Roj: **STS 5401/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:5401**

Id Cendoj: **28079120012009100851**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **07/06/2009**
Nº de Recurso: **506/2008**
Nº de Resolución: **642/2009**
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Junio de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la procesada Alicia representada por el Procurador D. Vicente Ruigomez Muriedas, contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la **Audiencia Provincialde Barcelona,** con fecha **15 de octubre de 2007,** que la condenó por un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, instruyó sumario nº 4/2006, contra Alicia , por un delito contra la salud pública, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 15 de octubre de 2007, en el rollo nº 5/2007, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados:**

"Se declara probado que el día 22 de Octubre de 2.006, ***Alicia ,*** *mayor de edad de la que no constan antecedentes penales, se dirigió al Centro* ***Penitenciario*** *d'Homes de Barcelona llevando ocultos en sus calcetines cuatro envoltorios conteniendo un total de 84'296 gramos de haschis con una riqueza del 10'3%, dos envoltorios conteniendo un total de 1'714 gramos de una sustancia en polvo cuyo 30'4 %* ***(0'521 gramos)*** *era heroina pura, y un envoltorio de 0'488 gramos cuyo 25'4 %* ***(0'123 gramos)*** *era cocaína pura; todo lo cual iba a entregar a su compañero sentimental, interno en dicho Centro, Abel con quien iba a tener una comunicación íntima programada para las 15'00 horas.- Cuando fue llamada para dicha comunicación y al pasar al interior del Centro, fue interceptada por agentes del Cuerpo de Mossos d'Esquadra que habían sido alertados por la Dirección del Centro de que por noticias confidenciales sabían que* ***Alicia*** *podía ser portadora de sustancias estupefacientes, y al preguntarle al respecto, aquélla admitió tener consigo las referidas sustancias que, en el registro personal del que fue objeto, se le ocuparon. No consta que* ***Alicia*** *manifestara su propósito de entregarla al referido interno en el Centro* ***Penitenciario****." (sic)*

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

"FALLO.- CONDENAMOS a Alicia como responsable en concepto de autora del delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA antes descrito, del que fue acusada por el Ministerio Fiscal, sin que le afecte ninguna circunstancia que pueda modificar su responsabilidad, a las penas de NUEVE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE DOSCIENTOS SESENTA Y DOS EUROS (262 €), así como al pago de las costas del proceso." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por la condenada, 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 de la recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida del art. 369.8º del CP.

2º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del art. 24.2 de la CE, referido al derecho a la presunción de inocencia.

3º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim., por error en la valoración de la prueba.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, 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 26 de marzo de 2009.

SÉPTIMO.- Por auto de fecha 26 de marzo de 2009, se suspendió el término para dictar sentencia hasta la celebración de Pleno no Jurisdiccional, por providencia dictada el 5 de junio pasado, se acordó levantar la suspensión que venía acordada, quedando las actuaciones a la vista para dictar la resolución correspondiente.

OCTAVO.- Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Siguiendo un orden lógico examinaremos en primer lugar, el motivo segundo en el que se cuestiona el presupuesto fáctico de la condena invocando que ha sido establecido con vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que se hace con amparo en el artículo 24.2 de la Constitución y por el cauce procesal, que el recurrente omite indicar, del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No obstante la recurrente admite que, conforme a su actitud pretendidamente colaboradora ante los servicios que impidieron la prosecución de su actuación con la droga que portaba, llevaba consigo la sustancia intervenida que tenía como destino el consumo por ella misma y que la acción obstruida por la actuación de los agentes no era otra que la de proceder a su depósito en la taquilla, sin finalidad de transmisión a terceros.

La sentencia de instancia consideró, por el contrario, que la recurrente *iba a entregar las sustancias intervenidas a su compañero interno en el centro* ***penitenciario***.

Y no cabe duda que esa afirmación, tanto del componente objetivo del delito, como del elemento subjetivo del mismo, resultan de la prueba practicada sin que surja al efecto ninguna duda que merezca considerarse razonable.

Se satisface de esa manera la totalidad de los presupuestos derivados de aquella garantía constitucional para proclamar los hechos insitos en la imputación combatida en el recurso: producción de elementos probatorios de validez no cuestionable, razonabilidad de la inferencia que lleva a afirmaciones coincidentes con las de la acusación, tanto respecto a los elementos objetivos como a los subjetivos del tipo y ausencia de razones que permitan dudar de la veracidad de dichas afirmaciones.

