

Roj: **STS 904/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:904**Id Cendoj: **28079120012010100118**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/02/2010**Nº de Recurso: **763/2009**Nº de Resolución: **142/2010**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil diez.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Delia**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección III, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente representada por la Procuradora Sra. López Macías.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, instruyó Sumario nº 2/08, seguido por delito contra la salud pública, contra **Delia**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección III, que con fecha 23 de Febrero de 2009 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"La procesada Delia, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 8:45 horas del día 11 de enero de 2008, cuando se encontraba visitando a su hijo, Eusebio, interno en el Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, sito en la calle Entenza nº 155, le hizo entrega al mismo de un paquete conteniendo un envoltorio de hachís de peso neto 1,960 gramos, un envoltorio de heroína de peso neto 4,605 gramos y pureza del 19,0%, y un envoltorio de heroína de peso neto 4,614 gramos y pureza del 20,8%. - Al tiempo de la comisión de los referidos hechos Eusebio era toxicómano". (sic)

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

"FALLAMOS: CONDENAMOS a la procesada Delia como autora de un delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud y en la modalidad agravada de introducción en centro penitenciario, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, y con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; así como al pago de las costas procesales.- Provéase sobre la solvencia de la procesada. Procédase a la destrucción de la sustancia estupefaciente aprehendida en legal forma. Se decreta el comiso de la sustancia estupefaciente intervenida a la que se dará el destino legal". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación **Delia**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ por haberse vulnerado el art. 24 de la C.E.

SEGUNDO: Por Infracción de Ley del nº 1 del art. 849 de la LECriminal.



TERCERO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 850.1 de la LECriminal.

CUARTO: Por Infracción de Ley del nº 2 del art. 849 de la LECriminal.

QUINTO: Ha sido renunciado por la parte.

SEXTO: Por Quebrantamiento de Forma al amparo del art. 851.3 de la LECriminal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento para Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 18 de Febrero de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 23 de Febrero de 2009 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenó a Delia como autora de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en la modalidad agravada de introducción en centro penitenciario a la pena de nueve años de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que la condenada/recurrente con motivo de una visita que le hizo su hijo, interno en el centro penitenciario de hombres de Barcelona, le hizo entrega de unos envoltorios que contenían hachís y heroína con el peso y concentración especificado en los hechos probados. Su hijo era toxicómano.

Se ha formalizado recurso de casación por la representación de la condenada que lo desarrolla en **cinco motivos**, aunque fueron seis los anunciados habiéndose *renunciado* al quinto.

Segundo.- El **primer motivo**, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia.

En la argumentación, tras seis folios –págs. 5 a 11 del recurso– que recogen la doctrina de la Sala sobre esta cuestión, se limita a decir que en el presente caso existieron dudas razonables y que debía haberse hecho uso de este principio interpretativo.

El Tribunal en el f.jdco. primero, en el apartado relativo al "*requisito objetivo*" del delito contra la salud pública, analiza la declaración de la procesada y de su hijo para concluir que a la vista de tales declaraciones, ella era conocedora de que el paquete que le entregó contenía droga, y por ello fue consciente de lo que le estaba entregando a su hijo.

Un examen directo de las actuaciones, para conocer el contenido de tales declaraciones, y verificar los elementos convictivos que ellas puedan contener en orden a acreditar la existencia de datos sólidos incriminatorios capaces de sostener la conclusión condenatoria a la que arribó el Tribunal, permiten afirmar en esta sede casacional que existió prueba de cargo válida, de naturaleza incriminatoria y suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

En efecto, en el Plenario, la recurrente en una declaración que rezuma sinceridad dijo:

"...Hacía días que veía mal a su hijo. Parece que consumió droga dentro y yo capté que tenía problemas por las conversaciones telefónicas.

