



Roj: **STS 1598/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1598**

Id Cendoj: **28079120012017100318**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **1226/2016**

Nº de Resolución: **288/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1753/2016,**  
**STS 1598/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 20 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1226/2016, interpuesto por **Eloy**, representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. Raquel Nieto Bolaño, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Carmen Cabrera Alvarez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, de fecha 15 de marzo de 2016, dictada en las Diligencias Previas 371/15, del Juzgado de Instrucción nº 17 de Barcelona, que condenó por un delito contra la salud pública. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 17 instruyó Procedimiento Abreviado nº 80/2015, Diligencias Previas 371/2015, contra D. Eloy, por un delito contra la salud pública y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

**<<hechos.- ÚNICO.-** De la apreciación crítica de la prueba practicada resulta probado y así se declara que:

1.-La acusada, María Rosario, mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación de libertad por la presente causa, *sobre las 12:10 horas del día 4.01.2015*, entró en el C.Penitenciario (C.P., en adelante) de "La Modelo" de Barcelona, con el fin de mantener un "vis a vis" con su novio el cual se encontraba interno en el citado C.P., el acusado Eloy, mayor de edad, sin antecedentes penales computables, nacional de Cuba y SIN PERMISO DE RESIDENCIA EN ESPAÑA y en situación de libertad por la presente causa. La acusada llevaba puesto un cinturón, el cual se quitó, en el cacheo previo al "vis a vis", al igual que otros objetos personales que fueron investigados por funcionaria del C.P. quien, igualmente, procedió al cacheo de la visitante acusada, a quien se le hizo pasar por el arco detector, sin que ni en la inspección y el cacheo citados, se detectara la existencia de objeto o sustancia prohibidas por la legislación penitencia, por lo que se le devolvió el cinturón para que se lo volviera a poner a los fines que le son propios (sujeción de su pantalón) y SIN QUE, desde luego, **RESULTE ACREDITADO** que en el interior del cinturón la acusada ocultase sustancia tóxica o estupefaciente. Al finalizar el "vis a vis" y previo a la salida del C.P., pasó obligatoriamente al "cuartito" donde le devuelven sus objetos personales, analizan aquello con los que entró al "vis a vis" (en este caso concreto, del cinturón que llevaba puesto), la sometieron a nuevo cacheo, pasó por el arco detector y, al no detectarse ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria (en concreto, sustancias tóxicas), se le dio autorización para abandonar el C.P.

Del mismo modo, el acusado pasó por el arco detector, fue cacheado y examinados sus objetos personales, antes del "vis a vis", sin que se detectara por el funcionario actuante ningún objeto prohibido por la legislación



penitenciaria ( en concreto, sustancias tóxicas) por lo que se le dio su cinturón - de cuero marrón oscuro y modelo de caballero- para se lo volviera a poner a los fines que le son propios sujeción de su pantalón.

Al salir del pantalón, fue sometido al mismo protocolo por parte de un funcionario quien detectó un bultito en su cinturón, el cual pasaron por el escáner- al igual que sus zapatillas deportivas- sin que se observase ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria ( en concreto, sustancias tóxicas), sin embargo, el funcionario manipuló manualmente ese bultito, observó una agujero mayor de lo normal en la hebilla y, tirando de él, sin apenas esfuerzo, salieron dos paquetes que, a simple vista, contenían sustancia estupefaciente que parecía heroína.

2.-Debidamente analizada por la unidad de policía científica de los Mossos, la sustancia intervenida al acusado en el interior del cinturón que portaba- y DEL QUE NO HA RESULTADO ACREDITADO QUE FUERA EL MISMO QUE LLEVABA PUESTO LA ACUSADA CUANDO ENTRÓ AL " VIS A VIS"-distribuida en 2 paquetes, resultó ser HEROÍNA con peso neto de 0,40 gramos y una riqueza del 35+3% ( un paquete) HEROÍNA con peso neto de 13,93 gramos y una riqueza del 32+-3% ( el otro paquete), cuya finalidad era la distribución entre terceros dentro del C.P., SIN QUE. RESULTE ACREDITADO que LA ACUSADA INTERCAMBIASE EL CINTURÓN QUE SUJETABA SU PANTALÓN POR EL CINTURÓN QUE SUJETABA EL PANTALÓN DEL ACUSADO cuando éste entró en la habitación destinada al " vis a vis" con la acusada.

