

Roj: STS 2073/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2073
Id Cendoj: 28079120012015100276

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1678/2014

Nº de Resolución: 268/2015

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley e infracción de Preceptos Constitucionales que ante Nos pende, interpuesto por **Leonardo Y Roman**, contra Sentencia núm. 34/2013, de fecha 25 de noviembre de 2013, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, dictada en el Rollo de Sala núm. 24/2013, dimanante de las Diligencias Previas núm. 4488/2011, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Salamanca, por delito contra la salud pública; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo parte como recurrente y Leonardo Y Roman, representados por el Procurador de los Tribunales D^a. M^a. Elena Jiménez Ridruejo Ayuso.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de Salamanca nº 2, incoó Procedimiento Abreviado Nº 4488/11 contra Leonardo y Roman, contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, que con fecha 25 de noviembre de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados** :

" **HECHOS PROBADOS : PRIMERO.-** Como quiera que agentes del grupo de estupefacientes de la ciudad Salamanca se encontrasen ejerciendo funciones de prevención en el barrio de Buenos Aires de esta capital, zona conocida por traficarse con sustancias prohibidas, resultó que sobre las 19,03 horas del día 29 noviembre 2011 observaron la presencia de los dos acusados, Leonardo, mayor de edad, con documento nacional de identidad número NUM000, con un antecedente penal por un delito contra la seguridad vial, no relevante a efectos de reincidencia, y Roman, mayor de edad, con documento nacional de identidad NUM001, ejecutoriamente condenado en 11 ocasiones anteriores por diferentes delitos, desde 1986 a 2010, alguno de ellos contra la salud pública, antecedentes no relevantes a los efectos de reincidencia, observaron la presencia de los dos acusados, decimos, en el interior del vehículo matrícula LLW, estacionado en la calle Villanueva de la Serena del citado barrio de Buenos Aires, manipulando algo en el interior de dicho vehículo, por lo que procedieron a acercarse al mismo con el fin de identificarles, momento en el que el citado Leonardo arrojó una bolsa, aparentemente de plástico y del tamaño de una bola de tenis aproximadamente, a los pies del copiloto, Roman .

Al momento los agentes intervinieron la bolsa que contenía en su interior una sustancia que resultó ser cocaína en cuantía de 49,13 g, con una riqueza media del 80,26%, así como otro envoltorio que contenía una sustancia que resultó ser heroína en cantidad de 2,01 g, con una riqueza media del 3,7%. Asimismo a Salamanca se le ocupó en su bandolera una cajita de aluminio que contenía envoltorios con restos de una sustancia no psicotrópica.

También se ocupó a Leonardo la cantidad de 196,60 # en moneda fraccionaria, así como sendas armas blancas. Estos efectos están relacionados con el tráfico de drogas.

El valor en venta de la cocaína ascendería en el mercado ilícito a la cantidad de 5560,81 #, si se procediera a su venta por gramos, y a la cantidad de 10.257,77 #, si se procediera a su venta por dosis. La

heroína ascendería en el mercado ilícito en cuanto a su valor en venta a la cantidad de 120,86 # y 214,54 #, según se procediera a su venta en el mercado ilícito por gramol o por dosis respectivamente.

Leonardo no es consumidor de sustancias estupefacientes.

Roman es consumidor habitual desde hace años de heroína. Presenta trastornos relacionados con el consumo, conservando en general sus capacidades, si bien la capacidad volitiva puede verse alterada en algún momento por el deseo continuo de obtención de droga que le produce ansiedad. El acusado cometió estos hechos con el fin de obtener dinero para facilitarse su adicción".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS** : **Que debíamos condenar y condenamos** al acusado **Leonardo** , por el delito ya definido de tráfico de drogas del artículo 368.1º, 1 er inciso CP , a la pena de **tres años y 6 meses de prisión**, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 6000 euros con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de dos meses y 15 días;

Y al acusado **Roman** , por el delito ya definido de tráfico de drogas del artículo 368.1º.1er inciso CP , concurriendo la atenuante de grave adicción a drogas tóxicas del art. 21.2a CP , a la pena de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 4000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de dos meses .

Todo ello con imposición de las costas de este juicio a los dos acusados por mitad".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y preceptos constitucionales, por las representaciones de Leonardo y Roman , 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 el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizaron sus recursos, alegando los motivos siguientes:

- Respecto al recurso interpuesto por la representación de Leonardo : por infracción de precepto constitucional, al amparo del punto 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Por infracción de Ley amparo del N° 1 del art. 849 por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, al amparo del N° 2 del artículo 849 , al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, así como en las declaraciones realizadas por los imputados que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

- Respecto al recurso interpuesto por la representación de Roman : se ampara el recurso en el artículo 849, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 5, 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción del artículo 24, 2, de la Constitución , (derecho a la presunción de inocencia).

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 6 de mayo de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Leonardo

PRIMERO.- En el primero de los motivos, al amparo del art. 5.4 LOPJ , considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E .)

