



Roj: **SAP TF 1704/2020 - ECLI: ES:APTF:2020:1704**

Id Cendoj: **38038370022020100288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **2**

Fecha: **16/10/2020**

Nº de Recurso: **785/2020**

Nº de Resolución: **286/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOAQUIN LUIS ASTOR LANDETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 90-91

Fax: 922 34 93 89

Email: s02audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Sección: BEL

Rollo: Apelación sentencia delito

Nº Rollo: 0000785/2020

NIG: 3800643220180002419

Resolución: Sentencia 000286/2020

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000031/2019-00

Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 9 de Santa Cruz de Tenerife

Apelante: Victoriano ; Abogado: Antonio Manuel Padilla Gonzalez; Procurador: Jose Antonio Campanario Melian

SENTENCIA

Il'tmos. Sres.

Presidente.

D. Joaquín Astor Landete (Ponente)

Magistrados:

D. Jaime Requena Juliani

D. Fernando García Paredes

En Santa Cruz de Tenerife a 16 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento abreviado 31/2019 se dictó sentencia con fecha de 19 de diciembre de 2019, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Que debo CONDENAR y CONDENO a Victoriano en concepto de autor de un delito contra la Salud pública del Art. 368 del Código Penal en su modalidad de sustancia que no causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 AÑO Y 6 MESES DE PRISION, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 CP en caso de impago y al abono de las costas procesales.

Se acuerda el decomiso del dinero incautado, y el decomiso y destrucción de la droga aprehendida.

Se acuerda la SUSTITUCIÓN de la pena privativa de libertad impuesta por la EXPULSIÓN del territorio nacional, desde el momento de la presente sentencia, con la prohibición de entrada o regreso a España durante el plazo de 5 años, en virtud del artículo 89.1 y 5 del Código Penal.

Para su efectivo cumplimiento líbrese Oficio a la Brigada Provincial de **Extranjería** y Fronteras (Policía Nacional) de Santa Cruz de Tenerife, para su conocimiento y ejecución en los términos que proceda, si el extranjero se hallara en España."

SEGUNDO.- En dicha sentencia constan relacionados los hechos probados:

"UNICO.- De la apreciación crítica de la prueba practicada resulta probado, y como tal se declara que, el acusado, Victoriano, NIE NUM000, mayor de edad, sin antecedentes penales, el día 4-3-2018 sobre las 01:05 horas en el paseo La Habana, de Arona, vendió una papelina que contenía 1,01 gr de cannabis al 20 % de pureza, sustancia que no causa grave daño a la salud de las personas, a Juan Enrique el cual entregó al acusado a cambio un billete de 10 euros, siendo sorprendidos por la Policía Nacional en ese momento. La sustancia intervenida tiene un valor de 5,40 euros en el mercado ilegal de consumidores."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Victoriano, el que admitido a trámite se confirió traslado al Ministerio Fiscal, formalizándose la impugnación que obra en autos, y se elevó a este Tribunal por oficio de 17 de septiembre, que lo recibió el mismo día y señaló el día de la fecha para la deliberación, votación y fallo en el Rollo de Sala 785/2017.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los hechos probados de la sentencia ya relacionados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente funda su confuso recurso en la infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24.1; por vulneración normativa al no aplicar el artículo 16 del Código Penal; por falta de motivación y exasperación de la pena, aduciendo vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y motivación de las sentencias y subsidiariamente por vulneración normativa por inaplicación del artículo 66.6 del Código penal, en relación con el 368; por vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva y por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva de la sentencia, por resolución extra petita; por quebrantamiento del derecho constitucional a la defensa, por vulneración normativa por aplicación indebida del apartado primero del artículo 368.

En relación con los motivos de recurso fundados en la vulneración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a la motivación de las resoluciones judiciales, debemos recordar que el derecho a la presunción de inocencia, siguiendo lo razonado en la sentencia del Tribunal Supremo 384/2018 de 25 julio, 38/2015, de 30 de enero, 383/14, de 16, de mayo, 602/2013, de 14 de febrero 948/2005, de 19 de julio, viene consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución. Implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos. Así lo entendió el Tribunal Constitucional desde su sentencia 31/1981, de 28 de julio y la de 17 de diciembre de 1985 y el Tribunal Supremo en su sentencia 2089/2002, de 10 de diciembre, entre otras muchas.

La alegación de su vulneración en el recurso puede ir orientada a negar la existencia de prueba; a negar la validez de la existente; a negar el poder probatorio o demostrativo de la prueba existente y válida, o a



cuestionar la racionalidad del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sobre las pruebas disponibles. Ante esta alegación, el Tribunal debe realizar una triple comprobación. En primer lugar que el Juzgado de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de la reglas de la lógica y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria. En resumen, una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada.

