

Roj: **STS 613/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:613**Id Cendoj: **28079120012014100110**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/02/2014**Nº de Recurso: **1183/2013**Nº de Resolución: **125/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 785/2013,**
STS 613/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil catorce.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por **Marcial , Pascual y Santiago** , contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a los recurrentes como autores responsables de un delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Srs. Encinas Llorente, Fernández Castán y Blanco Blanco. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Veinte de los de Barcelona incoó Diligencias Previas con el nº 2622/2010, contra Pascual , Marcial y Santiago , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha seis de febrero de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<Se declaran probados los siguientes hechos:

1º) Sobre las 17:30 horas del día 1 de octubre de 2010, el acusado **Marcial** , mayor de edad con antecedentes penales que por el tiempo transcurrido han de considerarse cancelados, que regenta y es titular del bar **Petit Blau** . sito en la calle **Príncipe Asturias nº 53** de Barcelona, se encontraba en el citado establecimiento y entrego a **Alexis** una pieza de hachís de 2,325 gramos con una riqueza en delta 9 tetrahidrocannabinol (THC) de 6,13% +-0,25% a cambio de dinero.

2º) Seguidamente sobre las 18,15 horas, el acusado **Pascual** mayor de edad y sin antecedentes penales entró en el bar **Petit Blau**, mientras el acusado **Santiago** mayor de edad y sin antecedentes penales, le esperaba en la calle y en el interior del bar el acusado **Marcial** entregó una bolsa con cocaína a **Pascual** que salió a la calle y la entregó al acusado **Santiago** que esperaba a **Pascual** , que la guardó en el bolsillo, ausentándose ambos del lugar viajando en la motocicleta con la que habían llegado, **Pascual** como conductor y **Santiago** como acompañante, que al percatarse de la presencia policial, tiró al suelo la bolsa con la cocaína que fue intervenida por la policía. La presencia de la policía obedecía al dispositivo policial de vigilancia mixto, uniformado y de paisano, organizado sobre el bar **Petit Blau** y en sus alrededores por noticias vecinales de que el indicado bar se utilizaba para realizar tráfico de hachís y cocaína.



Esta cocaína analizada por el Instituto Nacional de toxicología tenía un peso neto de 32,011 gramos, con una riqueza base del 14,9% +- 0,5%. También se intervinieron 555 euros en efectivo al acusado Pascual y 900 euros en efectivo al Sr. Santiago .

Inmediatamente, a la referida incautación de cocaína, el cabo agente Mosso NUM000 al mando del dispositivo se personó en el bar Petit Blau y ordenó su registro.

3º) Simultáneamente a esta orden se intervinieron dos piezas de hachís cuando el acusado Marcial las tenía en las manos y pretendía venderlas a clientes del establecimiento bar Petit Blau, tirándolas en este momento el acusado al suelo detrás de la barra. Estas piezas de hachís analizadas por el Instituto Nacional de Toxicología resultaron tener un peso neto de 3,437 gramos, con una riqueza base en THC de 7,29%+0,25%.

4º) En el registro, se encontraron e intervinieron en presencia del acusado Marcial también tres papelinas, con cocaína con un peso neto de 0,489 gramos con una riqueza del 18,4% +-0,8%; 0,956 gramos ron una riqueza del 34,9% +- 1,5% y 0,316% con una riqueza del 33% +- 1,5% en el interior de una cajón en la que guardaba el azúcar.

Estas papelinas con cocaína estaban destinadas a la venta de clientes del bar>>.

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

<<FALLO.- Condenamos al acusado Marcial como autor responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud de los arts. 368 y 369.1.3º del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años y un día de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y al pago de una tercera parte de las costas procesales.

Condenamos a los acusados Pascual y Santiago como autores responsables de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud del art. 368.1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena para cada uno, de tres años de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y al pago para cada uno, de una tercera parte de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de la droga intervenida>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes 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 los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Marcial .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración el art. 24.2 CE . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849 LECrim por errónea aplicación del art. 66.1 CP .

Motivos aducidos en nombre de Pascual .

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim al existir contradicción entre los hechos declarados probados. **Motivo segundo.** - Por infracción de ley. **Motivo tercero** .- Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Motivos aducidos en nombre de Santiago .