Que dijo que vendría una persona al domicilio por un paquete. El no me dice nada, ni lo que es ni quien iba a venir. Yo no le pregunté nada con este tema de droga....Me dijo el que vino a casa, esto es para Alex. Yo fui a la cárcel el día siguiente. No lo llevaba escondido, lo llevaba en el abrigo, en el bolsillo, lo llevaba para discutir el tema. No podría por teléfono, mejor cara a cara. Lo llevaba en el bolsillo, yo saqué aquello en el vis a vis y para decirle que me lo han traído a casa, a qué estamos jugando?, esa fue la intención. Justo cuando yo hice eso con mi hijo, abrieron la puerta los funcionarios. Si, cuando entraron lo tenía mi hijo; si, no lo quería entregar....".

Por su parte, su hijo manifestó:

"....si, le dije a mi madre que tenía problemas, yo consumía dentro y estaba intimidado. Yo engañé a mi madre para traer una cosa. Ella no quería y yo no le hice caso, y mandé a una persona....tenía que traer un paquete, es para consumo mío y para los demás de la cárcel....".

A la vista de estas declaraciones que patentizan que la madre sabe de la condición de toxicómano de su hijo, y que está mal por esta causa en la cárcel, que recibe de su hijo el aviso de que una persona le va a llevar un paquete para él, y que acepta llevarlo, y hablar con su hijo de este tema, pero lo lleva, y si lo lleva es para entregárselo, como así hizo, deducir que ella sabía que el contenido del paquete era droga, es decir, el juicio de inferencia alcanzado por el Tribunal es conclusión que fluye normalmente de tales declaraciones siendo



de la mayor razonabilidad tanto desde el canon de la suficiencia como desde el de la lógica --SSTC 135/2003 ó 263/2005, entre otras--.

Desde el *canon de la lógica* o de la coherencia de la conclusión en cuanto al conocimiento del contenido del paquete – compatible con que no supiera el tipo de droga o la cantidad– porque desde el contenido de la conversación entre madre e hijo, y el conocimiento por aquélla de su condición de adicto, no solo no es irrazonable, sino que es totalmente lógico que lo supiera.

Desde el *canon de la suficiencia* porque la conclusión sobre el conocimiento es sólida y coherente, no es débil, imprecisa o compatible con otras muchas hipótesis.

No existió el vacío probatorio que se denuncia pero no se argumenta.

La recurrente fue condenada en virtud de prueba de cargo válidamente obtenida, introducida en el Plenario con todas las garantías de legalidad ordinaria, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y, prueba que, en fin, fue razonada y razonablemente valorada.

Por lo que se refiere a la apelación al principio *in dubio pro reo*, en este control casacional *verificamos que ni el Tribunal dudó, ni debió dudar a la vista de la solidez de los elementos convictivos encontrados en las pruebas de cargo*. Son tales elementos, ya estudiados los que *fundamentan y sostienen* la convicción del Tribunal.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- El motivo segundo, por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia tres cuestiones:

- a) Como indebidamente aplicado el subtipo de difusión en establecimiento penitenciario aplicado en la sentencia –art. 369.1-8º.
- b) Indebidamente inaplicada la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 como atenuante, y
- c) Indebidamente inaplicada la exigente incompleta de miedo insuperable.

Daremos respuesta a estas tres cuestiones.

El art. 369.1-8º contempla el subtipo agravado de difusión de droga en establecimiento penitenciario. La redacción de la agravación ha tenido una modificación en relación al texto original del vigente CPenal.

Inicialmente se hablaba en el artículo 369-1º "*...introduzcan o difundan...*", y suponía una agravación por razón de la persona/sujeto pasivo (menores o disminuidos) o por el lugar donde se encuentren colectivos de especial riesgo, y por tanto sensibles a caer en la adicción (centros docentes, militares, penitenciarios o asistenciales). Se trataba de la redacción que existía en el art. 344 bis a) del CPenal 1975.

A partir de la L.O. 15/2003 la agravación por el riesgo para tales colectivos pasa a ser el nº 8 del art. 369, definiendo la acción típica por referencia al tipo básico "*...las conductas descritas en el artículo anterior...*", sin referirse, introducir o difundir.