3.- No se ha acreditado fehacientemente el importe económico de la heroína incautada al acusado en el mercado clandestino>>

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

**<<Fallo.** ABSOLVEMOS a la acusada María Rosario del delito CONTRA LA SALUD PUBLICA por el que es siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables. Declaramos, en relación a ella, las costas de oficio.

CONDENAMOS al acusado Eloy como autor penalmente responsable de un delito CONTRA LA SALUD PUBLICA previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de 6 años y 1 día . Le imponemos la mitad de las costas causadas.

Por la presente Resolución, Oficiése al área de sanidad del la Delegación del Gobierno en Cataluña para que procedan a la destrucción de la sustancia intervenida al ser de ilícito comercio y dese al cinturón intervenido el destino legal >>

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, 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:

**Motivos aducidos en nombre del recurrente:**

**Motivo primero** .- Por la vía del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia indebida aplicación del art. 368 CP .

**Motivo segundo** .- Por la vía del art. 849.1º de la LECrim denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba .

**Motivo tercero** .- Con sede en el art. 849.1º LECrim denuncia indebida aplicación del art. 369.1º.7 CP .

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, se opone a los motivos del recurso, que subsidiariamente impugna, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO: El motivo primero al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación del artículo 368 CP .**

Argumenta que el Tribunal no ha contado con ninguna prueba del hecho de que el destino de la droga fue hallada al acusado fuera la entrega a otros internos para su ilícito consumo.

La inferencia realizada por la Sala a partir del único hecho acreditado es la posesión de 14,30 gramos de heroína debe ser cuestionada a la vista de que la ausencia de cualquier dato objetivo periférico que permita inferir que el propósito o intención del recurrente era la distribución entre terceros dentro del Centro Penitenciario donde fue hallada, dado que dos de los indicios que considera suficientes para excluir otra posibilidad alternativa:



primero.- Que el acusado poseía la heroína escondida de manera muy hábil dentro de su cinturón; y segundo.- que en los Centros Penitenciarios está prohibida tanto la tenencia como el consumo, no determinan en modo alguno tal propósito o intención, dado que dicha inferencia no es la única posible, ni tampoco la más razonable; y el tercero que no resulta acreditado que el acusado, a la fecha de los hechos, fuera adicto a sustancias estupefacientes, en concreto, no es adicto a la heroína, es una conclusión que no se deduce de los datos obrantes en la causa, el informe pericial del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, sólo acredita que en las fechas próximas a la extracción del vello axilar, 23 noviembre 2015, no fuera consumidor, pero existe un elemento de prueba documental que consta en las actuaciones (folios 21 al 28 Rollo Sala), cuál es la información médica del acusado remitida por el Servicio Médico del Centro Penitenciario de Barcelona acreditativa de que en enero de 2015 presentaba dependencia a opiáceos, y existen además otros indicios que cuestionan la conclusión a la que llega el Tribunal sentenciador, no constan que el acusado realizara acto alguno de venta o entrega de droga, sólo se le ocupó heroína que no estaba distribuida en dosis y la cantidad aprehendida en total a 4,16 g de heroína pura, 14,30 g netos, no excede en mucho de la previsión normal de un consumidor; no consta que se encontraran en su poder o en la celda que ocupa papelinillas o instrumentos para preparar las dosis a vender; no consta que Eloy fuera objeto de vigilancias por sospechas que se dedicara a la venta de droga, que mantuviera relación con internos consumidores, ni que fuera sorprendido en ocasiones anteriores realizando alguna operación de tráfico de sustancias estupefacientes.

