordes con la descripción realizada por el llamado a reconocer; iv) incomunicación entre las distintas personas que han de reconocer; v) prohibición de sugestión o dirección interesada por parte de la policía; vi) incorporación documentada de las fotografías para contar con elementos que permitan valorar su fiabilidad.

Este y otros recurrentes quieren imaginar deficiencias en esos reconocimientos en fotografía que o no son tales, o distan mucho de estar acreditadas. Son meras hipótesis o elucubraciones desprovistas de sustento probatorio.

Se insinúa asimismo, sin base alguna, que los reconocimientos pudieron estar sugeridos. Eso es una mera suposición interesada.

Al respecto viene bien recordar las palabras de la STS 930/2013, de 3 de diciembre:

"Por fin el recurrente da un acrobático salto del plano de la fiabilidad al de la validez. Un reconocimiento fotográfico realizado con algunas deficiencias (v. gr., se exhibe poco número de fotografías o pertenecientes a personas sin parecido) puede ser menos fiable hasta el punto de que pueda ser aconsejable prescindir de él; pero por falta de fiabilidad, no porque sea inválido o nulo, que es lo que parece pretender el recurrente. No estaremos nunca ante una prueba ilícita o prohibida o inutilizable, sino en todo caso ante una prueba menos fiable o dudosa o no convincente o escasamente persuasiva por esos eventuales déficits que, además, no se pueden presumir apriorísticamente. Hay que demostrarlos, o al menos contar con elementos probatorios que sugieran que es muy probable que se produjesen. No fiabilidad de una prueba es concepto diferente a su inutilizada y se mueve en parámetros diferentes.

La ilicitud probatoria tiene otro fundamento. Una prueba ilícita puede ser muy fiable (resultado de un registro nulo) o nada fiable (confesión obtenida bajo tortura), pero en ningún caso es utilizable. Además arrastra la invalidez de todas las pruebas derivadas. La fiabilidad, a diferencia de la ilicitud (una prueba es lícita o ilícita pero no puede ser "un poco" ilícita), sí que admite gradaciones. Una prueba puede ser más o menos fiable o escasamente fiable pero será valorable. La omisión de algunas garantías puede restar fiabilidad (se omitió el juramento, se comunicaron entre sí los testigos...) pero no la convierte en nula o ilícita.

La STS 609/2013, de 28 de junio, dice sobre esta diligencia: " Con respecto al reconocimiento fotográfico ha de señalarse en primer lugar que se trata de una diligencia de investigación policial, cursada en los primeros momentos con objeto de encauzar las pesquisas para el esclarecimiento de los hechos, y que se utilizan álbumes de fotografías de delincuentes habituales en el ramo de la actividad criminal en donde se encasille el suceso en cuestión. Por consiguiente, por sí misma no tiene virtualidad probatoria, ya que va dirigida a obtener una identificación inicial de un sospechoso, el cual tendrá que ser sometido a una rueda de reconocimiento judicial, con las garantías y formalidades establecidas en los arts. 369 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , identificación que deberá ser ratificada en el plenario, a presencia del órgano de enjuiciamiento. No es que se trate de una identificación en el juicio oral, puesto que este medio probatorio forma parte propiamente de la fase de instrucción sumarial, a modo de prueba preconstituida, sino que sus resultados se validan en el plenario.

Quiere con ello decirse que si la exhibición de fotografías es una técnica de investigación policial, la mayoría de las veces, preprocesal, huelga tacharla de nula en la identificación del acusado sencillamente porque no tiene tal finalidad, sino la de encauzar las pesquisas policiales...

...De esta manera, el reconocimiento fotográfico cumplió los parámetros que exige nuestra jurisprudencia, pues se ajustó a las prescripciones legales, se llevó a cabo en dependencias policiales y bajo el control de la policía judicial. Y sobre todo, no queda acreditada, como dice el Tribunal sentenciador, de modo alguno la existencia de cualquier tipo de sugerencia o indicación por parte de los agentes, que por leve que fuera, hubiera ido dirigida hacia los testigos en orden a identificar a alguno de los que allí figuraban fotografiados.

Así, pues, no puede tacharse la diligencia preprocesal de dirección de las pesquisas policiales de nula o ilícita, y desde luego, que ninguna objeción se ha opuesto a la diligencia de reconocimiento en rueda, particularmente porque, como consta en ella, se hizo con asistencia de letrado sin que se relaten protestas de cualquier tipo...