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim . **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido.

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, **interesando la impugnación de todos los motivos del recurso** ; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día doce de febrero de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Recurso de Marcial .



PRIMERO.- En el primero de los motivos se invoca el Art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE para denunciar lo que el recurrente reputa una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

Desde la presunción de inocencia se puede verificar en casación:

- a) la existencia de prueba incriminatoria;
- b) su suficiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio, en el sentido de que de ella pueda deducirse de forma racional y concluyente la participación del acusado en los hechos delictivos.
- c) su validez en la doble perspectiva de que haya sido practicada con todas las garantías y de que se haya obtenido sin violación de derechos fundamentales; y
- d) su motivación, lo que sirve para testar su suficiencia (es decir la racionalidad del proceso deductivo seguido por el Juzgador y la refutabilidad de otras hipótesis que fuesen igualmente probables).

El recurrente se refiere en su argumentación tanto a la licitud de parte de la prueba (apartado c); como a su suficiencia (apartado b de los enumerados).

En el primer nivel aduce que el registro efectuado por los agentes en el bar que regentaba no se ajustó a las exigencias legales. Existían espacios de intimidad cuya invasión hubiese requerido autorización judicial. En establecimientos abiertos al público pueden concurrir zonas reservadas a sus titulares y no accesibles para cualquiera, donde pueden guardarse elementos ligados a la privacidad. Habla el recurrente de *nichos de intimidad*. Hay que diferenciar entre la inviolabilidad del domicilio y el respeto a la vida privada y familiar que va más allá de la protección específica de la morada. Al no limitarse los agentes a la entrada y registro de esos espacios ajenos a la intimidad y fisgonear en esos otros reductos inequívocamente privados (cajones, v.gr.) se habría vulnerado el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE). Debieran haber contado con un *plácet* judicial que no recabaron.

Además -se razona- desde que se reconoció la titularidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria a las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre), y más todavía desde la plasmación de tal premisa en una específica norma legal (art. 554.4º LECrim reformado en 2011), se disipa cualquier duda: las personas jurídicas no pueden gozar de mayor protección que las físicas. Si para aquéllas se necesita autorización judicial en esas condiciones, para éstas también ha de exigirse.

El planteamiento del recurrente en abstracto es correcto y está desarrollado con habilidad. Pero de sus premisas no se puede llegar a las conclusiones que pretende extraer para el asunto concreto que ahora se ventila.

a) La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que tiene que ver con la privacidad e intimidad. Pero privacidad e intimidad no se agotan ahí. Existe intimidad fuera del domicilio. Hay o puede haber espacios de privacidad en artilugios (máquina de fotos, ordenadores); en un vehículo; en una maleta; en los papeles que se guardan en el bolsillo de la americana; en el conocimiento por otros de circunstancias personales compartidas con ellos... Pero no toda afectación de la intimidad impuesta por la investigación de un delito reclama autorización judicial específica, o consentimiento del afectado. Así lo demuestra pensar en las hipótesis sugeridas (se interviene una máquina de fotos, se ocupan los documentos que portaba el detenido; o la policía interroga a un testigo recabando datos privados de otra persona relevantes para la investigación). La Constitución solo ha anudado esa exigencia previa de manera expresa a la entrada y registro domiciliario (inviolabilidad del domicilio) y a la intervención de las comunicaciones (preservación de su secreto). El legislador puede añadir más supuestos. Pero la ecuación afectación de la intimidad- necesidad de autorización judicial previa no es exacta.

En este sentido argumentaba la STS 777/2013, de 13 de octubre : "*¿Es necesario que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un Juez? La respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, por más que en ocasiones se puedan leer poco meditadas aseveraciones en ese sentido. Hay casos en que puede hacerlo la Policía Judicial de propia autoridad. En muchos supuestos -no todos- si concurre un consentimiento libre (por ejemplo, una exploración radiológica). En otros, incluso coactivamente (cacheos externos). No puede proclamarse precipitadamente el monopolio jurisdiccional como requisito indispensable de toda afectación de un derecho fundamental: la legitimidad constitucional de la detención policial es prueba clara de lo que se afirma. Ni siquiera sería totalmente exacto afirmar que ese es el principio general, solo excepcionado cuando la ley autorice a la policía **expresamente** . Actuaciones como la obligación a expulsar unas bolsas de la boca (STS de 25 de enero de 1993) o la toma de huellas dactilares (STS de 12 de abril de 1992) pueden resultar admisibles sin necesidad de una previa validación judicial ni de una ley específica habilitante. Será necesaria la previa intervención judicial cuando la Constitución o las Leyes así lo exijan (registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones). **La afectación de un derecho***