Debemos recordar que el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que él presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla ( STS. 724/2014 de 13 noviembre ).

En este sentido es cierto que la cantidad de droga ocupada que permite por sí misma, excluir el destino al propio consumo se ha venido modulando en la jurisprudencia ( SSTS 1032/2010 de 25 noviembre , 1312/2011 de 12 diciembre y 285/2014 de 8 abril ) en el sentido de que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que puede estimarse destinada, exclusivamente, al consumo propio y de la que pueda considerarse destinada a distribución a terceros, fijan unas pautas o baremos basados en el cálculo de consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del mínimo de días de posesión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y en los datos facilitados por organismos declarados al estudio del fenómeno de la droga-así el Instituto Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.10.001 ha fijado ese acopio en 5 días y el consumo medio en relación a la heroína en 0,6 gramos diarios, siendo el módulo determinante de autoconsumo 3 gramos como máximo ( SSTS 841/2003 de 12 junio , 423/2004 y 5 abril , 951/2007 de 12 noviembre ) aun cuando tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal, sin impedir por tanto que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las SSTS. 492/99 de 26.3 , 2371/2001 de 5.12 , 900/2003 de 17.6 , declara que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detención de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS. 1262/2000 de 14.7 : "La cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el ánimo de destinarla al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito, pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detentada superaba el baremo legal que permite su acreditación....".

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo.



Ahora bien la cuestión del destino de la sustancia sólo puede ser objeto de controversia si él tenedor de la misma es consumidor, debiendo inferirse de ella su destino o no al autoconsumo, mientras que cuando se trata de no consumidores en principio debe deducirse su destino al tráfico ( SSTS 1003/2002 de 1 de junio , 1240/2002 de 3 julio ).

En efecto la tenencia de droga por un no adicto resulta típica, dado que la misma no puede estar destinada al autoconsumo y es, en sí misma generadora del peligro abstracto de difusión de la droga que la norma quiere evitar ( SSTS 129/2003 de 8 febrero , 207/2003 del 10 julio ).

El recurrente cuestiona los indicios tenidos en cuenta por el tribunal para inferir la concurrencia del elemento interno de la posesión de la heroína para, su posterior distribución a otros internos, cuales son la cantidad de heroína ocupada: 13,93 g con riqueza del 32% y 0,40 g y riqueza del 35%-esto es un total de 4,59 g de heroína pura-que excede de lo que es se considera apropiada para el autoconsumo, la forma en que era llevada, escondida dentro del cinturón de manera muy hábil, y el que considera más significativo, la falta de acreditamiento de la previa dependencia, la no constancia de la adicción al consumo de heroína.

El recurrente considera, en contra de lo afirmado por la sentencia recurrida, que si está acreditada su condición de adicto a sustancias estupefacientes.

Cita al respecto el informe del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forense-folios 70,72-en el que consta la conclusión del informe pericial sobre análisis de vello axilar, en el que no se detecta ninguna de las sustancias investigadas, pero dicho informe lo único que permite concluir es que en las fechas próximas a la extracción del vello axilar, 23 noviembre 2015, el recurrente no había consumido las sustancias analizadas, pero no permite concluir que en la fecha del hecho enjuiciado 4 enero 2015, no fuera Eloy consumidor de heroína, máxime cuando el propio informe en sus consideraciones señalaba que "un resultado negativo en la detección de drogas de abuso en pelo no refuta el uso o la exposición a las drogas de abuso investigadas" y existe prueba documental (folios 21-28 Rollo Sala) información médica y farmacéutica remitida por el Servicio Médico del Centro Penitenciario de hombres de Barcelona acreditativa de que en enero 2015 se detecta un síndrome de dependencia a opiáceos, con visitas médicas los días 7, 8 y 12 con referencias al tratamiento de metadona.

