

Roj: **STS 5448/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5448**Id Cendoj: **28079120012013100849**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/11/2013**Nº de Recurso: **462/2013**Nº de Resolución: **843/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil trece.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Carlos Francisco**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, 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 dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Hurtado Pérez.

### I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 5 de El Ejido, incoó Procedimiento Abreviado nº 31/2011, seguido por delito contra la salud pública, contra **Carlos Francisco**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección III, que con fecha 25 de Enero de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

*"Probado y así se declara que sobre las 11:30 horas de la mañana del día 9 de julio de 2011 se tuvo conocimiento por medio de una llamada anónima realizada a la Comisaría de Policía de El Ejido de que un ciudadano marroquí se encontraba vendiendo droga en la calle Cervantes de la citada localidad por lo que, personados los efectivos policiales en el lugar, observaron como quien resultó ser el acusado, Carlos Francisco, mayor de edad, de nacionalidad marroquí y ejecutoriamente condenado por un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud a la pena de un año de prisión y 180 euros de multa en virtud de sentencia dictada el 16 de mayo de 2011 del Juzgado de Lo Penal nº 4 de Almería, que dio lugar a la Ejecutoria nº 318/2011 en que, con esa misma fecha se acordó la suspensión por dos años de la pena privativa de libertad, se encontraba con otras personas que huyeron al llegar la fuerza actuante, procediendo al cacheo del acusado a quien intervinieron la cantidad de 150 euros, distribuida en un billete de 50 euros, uno de 20 euros, seis de 10 euros y cuatro billetes de 5 euros, ocupándole asimismo un juego de llaves de un automóvil que, tras las averiguaciones necesarias, resultaron corresponder a un turismo Renault Laguna matrícula HN-....-OG, propiedad de Carlos Francisco, que se encontraba estacionado en la calle Manolo Escobar, a unos cien metros del lugar donde fue interceptado por la Policía, y al efectuar el registro voluntario en el mismo, encontraron oculto debajo de la funda que envuelve la palanca de cambios un envoltorio de plástico que contenía una sustancia que, convenientemente analizada, resultó ser cocaína con un peso neto de 0'34 gramos, con una pureza del 7'01 % y un valor en el mercado ilícito de 20'51 euros, y seis trozos de otra sustancia marrón envueltos en papel film transparente que, analizada igualmente, resultó ser resina de cannabis sativa (hachís) con un peso neto total de 84'76 gramos y un índice de THC del 5'92%, valorada en el mercado ilícito en la suma de 436'51 euros, sustancias que el acusado poseía para su venta a terceros". (sic)*

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



"FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Carlos Francisco como autor criminalmente responsable de un delito, ya definido, contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de DOS AÑOS, TRES MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de QUINIENTOS EUROS (500 €) con arresto sustitutorio de CINCO DÍAS en caso de impago, previa excusión de sus bienes, COMISO de las sustancias estupefacientes aprehendidas y del dinero intervenido (150 euros) y al pago de las costas procesales causadas.- Le será de abono para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.- Dése a la sustancia intervenida, si no se hubiese realizado aún, el destino legalmente previsto y, firme que sea ésta resolución, comuníquese a la Dirección de la Seguridad del Estado.- Aprobamos por sus propios fundamentos, y con las reservas que contiene, el auto de insolvencia acordado y remitido por el Juez instructor.- Una vez firme esta resolución, comuníquese al Juzgado de Lo Penal nº 4 de Almería a efectos de la posible revocación de la suspensión de la condena concedida a dicho penado en la Ejecutoria nº 318/2011" (sic)

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Carlos Francisco , 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 del recurrente basó su recurso de casación en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por el cauce del art. 849.1 LECriminal .

SEGUNDO: Por la vía del art. 849.2 de la LECriminal .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, apoya el primer motivo del recurso e impugna el segundo; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 5 de Noviembre de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** La sentencia de 25 de Enero de 2013 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Almería condenó a Carlos Francisco , como autor de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud, tipo privilegiado de escasa gravedad concurriendo la agravante de reincidencia a las penas de dos años y tres meses y un día de prisión y multa de 500 € con cinco días de arresto sustitutorio.

