

Roj: **STS 5324/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5324**Id Cendoj: **28079120012016100922**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/12/2016**Nº de Recurso: **631/2016**Nº de Resolución: **916/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª), con fecha 26 de enero de 2016, en causa seguida contra Leon por Delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia de la Excmo. Sra. Dña. Ana María Ferrer García, siendo parte recurrida el acusado Leon representado por el Procurador Sr. D. Marco Aurelio Labajo González.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 8 de los de La Coruña, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 792/15 contra Leon, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª, rollo 96/2015) que, con fecha 26 de enero de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PRIMERO. Sobre las 13: 40 horas del 19 de marzo de 2015, los policías nacionales, número de identificación NUM000 y NUM001, cuando se encontraban, de paisano, desarrollando labores propias de su trabajo, observan a un individuo con aspecto de toxicómano, que resultó ser Secundino, caminando y atravesando de manera apresurada la calzada sin respetar los pasos de peatones habilitados para cruzar dicha vía, llegando hasta la plaza Alfonso XIII de esta ciudad, donde permanece en situación de espera. Dichos policías, sabedores de que en dicha zona se producen actos de consumo y tenencia de sustancias estupefacientes, se mantienen a la espera para comprobar si se va a realizar algún tipo de venta de sustancias. Instantes después se acerca al lugar el acusado Leon, DNI NUM002, observando el policía con carne de profesional NUM001, situado en a escasos metros, como se produce una entrevista entre el acusado y Secundino, en el transcurso de la cual el citado funcionario ve como se procede a la entrega de dinero por Secundino, pero no ve que a cambio el acusado le hubiera hecho entrega de objeto o sustancia alguna. A continuación el citado policía ve al acusado en compañía de una mujer, que resultó ser Dolores, ambos abandonando la plaza y procede a seguirlos. El funcionario policial no vio intercambio alguno de droga por dinero entre el acusado y Dolores.

SEGUNDO. En el momento en el que el policía número NUM001 se identifica como policía y agarra al acusado, para proceder a cacheo, éste se deshace de la droga tirándola por encima de una valla que pertenece al colegio infantil Sagrada Familia de esta ciudad. Una vez controlado el detenido, el agente con carne número NUM001 procede a recuperar, saltando la valla que delimita el colegio de la Sagrada Familia, aquello que el acusado había tirado, resultando ser seis papelinas de heroína con una pureza del 47,10% y un valor en el mercado de 155,49 euros. El policía no ve a persona alguna, niños o adultos, en el terreno perteneciente al colegio.

TERCERO. A Dolores se le intervinieron dos papelinas de heroína que portaba en el interior de la bolsa de la compra. A Secundino no se le interviene droga alguna.



CUARTO. En el momento de la detención el acusado portaba 60,50 ? y un teléfono móvil, marca Nokia.

QUINTO. El día 13 de mayo de 2015, los policías nacionales número NUM001 y NUM000 , cuando se encontraban, de paisano, desarrollando las labores propias de su trabajo, por la zona del BARRIO000 , observan en la CALLE000 , a la altura del portal NUM003 / NUM004 a una persona, conocida por ser consumidora de sustancias estupefacientes, que resultó ser Demetrio , en la actitud de espera caminando de un lado a otro de la acera. A los pocos minutos el acusado Leon , sale del portal de su domicilio y se dirige hacia donde se encontraba Demetrio produciéndose el encuentro entre ambos y echando a andar hacia la CALLE000 . Llegados a la intersección, el policía número NUM001 , estando a corta distancia, con absoluta visión directa, ve como se empezaba a producir un intercambio, sacando Demetrio un billete de 20 ? y el acusado un mechero que abre y del que extrae dos papelinas de heroína. Dicho policía se identifica como tal y en ese momento el acusado arroja la droga debajo de un vehículo, comprobando el policía que se trataba de dos papelinas de heroína y un mechero con la tapa inferior desmontable en cuyo interior se encontraban otras cinco papelinas.

SEXTO. Al mismo tiempo que se deshacía de la droga echó a correr por lo que se produjo un forcejeo entre el agente NUM000 y el acusado para interceptarlo y reducirlo, cayendo ambos al suelo. El forcejeo no cesó hasta que llegaron los refuerzos policiales.

OCTAVO. El policía número NUM000 , resultó con lesiones que fueron diagnosticadas como erosiones en piernas, esguince en región dorsal del pie derecho, de las que tardó en curar siete días durante los cuales no estuvo imposibilitado ninguno, precisando para alcanzar la sanidad de exploración diagnóstica, limpieza-desinfección y antiinflamatorios. Le resta como secuela una cicatriz de 1 cm en el tercio superior de la cara anterior de la pierna derecha.