Por ello considera acreditado que en la fecha de los hechos Eloy era consumidor de heroína, no consta que lo fuera en noviembre 2015, pero la prueba documental demuestra que sí lo era él 4 enero 2015.

Pretensión que deviene inaceptable

En primer lugar se omite que en el informe de los folios 70-72 también consta la practica de analisis de sangre y orina con resultado ambos negativos.

En segundo lugar Un informe médico forense folio 57 siguientes se concluye que:

1º El acusado refiere toxicomanía de inicio a los 17 años de edad con consumo de residuo de cocaína fumada, cocaína inhalada y heroína fumada, y no refiere ni acredita documentalmente enfermedad psiquiátrica ni trastorno mental consecuencia de sus adicciones

2º la exploración clínica actual del informado no pone de manifiesto la existencia de manifestaciones psicopatológicas agudas, ni trastornos de la personalidad con criterios de gravedad susceptibles de modificar sus capacidades intelectivas ni volitivas.

Y en lo concerniente a los documentos aportados desde el Centro Penitenciario (folios 21 a 28) es significativo cómo resalta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, que a fecha 13 junio 2014 "no refiere drogas y aunque durante seis meses hay otras consultas a la clínica, no es hasta el 7 junio 2015, esto es, tres días después de ocurridos los hechos, cuando manifiesta el que quiere comenzar tratamiento con metadona. Pero no hay constancia de examen o circunstancia que objetivara la drogodependencia del acusado, y es sólo, una vez sorprendido con la posesión de la droga, a petición propia, y sin que conste dato objetivo alguno de que lo acredite, aparece la referencia señalada, lo que en palabras del Ministerio Fiscal "se asemeja más a una estrategia exculpatoria, que a la real constatación de drogodependencia".

Consecuentemente la conclusión de la Sala de la falta de acreditación de circunstancias objetivas de la adicción del recurrente a sustancias estupefacientes-en concreto heroína-ni siquiera de un consumo esporádico y sobre el destino de la droga poseída al tráfico, no puede tildarse de absurda e ilógica.

**SEGUNDO: El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 LECrim , error en la apreciación de la prueba.**

Señala como documentos: los folios 21 28 Rollo Sala, informe médico remitido por el Servicio Médico del Centro Penitenciario de hombres de Barcelona, en relación al recurrente que permiten concluir que él 4



enero 2015 Eloy era consumidor de heroína, sin que concurra otro elemento probatorio que contradiga esta conclusión.

El motivo se desestima.

Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, por todas STS 607/2010 de 30-6 , el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala - a que nos referiremos más adelante con más profundidad- que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo STS 936/2006, de 10-10 , 778/2007 de 9-10 ; 1148/2009, de 25-11 - la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.





3) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECrim .

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en sí mismo sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En relación a la prueba pericial, como destaca la doctrina, es una prueba de apreciación discrecional o libre y no legal o tasada, por lo que, desde el punto de vista normativo, la ley precisa que "el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" ( art. 348 de la LEC ), lo cual, en último término, significa que la valoración de los dictámenes periciales es libre para el Tribunal, como, con carácter general, se establece en el art. 741 de la LECrim . para toda la actividad probatoria ("el Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia"), sin que pueda olvidarse, ello no obstante, la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 C.E. ). El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica - que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia ( STS. 1102/2007 de 21.12 .

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación ( SSTS. 5.6.2000 , 5.11.2003 , 937/2007 de 28.11).

La jurisprudencia le otorga tal condición, cuando:

a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen ( SSTS. 534/2003 de 9.4 , 58/2004 de 26.1 , 363/2004 de 17.3 , 1015/2007 de 30.11 , 6/2008 de 10.1 , y AATS. 623/2004 de 22.4 , 108/2005 de 31.11 , 808/2005 de 23.6 , 860/2006 de 7.11 , 1147/2006 de 23.11 , o sin una explicación razonable ( SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3 ). En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del tribunal. En el primer caso porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo, porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos -como dice la STS. 310/95 de 6.3 , ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes



del conocimiento científico, esto es, se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo STS. 2144/2002 de 19.12 ).