fundamental por sí sola no es argumento siempre suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial salvo explícita habilitación legal (vid SSTC 206/2007, de 29 de septiembre , ó 142/2012, de 2 de junio , citadas por recurrente y Audiencia respectivamente). Que una actuación pueda menoscabar la intimidad -registro de una maleta o unos papeles- no significa a priori y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional. La jurisdiccionalidad es exigible en algunos casos; en otros, no. Por eso la constatación de la incidencia de la medida -análisis químico- en la intimidad no comporta automáticamente previa habilitación judicial inexcusable. Como no necesita autorización judicial el interrogatorio de un testigo por la policía a fin de averiguar datos precisos para una investigación, aunque haya afectación de la privacidad propia o de otras personas (preguntar sobre alguna de sus actividades, si el interrogado estuvo con determinada persona, tipo de relaciones mantenidas con ella...). No es que se quiera equiparar uno y otro tipo de diligencias. Es obvio que no son equiparables. Esta consideración se hace a los únicos efectos de destacar que no es legal ni constitucionalmente correcta la ecuación afectación de la intimidad-necesidad inexcusable de previa habilitación judicial. La incidencia en la privacidad no lleva a cuestionar que pueda recibirse declaración a un testigo por la policía como medio de averiguación del delito, sin necesidad de previa autorización judicial motivada, ni de ningún otro requisito especial. Ni siquiera cuando ese interrogatorio, por exigencias de la investigación, conduce a adentrarse en reductos más sensibles de la privacidad".

Estaríamos ante un supuesto esencialmente diferente si lo que se alegase es que en ese establecimiento hay una zona dedicada a "morada" permanente o transitoria, y eso era claramente perceptible por los agentes o les fue puesto de manifiesto. En ese hipotético supuesto sí que podría argumentarse con más éxito sobre la necesidad de autorización judicial; no ya por la afectación genérica de la intimidad, sino por exigencias del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio. El concepto constitucional de domicilio no es administrativo o burocrático: es funcional, material.

b) No anda descaminada la argumentación del recurrente cuando evoca el art. 554.4 LECrim reformado. Pero no se puede compartir la conclusión que quiere extraer de ahí. Sería contrario a la voluntad cristalina de la ley. Según el recurso todo registro en un lugar donde puedan custodiarse papeles o documentos que se quieren mantener reservados a terceros requeriría autorización judicial. La última reforma del precepto invocado posiblemente no haya sido del todo afortunada. Introduce algunas dosis de incoherencia interna que el recurrente sabe aprovechar. Pero está claro que la Constitución y la Ley limitan la exigencia de autorización judicial a la entrada en lo que constituye el domicilio, lo que supone excluir ese presupuesto de otros lugares o ámbitos (un vehículo, un local comercial, un almacén...) salvo previsión expresa. El legislador ordinario ha extendido la exigencia a otros casos particulares entre los que se encuentra el introducido en 2011 solo para las **personas jurídicas imputadas** . No es muy congruente. Pero no puede proyectarse esa previsión más allá de su ámbito específico: domicilio de personas jurídicas *imputadas*.