En suma, el recurrente fue indubitablemente reconocido en diligencia de rueda, su valor identificativo no sufre merma alguna por el solo hecho de que el reconociente en ella hubiese también identificado antes, en fotografías exhibidas por funcionarios policiales en el ámbito de la investigación; práctica que no contamina ni erosiona la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral ( Sentencias de 14 de marzo de 1990 ; 12 de septiembre de 1991 ; 22 de enero de 1993 ; 19 de febrero y 6 de marzo de 1997 , 11 de noviembre de 1998 y 1286/2002 , de julio). En definitiva, la verdadera prueba de identificación la constituye el reconocimiento en rueda, que podemos denominar con presencia física, no esa especie de sucedáneo virtual con rueda de fotografías que sirve y cumple sus fines para el avance de las investigaciones policiales, apuntando líneas de actuación policial (eventualmente, judicial), pero que no dispensa practicar la rueda de sospechosos ante la presencia judicial, con asistencia de letrado defensor y documentación de fedatario público, que preconstituye la prueba y la dota de fuerza convictiva".

Valen plenamente esos razonamientos para proyectarlos a este asunto.

Las exigencias del derecho a la presunción de inocencia están escrupulosamente respetadas.

El motivo no puede ser estimado.

#### **Cuarto.**

En un segundo motivo se introduce un alegato por infracción del principio acusatorio: se habría condenado por lesiones consumadas, cuando se acusaba por asesinato en grado de tentativa (no es eso lo que dice el motivo; sino justamente al revés: pero parece que ha de ser entendido así).

No solo hay homogeneidad entre la condena por lesiones consumadas y un homicidio en grado de tentativa, siendo así que aquél delito es menos grave (la jurisprudencia es tan copiosa que se hace innecesaria la cita); sino que, además, algunas defensas presentaban como alternativa esa calificación como lesiones consumadas.

No hay ni indefensión ni infracción del principio acusatorio.

#### **Quinto.**

Tampoco podemos dar la razón al recurrente en el tercero de los motivos que protesta por la individualización de la pena realizada.

La apreciación de la agravante de alevosía está fundada; siendo así que, además, su supresión haría aparecer la agravante de abuso de superioridad con idéntica eficacia en lo que respecta a la individualización penológica, dado que en esta tipicidad (lesiones) funciona como agravante genérica.

Le escasa entidad de la reparación efectuada (una cantidad ciertamente ridícula: doscientos euros) hace que la compensación operada por la Sala conforme al art. 66 CP resulte adecuada: un ligero incremento sobre el mínimo posible (de dos a cinco años). La motivación ofrecida por la Sala y basada en la gravedad de las lesiones y pluralidad de elementos agresores, es suficiente:

"Por otro lado, también respecto de Marino, pero esta vez junto con Faustino e Florencio, y en relación al delito de lesiones descrito en el punto PRIMERO, apartado 2, de los hechos probados, cabe compensar las circunstancias atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas y la agravante de alevosía ya fijadas en fundamentos precedentes, por lo que atendiendo a la gravedad del riesgo creado, al producirse el ataque no con uno sino con una multiplicidad de elementos peligrosos, así como del resultado lesivo, con numerosas fracturas y pérdidas dentarias y una variedad de heridas de diversa tipología, lo que aporta mayor gravedad al hecho y requiere una superior penalidad, procede imponer a los mismos la pena de dos años y seis meses de prisión a cada uno, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena prevista en el artículo 56.1.2a CP.

El motivo no va a ser estimado.

#### **Sexto. C) Recursos de Faustino y Eulalio.**

Estos dos recursos dan vueltas al tema de la suficiencia de los reconocimientos fotográficos en sede policial como fundamento de la condena. Lo hacen invocando la presunción de inocencia y, en un caso, con una errónea utilización del art. 851.1 (contradicción), cauce casacional que no permite cuestionar la prueba. Los argumentos desarrollados bajo este epígrafe equivocado pueden ser reconducidos a la presunción de inocencia.

Para contestar los dos recursos basta remitirnos a lo ya dicho al hilo del anterior. Ya allí se tuvieron en cuenta las alegaciones de estos recurrentes, en gran medida coincidentes. Fueron reconocidos por fotografía en sede policial, diligencia que pasó al juicio oral convirtiéndose en medio probatorio a través de la declaración de los testigos. Es más, uno de ellos es designado con su apodo, lo que desvanece cualquier posibilidad de error.

No es de recibo un argumento a tenor del cual siendo los testigos rivales de otras bandas (lo que no es más que una suposición) sus manifestaciones han de ser descalificadas y tachadas de inveraces. A la Sala de instancia corresponde su valoración. Lo ha hecho racionalmente.

Los recursos han de ser desestimados.

#### **Séptimo.**

Conforme a lo prevenido en el art. 901 LECrim, procede condenar a los recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos.

### **FALLO**

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

1. DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Eloy; Eulalio; Faustino; Florencio contra la Sentencia nº 10/2020 de fecha 30 de diciembre de 2019 dictada por la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra los recurrentes por delitos contra la salud pública.

2. Imponer a Eloy; Eulalio; Faustino e Florencio el pago de las costas de sus recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Ana María Ferrer García  
Susana Polo García Javier Hernández García

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.