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente contratadas en el momento del juicio oral.

Pues bien en el caso presente el contenido de los folios designados, en particular los numerados 23,27 y 57 y ss, del Rollo de la Sala ya han sido analizados en el motivo precedente al valorar la prueba acreditativa de destino de la droga intervenida el recurrente, por lo que carecen de la literosuficiencia requerida, máxime cuando, aun admitiendo que el recurrente fuese consumidor, como ya indicábamos más arriba la cantidad total que le fue ocupada excedía de las previsiones del autoconsumo, lo que unido a la forma de ocultación y su tenencia fuera de la celda permite inferir que al menos, parte de la misma se destinaba a su distribución a terceros.

**TERCERO: El motivo tercero, subsidiario de los anteriores, por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim , por indebida aplicación del artículo 369.1.7º CP .**

Se argumenta que tal como consta en la relación de hechos probados el 4 enero 2015 Eloy mantuvo un vis a vis con su pareja sentimental. Al salir del mismo y ser cacheado se encontró heroína en el cinturón que llevaba puesto.

Dado que la droga fue aprehendida en el control posterior al vis a vis, no hubo posibilidad de que la droga traspasara al interior de los módulos de convivencia, no surgió, por tanto, el peligro real y concreto de que pudiera llegar a los internos. En estas circunstancias, conforme la jurisprudencia de esta Sala que transcribe, no procede la aplicación del subtipo agravado del artículo 369.1.7.

El motivo deberá ser estimado.

Como hemos dicho en SSTs. 257/2015 de 6 mayo , 291/2009 el 17 marzo , 668/2009 de 5 junio , 642/2009 el 7 junio , 142/2010 de 25 febrero , 81/2014 de 13 febrero , y 257/2015 de 6 mayo entre otras muchas, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado la redacción de esta agravante ya que antes de dicha reforma se apreciaba cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se introducían o difundían en establecimientos penitenciarios, y, tras la mencionada reforma, se dispone su aplicación cuando las conductas descritas en el artículo 368 del Código Penal tengan lugar en establecimientos penitenciarios o en sus proximidades.

Sin embargo -sigue diciendo esta sentencia-, ello no supone que haya de ser rectificada, de modo radical, la doctrina jurisprudencial que había interpretado el alcance de la agravante con la anterior redacción, según la cual sólo se apreciará cuando la acción genere un *peligro real de propagación* dentro del centro penitenciario, *excluyéndose* en aquellos casos en los que la cantidad suministrada es reducida y destinada a un sujeto concreto ( Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998 y 29 de enero de 2001 ) ya que, no obstante ese cambio de redacción que amplifica el ámbito de su aplicación hasta el extremo de poderse aplicar cuando esas conductas se verifican en las proximidades del centro penitenciario, se mantiene la razón o finalidad que persigue el legislador y que justifica tan importante incremento de la gravedad de la pena, que puede pasar de los tres a los nueve años de prisión en supuestos como el que ahora examinamos. Es evidente, con la lectura del precepto, que en este subtipo ya no se recoge la introducción o difusión de la droga en el centro sino que se remite a los comportamientos estándares o nucleares previstos en el artículo 368 del Código Penal , que en este caso particular irían referidos a la posesión de la droga con propósito de entregarla a un interno, producida en el interior del centro penitenciario y que en principio, como se señala en la Sentencia de esta Sala 784/2007, de 2 de octubre , en una interpretación literal estricta, habría que estimar el motivo, sin embargo, se señala en esa misma sentencia que la relevancia de la cuestión planteada y su rigurosa incidencia en la penalidad, obliga a llevar a cabo una *interpretación más precisa* de la nueva cualificación. Es importante en esta línea tratar de hallar la *ratio agravatoria* del subtipo que analizamos. Alguna idea apunta la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado que nos dice: "El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, y por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la *difusión* de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección, como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabituación o rehabilitación". De acuerdo con lo dicho se comprende que realmente los *lugares en sí se protegen* porque allí residen o desarrollan actividades determinados colectivos de personas, resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga. Son grupos de personas extremadamente sensibles, que constituyen *mercados atractivos para los traficantes* o vendedores de drogas al por menor, que pueden afectar no sólo a su salud, bien jurídico