NOVENO. La sustancia analizada en resultó ser heroína con un peso de 0,759 mg, con una pureza en cuenta en 1% y un valor en dosis de 194,75 C.

DÉCIMO. En el momento de la detención el acusado era portador de un teléfono móvil Samsung.

UNDÉCIMO. El acusado estuvo privado de libertad, por esta causa, desde el 13 de mayo de 2015 hasta el 25 de enero de 2016."

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Condenamos al acusado Leon como autor de un delito de tráfico de drogas del artículo 368.2 del Código Penal, en la modalidad sustancias que causan grave daño la salud, **a la pena de prisión de un año y nueve meses** y multa de 194,75 ?, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Como autor de un delito de resistencia del artículo 556 Código Penal condenamos al acusado **a la pena de siete meses de prisión**. Se impone asimismo la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le imponen la mitad de las costas causadas en el juicio. En concepto de responsabilidad civil se le impone la condena de indemnizar al policía nacional número NUM000 en la cantidad de 582 ? con aplicación de lo establecido en el artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil . Queda absuelto de lo demás delitos objeto de acusación. Se acuerda el comiso y destrucción de la sustancia intervenida así como el comiso de los teléfonos móviles y el mechero. El tiempo que estuvo privado de libertad por esta causa se abonará para el cumplimiento de la pena de prisión."

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por inaplicación indebida del artículo 368.1 CP .

2º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción por aplicación indebida del artículo 368.2º, y por inaplicación indebida del párrafo 1º del indicado artículo.

3º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim , por infracción por inaplicación del artículo 147.1 CP .

Quinto.- Instruido el acusado recurrido Leon , lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia el 26 de enero de 2016 por la que condenó a Leon a las penas de un año y nueve meses de prisión y multa de 194,75?, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y a la pena de siete meses de prisión como autor de los delitos de tráfico de drogas y de resistencia, de los que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal.

La Sala sentenciadora declaró probado, en síntesis, que sobre las 13:40 horas del 19 de marzo de 2015, cuando policías nacionales de servicio intentaron cachear al acusado Leon, quien había levantado sospechas por sus previos contactos en la calle, aquél se deshizo de seis papalinas que portaba. Una vez recuperadas se analizó su contenido que resultó ser heroína con una pureza del 47,10% y un valor en el mercado de 155,49 euros.

El día 13 de mayo siguiente los mismos policías, también cuando se encontraban de servicio de paisano, vieron que el acusado se disponía a entregar dos papelinas de heroína a otro varón a cambio de 20 euros, por lo que se identificaron como agentes, momento en el que Leon se deshizo de la papelinas que llevaba, tirándolas debajo de un coche y echó a correr. Para impedir su huida, fue interceptado por el policía NUM000, entablándose entre ambos un forcejeo que no cesó hasta que llegaron refuerzos policiales. El agente resultó con lesiones que fueron diagnosticadas como erosiones en piernas, esguince en región dorsal del pie derecho, de las que tardó en curar siete días durante los cuales no estuvo imposibilitado ninguno, precisando para alcanzar la sanidad de exploración diagnóstica, limpieza-desinfección y antiinflamatorios. Le resta como secuela una cicatriz de 1 cm en el tercio superior de la cara anterior de la pierna derecha.

Analizada la sustancia de la que se deshizo el Sr. Leon resultó ser heroína con un peso de 0,759 mg y un valor en dosis de 194,75?.

Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso que ha sido impugnado por la representación de Leon y que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar inaplicación indebida del artículo 368.1º CP.

Considera errónea la inferencia del Tribunal sentenciador en cuanto al primero de los episodios recogidos en el relato de hechos probados, al descartar que la droga que fue intervenida al acusado, tras haber intentado deshacerse de ella tirándola detrás una valla, estuviera destinada al tráfico.

A tales efectos destaca que el relato de hechos probados no hizo mención a ninguna drogodependencia del Sr. Leon que pudiera justificar la tenencia para su consumo. Solo en la fundamentación jurídica, en relación al segundo incidente, precisó que era adicto a la heroína, y se encontraba en tratamiento con metadona, lo que a juicio del recurrente excluye la ingesta simultánea de ambas sustancias.

Por el contrario considera que sí suministró datos relevantes para deducir que la heroína incautada estaba destinada al consumo propio. El acusado fue interceptado por la policía en una zona frecuentada por consumidores de droga en la que fue visto mientras recibía dinero de un individuo con aspecto de toxicómano. Llevaba la heroína distribuida en papelinas, forma habitual de presentación para traficar con ella. Y el propio relato de hechos describió un acto de venta de heroína protagonizado por él algún tiempo después, lo que, a entender del Fiscal pone de manifiesto inequívocamente la dedicación del acusado al tráfico de drogas, ya que es conocido como traficante por los consumidores, quienes le abordan a la salida de su domicilio.