La autorización judicial está pensada para proteger ese primer reducto de privacidad que es la morada, no para poner trabas a la investigación penal. Rige la inviolabilidad del domicilio también para los no imputados y también en actuaciones no penales. Esto es una obviedad. No se entiende por eso muy bien qué razones adicionales confluyen para una tutela reforzada cuando estamos ante una persona jurídica imputada, que no concurren también cuando lo que se registra es la sede de una persona jurídica no imputada (la imputación o no a veces depende solo del tipo de delito). Idéntica tutela debiera dispensarse a la persona jurídica imputada que a la no imputada. Que la responsabilidad penal alcance a la persona jurídica no imponía nuevas previsiones en materia de medidas de investigación invasivas de derechos fundamentales. No ha pensado así el legislador y la Ley 37/2011 añadió un nuevo apartado cuarto al art. 554 -entrada y registro domiciliario- con esta previsión que sirve de base al recurrente para su argumento: "*Tratándose de personas jurídicas imputadas, (se considera domicilio) el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que queden reservados al conocimiento de terceros*". No se atisban las razones de esa ampliación del concepto de domicilio operativa sólo para personas jurídicas imputadas. El registro de una oficina aneja a una tienda, donde también se guardan soportes de la industria o negocio, no exige mandamiento judicial si el titular del local es una persona física o una persona jurídica no imputada. Se pueden registrar esos lugares para esclarecer un delito no imputable a una persona jurídica (v.gr. una apropiación indebida); pero no si se tratase de una estafa, lo que no parece lógico. En ambos casos el derecho a custodiar es el mismo y la finalidad de su limitación idéntica: exigir responsabilidades penales. La "privacidad" de una persona jurídica no se robustece cuando se convierte en posible responsable penal. Tan tutelada ha de estar la intimidad de las personas jurídicas no imputadas como la de las imputadas. Sin embargo a tenor de la ley solo es predicable ese concepto ampliado de domicilio a estos efectos de la persona jurídica imputada, y por tanto solo respecto de delitos susceptibles de generar responsabilidad penal de entes morales. La disposición encierra, sin duda, incoherencias. Pero no pueden salvarse por la vía que propone el recurrente: extender las incoherencias a otros



supuestos en contradicción con la clara normativa legal. No puede proyectarse esa previsión sobre supuestos diferentes a los contemplados en ella: ni sobre estancias o negocios abiertos al público, ni sobre sedes de personas jurídicas cuando las mismas sean ajenas a la imputación.

Estas consideraciones eximen de adentrarse en otros eventuales argumentos (flagancia del delito) que abundarían en la necesaria desestimación de alegato.

SEGUNDO.- En un segundo nivel se considera que la prueba blandida para la condena no reúne la cualidad de "suficiente" para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

La argumentación que se despliega cobra todo su sentido en el debate en la instancia pero sobrepasa el marco de discusión permisible en casación. Existe prueba testifical corroborada por la ocupación de sustancia en el establecimiento. La declaración de Jesús Luis desdiciéndose de lo que consta en el acta de intervención y atribuyendo sus manifestaciones a amenazas y engaños de los agentes no son verosímiles. La Sala no les otorga credibilidad. Esa interpretación que hace el recurrente de un pasaje de la sentencia es interesada. La Audiencia se limita a orillar el argumento por el sencillo expediente de hipotetizar: aunque fuese así, subsistiría prueba sobrada. La retractación del testigo se explica, como apunta el Fiscal, por esa suerte de complicidad que se traba entre consumidor de droga y proveedor en virtud de la cual aquél abriga habitualmente reticencias y recelos para declarar contra éste. Cualquier persona familiarizada con procesos penales de estas características lo ha experimentado. Frente a ello las manifestaciones de los guardias urbanos son contundentes. No se adivina qué oscuras razones podían llevarles a montar una trama tan bien entrelazada para formular una acusación falsa; un palmario delito.

Los puntos débiles que intenta identificar el recurrente en sus declaraciones no son tales. Merecen muchas explicaciones compatibles con los hechos que la Sala ha declarado probados. No basta con hipotetizar lanzando imputaciones delictivas a los agentes de la autoridad para entender insuficiente la prueba. También la presunción de inocencia les ampara a ellos.

La exigencia de más de un testigo directo retrotrae a sistemas superados de prueba tasada. La argumentación que se desarrolla bajo esa premisa tiene un sostén erróneo.

Asimismo es inútil especular con el valor probatorio de las declaraciones de agentes de la autoridad discriminando según el cuerpo policial al que pertenecen. La equivocada atribución de la condición de Mosso a un testigo adscrito a la guardia urbana es irrelevante. Para todos rige lo dispuesto en el art. 717 LECrim que no contiene una presunción de veracidad como dice el recurso, sino una regla de asimilación al resto de testificales. Que sean agentes de la autoridad no añade ni quita nada al canon de la sana crítica.

El motivo ha de desestimarse.

