

**Tribunal Supremo. Sentencia núm. 879/2011 de 25 de julio.**

## **RESUMEN**

**Contra la salud pública. Valoración de la testifical de los agentes de policía. El atestado policial no es un documento casacional.**

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Torremolinos incoó D.P. núm. 4920/2008 por delito contra la salud pública contra Secundino y Camino , y una vez conclusas las remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, que con fecha 5 de noviembre de 2010 dictó Sentencia núm. 621/2010, que contiene los siguientes:

#### **HECHOS PROBADOS:**

Son hechos probados y así se declaran que: el día 27 de noviembre de 2008 la Policía Nacional montó un dispositivo de vigilancia y control alrededor del Bar "Barreto" sito en la Avda. Joan Miró de Torremolinos (Málaga), al tener sospechas de que en el mismo se podría estar realizando venta de estupefacientes, observando cómo sobre las 19.30 horas el acusado Secundino, llega acompañado de su novia Camino a dicho lugar y tras entrevistarse fuera con un tercer individuo que resultó ser Eulogio, entran los tres en el mencionado bar, en cuyo interior el acusado hizo entrega a Eulogio de dos bolsitas de color azul que contenían 1,29 gramos netos de cocaína con una pureza del 49,24 % y un precio de mercado de 108,23 euros, compra que no fue abonada en el momento, sino que fue anotada por Secundino en una libreta de color rojo. No se ha probado que Camino tuviera participación alguna en dicha venta.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Secundino como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368 del C. penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN**, [...].

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

RECURSO INTERPUESTO por Secundino:

[...]

#### **PRIMERO**

En el primer motivo de casación, se invoca al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Entiende el recurrente que no existe prueba alguna acreditativa de los hechos enjuiciados y ello dado que los testimonios de los dos agentes han sido incoherentes,

ambiguos y contradictorios, por cuanto que no pudieron precisar quién hizo la supuesta anotación en la libreta o el número de bolsitas entregadas.

El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (**prueba existente**).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (**prueba lícita**).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (**prueba suficiente**).

4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (**prueba razonada**).

Pues bien, se consideran como principales pruebas e indicios incriminatorios, recogidos por la sentencia del Tribunal de instancia, los siguientes: 1) **Declaración testifical de los dos agentes de policía que intervinieron en los hechos, en cuanto relataron de forma coincidente, tal y como se viene a exponer en la sentencia de instancia, cómo el acusado entregó a otra persona dos bolsitas de color azul, sin entregarse en ese momento el dinero y que el acusado le pide a su novia una libreta donde realiza aquél una anotación, intervienen en ese momento y hallan en poder del adquirente las dos bolsitas y en poder del acusado otra bolsita más igual que las que acababa de entregar al adquirente; éste les reconoció que acababa de adquirir las dos bolsitas de cocaína a Secundino, sin abonar la compra, pues se anota la deuda en una libreta, como en otras ocasiones.** 2) Análisis pericial toxicológico de los tres envoltorios y que resultaron ser cocaína con un peso de 1,29 gramos y una riqueza del 49,24%.

Por tanto, no se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas,

sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia para afirmar que el recurrente entregó cocaína a otra persona.

Como hemos declarado en otras ocasiones (véase la Sentencia 369/2006, de 23 de marzo, la Sentencias 146/2005, de 14 de febrero , la Sentencia 1185/2005, de 10 de octubre , STS 384/2009, de 31 de marzo , y STS 327/2011, de 1 de abril , entre otras muchas), el Tribunal de instancia formó su convicción judicial, valorando las declaraciones policiales, conforme a lo autorizado por el art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en cuanto en él se determina que "**las declaraciones de las autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificadas, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional**". **Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, de manera que no existe, a priori, y siempre en combinación con el principio de valoración conjunta, razón alguna para dudar de su veracidad, precisamente en función a la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado social y democrático de Derecho**, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 de la Constitución española. No significa en modo alguno que tengan la consideración de prueba plena, sino que el precepto citado permite su declaración ante el Tribunal enjuiciador, y su valoración en términos críticos, en combinación con el resto del patrimonio probatorio. En efecto, lo que realmente cuestiona la defensa es la credibilidad de las testificales de los agentes.

