



Roj: **STS 2077/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2077**

Id Cendoj: **28079120012018100270**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2018**

Nº de Recurso: **733/2017**

Nº de Resolución: **270/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 1739/2017,**  
**STS 2077/2018**

RECURSO CASACION núm.: 733/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 270/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D.<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 5 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num 733/17 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por D.<sup>a</sup> Matilde , representada por el procurador D. Eduardo Centeno Ruiz, bajo la dirección letrada de D. Ildefonso Ramiro Valderrama, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 28 de febrero de 2017 (Rollo Apelación 3/17 ), por delito contra la salud pública. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción num. 9 de Zaragoza incoó Procedimiento Abreviado num. 375/2016, por delito contra la salud pública y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, que con fecha 8 de septiembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** : «De la prueba practicada apreciada en conciencia en base a lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ha quedado acreditado que sobre las 14,50 horas del día 24/2/2015 los funcionarios de la Policía Local NUM000 y NUM001 fueron comisionados por la emisora del 092 para dirigirse a la CALLE000 n° NUM002 , NUM003 NUM004 de esta ciudad, al haber sido requeridos por la acusada Matilde , mayor de



edad, y sin antecedentes penales vigentes, manifestando que había tenido una fuerte discusión por problemas domésticos con su yerno el acusado Cipriano , también mayor de edad, y sin antecedentes penales vigentes, diciendo que el mismo le había amenazado de muerte, teniendo mucho miedo, y con intención de separarlo de su hija, la acusada Carmen , sacó de la nevera varias sustancias estupefacientes, de las cuales era poseedora ella, con intención de destinarlas al tráfico, así una bolsa conteniendo 10,32 gramos de anfetamina (speed), con una riqueza del 13,18%, una bolsa conteniendo 0,38 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza del 20,50%, una bolsa conteniendo 8,83 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza del 20,27 %, dos pastillas de MDMA metanfetamina o éxtasis, con un peso de 0,29 gramos y una riqueza del 31,20%.

Asimismo en el trastero donde se practicó por la Policía Nacional un registro voluntario a instancias de la propia acusada Carmen , se ocuparon diversos líquidos y sustancias pulverulentas de las utilizadas habitualmente para el corte y confección de las dosis de estupefacientes mencionadas y asimismo una balanza de precisión para el pesaje de las mismas y ulterior confección de dosis de estupefacientes para su venta al por menor, y unas bolsitas de plástico vacías y alambre para su cierre. El valor en el mercado del estupefaciente intervenido alcanzaría la suma de 688,69 euros.

En el referido inmueble residen los tres acusados siendo pareja Cipriano y Carmen , y Matilde es la madre de esta última.

No ha quedado suficientemente acreditado que los acusados Cipriano , Carmen tuvieran conocimiento de la droga ocupada en su domicilio, habiendo retirado el Ministerio Fiscal la acusación formulada contra esta última.

El acusado Cipriano , solo reconoció dos pastillas de MDMA metanfetamina o éxtasis, con un peso de 0,29 gramos, que tenía desde hacía tiempo para su consumo.

La acusada Matilde , según informe del medico forense, presenta un trastorno mental orgánico, psicótico, sin especificación, y respecto de la imputabilidad podría contemplarse una alteración parcial de la voluntad de grado medio, únicamente para los hechos de este procedimiento.»

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «CONDENAMOS a la acusada Matilde , en concepto de autora de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud tipificado en el artículo 368 del Código Penal , con la aplicación de la concurrencia de la circunstancia modificativa responsabilidad criminal, atenuante analógica de enajenación mental del nº 7 artículo 21, en relación con el nº 1 artículo 21 artículo y nº 1 artículo 20 del Código Penal , a la pena de TRES PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la y MULTA de MIL EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes de arresto sustitutorio en caso de impago e insolvencia y al pago de 1/3 de las costas procesales.

Asimismo ABSOLVEMOS a los acusados Cipriano y Carmen del delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud tipificado en el artículo 368 del código penal , objeto de acusación, con declaración de oficio de 2/3 costas.

Asimismo se decreta el comiso y la destrucción de la droga intervenida de conformidad con los artículos 127 y 374 del código penal ».

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D<sup>a</sup> Matilde , dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con fecha 28 de febrero de 2017 , y cuya parte dispositiva es la siguiente: «1.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Matilde contra la sentencia dictada en el Procedimiento Abreviado num. 76/2016, el día 8 de noviembre de 2016 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2.- Declaramos de oficio las costas causadas en el recurso de apelación.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala en los términos indicados en último Fundamento de Derecho.

Firme que sea esta resolución, devuélvase la causa al órgano de procedencia, junto con testimonio de esta sentencia y, en su caso, de la que resuelva el recurso de casación.»

