

Id Cendoj: 28079120012009100998
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 481/2009
Nº de Resolución: 1036/2009
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CSP. Motivación de sentencia condenatoria. Hechos probados: falta de calidad descriptiva. Examen telegráfico del cuadro probatorio que no considera todos los elementos disponibles. Motivación que vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Octubre de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección tercera, de fecha 21 de noviembre de 2008. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente Luciano , representado por el procurador Sr. Fernández Martínez. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de instrucción número 2 de Huelva instruyó procedimiento abreviado 21/2007, por delito contra la salud pública contra Luciano , Marcial y Benjamín y, abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva cuya sección tercera dictó sentencia en fecha 21 de noviembre de 2008 con los siguientes hechos probados: *"Como consecuencia de investigaciones realizadas por funcionarios del grupo de estupefacientes de la Comisaría Provincial Huelva, se tuvo conocimiento de que el acusado Luciano , mayor de edad, pensionista y sin antecedentes penales y Benjamín , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en trece sentencias de fecha comprendidas entre los años 1.980 a 2.000 por varios delitos, entre ellos la sentencia de fecha 18 de abril del 2.000 por un delito contra la salud pública, a pena de seis años de prisión y multa, llevaba a cabo actos de ventas de estupefacientes, como así quedó patentizado con el seguimiento y vigilancia que la policía estableció pudiendo comprobar cómo Luciano tenía intercambios con otras personas de sustancias a cambio de dinero.- El día 15 de febrero de 2007 al percatarse los agentes policiales de que Luciano estacionó un vehículo en la puerta del Bar Bólido de esta capital con la finalidad de realizar una entrega de estupefacientes a un consumidor, procedieron a su detención junto con la de su hermano Marcial , que llegó poco después, ocupándole a este tres papelinas de cocaína con un peso de 1,328 mg, con una pureza de cocaína de 17,9%.- No se ha probado, sin embargo, que Marcial participara en la venta de estupefacientes con su hermano Luciano .- Para comprobar la veracidad de los indicios existentes y confirmar las sospechas de que Benjamín , en cuyo domicilio habían visto introducirse a Olegario también participaba en el tráfico ilícito, de procedió el siguiente día 16 de febrero de 2007, previa la obtención de la autorización judicial y asistencia de su secretario judicial a practicar diligencia de entrada y registro en el domicilio de Benjamín , sito en la CALLE000 nº NUM000 de esta capital donde y según consta en el acta judicial levantada durante la misma, fueron habidos entre otros, los efectos siguientes: 1.856 gramos de cannabis con una riqueza entre el 0,8 y el 21,3%, así como 843 miligramos de cocaína con una riqueza del 13,9%, tanto preparada para ser consumida, como en planta aún en crecimiento, en concreto 15 plantas, que pretendía destinar a la venta, así como 1.847 miligramos de fenacetina y un monedero que contenía 250 euros, dinero producto de una ilícita actividad y cinco comprimidos con presencia de metadona. El valor de la droga (cannabis) intervenida a Benjamín en el mercado ilícito asciende a 8.057 euros."*

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *"El tribunal ha decidido: absolver a Marcial del delito contra la salud pública del que venía siendo acusado con declaración de oficio de las*

costas procesales.- Condenar a los acusados Luciano y Benjamín como autores responsables del delito contra la salud pública concurriendo en Benjamín la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8º del Código Penal , a las penas de, a Luciano , tres años y seis meses de prisión y a Benjamín , la pena de dos años de prisión y multa de 10.000 euros, con apremio personal caso de impago de 90 días, a las accesorias de, a cada uno de ellos, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- Decretar el comiso y destrucción de la droga incautada y del dinero al que se le dará el destino legal, y al pago de las costas procesales.- Recabar la pieza de responsabilidad civil debidamente concluida conforme a derecho."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Benjamín y por Luciano que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso por Luciano y declarándose desierto el anunciado por Benjamín .

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero. Infracción de precepto constitucional al amparo de los *artículos 5.4 LOPJ y 852 Lecrim* por vulneración del *artículo 18.3 CE* que reconoce el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, así como el *artículo 24.1 y 2 por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.- Segundo* . Infracción de precepto constitucional, al amparo de los *artículos 5.4 LOPJ y 852 Lecrim*, por vulneración del *artículo 18.3 CE* que reconoce el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, como del *artículo 24.1 y 2* y por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.- Tercero. Infracción de precepto constitucional, al amparo de los *artículos 5.4 LOJP y 852 Lecrim* por vulneración del *artículo 24.1 y 2 CE* que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso todas las garantías.- Cuarto. Infracción de precepto constitucional, al amparo de los *artículos 5.4 LOPJ y 852 Lecrim* por vulneración del *artículo 18.3 CE* que reconoce el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, así como del *artículo 24.2* por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.- Quinto. Infracción de precepto constitucional, al amparo de los *artículos 5.4 LOPJ y 852 Lecrim*, por vulneración del *artículo 24.2 CE que reconoce el derecho fundamental a la presunción de inocencia.- Sexto* . Al amparo del *artículo 849.1º Lecrim* por infracción del *artículo 368 Cpenal*.

