



Roj: STS 2754/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2754
Id Cendoj: 28079120012015100362
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2304/2014
Nº de Resolución: 364/2015
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Junio de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Matías**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Tercera, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un 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 y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Díez Alfonso.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Benidorm, incoó Procedimiento Abreviado con el número 74 de 2012, contra **Matías**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, cuya Sección Tercera, con fecha 27 de octubre de 2014, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Son, y así expresa y terminantemente se declaran, los siguientes:

*Fruto de las investigaciones policiales en materia de tráfico de estupefacientes, se vino en conocimiento de la policía nacional la posible implicación en el mismo de **Matías**, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, constatándose por efectivos policiales cómo durante el mes de octubre de 2011 que ocasionalmente algunas personas acudían al lugar de trabajo del acusado, Bar "Boomerang" sito en la calle Islandia de Benidorm, donde tras una breve estancia abandonaban el mismo tras la compra de sustancia estupefaciente, específicamente cocaína; en concreto el día 18 de octubre de 2011, y por el indicado procedimiento, el acusa o procedió a la venta al testigo protegido NUM000 de 0,34 gramos de cocaína con una pureza del 29,5 % tasada en 20,10 euros.*

*Posteriormente se practicó un registro en el local en el que se aprehendió la siguiente sustancia estupefaciente, la cual el acusado el acusado destinaba a la venta a terceros: 4 bolsas blancas con 2,2 gramos de cocaína con una pureza del 25,7% cuyo precio en el mercado ilícito hubiese alcanzado la cantidad de 130,30 euros. A **Matías** le fueron intervenidos 385 euros.*

Matías fue detenido el 31 de octubre de 2011 acordándose su libertad provisional el 2 de noviembre de 2011 situación en la que ha permanecido hasta este momento.

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

*FALLO: Que debemos condenar y condenamos al acusado **Matías**, como autor criminalmente responsable de un delito CONTRA LA SALUD PUBLICA del artículo 368, párrafo primero del Código Penal, en relación con el artículo 369.1.3ª, antes definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA de 300,80 euros con arresto sustitutorio de 1 día en caso de impago, con comiso de los 385 euros y de la droga intervenida a la que se dará el destino legal; y al pago de las costas procesales.*

Abonamos al acusado todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Matías que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

PRIMERO .- Infracción del derecho a la presunción de inocencia habida cuenta el resultado de las pruebas practicadas en el Juicio Oral con importantes contradicciones en las declaraciones testificales e incluso constancia por parte de los testigos Raimundo y Mariano de que no compraron la sustancia al acusado.

SEGUNDO .- El amparo del Art. 849.2º LECrim pro error en la apreciación de la prueba derivado de las declaraciones policiales así como del contenido del atestado.

TERCERO .- Por vía del Art. 849.1º LECrim denuncia la aplicación del Art. 369.1.3º al no acreditarse la venta en establecimiento abierto al público.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día nueve de junio de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente e infracción del art. 24.2 CE . cuestionando la existencia de pruebas que puedan considerarse validas y suficientes para enervar dicho fundamental derecho.

El motivo deviene improsperable.

Como hemos dicho en SS. 728/2008 de 18.11 , 270/2011 de 20.4 , 920/2013 de 11.12 , 433/2014 de 3.6 entre otras muchas, la prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a la que dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante a la efectividad de toda decisión arbitraria -- art. 9-3º C.E .--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos..."; y por último la STS. 728/2008 de 18.11 antes referida que recuerda que: "el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva - como ya hemos dicho ut supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional no se limita a la constatación de una prueba de cargo lícitamente practicada, pues lo límites de dicho control no agotan el sentido ultimo de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable. No deben confundirse, por ello, los límites del control constitucional con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

La estimación en "conciencia" a que se refiere el art. 741 LECrim ., no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse la inferencias que permitan considerar un hecho como probado (STC. 123/2005 de 12.5).

La íntima convicción, la "conciencia" del Juez en la fijación de los hechos no puede conformarse al margen de las reglas de la experiencia y de la necesidad de exteriorización. El porqué se cree a un testigo o

porque se descarta un testimonio no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable y menos aún puede hacerse sin identificar el cuadro probatorio completo o seccionando de forma selectiva una parte del mismo, omitiendo toda información y valoración crítica del resto de los elementos que lo componen. La valoración fraccionada del cuadro probatorio debilita sensiblemente, el grado, primero, de racionalidad de la misma, y, segundo, la conclusividad de las premisas probatorias que se utilizan para la formulación del hecho probado.

