

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO PENAL
RECURSO DE CASACIÓN
23.12.11**

Delito contra la Salud Pública
Aplicación del Art. 368.2º del Código Penal

Se aprecia la escasa entidad del hecho y las circunstancias del culpable reduciendo la pena de seis años y un día de prisión a dos años y seis meses de prisión, más las accesorias, a pesar de la agravante de reincidencia, según lo previsto en la reforma operada por la LO 5/2010 al ser mas favorable al reo y confirmando así la doctrina reciente del propio Tribunal en su STS de 25.01.2011, en el sentido de que dicho criterio responde “...a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado.”.

Luis Mir Pardo
9.02.2012

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 1421/2011

Fecha Sentencia: 23/12/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION Nº: 167/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 04/10/2011

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: IAG

Salud pública. Aplicación del artº. 368.2º C.P.

Nº: 167/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 04/10/2011

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1421/2011

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. José Manuel Maza Martín
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por el acusado contra sentencia dictada por la

Llévese original de la resolución al libro de sentencias de la Sección y líbrese testimonio de la misma para su unión a los autos. “[sic]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por [redacted] se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por vulneración de los artículos 24.1º y 2º de la Constitución española, conforme autoriza el artº. 5. 4º de la L.O.P.J., en relación a los derechos de tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 368 del Código Penal.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber existido error de hecho en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en informe de fecha 10 de Mayo último, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Hecho el señalamiento del fallo prevenido para el día 4 de Octubre de 2011, comenzó en esa fecha y concluyó el 23 de Diciembre de 2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito contra la salud pública, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de seis años y un día de prisión, fundamenta su Recurso de Casación en tres diferentes motivos de los que el Primero se refiere, a través de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24. 2 de la Constitución

Española, a la supuesta vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, que al recurrente ampara.

Motivo que ha de ser desestimado, ya que, como sabemos, la tarea encomendada a este Tribunal de Casación, en orden a la debida tutela del derecho a la presunción inocencia del recurrente, tan sólo nos obliga, además de a ejercer el oportuno control respecto de la validez de las pruebas de que se sirve la Resolución recurrida, extremo que ni plantea problema alguno ni tan siquiera ha sido cuestionado en el caso presente, a examinar la racionalidad de esa valoración y, en concreto, la adecuada correspondencia entre lo que se afirma como probado y los elementos en que dicha afirmación se funda.

No se trata de enmendar, en ningún caso, el criterio aplicado por la Audiencia a la hora de optar entre varias posibles alternativas acerca del significado probatorio de los elementos de que dispuso, sino tan sólo de comprobar que el relato de Hechos, declarados como probados y sobre los que se ha de asentar el pronunciamiento de aquella, se corresponde, realmente, con una de esas opciones lógicas en la interpretación del material acreditativo disponible.

Y en este supuesto ha de estimarse que esa "racionalidad" en el argumentar lógico de la Sentencia recurrida, a la hora de vincular el resultado de las diferentes diligencias probatorias con la conclusión fáctica de ellas extraída, concurre plenamente, a la vista del contenido de las declaraciones prestadas, tanto por el propio acusado como por los testigos, policías que intervinieron en las actuaciones y presenciaron el acto de tráfico de sustancias prohibidas llevado a cabo por Raja, únicos testimonios disponibles al haber renunciado la defensa a la declaración del supuesto comprador de la droga, junto con los análisis de la sustancia intervenida, pruebas por tanto suficientemente acreditativas de todas las afirmaciones fácticas alcanzadas por el Tribunal de instancia.

Elementos probatorios que, de otra parte, fueron todos ellos examinados con pormenor y acierto en el Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia recurrida, con criterio que no merece ser corregido por este Tribunal.

Razones por las que este motivo ha de desestimarse.

SEGUNDO.- A su vez, siguiendo el correcto orden lógico procesal, el motivo Tercero del Recurso, versa, con cita del artículo 849.2º de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre supuestos errores de hecho en los que habrían incurrido los Jueces "a quibus" a la hora de valorar la prueba documental obrante en las actuaciones.

Y es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "literosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede

carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de tales premisas, el motivo mencionado en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que no sólo no se designan con precisión los extremos concretos de la documental disponible que evidenciarían el error que se denuncia, sino que, lo que es mucho más importante aún, todos los argumentos utilizados en este motivo no son, en realidad, sino reiteración de las anteriores alegaciones, contenidas ya en el motivo Primero, que pretenden combatir los razonamientos a partir de los cuales la Audiencia ha tenido por probados los hechos, sin que, en modo alguno, pueda afirmarse la existencia de un error evidente, obvio e indudable en el criterio seguido por el órgano de instancia que pudiera modificar su conclusión condenatoria por desatender los contenidos probatorios de una documental a la que en realidad se confirió ya pleno valor acreditativo, reflejándose así en la narración efectuada, sin perjuicio de la significación y eficacia que a tales hechos, una vez declarados probados, ulteriormente se les atribuye.