genéricamente protegido, sino indirectamente al *funcionamiento de la institución en que están integrados esos colectivos o a la frustración del cumplimiento de los fines* propios de esos centros. Junto a tal consideración no hemos de perder de vista que nos hallamos interpretando una complementación del tipo (subtipo), que va a producir una exasperación notable de la pena, lo que hace que la interpretación deba ser claramente *restrictiva*, como acabamos de apuntar, si no queremos desbordar los límites que impone el principio de proporcionalidad. Pero esa misma restricción interpretativa deberá operar en orden a la fijación de sus contornos delimitativos si queremos respetar el principio de lesividad, al objeto de que no se castiguen conductas que de antemano tienen cercenadas las posibilidades de lesionar el bien jurídico protegido. En este sentido el bien jurídico que la ley quiere proteger es el *riesgo o peligro* de que la droga *acceda y se difunda* entre estos colectivos de personas que ocupan los centros a que la ley se refiere. Sobre los criterios o principios expuestos debe construirse la cualificación. Por un lado, el subtipo de tenencia de droga en un establecimiento penitenciario o sus aledaños para que acceda a algún interno, *debe hallarse superpuesto* al delito básico, que está integrado por la posesión de drogas con propósito de destinarlas al consumo de terceros en general. En la superposición, partimos de un tipo delictivo de peligro abstracto, esto es, de la figura delictiva básica de la posesión de drogas para el tráfico del art. 368 en el que se está protegiendo la salud de indeterminadas personas, entre las que no pueden excluirse en el plano teórico o dialéctico a los internos de un centro penitenciario. De ahí que entendamos que a un delito de peligro abstracto, no deba unirse una cualificación también de peligro abstracto, so pena de vulnerar el principio de lesividad en aquellos casos en que no ha existido posibilidad alguna de daño con respecto a determinadas personas, en particular las que el legislador quería proteger de forma especial. En *evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico*, que pueden producirse en ese afán disuasorio del derecho al anticipar las barreras defensivas, entiende la Sala que a la cualificación habría que atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto, que en nuestro caso estaría integrado por el colectivo de personas que residen o desarrollan actividades en dichos centros, cumpliendo determinadas finalidades u objetivos. El subtipo se construirá añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una *cualificación de peligro concreto*. Dentro de estos parámetros hermenéuticos el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que *no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos*. Existió un peligro general ex ante cubierto por el *tipo básico*, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto. Tampoco resultaría afectado si un sujeto vende droga en los alrededores de la cárcel a personas que no son internos, sino terceros que eventualmente tuvieran la oportunidad de comprar en tal lugar. En caso de vender o facilitar la droga "en los alrededores" del centro a un tercero que por su profesión o por circunstancias determinadas puede hacerla llegar a los reclusos (personas que prestan servicios de abastecimiento, por ejemplo), sólo si consiguen burlar los controles interiores podrían responder de la cualificación. No es necesario, sin embargo, que realmente el recluso destinatario de la droga llegue a poseerla y menos consumirla o facilitar el consumo a un tercer recluso, sino que basta con la mera posibilidad, pero real y efectiva, no genérica o abstracta.