El motivo se rechaza sin perjuicio de la valoración jurídica que sobre la suficiencia de tales hechos deriven de las consideraciones suscitadas por el siguiente motivo.

SEGUNDO.- En el ordinal primero, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respetando por ello los hechos que se dejan establecidos como probados, se alega que faltan presupuestos del tipo, tanto del artículo 369.8 como incluso los del 368 del Código Penal.

Dejando a un lado al referencia a la ausencia de ánimo de traficar, que ha sido zanjada en el anterior motivo, y no es suscitable en el marco de este motivo casacional, la tesis de la recurrente se centra en la aplicación de la doctrina fijada en la sentencia que dictamos con fecha 2 de octubre de 2007, bajo el ordinal 784 de dicho año.

Conforme a la misma no se cumple los requisitos del tipo cuando, dice la recurrente, la difusión de la droga era imposible.

Conviene recordar que entre los hechos que se declaran probados se dice expresamente que agentes del Cuerpo de Mossos d#Esquadra habían sido alertados por la Dirección del Centro **Penitenciario** en el que el tráfico estaba proyectado por la recurrente. Los datos confidenciales que dieron origen a esa noticia hicieron posible que se supiera del proyecto de la autora cuando ésta se disponía a ejecutarlo, y que, en consecuencia se adoptaran las medias para abortarlo.

El Tribunal de instancia valora que ello no excluye ni la posesión con destino al tráfico, ni siquiera la modalidad típica agravada del lugar en que los hechos ocurren, pues al efecto bastaría que la posesión tenga lugar en

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

las inmediaciones o alrededor del centro **penitenciario**, donde tal posesión tuvo lugar efectivamente, antes de la acción policial.

Y, por lo que se refiere al tipo básico del tráfico poco cabe discutir. El tipo penal se satisface por la mera posesión preordenada por poseedor a la transmisión a terceros. Y esa posesión de la droga ni siquiera es discutida por la recurrente. El hecho probado indica, además, que la destinaba a su entrega a un tercero, que era el compañero de la acusada. Inferencia ésta incuestionable desde la lógica: llevar consigo droga a un centro en el que sabe que puede ser objeto de examen, implica asumir un riesgo que solo es concebible si se hace en función de objetivos diversos del mero autoconsumo, que en absoluto lo requerirían. Si, además, entre las drogas se lleva alguna de las que la acusada manifiesta no ser consumidora, la conclusión se robustece. Y, finalmente, si no concurre ninguna alternativa razonable a la inferencia del destino al ilícito tráfico, es claro que, como dejamos expuesto en el anterior motivo, desde el pleno respeto a la garantía de presunción de inocencia se realiza una imputación incuestionable.

Ahora bien, por lo que concierne a la valoración de los hechos como subsumibles en el subtipo agravado, del artículo 369.8 del Código Penal, incluso tras la reforma que del mismo se llevó a cabo por Ley Orgánica 11/2003 debemos *considerar si cabe aquella tipificación en los casos de transmisión proyectada por el poseedor y dirigida a algún interno en centro **penitenciario**, cuando aquella aparece conjurada de manera absoluta por las medidas de seguridad, no ya genéricas, sino específicas, adoptadas precisamente en relación al concreto comportamiento del acusado. Aún cuando éstas medidas inciden en el actuar del autor cuando éste ya ha rebasado las inmediaciones o alrededores del establecimiento **penitenciario**.*

En algún caso, como en el de la Sentencia 698/2007 de 17 de julio, se mantuvo la sanción ex artículo 369.8 del Código Penal tras la reforma de Ley Orgánica 11/2003, pero eso sí con dos matices: **a)** que la interrupción del programa delictivo tuvo lugar como fruto de medidas de control genéricas, que lograron burlar la contumaz estrategia de disimulo del autor y **b)** que ante la desproporción de la pena se formuló propuesta de indulto al Gobierno.

Se abandonó de esa forma la opción jurisprudencial establecida en la Sentencia 1553/2003 de 21 de noviembre, que proclamó la punición como forma imperfecta de ejecución del subtipo agravado. Variación de criterio que se justificó en la mutación del tipo operada por la citada Ley Orgánica 11/2003.