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

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 20 de octubre de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero . Bajo los ordinales primero a cuarto se ha denunciado la ilegitimidad constitucional de la intervención del teléfono del que recurre. En apoyo de la impugnación se hacen diversas consideraciones relativas, primero, a la falta de fundamento de la solicitud y de la motivación del auto del instructor, y después al hecho de que no se habría incorporado a la causa el soporte fonográfico, por lo que sólo constaría en la misma la transcripción.

Es cierto que el oficio policial ofreció al juzgado una información francamente precaria y de muy poca calidad informativa. Y también que el auto de éste, que contiene alguna referencia a los antecedentes aportados por aquél, refleja, como no podía ser menos, la inevitable pobreza del mismo en datos. De otro lado, como señala el Fiscal, puesto que el oficio de la policía dando cuenta del resultado de las escuchas habla de la aportación del correspondiente soporte fonográfico, parece que la tercera objeción tiene que ver sólo con la ausencia del correspondiente a la última fase de aquéllas.

Pero ocurre que nada del contenido de esas actuaciones ha sido tenido en cuenta por la sala como base de la decisión recurrida, cuya sustento argumental discurre por completo al margen de posibles elementos de esa procedencia; de manera que las eventuales irregularidades -que, conforme asimismo advierte el Fiscal, según conocida jurisprudencia, además, podrían no ser tales- carecerían en todo caso de trascendencia para la condena que se cuestiona, que es lo que, desde este punto de vista, priva a los motivos de interés.

Segundo . Bajo el ordinal quinto se ha alegado vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El argumento es que todo lo que consta como fundamento de la condena es la afirmación de un agente de la policía en el sentido de que habría visto al recurrente cambiar droga por dinero.

El examen de la sentencia pone de manifiesto que tal es todo lo que se dice. Con el resultado de que lo que tendría que ser aportación de datos precisos sobre actos concretos, momentos y situaciones, aparece sustituido por una apreciación de síntesis, es decir, por un simple juicio valorativo, carente de contenido empírico. En efecto, pues el aserto de que el acusado realizó esa clase de acciones expresa una conclusión a la que muy bien podría haber llegado la sala de instancia a partir de la aportación testifical de una serie de elementos de juicio de verdadero contenido informativo, de los que ella misma hubiese dejado constancia. Pero, cuando, como aquí sucede, la ausencia de éstos es ciertamente llamativa, lo que se ofrece como motivación de la condena es una pura petición de principio, que da por sentado aquello que habría tenido que resultar precisamente acreditado mediante la prueba.

Por eso, tiene razón el recurrente, con tal modo de *razonar* que quebranta de manera clara las reglas de la inducción probatoria, la Audiencia ha vulnerado el principio de presunción de inocencia como regla de juicio. Y el motivo debe estimarse.

Tercero . La objeción es de infracción de *ley, por indebida aplicación del art. 368 Cpenal*.

Acogido el motivo precedente, éste carece ya de trascendencia práctica, pero no obstante, en la medida en que el defecto de motivación de la prueba constatado tiene patente continuidad en la propia exposición de los hechos, vale la pena hacer una breve reflexión al respecto.

La sala de instancia considera probado en el caso de este acusado que "mantenía intercambios con otras personas de sustancias a cambio de dinero" y que en un cierto momento perseguía "la finalidad de realizar una entrega de estupefacientes a un consumidor". Estupefacientes que, dicho sea de paso, no llevaba consigo.

La primera afirmación, por su manifiesta falta de calidad descriptiva, carece de aptitud para prestar base a una condena al amparo del *art. 368 Cpenal*. Del mismo modo que no podría condenarse por homicidio a una persona de la que únicamente se dijese que "mata". El segundo aserto no se sostiene, cuando el interesado no era portador de la droga cuya propósito de entrega se le atribuye, y esa intención hipotética ni siquiera resulta aludida en el telegráfico *examen* del cuadro probatorio.

Es por lo que el motivo debe acogerse.

III. FALLO

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Luciano contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Tercera, de fecha 21 de noviembre de 2008 que le condenó como autor de un delito contra la salud pública, y, en consecuencia, anulamos esta resolución.

Declaramos de oficio las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Octubre de dos mil nueve

En la causa número 21/2007, dimanante del P.A. 55/2007, D. Previas 102/2007 del Juzgado de instrucción número 2 de Huelva, seguida por delito contra la salud pública contra Luciano con D.N.I. NUM001 , hijo de Manuel y Asunción nacido el 4 de mayo de 1975, natural y vecino de Huelva y en libertad provisional por esta causa, y contra otros no recurrentes, la Audiencia Provincial de esa ciudad, sección tercera, dictó sentencia en fecha 21 de noviembre de 2008 que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia.

HECHOS PROBADOS

Se acepta y dar por reproducido el relato de hechos probados, con la salvedad de dejar sin efecto lo afirmado en la sentencia de instancia en relación con Luciano .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Luciano no es autor de acción alguna que sea constitutiva de delito y, por ello, debe ser absuelto.

III. FALLO

Se absuelve a Luciano del delito contra la salud pública a que había sido condenado en la instancia y se declaran de oficio las costas procesales.

Se mantiene en todo lo que no se oponga a la presente el fallo de la sentencia dictada en la instancia.

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

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