TERCERO.- En un segundo motivo se denuncia la equivocada aplicación del art. 66.1 CP (art. 849.1º LECrim). En realidad lo que se está denunciando es la inaplicación de una atenuante analógica del art. 21.7 en relación con el art. 21.6 CP . Se sustentaría en la reparación -una especie de compensación- de vulneraciones de derechos fundamentales.

Como es sabido la atenuante analógica de dilaciones indebidas, antes de su consagración legal, nació de la mano de una jurisprudencia que barajaba las ideas de "pena natural" y compensabilidad de la afectación de un derecho fundamental a través de una reducción penológica (arts. 58 y 59 CP). Desde esas raíces y con algún apoyo doctrinal el recurrente quiere modelar otra atenuante analógica derivada de las vulneraciones de sus derechos fundamentales: presiones a los testigos por parte de la policía, registro no acomodado a la ley, falta de calidad de la sentencia (!), insuficiencia de las pruebas...

No puede acogerse sin muchas matizaciones y reservas el planteamiento general. Mucho menos su proyección sobre este supuesto. Tal atenuante no fue alegada en la instancia. Es una cuestión nueva. La base fáctica sobre la que puede construirse no está en absoluto acreditada. No se identifica la vulneración de ningún derecho fundamental.

La falta de calidad de la sentencia (no se atisba a qué se quiere referir) dará lugar a su impugnación pero no a una atenuación. Y la insuficiencia de la prueba debería provocar la absolución. Pero es absurdo intentar descubrir en la insuficiencia probatoria, o en la posibilidad de haber recabado más pruebas una atenuante.

Procede también la desestimación.

II. Recurso de Pascual .

CUARTO.- El primer motivo de este recurrente se canaliza por la puerta del art. 851.1 LECrim : contradicción en los hechos probados.



No puede prosperar pues no se señala una contradicción interna gramatical, o inmanente del relato fáctico, que es lo contemplado como vicio casacional en el precepto invocado, sino una supuesta discordancia entre la prueba practicada y las conclusiones alcanzadas en la sentencia, lo que es extraño a este motivo de casación. Da la sensación de que esa invocación obedece en exclusiva a la necesidad de guardar coherencia con el escrito de preparación.

En efecto, el recurrente acaba en el mismo motivo por invocar el art. 849.2º LECrim blandiendo como documento el acta del juicio oral, y descendiendo a un análisis crítico de diversas declaraciones para intentar demostrar que la Sala se equivocó al valorar las testificales en la forma en que lo hizo. Propone otra valoración. Aduce que la grabación del juicio oral brinda el mismo nivel de inmediación y contradicción que tuvo la Sala de instancia y que, por tanto, no puede haber inconveniente para esa nueva evaluación probatoria global. Se invoca la STS 978/2010 de 30 de diciembre 2010 .

Tal sentencia, avalaría la propuesta de este recurrente. Pero se trata de un pronunciamiento aislado en el panorama jurisprudencial. Se ha reiterado hasta la saciedad que el recurso de casación no es una apelación y que, por tanto, el debate sobre la valoración probatoria está más limitado. El visionado de la grabación audiovisual no sustituye la inmediación que exige también interacción con los medios de prueba.

Más allá de que no haya que "sacralizar" la inmediación (especialmente en lo que respecta a la fiscalización de sentencias condenatorias: tal principio nunca puede ser la coartada para una motivación exigua, ni puede erigirse él mismo en única motivación, ni es por sí garantía de acierto), en la reproducción videográfica no hay propiamente inmediación. Es tan solo un sucedáneo.

No existe en nuestro ordenamiento, a diferencia de algún significado ejemplo de derecho comparado cercano, una prohibición dirigida a los jueces de casación de visionar la grabación del juicio oral. Hay que partir de esa permisibilidad (para lo que constituye suficiente base legal el art. 899 LECrim). Pero eso no puede degenerar en una suerte de "transformismo" procesal convirtiendo la casación en un recurso de apelación. Eso es lo que viene a proponer el recurrente, planteando un debate en el que no vamos a entrar pues no nos corresponde analizar la credibilidad de cada testigo; solo la racionalidad de la valoración de la Audiencia.