En el caso de autos la Juzgadora de instancia contó como prueba de cargo la declaración del policía que actuó en el momento de la transacción por parte del encausado e intervino la sustancia transmitida y el dinero abonado, que posteriormente la analítica practicada por el laboratorio oficial determinó que se trataba de marihuana con la cantidad y pureza que se describe en el informe objeto de la ratificación. La prueba practicada en el juicio y a la que posteriormente nos referiremos es susceptible de enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia que asiste al encausado.

En relación con el error en la apreciación de las pruebas, debemos recordar que el Tribunal de apelación tiene plenas facultades para conocer en su totalidad lo actuado, si bien ello no es contradictorio con el respeto a los principios de inmediación y contradicción, lo que impone que haya de dar como válidos los hechos declarados como probados por el Juez "a quo", cuando no existe manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba o cuando los hechos probados no resulten incompletos, incongruentes o contradictorios en sí mismos o cuando no sean desvirtuados por pruebas practicadas en segunda instancia, bajo la aplicación de los mismos principios de inmediación y contradicción.

El Tribunal de apelación no puede revisar la valoración de las pruebas personales directas practicadas bajo los principios de inmediación y contradicción - testificales, periciales, declaraciones de los imputados o coimputados y reconocimiento judicial - a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el acta del juicio oral, vulnerando dichos principios, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Juzgado de instancia por la del Tribunal. Así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia 1077/2000, de 24 de octubre y ya antes la 1628/1992, de 8 de julio. Y en particular y en relación con las sentencias condenatorias, las sentencias 650/2003, de 9 de mayo, 71/2003, de 20 de enero, 331/2003, de 5 de marzo, 2089/2002 de 10 de diciembre, 1850/2002, de 3 de diciembre. Las pruebas personales de cargo, como ya hemos expuesto, deben reunir los requisitos, revisables en apelación, de prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada.

Tal y como afirma la jurisprudencia, abundando en lo expuesto, exponente de ello las sentencias 508/2007 y 609/2007, cuando se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia, a partir de la valoración judicial de pruebas personales, la función revisora no consiste en una nueva valoración de la prueba, la que incumbe al juzgador en su inmediación, sino a la valoración de la estructura racional de la motivación de la sentencia, consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos por parte del juzgador de instancia (STS 888/2006, 898/2006, autos de 15 de noviembre de 2.007 en los recursos de inadmisión 10.568 y 10.569. contra sentencias de esta sección de la Audiencia).

Lo cierto es que de la simple lectura de la sentencia se puede concluir que la prueba incriminatoria se constituyó sobre la base de lo declarado por el policía interviniente, que procedió a la intervención de la droga y por la declaración del comprador, que así lo reconoció. Dicha intervención, sostenida sobre la base de la pericia científica que determinó la naturaleza, calidad y cantidad y que no fue impugnada, con los efectos probatorios del artículo 788.2 de las Ley de Enjuiciamiento Criminal, prueba el hecho y corrobora la afirmación de autoría sostenida por el agente y probada en la sentencia impugnada. La sustancia intervenida fue identificada como cannabis, con un peso de 1,01 gramos, por el que el comprador abonó diez euros. La cadena de custodia, cuestionada por el recurrente, consta acreditada en la diligencia de traspaso al folio 6, asegurada en la caja fuerte, folio 8 por remisión a Sanidad con oficio de registro de salida 4198/18; constando a los folios 45,46 y 47 la recepción e informe de Sanidad. En dicho informe se separa la sustancia en bruto, fotografiada en el atestado policial al folio 22, con un peso de 1,65 gramos, del peso neto de 1,01 gramos.

Las declaraciones de la policía tendrá el valor de prueba testifical, apreciables según las reglas del criterio racional, conforme dispone el artículo 717 y 297, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En definitiva, nos encontramos en presencia de los llamados «delitos testimoniales» que presentan como rasgo esencial la imparable percepción directa del funcionario de la Policía Judicial (STS 11.5.89 y 23.9.88 y que se caracterizan por la presunción de credibilidad en cuanto a su existencia, al ser, como ya hemos resaltado, característica de los mismos, la inseparable percepción directa por los agentes de la autoridad en cuanto a



los hechos cometidos o acabados de cometer, más aún cuando a la presunción de veracidad se une la prueba de hechos que la corroboran. La declaración del policía en el delito flagrante constituye prueba inculpativa directa (STS 27 de mayo de 1988 y 23 de septiembre de 1988). En este orden de cosas debemos concluir que los miembros de la Policía o de los distintos Cuerpos de Seguridad, cuando deponen en el acto del juicio oral sobre datos de hecho que conocen de ciencia propia y han visto o percibido con sus propios ojos, los hace testigos hábiles y su testimonio constituye prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Una constante doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo, su hermenéutica de los arts. 297.2º y 717 LECrim ha venido declarando (STS 3.6.92 29.3.93 11.3 7.5 5.1194 12.5 y 6.11.95 y 26.1.96 que las declaraciones testificales de los agentes en el juicio oral con garantías de publicidad, oralidad, contradicción efectiva de las partes e inmediación del Tribunal, puede estimarse prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia (STS 12.1196. Como ya hemos dicho, junto a la declaración del agente la juzgadora tuvo la oportunidad de valorar la declaración del comprador, que confirmó cuanto ya había declarado el policía que intervino.