SEGUNDO: En el caso presente considera probado que el acusado el 18.10.2011 procedió a la venta, en su lugar de trabajo Bar "Boomerang", al testigo protegido NUM000 , de 0,34 gramos de cocaína con pureza del 29,5%, tasada en 20,10 E, y que posteriormente practicado un registro en el local se aprehendieron 4 bolsas blancas con 2,2 gramos de cocaína con pureza de 25,7%, cuyo precio en el mercado ilícito hubiera alcanzado 130,30 E, y para llegar a tal convicción valora -además de la declaración del acusado- las testificales de los policías NUM001 y NUM002 , y la del testigo protegido NUM000 - cuya identidad fue puesta en conocimiento de la defensa antes de la celebración del juicio oral, así como las periciales sobre análisis y valoración de las sustancias, y las testificales de otros presuntos compradores Mariano y Raimundo .

1.- En cuanto al testigo protegido destaca la falta de animosidad e intención de perjudicar al acusado y como su declaración fue contundente en cuanto que ladrona se le vendió el recurrente en el Bar, siendo indiferente que el testigo no recordase exactamente todos los detalles de la venta como si el acusado sacó la sustancia de un paquete de tabaco, de su bolsillo, o de la mano, o si en el momento de la entrega le dejó la sustancia encima de una silla o en la barra.

Declaración que la Sala considera corroborada por la testifical del policial nº NUM001 que observó con toda claridad el momento en que se produjo la transacción.

2.- Respecto al valor probatorio de las declaraciones de los agentes de policía, en STS. 920/2013 de 11.12 , se dice debe distinguirse los supuestos en que el policía está involucrado en los hechos bien como víctima (por ejemplo, atentado, resistencia...) bien como sujeto activo (por ejemplo, detención ilegal, torturas, contra la integridad moral, etc.). En estos supuestos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo, destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad, de las mismas. Y no puede ser así porque cualquier sobreestimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los afectados agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente se derive, no del a priori de la condición funcional de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio.

Pero cuando se refiere a hechos en que intervengan por razón de un cargo en el curso de investigaciones policiales, esto es, lo que la doctrina denomina "delitos testimoniales", que tienen como característica común la percepción directa de su comisión por aquellos, el art. 297.2 LECrim . otorga valor de declaración testifical a la prestada por funcionarios de la policía judicial en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio, reiterando en parte tal formulación del art. 717 que añade, para el juicio oral, y sin restricción alguna, pues omite la limitación a los hechos de conocimiento propio **que "serán apreciables según las reglas del criterio racional"**. El Tribunal Constitucional (S. 229/91 de 28.11) y esta Sala Segunda Tribunal Supremo (SS. 21.9.92 , 3.3.93 , 18.2.94), así lo entienden y conceden valor probatorio a sus testimonios debiendo ajustarse su apreciación y contenido a los mismos parámetros que los de cualquier otra declaración testifical. Dice en concreto, la STS. 395/2008 de 27.6 , que según doctrina reiterada de esta Sala, las declaraciones de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio, prestadas en el plenario con arreglo a los artículos 297 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia, dado que gozan de las garantías propias de tal acto, sin que exista razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales.

Por tanto, la convicción de la Sala, resulta lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia humana común y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto el hecho de que la Sala de instancia dé valor prevalente a aquellas pruebas inculpativas frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del acusado.

Conviene, por ello, recordar e insistir en que el control del respeto al derecho a la presunción de inocencia -como decíamos en la STS. 49/2008 de 25.2 -, autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Está también fuera de dudas -y así lo recuerda la STS. 1199/2006 de 11.12 - que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

En el caso actual la prueba disponible ha sido ponderada racional y razonada por el Tribunal a quo pues no se aporta ninguna razón objetiva para dudar de la veracidad de las manifestaciones del agente policial, máximo cuando coinciden con el testimonio de la persona adquirente de la sustancia, sin que el hecho de que otras dos personas a las que se intervino la misma droga hayan negado que fuese el acusado quien se la vendió, impide alcanzar dicha convicción, pues ésta resulta probada a la vista del resto de la prueba practicada, y como hemos dicho en SSTS. 146/2012 de 6.3 , 77/2011 de 23.2 , se trata de testigos adquirentes de droga, presumiblemente adictos a la misma. Su posición en el juicio -dice la STS. 1415/2004 de 30.11- es extremadamente delicada, como nos enseña la experiencia del foro, pues delatar al vendedor le va a acarrear seguras y graves represalias, no sólo por lo que en sí supone de imputación delictiva, sino por los riesgos que corren, de verse inmersos en problemas judiciales, los eventuales vendedores que decidan suministrarle alguna dosis en ocasiones futuras. A su vez, la simple expectativa de que dichos proveedores se nieguen a venderle la droga que necesita en lo sucesivo puede constituir un condicionante para declarar judicialmente con verdad ante la posibilidad de sufrir el tan temido síndrome de abstinencia.