QUINTO.- La grabación audiovisual en la resolución de un recurso de casación puede satisfacer ciertas finalidades, pero no la que sugiere el recurrente:

a) Puede servir para constatar determinadas incidencias procesales: que se ha efectuado la oportuna protesta; que se consignaron unas preguntas; que no se cumplió el trámite de la última palabra... La grabación sustituye al acta del juicio oral.

b) Esa grabación puede igualmente ser consultada, como todo el conjunto de las actuaciones (art. 899), a los efectos de verificar la existencia de prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia; o para llegar a la conclusión contraria.

c) Cuando estamos ante una grabación obtenida extra-procesalmente e introducida y utilizada como medio probatorio en el proceso penal (imágenes de unas vigilancias; grabación que constituye el objeto de un delito contra la propiedad intelectual o contra la intimidad...) se podrá utilizar como medio documental sobre el que edificar un recurso por *error facti* al amparo del art. 849.2º en la medida en que la sentencia se haya apartado de los datos objetivos que se desprenden de ese "documento", que acredita el contenido de la grabación no la realidad de las manifestaciones que puedan efectuarse (SSTS 513/2007, de 19 de junio ó 342/2010, de 15 de abril).

Sin embargo hay que rechazar tajantemente que la grabación pueda servir para una plena y nueva valoración de la prueba en casación. Eso que sería armonizable con la apelación -especialmente cuando se trata de revisar sentencias condenatorias-; no es congruente con el ámbito y las funciones que está llamado a desempeñar el recurso de casación. En la fiscalización de sentencias condenatorias puede ser usada la grabación solo para comprobar que no concurrió prueba de cargo suficiente para desmontar la presunción de inocencia; pero no para valorar directamente las pruebas de carácter personal usurpando una función que está atribuida en exclusiva al tribunal de instancia. La STS 978/2010 de 30 de diciembre invocada por el recurrente representa un islote y por eso no es significativa.

La inexistencia de un sistema generalizado de doble instancia y el derecho consagrado en los convenios internacionales a que todo condenado pueda ver revisada su condena por un Tribunal Superior no muta nuestro actual modelo de impugnación en el ámbito penal, convirtiendo en apelación lo que en la ley es un recurso extraordinario de casación. Se puede convenir en ensanchar la capacidad fiscalizadora de la casación pero no hasta el punto de equipararla a la apelación. Una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya algo distante en el tiempo, prevé una generalización de la apelación en materia penal, aunque haciéndola depender de la reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, anunciada pero todavía en etapas prelegislativas.



La posibilidad de reproducir la vista grabada no altera los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia siempre que sea racional y razonada. Dicha función corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia. Así lo reseña claramente la STS 503/2008, de 17 de julio de 2008 (caso del 11-M), en cuyo Fundamento de derecho 2º -que merece la pena transcribir pese a su extensión se dice: " *El recurrente (...) señala que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena, declarado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión de la prueba en sede casacional; de manera que, dadas las especiales circunstancias que concurren en el presente supuesto, el recurrente considera que deben ampliarse al máximo posible las facultades de revisión en vía casacional. Y añade que para ello se cuenta con el privilegio de disponer de una herramienta ad hoc, como es el acta del juicio oral grabado en un soporte videográfico y telemático, con una imagen y sonido de tan altísima calidad, que proporciona al tribunal de casación una importantísima "inmediación indirecta o de segundo grado". En apoyo de su tesis cita la STS nº 780/2006, de 3 de julio.*

En definitiva, entiende que el Tribunal de casación se encontraría en condiciones muy similares a aquellas de las que disfrutó el Tribunal de instancia en virtud de su relación directa con los medios probatorios de naturaleza personal, lo cual le permitiría proceder a una nueva valoración de todo el material probatorio.

La postura del recurrente no puede ser compartida.