Los hechos, *en síntesis* , se refieren a que sobre las 11'30 horas de la mañana del día 9 de Julio de 2011 el condenado fue detenido por la policía cuando huía de ésta junto con otras personas, habiendo sido alertada la policía de que se estaba vendiendo drogas por personas en el lugar indicado. En un cacheo se le ocuparon 150 euros y unas llaves de un vehículo, que localizado y registrado en presencia de Carlos Francisco se encontraron 0'34 gramos de cocaína con una concentración del 7'01%, así como seis trozos de hachís con un peso de 84'76 gramos y un THC del 5'92%, valorado en 436'51 euros, todo ello destinado por Carlos Francisco para la venta a terceros.

Se ha formalizado recurso de casación por el condenado, que lo desarrolla a través de **dos motivos** , a cuyo estudio pasamos seguidamente.

**Segundo.-** El **primer motivo** , por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como *indebidamente aplicado el tipo atenuado del art. 368-2º Cpenal en relación con la ocupación de la cocaína* que se encontró en el vehículo, y ello porque tratándose de 0'34 gramos con una concentración del 7'01%, resulta un *neto de veintitrés miligramos* de cocaína, cantidad notoriamente inferior al "*mínimo psicoactivo*" fijado en el *Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 24 de Enero de 2003* , que fijó tal mínimo en *50 miligramos* , debiéndose estimar que la aprehensión de cantidades inferiores a los expresados 50 miligramos, bien por estimar que se está en presencia del *principio de insignificancia*, o de *ausencia de toxicidad* en el producto, o bien por encontrarnos ante una *ausencia de tipicidad* , por no existir afectación al bien jurídico protegido ya que el concepto de antijuridicidad debe ser interpretado en el sentido *material* de riesgo para el bien jurídico y no meramente en su sentido formal. En tal sentido es constante la doctrina de esta Sala en aprehensiones de cocaína por debajo de umbral de los 50 miligramos – SSTS 343/2010 y las en ella citadas–.

Cohherentemente con la doctrina expuesta, el *Ministerio Fiscal* apoya el motivo estimando que procede la aplicación del tipo privilegiado del art. 368-2º Cpenal pero en relación al hachís intervenido –84'76 gramos–



y por tanto teniendo en cuenta la pena tipo de esta sustancia que como se sabe es la de un año a tres años de prisión.

*Procede la estimación del motivo* con las consecuencias punitivas correspondientes que se concretarían en la segunda sentencia.

**Tercero.- El segundo motivo**, por la vía del *error facti* del art. 849-2º LECriminal denuncia error en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal al estimar el recurrente que no se han valorado correctamente los informes médicos obrantes al folio 65 en relación con la declaración del recurrente de los folios 30 y 31 en los que el recurrente declara ser consumidor de drogas.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos --entre otras 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, 342/2009 de 2 de Abril, 914/2010 de 26 de Octubre y 685/2013 de 24 de Septiembre --.

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 inmediación 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 , 92/2010 de 11 de Febrero , 259/2010 de 18 de Marzo , 86/2011 de 8 de Febrero , 149/2011 , 769/2011 de 24 de Junio , 1175/2011 de 10 de Noviembre , 325/2012 de 3 de Mayo , 364/2012 de 3 de Mayo , 691/2012 de 25 de Septiembre , 444/2013 de 16 de Mayo , 464/2013 de 5 de Junio y la ya citada 685/2013 de 24 de Septiembre --.

Desde la doctrina expuesta, ya tenemos que decir que las *declaraciones* del recurrente, son solo eso, manifestaciones que por sí mismas carecen de la naturaleza de documento casacional.

En relación a la *pericial* del folio 65 referente al análisis de orina, el mismo *solo* informa que *dio positivo al consumo de cocaína y de hachís* , es evidente que con tan magro resultado no puede estimarse el error que se denuncia por el recurrente.

La sentencia sometida al presente control casacional en su f.jdco. cuarto estudia la petición del recurrente, analiza las pruebas, las valora y arriba a la conclusión, fundada, de *no* concurrir atenuación alguna por la drogadicción del recurrente.