Razones por las que, de nuevo, este motivo también se desestima.

TERCERO.- Finalmente, el ordinal Segundo del Recurso hace referencia a infracción legal por indebida aplicación de las normas sustantivas a los Hechos declarados como probados por la Resolución de instancia (art. 849.1º LECr).

El cauce casacional ahora utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir, no obstante, de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que inicialmente le es propia.

En este sentido, el Recurso, en realidad, no discute los hechos probados ni, tan siquiera, la aplicación que a los mismos se hizo por la Resolución de instancia, sino que lo que realmente viene a interesar es el que se le aplique el nuevo texto del artículo 368 del Código Penal, vigente con posterioridad a la fecha de la Sentencia recurrida, como consecuencia de la Reforma operada por la LO 5/2010, y que, sin duda, resulta más favorable para el reo.

Y así, no podría nunca existir objeción alguna a que la pena de seis años y un día de prisión inicialmente impuesta se redujera a cuatro años, seis meses y un día de duración, por ser ahora la correspondiente al tipo básico del artículo 368 aplicado, teniendo en cuenta la concurrencia de la agravante de reincidencia, tras la rebaja desde nueve a seis años del límite máximo de la pena abstracta correspondiente a este delito.

Pero el recurrente va más allá, al solicitar que se le aplique el nuevo párrafo segundo de dicho artículo 368 que dice: *"No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable..."*, acogiendo así, con toda fidelidad, la propuesta elevada al Gobierno de la Nación, en idéntico sentido, en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 25 de Octubre de 2005.

Disposición que, en palabras de este mismo Tribunal responde *"...a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las"*

circunstancias de los hechos y a las personales del acusado” (STS de 25 de Enero de 2011).

Tales criterios, que no pudieron ser tenidos en cuenta, en su día, por los Jueces “a quibus”, dada la ausencia de vigencia en aquel momento de la expresada norma, a juicio de esta Sala concurren en el presente caso por hallarnos ante un hecho de escasa relevancia, ya que se trata de la posesión de tan sólo dos “papelinas” de heroína, con un peso neto total de 0’25 gramos aproximadamente, cuyo valor económico no ha sido establecido, por parte de una persona inmigrante, originario de Pakistán, último eslabón en la cadena de venta de droga “al menudeo”, de la que se desconocen sus medios de subsistencia y respecto de la que, aún cuando concurre la agravante de reincidencia por unos hechos semejantes cometidos hoy hace más de cuatro años y medio, como esta Sala ha afirmado en alguna otra ocasión, tal circunstancia no puede ser tenida en cuenta, con carácter general y como dato obstativo a la aplicación del referido párrafo segundo del artículo 368, pues su repercusión ya tiene cabida a la hora de individualizar la pena que corresponda dentro de la sanción a que hace referencia a ese apartado.

Debiendo, por lo tanto, estimar el motivo y corregirse en la Segunda Sentencia que, seguidamente a ésta, se dictará, la pena impuesta al recurrente en los términos dichos.

CUARTO.- Dada la conclusión parcialmente estimatoria del Recurso, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas procesales causadas.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de ... contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 15 de Diciembre de 2010, por delito



contra la salud pública, que casamos, debiéndose dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Saavedra Ruiz José Manuel Maza Martín Francisco Monterde Ferrer

Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo

167/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 04/10/2011

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N^o: 1421/2011

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. José Manuel Maza Martín
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Luciano Varela Castro
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 20 de Barcelona con el número 47/10 y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3^a por delito **contra la salud pública**, contra

... nacido el 7 de Junio de 1980, en Pakistán, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de Diciembre de 2010, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el tercer Fundamento Jurídico de los de la Resolución que precede, resultando de aplicación al delito enjuiciado el nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la LO 5/2010, las penas aplicables habrán de imponerse con rebaja de un grado respecto de las previstas para el tipo básico en el párrafo primero de ese mismo precepto, es decir, entre un año y seis meses y tres años menos un día, por lo que a la prisión se refiere, si bien, dentro de ésta, en su mitad superior por la concurrencia de la agravante de reincidencia (art. 66.1 3ª CP), debiendo quedar establecida, en definitiva, en la de dos años y seis meses de prisión, sin que proceda la multa puesto que, como ya dijo en su momento la Audiencia, no consta el valor de la droga intervenida, requisito necesario para el cálculo de la sanción pecuniaria.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a [redacted] como autor responsable de un delito contra la salud pública, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena de dos años y seis meses de prisión, con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia, tanto respecto de los comisos acordados como de las costas allí causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Saavedra Ruiz José Manuel Maza Martín Francisco Monterde Ferrer

Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo

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