La modificación parece estar dirigida a ampliar el ámbito de aplicación del subtipo que se comenta, ya que no se requiere actualmente la introducción o difusión, que evocan el riesgo de circulación de droga dentro de la cárcel o del establecimiento correspondiente, bastando solo la comisión de alguno de los verbos nucleares del tipo básico del art. 368 CPenal, entre otros, la promoción, favorecimiento, facilitación o posesión con esa vocación.

La Circular de la F.G.E. 2/2005 se refiere a "*...el sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las que crean 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 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 encuentren sometidos a tratamientos de deshabituación o rehabilitación...*".

En todo caso, hay que hacer constar, que ya en relación al texto inicial del CPenal 1995, se manifestaron varias líneas jurisprudenciales que ya habían hecho su aparición en relación al art. 344 bis a): Una de ellas, que apreciaba el subtipo, por el mero hecho de que la droga se introdujera en el centro penitenciario y por el mero hecho de esa introducción siempre que con su introducción se genere un peligro real de propagación dentro del centro penitenciario –sin que se exija su difusión real– que *solo* quedaría conjurado cuando la droga es muy reducida y destinada a un sujeto concreto –SSTS de 15 de Abril de 1998 ó 29 de Enero de 2001 –.

Otra línea jurisprudencial reparaba en los casos en los que la introducción quedaba interceptada por los controles y vigilancias que resultaban operativos en la medida que descubrían la droga. Esta respuesta dio



lugar a una numerosa jurisprudencia mayoritaria en el sentido de no poder aplicar el subtipo agravado sino solo el tipo básico --SSTS de 18 de Septiembre de 1991, 25 de Enero de 1992, 25 de Abril de 1994, 25 de Marzo y 4 de Julio de 1997 --.

También en los casos en los que la droga iba destinada para el consumo de una persona concreta, familiar del que la introducía, se apreciaba la analógica de parentesco --SSTS de 4 y 14 de Julio de 1997 --.

Pues bien, en relación con la *vigente* dicción del subtipo que se comenta, 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 nº 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 substancia en territorio nacional.

De acuerdo con la doctrina expuesta, verificamos en este control casacional, que la droga que llevaba la recurrente para su hijo, se la entregó a éste en el vis a vis, *acción que fue observada por uno de los funcionarios* y así lo declaró en el Plenario "*...hacemos rondas rutinarias en vis a vis familiares, tuve sospechas de un par porque miraba por el cristal, yo veo desde fuera, ellos no, vi que la madre se sacó algo oculto de su ropa y lo entrega al interno. Cogí la droga que la tenía detrás de la espalda el interno....*".

En definitiva, está *mal* aplicado el subtipo agravado del art. 369-8º Cpenal, *debiéndose calificar los hechos como constitutivos del tipo básico exclusivamente*.

En relación a la aplicación de la *circunstancia de parentesco* del art. 23 en la modalidad de atenuante, sin desconocer que algunas sentencias de la Sala la excluye por no existir agravado en tal tipo de delitos, ya que el perjudicado es la salud pública en general de la colectividad --STS de 15 de Abril de 2002 --, también es cierto que otras la han apreciado cuando existe esa relación de parentesco, interesa, entre la persona que lo lleva al centro y a la que estaba destinada. Se trata normalmente de relación madre/padre-hijo, o entre hermanos --SSTS de 20 de Abril de 1993 y 4, 11 y 14 de Julio de 1997--, bien que se haya aplicado vía atenuante analógica. Más recientemente, la STS 668/2009 la aplicó entre hermanos.

En el presente caso, estimamos su procedencia al tratarse de madre-hijo. En cuanto a su valor, le damos el de una *atenuante muy cualificada* con los efectos penológicos del art. 61-2º lo que se determinará en la segunda sentencia. La razón de la cualificación la encontramos en la *intensidad* del vínculo madre-hijo, en lo difícil que para una madre, conocedora de la condición de toxicómano de su hijo, es negarse a facilitar a su hijo en prisión algo de droga, y la reflexión final de que en ese escenario. No existiría merecimiento de pena que supusiera el ingreso en prisión de la recurrente.