*No cabe apreciar la circunstancia atenuante del art. 21.2ª del C.P .* alegada con carácter subsidiario por la defensa, pues más allá de una puntual ingesta de cocaína y hachís puesta de manifiesto en una analítica aportada por su representación procesal varios días después de su detención por estos hechos --obstante al folio 65 de la causa--, no consta suficientemente acreditado que el acusado se hallara, en el momento de producirse los hechos, bajo los efectos de su alegada (pero no probada) adicción a sustancias estupefacientes, pues no existe en las actuaciones informe alguno, ya sea del médico forense o de centro homologado de deshabituación, que lo corrobore. Finalmente, el propio acusado ha rechazado en el juicio que tuviera necesidad de traficar con droga para financiar su consumo, afirmando que el dinero que le fue ocupado por la policía no procede de la venta de esta clase de sustancias sino de su trabajo. En consecuencia, no concurren los presupuestos fácticos necesarios para apreciar la atenuante alegada por la defensa.

La decisión del Tribunal sentenciador, los razonamientos que la sostienen son correctos. Ya es sólida doctrina de esta Sala que *la mera alegación de ser drogodependiente, e incluso acreditarse consumos no supone la aplicación de la atenuante* , debe acreditarse una disminución de los frenos inhibitorios en la persona concernida que por su adicción al consumo de drogas delinque --de ahí la condición de la droga de factor criminógeno-- con la finalidad de seguir financiándose sus adicciones -- delincuencia funcional-- debiéndose apreciar una *disminución* relevante de su capacidad volitiva --que no la intelectual-- que se vería afectada por la necesidad de tal pronunciamiento a todo trance -- SSTS 647/2003 ; 763/2005 ; 259/2009 ; 454/2010 ; 1057/2010 ; 769/2011 ó 370/2013 , entre otras--.

Obviamente *no* es esta la situación del caso enjuiciado, ni por tanto, se aprecia error alguno en la valoración del informe indicado por el recurrente. Como bien se reconoce en la sentencia recurrida, concurre la agravante de reincidencia que *no* impide la aplicación del tipo privilegiado del art. 368-2 Cpenal , -- SSTS de 24 de Noviembre 2011 y 439/2012 --.

*Procede la desestimación del motivo .*

**Cuarto.-** La estimación del motivo primero, tiene por consecuencia, la declaración de oficio de las costas del recurso.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR parcialmente al recurso de casación formalizado por la representación de **Carlos Francisco** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección III, de fecha 25 de Enero de 2013 , 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 Almería, 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 Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral García Carlos Granados Pérez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil trece.



En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de El Ejido, Procedimiento Abreviado nº 31/2011, seguido por delito contra la salud pública, contra Carlos Francisco , nacido en Marruecos el día NUM000 de 1968, hijo de Driss y de Rahma, titular de NIE núm. NUM001 , con domicilio en El Ejido (Almería), CALLE000 , núm. NUM002 , NUM003 NUM004 , con antecedentes penales, con declaración de insolvencia según auto del Juzgado Instructor de fecha 21 de Marzo de 2012, en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado cautelarmente los días 9, 10 y 11 de Julio de 2011; 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. Joaquin Gimenez Garcia, 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 contenidos en el f.jdco. segundo de la sentencia casacional, debemos calificar los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública de drogas que *no* causan grave daño a la salud, tipo privilegiado de escasa entidad del art. 368-2º Cpenal del que es autor Carlos Francisco , con la concurrencia de la agravante de reincidencia, individualizándose la pena a imponer en la de *un año menos un día de prisión y multa de 300 euros* con tres días de responsabilidad personal subsidiaria. Dicha pena se estima *proporcionada a la escasa gravedad y a la culpabilidad del recurrente* que, recordemos es reincidente, habiéndose bajado *un grado ambas penas* , partiendo de la pena tipo del delito de tráfico de drogas que *no* causan grave daño a la salud, que como se sabe es de un año a tres años de prisión y multa, *por lo que la pena de prisión inferior en grado tiene un recorrido desde la pena de seis meses de prisión hasta un año menos un día* , debiéndose ser impuesta en la mitad superior por la agravante de reincidencia.

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Carlos Francisco , como autor de un delito de tráfico de drogas que *no* causan grave daño a la salud, tipo privilegiado de escasa gravedad con la concurrencia de la agravante de reincidencia a las penas de *un año menos un día de prisión y multa de 300 euros* con tres días de responsabilidad personal subsidiaria.

**Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia casacional no afectados por la presente resolución.**

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que 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 Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

**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.