En definitiva, negar la realidad, encubriendo al suministrador de la sustancia tóxica, elimina todos los riesgos posibles, salvo una remota y poco probable condena por falso testimonio. Por todo ello, el testimonio de un adicto comprador para acreditar una transacción implicando al vendedor no ofrece garantías y se halla desacreditado ante los Tribunales de justicia, según nos muestra la experiencia judicial diaria. La poca relevancia de ese testimonio, permitiría entenderlo en el sentido más favorable al reo y aún así, no tendría repercusión en la convicción del Tribunal, ya formada a través de otras pruebas más serias y fiables.

En igual sentido las SSTS. 150/2010 de 5.3 , 792/2008 de 4.12 y 125/2006 de 14.2 , ya precisaron que no es necesario para desvirtuar el principio de presunción de inocencia complementar los elementos incriminatorios con el testimonio de los adquirentes de la droga porque éstos "suelen negarse a identificar a sus proveedores por el tenor de represalias y por la necesidad de continuar en el futuro acudiendo a los mismos mercados ilícitos para abastecerse de mercancía para satisfacer su propio consumo".

TERCERO: El motivo segundo al amparo del art. 849.2 LECrim , por error en la apreciación de las pruebas basadas en documentos que obran en autos y que no resultan contradichas por otras pruebas, al basarse la sentencia para considerar la venta de cocaína por parte del acusado al testigo protegido en el Bar que regentaba en la declaración judicial de éste y en la prestada por el agente NUM001 , sin tomar en consideración las declaraciones policiales y judiciales previas y el contenido del atestado policial.

El motivo carece de fundamento y debe desestimado.

No son documentos, aunque se hallan documentados en la causa bajo la fe pública judicial las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado ni de los testigos, ya que no son documentos ni las declaraciones del acusado ni las de los testigos ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del Secretario Judicial y sometidas como el resto de las probanzas a la libre valoración del Juzgador de instancia, SSTS. 26.3.2001 y 3.12.2001). No de otra forma decíamos en la STS. 55/2005 de 15.2 ""ni las declaraciones de testigos efectuadas en la instrucción ni las que tienen lugar en el juicio oral, transcritas en la correspondiente acta, tiene la virtualidad documental a los efectos de la casación prevista en el art. 849.2 LECrim . En realidad, las declaraciones de los testigos requieren para su valoración, salvo supuestos excepcionales de prueba anticipada, de la percepción por el Tribunal en el momento del juicio, pues solo entonces podrá éste formar su necesaria convicción sobre los hechos, de acuerdo con el art. 741 LECrim . Y lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima

pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación" (SSTS. 26.2.2001 . y 22.5.2003).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004, con cita de las SS. 15.3.91 , 12.11.92 , 1.4.96 , señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS. 1866/2000 de 5.12 , que precisa que "incurre la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, - y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial - a quien compete valorar con inmediatez la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediatez que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 y 219/96 de 1.4 entre otras).

Y tampoco tiene el carácter de documento y por tanto, carece de virtualidad impugnativa, el soporte auditivo o audiovisual en que se ha grabado el juicio, SSTS. 196/2006 de 14.2, 894/2007 de 31.10 , 22/2008 de 18.1 , 728/2008 de 18.11, SSTC. 120/2009 de 18.5 , 6/2010 de 11.1 , 30/2010 de 17.5 , 135/2011 de 12.9 .

En relación al atestado por regla general, esta Sala no admite que puede basarse el motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documentos las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de quien las efectúa, pues no son más que una manifestación documentada (STS. 574/2004 de 5.5).

Por ello el atestado policial con independencia de su consideración material de documento, no tiene, por regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, sus declaraciones tienen la consideración de prueba testifical.

CUARTO: El motivo tercero en virtud de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley, indebida aplicación del nº 3 del art. 369 CP , así como por inaplicación del art. 24 CE .

Considera que no existe prueba de cargo suficiente que acredite la venta en establecimiento abierto al público, dado que los hechos probados solo aluden a una única transacción probada, lo que no es signo de habitualidad o reiteración.

Como hemos dicho en STS. 1022/2011 de 10.10 , el actual art. 369.3 CP . sanciona con mayor pena los actos de tráfico de drogas descritos en el art. 368 cuando "fueran realizados en establecimiento abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos".