En la misma fecha se formuló por el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas, Voto particular respecto a la citada sentencia.

**CUARTO.-** Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D<sup>a</sup> Matilde , 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.

**QUINTO.-** El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Infracción de ley, num. 1 del artículo 849 de la LECRIM .

2º.- Infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5-4 de la LOPJ .

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de noviembre de 2017. Habiéndose cumplido todos los plazos legales excepto el de dictar sentencia por indisposición temporal de la ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Nos encontramos ante un recurso de casación que responde al esquema de recursos en vigor a partir de la reforma operada en la LECRIM por la Ley 41/2015.

1. La citada Ley 41/2015 modificó y unificó el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, tanto de las dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, como de los que lo son por las Audiencias Provinciales o la Sala de la Penal de la Audiencia Nacional. En todos los supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia Provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Penal y Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias reclamada por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica que históricamente le correspondió. Esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado, necesariamente ampliado ante la falta de segunda instancia para la práctica generalidad de las sentencias que tenían acceso a la misma. Desde la aprobación de la Constitución, la proyección sobre el esquema de enjuiciamiento y recursos, del sistema procesal penal vigente de las exigencias de tutela judicial y protección de derechos fundamentales que la misma proclama, necesariamente orientó la casación al cumplimiento de cometidos complementarios, que desbordaron los contornos de su configuración. El actual esquema de recursos permite dotar a la casación de un alcance más respetuoso con sus orígenes. Esto es, el de un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad por una doble vía: garantizando la unidad en la interpretación del derecho en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal, y declarando el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, sino también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la norma a desarrollar por el Tribunal Supremo, en nuestro caso Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales ( artículo 123 CE ).

La reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación. Se ha instaurado una previa apelación, lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal , infracción de ley por error de derecho, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".



De lo anterior resulta, en palabras de la STS 476/2017 de 26 de junio , que la reforma operada «debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediación la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación».

En definitiva, nos encontramos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE orientado a revisar el juicio de subsunción con el fin de homogeneizar la interpretación de la ley penal, que con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE , aunque también la sirva, en la medida en que la revisión del primer enjuiciamiento que aquél reclama, queda satisfecha con el sistema de doble instancia (en este sentido, entre otras STS 169/2018 de 11 de abril ).

2. La nueva modalidad de la casación para delitos graves tiene un alcance más amplio que la prevista contra sentencias dictadas en apelación por la Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para delitos cuyo enjuiciamiento correspondió a los Juzgados de lo Penal, que se ve limitada en su planteamiento a la infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM , con el alcance fijado por el Pleno de esta Sala II de 9 de junio de 2016, respaldado en su constitucionalidad por el reciente ATC 40/2018 de 13 de abril . Para aquilatar el contenido de aquella, disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

Son muchas las Sentencias que refieren la posición en tales casos de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos, como sintetizó la ya citada STS 476/2017 de 26 de junio , que la sentencia objeto del recurso de casación es la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia; que no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación; y que el control de legalidad que corresponde a esta Sala de casación se centra en la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación. Lo que no excluye, como recordó la STS 308/2017 de 28 de abril , tras reiterar los anteriores asertos, «que tampoco puede extremarse ese *dogma* tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación ( artículos 849 a 852 LECRIM ). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto».

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008, desarrollado en la STS 255/2008 de 24 de julio . Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación ( artículo 792 LECRIM ).

En cuanto al contenido del control a través de la casación cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no se puede obviar que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. De esta manera, la comprobación que corresponde al Tribunal Supremo se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (entre otras SSTS 847/2013 de 11 de noviembre , 163/2017 de 14 de marzo , 741/2017 de 16 de noviembre , entre otras.)



En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, tal y como concluyó la STS 476/2017 de 26 de junio que resolvió el primer recurso de casación interpuesto contra sentencia dictada en apelación por un Tribunal Superior de Justicia en procedimiento distinto del Jurado, con arreglo al vigente esquema de recursos, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la misma, pues o bien han tenido respuesta desestimatoria o han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del artículo 849 LECRIM . Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Y desde esta óptica vamos a enfocar la cuestión que ahora se somete a nuestra consideración, si bien hemos de realizar una aclaración. Pese a que por error el relato de hechos probados ubica temporalmente los mismos el 24 de febrero de 2015, el examen de las actuaciones que faculta el artículo 899 LECRIM permite comprobar que, en realidad, se desarrollaron en el mismo día del año 2016, y a continuación se incoó el correspondiente procedimiento judicial, en consecuencia, tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015 de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria única que la misma contiene, por lo que el sistema que la misma instaura es de plena aplicación.