En la Sentencia citada por la recurrente 784/2007 de 2 de octubre se vuelve a examinar el supuesto de fracaso del programa delictivo del que pretendía la entrega de droga a personal interno en centro **penitenciario**. L actuación de los controles generales, respondiendo a la impresión que la acusada dio de nerviosismo, llevó a ésta a la entrega de la droga que portaba con aquel fin al ser requerida al efecto por los funcionarios de la institución.

La pretensión del Ministerio Fiscal recurrente de que se impusiera la pena de subtipo agravado contra el criterio de la sentencia recurrida, fue rechazada, pese a advertir que el tipo vigente ya no exige los actos de difusión o introducción en centro **penitenciario**, estableciéndose en el subtipo la agravación de un tipo base de peligro abstracto, entendíamos 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.*

Añadiendo que *En evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico, que pueden producirse en ese afan 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.*

Concluíamos que si no existe la posibilidad de que la droga acceda a la población reclusa, el bien jurídico protegido en el subtipo agravado no corrió el mínimo riesgo de lesión.

La referencia en la nueva regulación a la posesión de droga en las inmediaciones no puede desvincularse del riesgo de transmisión a población interna, ya que la venta a terceros en dicho lugar ya se encuentra tipificada en el tipo básico.

Dijimos entonces que *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.*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La evidente identidad con el caso que ahora juzgamos, en el que, además, la frustración del acto de tráfico estaba más asegurada por la existencia de avisos previos que alertaron los controles, lleva necesariamente a la estimación del motivo.

TERCERO.- En el tercero de los motivos pretende que la penada que la sentencia recurrida incurre en error de valoración de medios de prueba lo que debe llevar a la rectificación de la resultancia fáctica.

El motivo se ampara en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la tesis del recurso el documento, informe del médico forense, acredita la condición de consumidora habitual y la cantidad intervenida debería considerarse propia de la posesión para el consumo de quien posee la sustancia.

Con independencia de que aquel informe no sea documento casacional, es obvio que no acredita por sí solo la conclusión que se postula. Lo que le excluye de la trascendencia que establece el precepto procesal indicado, haciendo innecesaria cualquier otra consideración para rechazar este motivo.

CUARTO.- La parcial estimación del recurso lleva a declarar de **oficio las costas** del mismo conforme al art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto Alicia , contra la sentencia dictada por la Sección Novena de la **Audiencia Provincialde Barcelona,** con fecha **15 de octubre de 2007 ,** que la condenó por un delito contra la salud pública. Sentencia que se casa y se anula para ser sustituida por la que a continuación se dicta. Declarando de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Junio de dos mil nueve

En la causa rollo nº 5/2007 seguida por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona dimanante del Sumario nº 4/2006, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, seguido por un delito contra la salud pública contra Alicia nacida el día 20 de mayo de 1970, con DNI nº NUM000 , hija de Manuel y de Pilar, natural de Barcelona y vecina de Sant Adriá del Besos (Barcelona) en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de octubre de 2007, que ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo*, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones dichas en nuestra sentencia de casación, estimamos que los hechos son constitutivos del delito previsto y penado en el artículo 368 en relación a sustancias que causan grave daño a la salud, del que es autora la acusada Dª Alicia .

No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad procede imponer la pena en su menor extensión.

En cuanto a la pena de multa hemos de recordar la doctrina expuesta en las Sentencias, 92/2003 de 29 de enero, 694/2002 de 15 de abril, 394/2004 de 22 de marzo y 257/2006 de 1 de marzo, entre otras, que « *La determinación del valor de la droga como hecho declarado probado en la sentencia, es un elemento imprescindible para la cuantificación de la pena de multa, hasta el extremo de que debe prescindirse de esta pena en el caso de que tal valor no haya sido determinado y tampoco se hayan hecho constar los elementos fácticos que permitirían acudir a las previsiones del artículo 377 del Código Penal ».*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Dado que los hechos probados no hacen la más mínima mención al valor de la droga intervenida no cabe imponer la pena de multa.

Por ello

III. FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Alicia como autora criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, por posesión con destino al tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de **TRES AÑOS** de prisión con la accesoria de inhabilitación durante su cumplimiento del derecho de sufragio pasivo. Se decreta el comiso de las sustancias intervenidas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta privativa de libertad será de abono el tiempo que hubiera estado privado de ella la ahora penada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