La prueba de cargo debe acreditar a juicio del tribunal los hechos del tipo objetivo en su integridad, así como aquellos otros aspectos del mismo carácter que constituyan la base fáctica de los subtipos agravados o de cualquier agravación del tipo básico. Asimismo, las bases fácticas de las circunstancias agravantes genéricas que después se entiende aplicables. También debe ser suficiente para demostrar los hechos indiciarios sobre los que se construye la inferencia que permite afirmar la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo.

Cuando se trata de tráfico de drogas ha de quedar acreditados los aspectos objetivos relativos a los actos típicos descritos en el art. 368 y en los casos en los que se aplique el art. 369.4 debe quedar asimismo probado que se realizan en establecimiento abierto al público y que quien lo ejecuta es un responsable o empleado del mismo. Cuando se trata de actos de tenencia con destino al tráfico, es preciso que la prueba acredite que la finalidad de la tenencia es precisamente proceder a la venta o a la ejecución de cualquier otro acto de tráfico, precisamente en el citado establecimiento. Pues la tenencia en el mismo como mero depósito, sin acreditar otra finalidad concreta, no es suficiente para el subtipo agravado. como se señalaba en la STS 987/2004 de 13-9 "...es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en

tal establecimiento, excluyéndose con ellos los supuesto en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída.

Bien entendido que en principio si es el dueño del establecimiento quien trafica en el mismo es de aplicación la agravante, aunque no esté y no se haga mención de él, siempre que pueda acreditarse que conoce el desarrollo de tales actividades.

Asimismo como se recoge en las STS 817/2008, de 1-12 ; 844/2005 de 29-6 y 329/2003 de 10-3 , sobre la agravación derivada de la realización de la conducta en establecimiento abierto al público existe ya un cuerpo de doctrina consolidado de esta Sala que podemos sintetizar en las siguientes consideraciones:

a) Su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la *ratio legis* de la agravación (SS.T.S. 15/12/99 y 19/12/97), expresivas de que el subtipo agravado no permite una interpretación extensiva y que cuando no conste la finalidad de tráfico en el local queda solo a efectos penales la simple tenencia ilícita.

b) Que el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad (S.S. T.S. 15/2/95 y 15/12/99, 1164/2006 de 26.11, 831/2007 de 5.10, 817/2008 de 11.12, 1238/2009 de 11.12, 920/2013).

c) Como consecuencia de lo anterior es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída (S.T.S. 1/3/99), es decir, como señala la sentencia antes citada de 15/12/99 la modalidad de posesión que conlleva un mayor contenido injusto no es la mera posesión en el local con destino al tráfico, sino la posesión con destino al tráfico en el local (SS.T.S. 16/10/2003 y 10/02/00).

Por ello la STS. 501/2003 de 8.4 señala que, en todo caso, debe quedar claramente deslindado el hecho de esconder o guardar en el establecimiento la droga o el dinero proveniente del tráfico ilícito y la realización de las típicas actividades del tráfico sirviéndose o utilizando el propio establecimiento, es decir, se "exige que el sujeto activo, en su dinámica operativa, distribuya la droga a terceros, valiéndose y confundiendo la ilícita actividad desplegada en el local abierto al público con el desarrollo del negocio de hostelería, propio del local".

Nos dice en tal sentido la jurisprudencia que: "Esta Sala ha entendido que la cocina de un bar o cualquier otra dependencia, e incluso el propio bar, como lugar en que única y exclusivamente se deposita, guarda o esconde la droga, no constituye establecimiento abierto al público, a efectos agravatorios, siempre que no se difunda, distribuya o realice cualquier otra transacción, con las personas que tienen libre acceso al establecimiento (SS. T.S. 20-12-94, 19-12-97, 15-12-99 y 5-4-2001), estibando *"la ratio agravatoria en las facilidades que ofrece el establecimiento público a los culpables para la consecución de sus delictivos propósitos, donde parapetados en la apariencia de una normal explotación del negocio, se favorecen los intercambios de sustancias tóxicas, dada la posibilidad indiscriminada de acceso o entrada al mismo de cualquier persona"* . *"Es la facilidad de ocultar (o dificultad de descubrir)* -insiste en este punto la S.T.S. nº 1.234 de 13 de junio de 2001 - *el ilícito tráfico de estupefacientes, imbricado o intercalado en la prestación de los servicios normales del local..... dada la regularidad de entradas y salidas de clientes, que demandan servicios del Pub o van a adquirir la droga, o ambas cosas a la vez, con el anonimato que supone para dichos compradores (y quizás vendedores al por mayor) de traficar con la mercancía de tal forma subrepticia"*.