Esta Sala, en Pleno no Jurisdiccional celebrado el 13 de septiembre de 2.000, declaró que, en la evolución actual de la jurisprudencia en España, el recurso de casación previsto en las Leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, como ya dijimos en Sentencias nº 2047/2002, de 10 de diciembre, nº 297/2003, de 8 de septiembre ó nº 1.261/2.004, de 9 de diciembre, entre muchas otras, del precepto citado se desprende que lo prescrito no es propiamente una doble instancia, sino el reconocimiento del derecho del condenado a someter el fallo que le afecte al conocimiento de otro tribunal superior; exigencia ésta a la que da satisfacción el recurso de casación previsto en la LECrim, tal como es concebido en función de la interpretación según la Constitución de los preceptos que lo regulan. Pero esa extensión no ha transformado el recurso de casación en una apelación con celebración íntegra de un nuevo juicio, ni tampoco en una apelación con revisión total de todas las pruebas...

...La condena del acusado exige acreditar la concurrencia de los hechos sobre los que se sustentan, tanto los elementos del tipo objetivo como los propios del tipo subjetivo. Cuando se trata de prueba directa de carácter testifical, debe valorarse la concurrencia de causas objetivas que impidan o dificulten la credibilidad del testigo. Pues la inmediación, aunque facilita la valoración, no excusa de la expresión del discurso razonado que la acompaña. Y cuando se acude a la prueba indiciaria o indirecta, tanto sobre hechos objetivos como sobre los subjetivos, el Tribunal de casación debe verificar la racionalidad del juicio de inferencia, la cual supone que el órgano jurisdiccional de instancia ha expresado suficientemente su razonamiento y, además, exige que no se haya optado por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta, (STS nº 1090/2002, de 11 de junio).

Esto es, al Tribunal de casación le corresponde verificar la existencia de prueba, su validez y la racionalidad del proceso valorativo realizado por el de instancia. Sin embargo, no le corresponde realizar una nueva valoración del conjunto de la prueba que fue practicada ante otro Tribunal, pues, aunque la reproducción del juicio celebrado sea posible mediante el visionado de su grabación, los límites inherentes a esa forma de proceder solo dan lugar a una inmediación de segundo grado, puesto que el Tribunal de casación únicamente puede ver, en realidad, la prueba practicada ante el Tribunal de instancia, pero ni la presencia directamente ni puede intervenir en ella.

*La prueba solo se practica con inmediación y oralidad ante el órgano de instancia, y por ello es a éste al que corresponde en primer lugar su valoración. El Tribunal de instancia presencia directamente la práctica de la prueba y puede intervenir en la orientación del debate, lo que le está vedado a quien solo percibe lo ocurrido de forma limitada a través del objetivo de una cámara. El visionado de la grabación del juicio no constituye en sí mismo auténtica inmediación, sino una reproducción por medios técnicos de la inmediación de la instancia. Efectivamente, **la grabación es una forma, distinta de la escrita y más completa, de extender el acta del juicio, y dadas sus características constituye una herramienta, generalmente de mayor utilidad, para que el Tribunal de casación pueda llevar a cabo su labor revisora sobre la legalidad de lo actuado, sobre posibles errores en la apreciación directa de lo realmente ocurrido e incluso en relación con la racionalidad del razonamiento valorativo. Pero no permite un nuevo juicio sobre la prueba personal practicada con inmediación sustituyendo al Tribunal de instancia, que la ha percibido directamente y ha podido intervenir en ella, por el órgano de casación, que solo la percibe de forma limitada y pasiva a través de la grabación, en su caso.***



También el Tribunal Constitucional ha minimizado la relevancia a estos efectos de esas grabaciones de la vista en primera instancia. Dice la STC 120/2009, de 18 de mayo: "*Como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal -incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto- viene dada por imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido.*

Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 LOPJ), en un sentido más estricto hemos establecido que "la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración" (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5).

En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE).

Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5)."

Que la vista esté grabada no permite arrumbar los principios que rigen la casación para tratar de situar al Tribunal Supremo en idéntica posición que la Audiencia Provincial. Ni siquiera la invocación del mal llamado derecho a la doble instancia permite ir tan lejos.

Realizadas estas consideraciones se adivina enseguida que la pretensión revisora íntegra del recurrente es inasumible y menos por el cauce del art. 849.2º. Sin perjuicio de que podamos recuperar algo de su discurso en el momento de discutir sobre presunción de inocencia (lo que introduce en un motivo posterior) ahora no cabe sino rechazar el motivo sin caer en la tentación de rebatir la interesada valoración de la prueba personal que efectúa el recurrente.

Procede la desestimación del primer motivo.