En este sentido se ha de recordar que la jurisprudencia de esta Sala (STS núm. 1095/2003, de 25 de julio; STS 235/2005, 24 de febrero) es reiterada en lo que concierne a la exclusión del objeto de la casación de la cuestión de la credibilidad de los testigos, en la medida en la que ésta depende de la inmediatez, es decir, de la percepción sensorial directa de la producción de la prueba. Se trata, en tales casos, de una cuestión de hecho, en sentido técnico, que, por lo tanto, no puede ser revisada en un recurso que sólo tiene la posibilidad de controlar la estructura racional de la decisión sobre los hechos probados.

Por todo lo cual, procede la desestimación del primer motivo.

## **SEGUNDO**

En el segundo motivo casacional se invoca error de hecho al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. **El recurrente viene a designar como documento casacional el atestado policial, y sostiene que los hechos probados contradicen dicho atestado, en cuanto que en éste consta que el acusado entregó dos bolsitas que se incautaron al adquirente y a su defendido se le intervino otra más que era para su propio consumo y añade la defensa, que el dictamen analítico de la droga recae sobre los tres envoltorios en su conjunto, sin especificar el peso y riqueza de los envoltorios entregados a un tercero, por lo que se desconoce si las bolsitas entregadas eran nocivas para la salud y en todo caso, es posible dada su cantidad, que no estuvieran preordenadas al tráfico.**

La denuncia del error de hecho permite la modificación, adición o supresión de un elemento fáctico del relato histórico cuando existe en los autos un documento

"literosuficiente" o con aptitud demostrativa directa, es decir, que evidencie por sí sólo el error en que ha incurrido el Tribunal y ello deba determinar la modificación de los hechos en alguna de las formas señaladas, siempre y cuando no existan otros medios probatorios que contradigan el contenido del mismo y además que sea relevante para el sentido del fallo (SSTS 407/2007 y 454/2007 ).

En el presente caso, como hemos anticipado, **el recurrente viene a alegar como documento casacional, el atestado policial. De la consideración de documento a efectos casacionales se han excluido las pruebas de naturaleza personal, pues como tales están sujetas a la percepción inmediata del tribunal que la recibe. Entre las de esta naturaleza, se incluyen la testifical y declaración del imputado** -cfr. por todas, Sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2003 -, **así como el atestado policial** -cfr. Sentencia de 19 de septiembre de 2003 -, y el Acta del Juicio Oral -cfr. Sentencia de 10 de septiembre de 2003 -.

No obstante y entrando en el fondo del asunto planteado por el recurrente, es cierto que el dictamen analítico de la droga recae sobre los tres envoltorios de cocaína, cuando lo transmitido han sido solamente dos, puesto que uno de ellos se halló en poder del acusado. No obstante, ello es irrelevante porque la jurisprudencia de esta Sala viene considerando para el caso de la cocaína, la dosis mínima psicoactiva 50 mgrs. (SSTS. 1663/03, 5-12 ; 287/04, 8-3 ; 1215/04, 28-10 ; 118/05, 9-2 ), y en el caso enjuiciado, el acusado llevaba un total 0,635 grs. de cocaína pura; es razonable pensar que los tres envoltorios tiene un peso similar aproximado, por lo que si dividimos entre tres esa cantidad, obtenemos 0,211 grs. de cocaína pura en cada envoltorio; el acusado vendió dos envoltorios, por lo que el peso total sería de 0,422 grs. De cocaína pura, cantidad que supera con creces el límite anteriormente reseñado.

Por todo lo cual, procede la desestimación de este segundo motivo.  
[...]

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Secundino, contra Sentencia núm. 621/2010, de 5 de noviembre de 2010, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga.

[...]

#### **SEGUNDA SENTENCIA**

Que debemos condenar y condenamos a Secundino como autor de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, [...].

**ÚNICO.-** De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de individualizar la respuesta penológica de Secundino , como autor de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el art. 368.2 del Código penal , en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, y pena de multa en cuantía de 80 euros, con la responsabilidad

personal subsidiaria de un día por su impago, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y costas procesales de la instancia.

## **FALLO**

Que debemos condenar y condenamos a Secundino como autor de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, multa de ochenta euros (80 €), con responsabilidad personal subsidiaria de un día por su impago, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas procesales de la instancia. En lo restante, se mantienen y dan por reproducidos los demás extremos del fallo de instancia, en tanto sean compatibles con lo dispuesto en esta resolución judicial.

[...]