Es por ello que recuerda, la STS. 1090/2003 de 21.7 , en algunas sentencias se ha señalado que el mero hecho de que el relato fáctico describa una venta que se produce en uno de esos establecimientos no implica la aplicación automática de la agravación, sino que es preciso que en los hechos probados conste de alguna forma que el autor se ha aprovechado de las facilidades que tal clase de establecimiento le proporciona para ejecutar el acto delictivo y que tal aprovechamiento ha supuesto un incremento en el peligro prohibido por la norma. Así, en la sentencia 211/2000 de 17.7 , se dice que "no deberá apreciarse la agravante específica cuando sólo consta un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento del peligro contra la salud pública, por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del bar". Y en la STS. 111/2004 de 29.1 que "por el

hecho puntual y esporádico de que el dueño del Bar, en dos aisladas ocasiones, por circunstancias especiales, suministre a dos personas una dosis de droga, no supone utilizar el establecimiento para llevar a cabo el tráfico ilícito".

En concordancia con lo expuesta esta agravación debe operar cuando los actos de tráfico de drogas realizados en el establecimiento abierto al público por el responsable o empleado del mismo revelan una cierta dedicación y pluralidad por lo que no debería apreciarse la agravante específica cuando solo consta un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento de peligro contra la salud pública por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del Bar (STS. 840/2006 de 20.7). Deben quedar excluidos los actos previamente esporádicos y aislados, porque en ellos no se aprecian las razones agravatorias que fundamentan este subtipo agravado, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico (STS. 783/2008 de 20.11 , 1153/2009 de 12.11).

Situación que sería la contemplada en el caso presente. Solo está acreditada la venta por el acusado en el local en que trabajaba, el día 18 octubre 2011, al testigo protegido, de 0,34 gramos de cocaína con pureza de 29,5%. La sentencia recurrida en el factum emplea incluso el termino "ocasionalmente" al referirse a que algunas personas acudían al lugar de trabajo del acusado donde tras una breve estancia abandonaban el mismo tras la compra de sustancia estupefaciente -cocaína-, sin más concreciones en cuanto al mismo de ventas y ni siquiera que fuera el acusado el vendedor. Los hechos acaecidos en el registro del local -cuya fecha no se plasma en el factum, aun cuando en la fundamentación jurídica si se concreta, el 31.10- en cuanto a las dos ventas, los presuntos compradores han negado que fuese el acusado quien les suministrase la cocaína y el policía nº NUM003 , que al parecer les presenció no prestó declaración judicial ni fue propuesto como testigo en el juicio oral.

Los policías nº NUM001 y NUM002 , que si declararon en el plenario no presenciaron estos hechos, siendo su actuación posterior, en la detención de los compradores, fuera del local, y en el registro del Bar en el que fueron aprehendidas las bolsas con 2,2 gramos de cocaína y pureza 25,7%, sin que en el factum se refleje el lugar donde se encontraban.

Posesión de la droga en el local que no puede determinar por sí sola la concurrencia del subtipo agravado, al ser una inferencia excesivamente abierta, la modalidad de la posesión que conlleva un mayor contenido del injusto no es la mera posesión en el local con destino al tráfico **sino la posesión con destino al tráfico en el local.**

Consecuentemente los hechos probados deben subsumirse en el tipo básico art. 368 CP , sustancias que causan grave daño a la salud.

QUINTO: Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación**, interpuesto por **Matías** , contra sentencia de 27 de octubre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Tercera , y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida sentencia, dictando nueva sentencia con declaración de oficio costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Ramon Soriano Soriano D. **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Andres Palomo Del Arco**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Junio de dos mil quince.

En la causa incoada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Benidorm, con el número 3666 de 2011, y seguida ante la Audiencia Provincial de Alicante , Sección 3ª, por delito contra la salud pública, contra **Matías** , con DNI núm. NUM004 , natural de Benamaurel (Granada), nacido el NUM005 /1960, hijo de Eliseo y de María , y vecino de Benidorm (Alicante), sin antecedentes penales computables, en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado desde el día 31/10/11 hasta el día 2/11/11; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA 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. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha explicitado en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia precedente no es de aplicación el subtipo agravado del art. 369.1.3ª CP , debiendo subsumirse los hechos en el tipo básico art. 368 CP , sustancia que causa grave daño a la salud.

Segundo.- En orden a la nueva individualización penológica no se aprecia la existencia de circunstancias que desaconsejen la imposición de la pena en su grado mínimo.

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 3ª, de fecha 27 de octubre de 2014 , **debemos condenar y condenamos a Matías** , como autor responsable de un delito contra la salud pública, sustancia que causa grave daño a la salud a las penas de 3 años prisión y multa 160 E, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día caso de impago y al pago de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Andres Palomo Del Arco

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