SEXTO.- Con la base del art. 851.3º LECrim en un segundo motivo se alega que no ha explicado la Sala las razones por las que ha llegado a la convicción de que la bolsa con cocaína ocupada era la misma que entregó el Sr. Marcial descartando la alternativa propuesta por la defensa.

El art. 851.3º LECrim va referido a pretensiones en sentido estricto y no a argumentos. Desde esa premisa, el planteamiento es incorrecto.

A mayor abundamiento la motivación fáctica de la sentencia permite deducir los elementos que fundan la convicción del Tribunal sobre este particular. La testifical sustenta la conclusión que ha extraído la Sala. La no ocupación de otra bolsa conteniendo dinero desacredita la versión alternativa: es incompatible con lo que argüía la defensa. Esa versión, por otra parte, ha sido recogida en los antecedentes de hecho de la sentencia, lo que es signo de que fue valorada y desechada. La secuencia que se de como probada y los argumentos que sustentan esa decisión excluyen la alternativa, la refutan sin necesidad de una referencia explícita.

El motivo es igualmente improsperable.

SÉPTIMO.- Tampoco el motivo tercero donde se invoca la presunción de inocencia puede merecer otro destino que su fracaso.

Todo lo plasmado en la sentencia como probado concuerda con la testifical practicada. Que no se entregase dinero en ese momento a cambio de la cocaína no desmiente la versión establecida: no es hipótesis insólita ni extravagante un pago anterior o posterior a la entrega de la sustancia. Los esfuerzos por intentar descubrir incoherencias en las declaraciones son loables pero no pueden abrirse paso. Nada hay contradictorio en la descripción de la bolsa -que fue ocupada, no se olvide- y su forma de estar sellada. La no aparición de ninguna



otra bolsa con dinero desmiente la versión defensiva. Se ocupó metálico en poder tanto de éste recurrente como de su acompañante lo que también es un desajuste con su versión exculpatoria.

La presunción de inocencia está desmontada y el **motivo no tiene aptitud para prosperar**.

III. Recurso de Santiago .

OCTAVO.- No se alcanza a precisar muy bien qué postula el recurrente en el primer motivo de su recurso que, además, canaliza por una vía poco comprensible: el art. 851.1. LECrim . Bajo tal leyenda se argumenta que la cantidad de droga obtenida no puede encajarse en el tipo básico (art. 368) sin violentar el principio de proporcionalidad. Se alude a la dosis mínima psicoactiva.

El motivo es improsperable.

Es patente que la cocaína obtenida valorado su grado de riqueza no solo supera la dosis mínima psicoactiva de forma clamorosa, sino que además impide reconducir los hechos al subtipo atenuado del art. 368.2 CP .

No cabe, por otra parte, dividir los hechos entre los dos partícipes. Se trata de un único delito contra la salud pública del que son coautores dos personas.

NOVENO.- Tampoco es posible como se pide en el segundo motivo degradar los hechos al estadio de la tentativa. Es verdad que es imaginable esa forma imperfecta de ejecución en algunos casos excepcionales, vinculados en ocasiones a supuestos de entrega vigilada. Pero el recurrente aquí manipula las palabras: estamos ante un caso en que la vigilancia policial detecta el delito; pero el delito ya consumado. Solo habrá tentativa (por la imposibilidad relativa) cuando se da en sentido técnico una "entrega vigilada" (art. 263 bis LECrim) y los agentes estatales tienen ya efectivamente controlada la sustancia estupefaciente a la que permiten circular con fines de investigación para identificar a todos los responsables. La intervención de una persona surgida con posterioridad a ese efectivo control, podrá ser considerada tentativa. Pero eso es muy distinto a casos como el presente. El hecho está consumado. Hasta que los agentes no intervinieron la sustancia no estuvo bajo su efectivo control; y basta esa tenencia o disponibilidad o concierto previo exteriorizado para la consumación del delito contra la salud pública. La entrega controlada es algo bien distinto a una vigilancia en la que se detecta "una entrega".

Procede la desestimación.

DÉCIMO.- La desestimación de los motivos lleva asociada la condena a cada recurrente al pago de sus respectivas costas (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Marcial** , contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra el mismo y otro por delito contra la salud pública, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Pascual** , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Santiago** , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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