1. La argumentación se reduce a un alegato de nueve líneas en las que lleva a cabo una exculpación sosteniendo que se limitó a llevar en su coche a un conocido al barrio de Buenos Aires a adquirir droga, pero ignoraba las intenciones del mismo.

2. Los argumentos del Tribunal en el fundamento 3º en el que se reseñan las pruebas incriminatorias, son contundentes. Estas pruebas de cargo están integradas:

a) En primer lugar es el recurrente el que se halla en poder de la droga oculta en una bolsa de plástico del tamaño de una pelota de tenis.

b) Los dos policías que se acercaron al coche observaron cómo este acusado estaba manipulando la bolsita de droga (prueba testifical: art. 717 LECrm.).

c) La droga, entre las valoraciones periciales, si nos atenemos a la más favorables al recurrente, se le asigna un precio del mercado de más de 5.000 euros, sin que se haya acreditado la obtención legítima por su parte o la de su acompañante, de un cantidad tan importante.

d) La cantidad (49,13 gramos) y grado de pureza de la cocaína (80,26%) eran bastante altos.

e) Los dos acusados se hallan en el coche aparcado en un barrio conocidamente caracterizado por llevarse a cabo transacciones comerciales o venta de drogas,

En base a tales circunstancias resulta lógico que el Tribunal entienda que el acusado había acudido a ese barrio a *adquirir la droga que estaba manipulando*, con el propósito, dada la cantidad y pureza, de destinarla al consumo de terceros, ya que el recurrente no era drogadicto.

El motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal, en tres líneas, considera indebidamente aplicado el art. 368.1 C.P., acudiendo al art. 849.1 LECrm. como cauce casacional.

1. El motivo es subsidiario o consecuencia del anterior, y la indebida condena o aplicación del art. 368.1, resultaría inadecuada por no existir prueba que acredite la posesión de droga para comerciar con ella.

2. Desvirtuada la presunción de inocencia deviene de forma automática la subsunción de los hechos en el art. 368 C.P.

El motivo no puede merecer acogida.

TERCERO.- Con base en el art. 849.2 LECrm., y también en tres líneas el recurrente persiste en matener su tesis de que no supo jamás lo que pretendía su acompañante.

En ausencia de documentos y sin pretensiones de modificar el factum, el motivo no puede prosperar.

RECURSO DE Roman

CUARTO.- En motivo único, y en base al art. 849.1º y 5.4 LOPJ, reputa infringido el art. 24.2 C.E., que contempla el derecho a la presunción de inocencia.

1. Sostiene que la inferencia del Tribunal no es sostenible, al considerarle coautor o cooperante en la posesión de una importante cantidad de cocaína y además una pequeña cantidad de heroína, a la que el recurrente es adicto a ella. Rechaza que la droga incautada (cocaína) estuviera en el ámbito de su poder y posesión.

2. La Audiencia, en el fundamento jurídico segundo, desarrolla los argumentos que permiten responsabilizar de la coposesión de la droga a ambos acusados.

Ambos desde el inicio del procedimiento atribuyeron el uno al otro la exclusiva responsabilidad sobre la posesión de la sustancia.

No cabe dudar acerca de la existencia de un acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de imputación recíproca. Hubiera sido suficiente justificar una autoría adhesiva o sucesiva. Pero en nuestro caso resulta indudable por así reconocerlo ambos acusados que se trasladan en el coche de Leonardo a un barrio en donde se trafica y se realizan transacciones de droga, porque el recurrente quería comprar heroína, ya que es consumidor de tal sustancia.

Aceptan ambos que fue el recurrente quien bajó del coche a adquirir la ilícita sustancia, aunque él sostenga que también le acompañó Leonardo.

Si a esto se une la incógnita de cuál es la vía de financiación de la adicción de este recurrente y su actitud de consentimiento y conformidad, cuando a su vista, ciencia y paciencia se manipula la droga, nos está evidenciado que existe plena conformidad y aceptación de poseer esa droga, que por la cantidad y pureza, tiene el destino de ser consumida por terceros adquirentes, como mecanismo de financiación del acusado recurrente y de obtención de beneficios por parte del consorte delictivo, con su venta al por menor, inferencia lógica que alcanza el Tribunal de instancia plenamente asumible.

Por lo expuesto y acreditado que en todo caso el recurrente llevó a cabo la compra de la droga y acompañaba con pleno asentimiento a Leonardo cuando éste a su presencia manipulaba esa droga en el



coche, nos permite concluir que la concertación de ambos en el hecho delictivo de poseer droga para vender a terceros resulta plenamente acreditada a través de las pruebas de cargo, que ya fueron reseñadas cuando dimos respuesta al homónimo motivo de su acompañante.

QUINTO.- La desestimación de todos los motivos hace que les sean impuestas las costas del recurso a ambos recurrentes de conformidad al art. 901 LECrm.

III. FALLO

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de casación interpuestos por **Leonardo Y Roman** , contra Sentencia núm. 34/2013, de fecha 25 de noviembre de 2013, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, dictada en el Rollo de Sala núm. 24/2013 , dimanante de las Diligencias Previas núm. 4488/2011, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Salamanca, por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Jose Ramon Soriano Soriano , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.