Por todo ello debemos aseverar que la estructura racional de la motivación de la sentencia, consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos por parte de la juzgadora de instancia, a partir de las pruebas personales directas practicadas bajo los principios de inmediación y contradicción, está fundada en derecho, conforme a la doctrina jurisprudencial y contiene prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Los motivos de recurso anunciados deben ser desestimados.

TERCERO.- En relación con el motivo fundado en la vulneración normativa por inaplicación del artículo 16, relativo a la tentativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias 110/2013, de 12 de febrero, 1072/2012, de 11 de diciembre y 867/2011, de 20 de julio, declara que este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas , pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, según se especifica en las SSTS 335/2008, de 10-6; 598/2008, de 3-10; 895/2008, de 16-12; 5/2009, de 8-1; 954/2009, de 30-9; 960/2009, de 16-10; 1047/2009, de 4-11; 1155/2009, de 19-11; y 191/2010, de 9-2, y las que en ellas se citan, en los siguientes apartados: a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal. b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse. c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito. d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común. e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

Ninguna de las circunstancias apuntadas anteriormente concurre en el caso que nos ocupa. El encausado ostentaba la tenencia material de la droga, a partir de la cual se configura el delito. Pero además dispuso de la misma en la transmisión a tercero, lo que excluye cualquier supuesto de tentativa que se pudiera pretender.

TERCERO.- Sostiene el recurrente como motivo de recurso la falta de motivación de la pena, la desproporción y la resolución extra petita. Dicho motivo merece algunas consideraciones. En primer lugar debemos recordar que la pena legal, esto es, la que determina el artículo 368 del Código Penal, oscila entre el año y los tres años y en los supuestos de escasa entidad y circunstancias personales del culpable, del párrafo segundo,

circunstancias que concurren en el caso litigioso ante la ínfima cantidad de sustancia transmitida y carecer el encausado de antecedentes penales, la pena oscilaría entre los seis meses y el año, menos un día y sin embargo la juzgadora le ha impuesto la pena pedida por el Ministerio Fiscal de un año y seis meses y multa de diez euros y declara que no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. La limitada incidencia en la antijuricidad de la acción delictiva justifica aplicar la figura atenuada contenida en el segundo párrafo del artículo 368 del Código Penal e imponer la pena de prisión de seis meses y multa de diez euros, correspondiente al tanto del valor de la droga incautada y por tanto en el mínimo legal. El motivo debe estimarse.

CUARTO.- En materia de costas rige lo dispuesto en el artículo 240.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiéndose imponer de oficio las de la apelación, confirmando las de la instancia.

QUINTO.- Se acuerda en la sentencia de instancia la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión de territorio nacional. Dicha sustitución resulta más gravosa que la pena misma, toda vez que ésta no es susceptible de expulsión en atención a la duración de la misma y la carencia de antecedentes penales. Por el contrario, concurriendo las circunstancias del artículo 80 del Código Penal, procede acordar la suspensión de la ejecución de la misma por plazo de dos años, con apercibimiento de que en caso de delinquir podría cumplir la pena suspendida.

SEXTO.- Contra la presente resolución cabe recurso de casación, en los términos de la LO 41/2015, de 5 de octubre.

De conformidad con la jurisprudencia (SSTS 210/2017, de 28 de marzo; 324/2017, de 8 de mayo; 327/2017, de 9 de mayo; y 369/2017, de 22 de mayo) el interés casacional concurre en los supuestos siguientes:

- a) Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo. Con citación de sentencias contradictorias.
- b) Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Con citación de sentencias contradictorias.
- c) Si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Victoriano , contra la sentencia de 19 de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento abreviado 31/2019, la que revocamos parcialmente a los solos efectos de dictar nueva sentencia por la que condenamos a D. Victoriano como autor responsable de un delito contra la salud pública ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de seis meses y multa de diez euros, declarando de oficio las costas de la apelación y confirmando las de la instancia.

Se deja sin efecto la sustitución de la pena por la de expulsión y, en su lugar, se acuerda la suspensión de la ejecución de la misma por plazo de dos años.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los términos de lo dispuesto en la Ley 41/2015, de 5 de octubre y se declara firme.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado/a Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Joaquín Astor Landete, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.