**SEGUNDO.-** Y precisamente lo que plantea el recurso que nos ocupa, invocando los artículos 849.1 y 5.4 LOPJ , es la vulneración de la presunción de inocencia, cuestión que ya fue suscitada en la apelación. En aquel momento, tal y como especifica la sentencia recurrida, la defensa de la condenada basó su recurso en la inadecuación de la prueba que había sido valorada por el órgano de enjuiciamiento en la instancia, para conformar la base de hecho sobre la que pivotó su condena, lo que enlaza con los parámetros de la presunción de inocencia.

1. Según el relato de hechos probados, se incautaron en el domicilio de la acusada anfetaminas y éxtasis, en cantidades superiores a aquellas que podríamos considerar destinadas al propio consumo, lo que, junto con el hallazgo de bolsas y otros materiales que usualmente se utilizan para cortar la droga y preparar las dosis, permite inferir su destino era el tráfico.

La sentencia recurrida mayoritariamente respalda como suficiente la prueba de carácter indiciario en la que se basó la condena en la instancia de la recurrente. Dedujo su vinculación típica con la droga intervenida del dato incontrovertido de que la misma vivía en el domicilio en el que se encontró la sustancia, en cuyo trastero se localizaron utensilios idóneos para sus corte. Además, fue ella quien la sacó de la nevera para entregársela a los agentes de policía.

Ahora bien, no solo ella ocupaba tal vivienda, también lo hacían su hija y el compañero sentimental de esta última. Estos dos moradores resultaron exculpados, por no haber quedado suficientemente acreditado que tuvieran conocimiento de la droga. Si bien el acusado Sr. Cipriano reconoció que le pertenecía una pequeña dosis destinada a su consumo.

2. El Tribunal Constitucional ha sostenido desde sus primeras sentencias sobre la materia ( SSTC 174/1985 , 175/1985 , 24/1997 , 157/1998 , 189/1998 , 68/1998 , 220/1998 , 44/2000 y 117/2000 ) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.

En resoluciones más recientes ( SSTC 111/2008 , 109/2009 , 126/2011 , 128/2011 , 175/2012 y 15/2014 ) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes: A) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; B) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; C) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; D) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre , «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes» ( SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 , y 111/2008 ).





Sobre la naturaleza y estructuración de la prueba indiciaria tiene establecido el Tribunal Constitucional que el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes ( SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005 y 111/2008 ). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde un doble canon: el de su lógica o cohesión, y el de su suficiencia o calidad concluyente. Con arreglo al primero la inferencia será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él. Desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente no será razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa. Son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada ( STC 229/2003, 196/2007, 111/2008, 108/2009, 109/2009, 70/2010 y 126/2011, entre otras).

Por su parte esta Sala de casación tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente inculpativa, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», ( SSTS 1085/2000 de 26 de junio; 1364/2000 de 8 de septiembre; 24/2001 de 18 de enero; 813/2008 de 2 de diciembre; 19/2009 de 7 de enero; 139/2009 de 24 de febrero; 322/2010 de 5 de abril; 208/2012 de 16 de marzo; 690/2013 de 24 de julio; 481/2014 de 3 de junio, 43/2015 de 28 de enero o 679/2016 de 30 de junio, entre otras).

Y en este caso, donde quiebra la razonabilidad del discurso argumentativo de la sentencia recurrida es precisamente en el último de los aspectos, es decir, en la lógica de la inferencia.

**3.** Ya hemos dicho y recoge expresamente el relato de hechos probados, que la acusada recurrente compartía la vivienda con su hija y el compañero sentimental de ésta.

No es ahora el momento ni procede cuestionar el juicio de inferencia que permitió excluir a estos otros dos ocupantes habituales de la casa, de cualquier poder de disposición respecto a la sustancia incautada. Sin embargo, la ilación sobre la que se sustenta la atribución a la recurrente de la disponibilidad de la droga intervenida resulta en exceso holgada.

Entre los principios fundamentales del Derecho Penal se encuentra, sin excepciones, el de la responsabilidad personal, conforme al cual la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. El Tribunal Constitucional ha sostenido que ese principio obliga a establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la Ley de manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo, como sucede en los supuestos de tenencia de drogas con propósito de tráfico. El mero conocimiento de la existencia de la droga no supone participación en el delito (entre otras STS 3/2008 de 26 de diciembre).

Especialmente esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión en supuestos de convivencia familiar, como el que aquí nos ocupa, para señalar que el acceso a la droga que tiene el cónyuge o conviviente, el progenitor o el hijo, no puede comportar por sí solo la realización del tipo penal. Es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, lo que exige que se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas (entre otras SSTS 4 de diciembre 1991, 196/2000 de 4 de abril, 1888/2001 de 4 de febrero de 2002, SSTS 415/2006 de 18 de abril, 771/2010 de 23 de septiembre, 1322/2011 de 7 de diciembre).