Y la STS de 25-2-2010, nº 142/2010, en relación con la vigente dicción del subtipo que se comenta, indica que la jurisprudencia reciente de esta Sala ha estimado que, así como el tipo básico del delito de tráfico de drogas del art. 368 Cpenal se construye sobre la estructura de un delito de riesgo abstracto, el subtipo agravado del núm. 8 del art. 369 no puede construirse sobre la estructura de otro delito de riesgo abstracto porque se lesionaría el principio de lesividad y merecimiento de pena (máxime teniendo en cuenta el enorme salto cuantitativo que prevé el Código –mínimo nueve años de prisión–, con lo que se lesionaría el principio de proporcionalidad y de culpabilidad como medida de la pena. Por ello, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que el subtipo agravado debe construirse sobre la estructura de un delito de riesgo concreto y ello desemboca en una interpretación muy restrictiva de dicho tipo.

En definitiva, como se señala en la STS 784/2007 de 2 de octubre "...el subtipo se construyó añadiendo a un delito de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto..." "Las consecuencias de esta construcción son claras; cuando la droga que se iba a introducir en el centro penitenciario es descubierta en los controles correspondientes, de suerte que *no traspasa al interior del centro penitenciario*, ni por tanto surge el *peligro real y concreto* de que pueda llegar a los internos, al ser ocupada, bien a la persona del exterior que la lleva, o bien al interno que la recibe de aquélla en un vis a vis, no procede la aplicación de tal subtipo y sí solo, el tipo básico.

En tal sentido, se pueden citar, además también las SSTS 668/2009 en la que se dejó sin efecto la aplicación del subtipo agravado porque no existió posibilidad de que la droga accediera a los demás reclusos, al ser descubierta por los funcionarios de prisión, en el mismo sentido STS 53/2009 de 26 de enero, referente a la introducción de droga para un hermano, en la que se rechazó el recurso del Ministerio Fiscal, ó la STS 291/2009 en la que también se rechazó el recurso del Ministerio Fiscal por inexistencia de peligro real de propagación al ser cantidad reducida y para una persona concreta, la STS 1911/2002 de 18 de noviembre, droga descubierta en la "paquetería" del centro penitenciario, destinada a un interno. En definitiva, esta construcción es semejante a la del subtipo agravado décimo de dicho artículo –importación– en la que se excluye tal agravación cuando





la droga es descubierta en el mismo recinto aduanero, lo que acredita la eficacia de las medidas preventivas y disuasorias, y al mismo tiempo, la imposibilidad de la circulación efectiva de la sustancia en territorio nacional.

En el caso presente la sentencia recurrida, tras considerar insuficientes para condenar a la pareja sentimental del acusado, María Rosario , las manifestaciones de la única testigo, funcionaria de prisiones número NUM000 , que había afirmado que el cinturón con que aquélla entró al vis a vis con Eloy era el mismo con el que salió este y en el que se intervino la heroína oculta en un agujero de la hebilla, aplica al acusado el subtipo agravado del actual artículo 369.1.7, al considerar, se sobreentiende porque no lo dice expresamente, que si no está acreditado que fuese María Rosario quien le dio la heroína en el vis a vis, el acusado ya la portaba dentro del cinturón antes de su encuentro personal con aquella y por tanto, existió la concreta posibilidad de distribución de la sustancia entre los internos del Centro Penitenciario.

Razonamiento del tribunal que resulta inasumible.

La sentencia considera probado que antes del vis a vis "el acusado pasó por el arco detector, fue cacheado y examinados sus objetos personales, antes del " vis a vis", sin que se detectara por el funcionario actuante ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria ( en concreto, sustancias tóxicas) por lo que se le dio su cinturón - de cuero marrón oscuro y modelo de caballero- para se lo volviera a poner a los fines que le son propios sujeción de su pantalón.