Ciertamente los datos que pone de relieve el recurrente pueden ser sugestivos de la actividad de tráfico que atribuye al acusado respecto al primero de los episodios narrados en el relato fáctico de la sentencia recurrida, pero no inequívocos. La presencia de un consumidor de drogas en una zona donde se adquiere la misma no necesariamente implica que lo sea como suministrador. Y quien aproximadamente mes y medio después, tiempo que media entre las dos secuencias que se narran, se somete a un tratamiento de deshabituación con metadona para combatir su adicción a la heroína, es que la misma tiene una cierta antigüedad, por lo que es lógico remontarla a ese primer momento.

El acusado fue visto relacionándose con toxicómanos, incluso uno de ellos le dio dinero, lo que puede responder a distintas hipótesis, toda vez que lo que en ningún caso se observó es que a cambio entregara sustancia alguna. Por último, la distribución de la droga, cuyo peso no consta, compagina con la que él hubiera podido adquirir para su propio consumo. Partiendo de esos datos no puede tacharse de errónea la inferencia de la Sala sentenciadora, que además se realiza a partir de la declaración en el acto del plenario del acusado, quien rechazó poseer la sustancia que se le intervino el 19 de marzo de 2015 para el tráfico, aspecto en el que el Tribunal le reconoció credibilidad. Aceptar la pretensión del recurrente implicaría una revaloración en casación de pruebas de carácter personal en perjuicio del reo, lo que, como hemos señalado reiteradamente en la misma línea que el Tribunal Constitucional y el TEDH, nos queda vedado desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías.



Por lo expuesto el motivo se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar inaplicación indebida del artículo 386 párrafo 1º del CP .

Sostiene que, a partir del relato de hechos probados, cuyo respeto impone el cauce casacional empleado, no puede considerarse de menor entidad el episodio de tráfico por el que viene condenado el acusado, el ocurrido el 13 de mayo de 2015, ya que, además de las dos papelinas que intentó vender, le fueron ocupadas otras cinco que en total arrojaron un peso de 0,759 mg. También sostiene que la dedicación habitual del acusado al tráfico de heroína aparece claramente expuesta en el factum, no solo por los hechos ocurridos el 19 de marzo de 2015, sino también porque Demetrio , quien intentó comprarle heroína el día 13 de mayo del mismo año, no se tropezó con el acusado en una zona de trapicheo, sino que acudió a esperarle a la salida de su domicilio, lo que valora como indicativo de que éste es un punto de encuentro habitual para la adquisición de este tipo de sustancias.

La doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 33/2011 de 26 de enero , 482/2011 de 31 de mayo , 542/2011 de 14 de junio , 646/2011 de 16 de junio , 1359/2011 de 15 de diciembre , 193/2012 de 22 de marzo , 397/2012 de 25 de mayo , 506/2012 de 11 de junio , 869/2012 de 31 de octubre , 904/2012 de 27 de noviembre , 97/2013 de 14 de febrero y 270/2013 de 5 de abril o la 46/2015 de 10 de febrero) ha considerado que el párrafo 2 del artículo 368 CP incorpora un subtipo atenuado, en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado, en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo ("... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable") cuya concurrencia puede y debe ser valorada racionalmente. Una vez constatados estos presupuestos citados, la rebaja penológica es obligada.

En definitiva, el referido precepto incorporado por la LO 5/2010, en palabras de este mismo Tribunal, responde "*...a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado*" (STS 33/2011 de 26 de enero).

La STS 873/2012 de 5 de noviembre , resumió la doctrina jurisprudencial sobre este tipo atenuado en los siguientes términos:

1º) El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2º) Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".

3º) La regulación del Art. 368.2º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4º) Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.



La desestimación del primer motivo del recurso impide que los hechos ocurridos el 19 de marzo del año 2015 puedan ser tomados en consideración a la hora de efectuar la valoración que ahora nos corresponde, una vez descartado que los mismos integraran un supuesto de tenencia preordenada al tráfico. Por lo demás, la totalidad de la sustancia que fue ocupada al acusado el 13 de mayo del mismo año (la de las dos papelinas que intentó vender y las otras cinco que ocultaba en un mechero) solo superó en 0,099 mg la cantidad que la jurisprudencia de esta Sala ha fijado como dosis mínima psicoactiva (0,66mg), lo que, con arreglo a la doctrina expuesta, nos sitúa ante un injusto de mínima gravedad, elemento objetivo suficiente por sí solo para atraer la modalidad atenuada, cuando además se trata de vendedor toxicómano y no se aprecian otras circunstancias desfavorables. La sospecha de habitualidad que el recurrente esgrimió no encuentra engarce suficiente en el relato de hechos de la sentencia recurrida, pues de él se infiere que el encuentro entre el Sr. Leon y el Sr. Demetrio se produjo cerca del domicilio de aquél, pero no que ese fuera el dato que determinó el desplazamiento del comprador hasta ese lugar.