El conocimiento de la acción realizada por otros no constituye una «activa participación» en el delito, dado que conocer no es actuar y que el conocimiento, sin la realización de la acción da lugar a una omisión de actuar, que solo sería relevante en el caso que el omitente fuera garante ( STS 1888/2001 de 4 de febrero de 2002 ). Si bien, la suposición de una posición de garante de esta naturaleza, no cuenta con el menor respaldo legal, pues normalmente -en particular en los delitos de tráfico de drogas- el cumplimiento de este deber se superpondría con una obligación de denunciar que el ordenamiento jurídico vigente no quiere imponer a los



familiares, exentos de la obligación de denunciar ex artículo 262 LECRIM , a los que asiste el derecho a guardar silencio cuando intervienen como testigos ( artículo 416 LECRIM ) y respecto a los que se excluye la aplicación del delito de encubrimiento del artículo 454 CP . (en este sentido, STS 25/2008 de 29 de enero , entre otras muchas).

En este caso, ante la ausencia de cualquier dato que aporte pormenores de la actividad de tráfico a la que la sustancia incautada iba destinada, a los que ni la sentencia recurrida ni la de primera instancia aluden, el mero conocimiento por parte de la recurrente de la existencia de la droga resulta insuficiente para sustentar la inferencia respecto a la disponibilidad sobre la misma.

Como puso en valor el voto particular formulado por el Magistrado disidente de la mayoría, en el que se apoya el recurso, la sustancia tóxica se encontraba en la nevera instalada en la zona de uso común del inmueble, y, por tanto, a disposición de todos los que en él vivían, y no en el dormitorio de la recurrente u otra zona de acceso, al menos hipotéticamente, restringido a los demás usuarios de la vivienda. El resto se incautó en el trastero que la propia acusada abrió a los policías actuantes, sin que existan elementos que permitan ni siquiera sospechar que los demás ocupantes de la casa carecían de acceso al mismo. Por último, la actuación de la recurrente no responde a una pauta lógica, pues fue ella quien llamó a la policía y *motu proprio* mostró a los agentes que acudieron a su requerimiento las sustancias posteriormente incautada. A este respecto no podemos obviar el trastorno mental orgánico psicótico que la Sra. Matilde padece, aunque solo se le reconocen efectos en la voluntad y no en la capacidad de discernimiento. Ni tampoco el parentesco que le vinculaba con los otros acusados con los que compartía vivienda, que razonablemente pudo encontrarse en la raíz de su cambio de estrategia defensiva.

En definitiva, todo ello permite cuestionar por excesivamente abierta la inferencia en la que se basa su condena como autora de un delito contra la salud pública.

Resulta incuestionable que la acusada conocía la existencia de la droga, pero ello no es suficiente para atribuirle la autoría que el recurso combate, aun teniendo en cuenta la amplitud de los comportamientos que el artículo 368 CP tipifica.

El motivo se estima.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM ., procede declarar de oficio las costas de este recurso.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Matilde contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 28 de febrero de 2017 (Rollo Apelación 3/17 ) en causa seguida contra la misma por delito contra la salud pública, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta al citado Tribunal Superior de Justicia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 733/2017

Ponente: Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente



D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 5 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 733/17 interpuesto por interpuesto por D<sup>a</sup> Matilde , representada por el procurador D. Eduardo Centeno Ruiz, bajo la dirección letrada de D. Ildefonso Ramiro Valderrama, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 28 de febrero de 2017 (Rollo Apelación 3/17), por delito contra la salud pública, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. y Excma. Sra. anotados al margen.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**UNICO.-** Se aceptan los hechos que, como probados, se expresan en la sentencia recurrida, salvo la expresión «de las que era poseedora ella, con intención de destinarlas al tráfico»; que debe sustituirse por: «No consta quien, de los tres habitantes de la vivienda, era el poseedor o poseedora de las sustancias estupefacientes, incautadas».

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO.-** De conformidad con lo dispuesto en la sentencia que antecede, procede absolver a D. Matilde del delito contra la salud pública por el que fue condenada, declarando de oficio las constas de la primera instancia.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Absolver a D<sup>a</sup> Matilde del delito contra la salud pública por el que fue condenada en sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 8 de septiembre de 2016 , confirmada en apelación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 28 de febrero de 2017 , declarando de oficio las constas de ambas instancias.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Luciano Varela Castro Ana Maria Ferrer Garcia