Al salir del pantalón, fue sometido al mismo protocolo por parte de un funcionario quien detectó un bultito en su cinturón, el cual pasaron por el escáner- al igual que sus zapatillas deportivas- sin que se observase ningún objeto prohibido por la legislación penitenciaria ( en concreto, sustancias tóxicas), sin embargo, el funcionario manipuló manualmente ese bultito, observó una agujero mayor de lo normal en la hebilla y, tirando de él, sin apenas esfuerzo, salieron dos paquetes que, a simple vista, contenían sustancia estupefaciente que parecía heroína".

Por lo tanto si no se le detectó sustancia alguna a la entrada y si solo a la salida del vis a vis, cabe una duda razonable sobre el origen de la droga, siendo factibles otras hipótesis alternativas, no solo que fuese María Rosario quien se la proporcionase sin que hubiese sido detectada en el control previo, sino incluso que la droga estuviera ya en la habitación olvidada o perdida en un vis a vis anterior.

Existiendo alternativas a la hipótesis que justificó la condena por el subtipo agravado, susceptibles de ser calificadas razonables, ello impide satisfacer el canon de razonabilidad de la condena.

La estructura lógica del razonamiento o juicio sobre la prueba es débil y no alcanza las seguridades mínimas para responsabilizar al recurrente del subtipo agravado. La fragilidad o debilidad incriminatoria resulta incompatible con el juicio de certeza que debe generar toda prueba de cargo que fundamente la convicción del juzgador para dictar esa sentencia condenatoria y que se traduce por otra parte, en la falta de la necesaria racionalidad de la valoración cuando dicha prueba, por la inconsistencia e incertidumbre de que adolece, no excluye la duda razonable de un resultado valorativo diferente, sino que propicia y robustece tal posibilidad alternativa, cuando, como aquí sucede, el tribunal sentenciador se abstiene de precisar -más allá de la mera afirmación- las razones por las que se inclina por una de las alternativas que ofrece la prueba y excluye las que favorecen al acusado.

Consecuentemente como la droga que el recurrente llevaba oculta en el cinturón y que se iba a distribuir entre los internos fue descubierta en los controles correspondientes, de suerte que no traspasa al interior del centro penitenciario, y por tanto surge el peligro real y concreto de que pueda llegar a los internos, bien a la persona del exterior en la lleva, o bien al interno que la recibe en un vis a vis, no procede la aplicación de tal subtipo y si sólo el tipo básico.

**CUARTO:** Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º Estimarparcialmente** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. **Eloy** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, de fecha 15 de marzo de 2016 , dictada en las Diligencias Previas 371/15, del Juzgado de Instrucción nº 17 de Barcelona, que condenó por un delito contra la salud pública, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho. **2º** Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso. Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 20 de abril de 2017

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 1226/2016, interpuesto por María Rosario , nacida el día NUM001 .1989 , en Jaen ( Perú ) , hija de Humberto y Inés , nacionalizada española , con D.N.I. nº NUM002 , y Eloy , nacido el día NUM003 .1081, en la Habana( Cuba ) , hijo de Pelayo y Salome , SIN residencia legal en España. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del **tribunal Supremo** por la representación legal del acusado y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados proceden a dictar esta **Segunda Sentencia** con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la sentencia recurrida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia precedente, existiendo una duda razonable de cómo y cuando llegó a poder del acusado la heroína que le fue ocupada al salir del vis a vis, oculta en el cinturón que llevaba, no procede la aplicación del subtipo agravado del art. 369.1.7º y sí el tipo básico del art. 368 CP .

**SEGUNDO.-** Que en orden a la nueva individualización penológica no se aprecian razones suficientes para una exasperación punitiva y atendiendo a la escasa cantidad de droga que le fue intervenida, procede la imposición de la pena en su límite mínimo, tres años prisión.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**Manteniendo el resto de los pronunciamientos**, de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª de fecha 15 de marzo de 2.016 , debemos **condenar y condenamos a Eloy** , como autor responsable de un delito contra la salud pública, sustancias que causan grave daño a la salud, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de 3 años prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la mitad de las cosas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Carlos Granados Perez