Por lo que se refiere a la eximente incompleta de *miedo insuperable*, desde el respeto a los hechos probados, su improcedencia es clara en la medida que nada existe en ellos que puede ser, ni siquiera sugerente, de que se encontrara en situación de atemorización la madre.



En conclusión procede la estimación parcial del motivo en los dos aspectos de: a) no apreciación del subtipo agravado del art. 369-3º y b) apreciación de la atenuante de parentesco.

Cuarto.- Abordamos de forma **conjunta los motivos tercero y sexto**, encauzados por la vía del Quebrantamiento de Forma en los que se denuncian, respectivamente, la *denegación de prueba* pertinente propuesta por la recurrente y la *incongruencia omisiva* por no haber resuelto todas las cuestiones jurídicas propuestas por las partes. Arts. 850-1º y 851-3º de la LECriminal, respectivamente.

Ambos motivos deben ser desestimados.

La recurrente alega que solicitó la práctica de pericial médica e informe psicosocial y que fueron denegadas ambas pruebas, generando indefensión por su evidente interés en los hechos.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 9/2003 y 165/2004) y de esta Sala (SSTS 71/2007 y 154/2008) para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige:

a) Que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto.

b) Que los órganos judiciales hayan rechazado inmotivadamente su práctica, con una explicación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial, habiendo de tenerse en cuenta a este respecto que no resulta aceptable que de la admisión se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al Juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio o sobrevenidamente se revela ya como en modo alguno factible, y

c) Que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.

Según se observa de las actuaciones, en su escrito de conclusiones provisionales, la defensa solicitó la práctica de la pericial médica y del informe psicosocial citados, con el objeto de acreditar la dependencia de la acusada respecto de su hijo y su adaptación al entorno familiar y social así como su influencia en la capacidad volitiva y cognitiva de la acusada. También solicitó la ratificación en el acto de la vista del informe psicológico que acompañaba al escrito de conclusiones provisionales. La Audiencia Provincial no admitió las citadas pruebas por considerarlas impertinentes, sin añadir la motivación en la que basaba esta calificación.

En el acto de la vista oral, la defensa renunció a la ratificación del informe aportado.

En tales términos, si bien es cierto que la prueba se desvelaba razonablemente pertinente y que no se expresaba por la Audiencia las razones de su inadmisión, no lo es menos también que la parte recurrente renunció a su práctica y que, lo que es más importante, no generó indefensión, porque la documental fue aportada al propio procedimiento.

La Sala no fue ajena a las circunstancias personales que rodeaban los hechos. Buena muestra de lo anterior es que con criterio acertado, la Sala estimó que la pena era excesiva y desproporcionada, si bien legal, y que por ello informaría favorablemente un eventual indulto parcial.

En tales circunstancias no puede estimarse que la falta de la prueba solicitada haya disminuido las posibilidades de defensa de la parte recurrente.

Procede la desestimación del motivo tercero.

Por lo que se refiere a la incongruencia omisiva, la recurrente señala que no se dio respuesta en sentencia a la solicitud de apreciación de la atenuante del art. 21.6º del Cpenal en relación con el art. 21.3º – obrar por estímulos poderosos– del mismo texto legal. La recurrente entiende que debe existir un hecho de significación análoga entre la conducta de la acusada y la circunstancia contemplada del art. 21.3 del Cpenal.

La llamada "*incongruencia omisiva*" o "*fallo corto*" constituye un "*vicio in iudicando*" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente. La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "*vicio in iudicando*", las siguientes:

- 1) Que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho.
- 2) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno.



- 3) Que se trate efectivamente de pretensiones y no de meros argumentos o alegaciones que apoyen una pretensión y
- 4) Que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito (STS de 3 de Diciembre de 2002).