En atención a lo expuesto el motivo se desestima.

CUARTO.- El tercero y último motivo de recurso denuncia, también por vía del artículo 849.1 LECrim , la infracción por inaplicación del artículo 147 CP .

Sostiene el recurrente que las lesiones que la sentencia describe como sufridas por el agente nº NUM000 a consecuencia del forcejeo que mantuvo con el acusado serían encuadrables en tal precepto. Se trataron de lesiones que, según el relato de hechos probados, " fueron diagnosticadas como erosiones en piernas, esguince en región dorsal del pie derecho, de las que tardó en curar siete días durante los cuales no estuvo imposibilitado ninguno, precisando para alcanzar la sanidad de exploración diagnóstica, limpieza-desinfección y antiinflamatorios. Le resta como secuela una cicatriz de 1 cm en el tercio superior de la cara anterior de la pierna derecha." Y considera el Fiscal recurrente que la pauta farmacológica mencionada debe ser considerada como tratamiento médico con el alcance que requiere el precepto cuya aplicación reivindica.

Según la doctrina de esta Sala por tratamiento médico puede entenderse aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si esta prescrita por un médico. Es indiferente que esa actividad la realice el propio médico, se la encomiende a auxiliares sanitarios, al propio paciente o a una persona carente de titulación, prescribiéndole fármacos o fijándole comportamientos como dietas o rehabilitación (entre otras SSTS 91/2007 de 12 de febrero , 880/2008 de 17 de diciembre o 477/2009 de 10 de noviembre).

Cualquiera que sea el alcance que corresponda a los conceptos "tratamiento médico o quirúrgico" a los que se refiere el artículo 147 CP , es necesario que sean requeridos "objetivamente" para la curación de la lesión.

En este sentido ha señalado esta Sala (entre otras SSTS 89/2014 de 12 de mayo o 546 /2014 de 9 de julio) que su necesidad ha de obedecer a razones derivadas de la naturaleza y características de la propia lesión, puestas en relación con los criterios que la ciencia médica viene observando en casos semejantes. Si aplicados tales criterios médicos al caso concreto según sus particularidades, se hace necesario un tratamiento médico o quirúrgico posterior a los primeros cuidados facultativos, se está ante el delito de lesiones y no ante la falta, hoy delito leve. Y ello al margen de lo que realmente haya ocurrido en el caso concreto en virtud de distintas opciones personales. Es decir, lo importante es que ese esquema curativo se presente generalmente como idóneo para el óptimo restablecimiento del paciente según el estado de la ciencia, y al margen de la subjetividad del facultativo o de la propia víctima. Como dijo la STS 744/2012 de 25 de octubre , no es el tratamiento efectivamente recibido lo que convierte la lesión en delito, sino la objetiva necesidad de recibirlo para la sanidad.

En el caso que nos ocupa la Sala sentenciadora no consideró acreditado que la ingesta de antiinflamatorios fuera objetivamente necesario para la sanación de las lesiones, es decir que tuviera finalidad curativa, y razonó al respecto: " *En el caso de autos no se puede considerar que a la vista de la entidad de las lesiones, erosiones en pierna, y esguince en región dorsal del pie derecho, que curaron en siete días sin que estuviere imposibilitado o ilimitado para la realización de las actividades de la vida diaria, sin hospitalización ni baja laboral, permiten considerar que la pauta de los antiinflamatorios no fuera simplemente como paliativa de molestias leves, o incluso prevención de ellas, no para la efectiva curación de una lesión. No podemos concluir que el tratamiento prescrito fuera necesario objetivamente para la curación .*"

Tal argumentación exterioriza un criterio coherente y que además se acomoda a la doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 724/2008 de 4 de noviembre o 1137/2009 de 22 de octubre) según la cual la aplicación de tratamiento farmacológico sin más especificaciones, no puede ser equiparada a la noción de tratamiento médico, como elemento normativo del tipo previsto en el artículo 147 CP .



En atención a lo expuesto el motivo se desestima y con él la totalidad del recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim , procede declara de oficio las costas de este recurso.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 2ª, de fecha 26 de enero de 2016, Rollo 96/2015 en causa seguida contra Leon , por los delitos de tráfico de drogas, resistencia y lesiones. Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martin D. Luciano Varela Castro Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excmá. Sra. Dª. Ana Maria Ferrer Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.