En el f.jdco. tercero de la sentencia impugnada, la Sala estima que es improcedente la apreciación de la circunstancia del art. 21.3º del Cpenal, por cuanto, pese a ser cierto que la procesada actuó por la presión generada al ver a su hijo en una situación problemática, la prueba practicada no permitía apreciar la concurrencia de los requisitos propios de la atenuante solicitada.

En definitiva la cuestión ya carece de todo interés en la medida que se ha apreciado la concurrencia de la atenuante de parentesco como muy cualificada.

Procede la desestimación del motivo sexto.

Quinto.- El **motivo cuarto**, por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal denuncia error del Juzgado en la valoración de la prueba basada en documentos casacionales.

En síntesis, en la argumentación se apoya con documentos acreditativos del error que se denuncia en la declaración de la inculpada en el Plenario y en los documentos aportados por la defensa que no fueron admitidos a trámite y todo ello lo pone en relación con la pena que se le ha impuesto --nueve años de prisión-- que estima excesiva.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos --entre las últimas STS 762/2004 de 14 de Junio, 67/2005 de 26 de Enero y 1491/2005 de 1 de Diciembre, 192/2006 de 1 de Febrero, 225/2006 de 2 de Marzo y 313/2006 de 17 de Marzo, 835/2006 de 17 de Julio, 530/2008 de 15 de Julio y 342/2009 de 2 de Abril, entre otras--.

- 1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.
- 2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de Noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "*...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...*", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de Febrero, 1553/2000 de 10 de Octubre, y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala --SSTS nº 1643/98 de 23 de Diciembre, nº 372/99 de 23 de Febrero, sentencia de 30 de Enero de 2004 y nº 1046/2004 de 5 de Octubre--. La justificación de alterar el *factum* en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediatez y contradicción.
- 3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.
- 4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. --SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de Noviembre --.
- 5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.
- 6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o



irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99, 765/04 de 11 de Junio.

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de *citar expresamente el documento* de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo –art. 855 LECriminal– esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de Marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, *precisar los concretos extremos* del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí –SSTS 465/2004 de 6 de Abril, 1345/2005 de 14 de Octubre, 733/2006 de 30 de Junio, 685/2009 de 3 de Junio, 1121/2009, 1236/2009 de 2 de Diciembre ó 92/2010 de 11 de Febrero –.

De acuerdo con la doctrina expuesta el *acta del Plenario* no es documento casacional, y en relación a los documentos inadmitidos, careciendo de relevancia los mismos, como ya se ha dicho, y por tanto, no existiendo en los autos, no pueden jugar como elementos para acreditar el error que se denuncia.

Por lo demás, *admitido el motivo segundo* que va a suponerle una rebaja de la pena impuesta en la instancia de dos tercios, queda sin argumento la alegación de que la pena de nueve años es excesiva.

Procede la desestimación del motivo.

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Delia**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección III, de fecha 23 de Febrero de 2009, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección III, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro José Antonio Martín Pallín

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil diez.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, Sumario nº 2/08, seguido por delito contra la salud pública, contra **Delia**, nacida en Barcelona el 15-7-59, hija de Francisco y de Eloísa, con domicilio en Badalona (Barcelona), sin antecedentes penales y en libertad provisional por la presente causa; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos de la sentencia casacional, los hechos de los que resulta ser autora Delia son constitutivos de un delito contra la salud pública, de drogas que constituyen grave daño a la salud, tipo básico del art. 368, con la concurrencia de la atenuante cualificada de parentesco del art. 23 Cpenal y por tanto con aplicación de la regla penológica 2ª del art. 66 del Cpenal que supone la rebaja en *un grado* de la pena correspondiente.



III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Delia como autora de un delito contra la salud pública, de drogas que constituyen grave daño a la salud con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de parentesco del art. 23 Cpenal a la pena de un año y seis meses de prisión.

Mantenemos el resto de los pronunciamientos incluidos en el fallo de la sentencia no afectados por el presente pronunciamiento.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos de la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, 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 CENJOS