



Roj: **SAP B 9352/2013 - ECLI: ES:APB:2013:9352**

Id Cendoj: **08019370032013100645**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **08/07/2013**

Nº de Recurso: **24/2013**

Nº de Resolución: **616/2013**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **SERGI CARDENAL MONTRAVETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sección Tercera

Rollo número: 24/2013-K

Diligencias Previas nº 2679/2009

Juzgado de Instrucción nº 2 de Mataró

SENTENCIA Nº 616/2013

Il'tmos. Sres.:

D. FERNANDO VALLE ESQUES

D. JOSE GRAU GASSO

D. SERGI CARDENAL MONTRAVETA

En Barcelona, a 8 de julio de 2013

VISTA en juicio oral y público ante la SECCIÓN TERCERA de esta Audiencia Provincial de Barcelona la presente causa, Diligencias Previas nº 2679/2009, por delito contra la salud pública, resistencia y faltas de lesiones y daños, siendo Magistrado Ponente D. SERGI CARDENAL MONTRAVETA, que expresa el parecer unánime del Tribunal.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Han sido acusados:

- Carlos Francisco , mayor de edad, nacido en , con NIE: NUM000 , sin antecedentes penales a efectos de reincidencia, detenido el día 18 de julio de 2009, en situación de libertad provisional, defendido por el Letrado Sr. Josep F. Conesa Molina, y representado por la Procuradora Sra. S. Zaldúa Roríguez-Gachs.

- Andrés , mayor de edad, nacido en , con NIE: NUM001 , sin antecedentes penales a efectos de reincidencia, detenido el día 18 de julio de 2009 y luego el 30 de enero de 2013, en situación de libertad provisional, defendido por la Letrada Sra. Roser Luis Roca, y representado por la Procuradora Sra. A.M. Terradas Cumalat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas en su día por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, correspondió a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona el enjuiciamiento y Fallo del procedimiento por delito/s al principio reseñado.

SEGUNDO.- Previos los trámites legales oportunos, se convocó a las partes a juicio oral, que se celebró el 26 de junio de 2013, y a cuyo acto comparecieron quienes se relacionan en el acta del juicio; todo ello bajo la fe pública judicial.



TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, estimó que los hechos cometidos por Carlos Francisco eran constitutivos de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, previsto y penado en el art. 368 párrafo primero CP, y de una falta de daños, prevista y penada en el art. 625.1 CP, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando que se le impusiera por el delito las penas de 4 años y 4 días de prisión y multa de 150 euros, con responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de dos meses de privación de libertad si fuera susceptible de imposición dentro de los límites del art. 53.3 CP, así como la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, si tuviera reconocido tal derecho; así mismo, se interesaba el decomiso de la droga y efectos intervenidos en los términos del art. 374 y concordantes del CP, interesando que se dé a la droga, dinero, y demás objetos intervenidos el destino legal previsto en los arts. 374 y 127 CP en relación con el art. 367 ter LECrim. Por la falta de daños solicitaba que se impusiera la pena de 20 días de multa con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme al art. 53 CP.

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, estimó que los hechos cometidos por Andrés eran constitutivos de un delito de resistencia no grave, previsto y penado en el art. 556 CP, y de una falta de lesiones del art. 617.1 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando se le impusieran por el delito las penas de 10 meses y 10 días de prisión, así como inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, si tuviera reconocido tal derecho, y por la falta la pena de 2 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme al art. 53 CP.

CUARTO.- Las Defensas de los acusados pidieron en sus conclusiones definitivas la libre absolución.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Ha resultado probado y así se declara que:

A) El 18 de julio de 2009, sobre las 1:00 horas, en el cruce de las calles Batista i Roca y Fromiguera, en la zona de ocio situada en el Polígono Pla d'en Boet, de la localidad de Mataró, el acusado Carlos Francisco contactó con Federico y le entregó una bolsita que contenía cocaína. Cuando Federico procedía a entregarle a Carlos Francisco una cantidad de dinero a cambio de la citada sustancia, intervinieron los agentes de los Mossos d'Esquadra, arrojando entonces Federico la bolsita que acababa de recibir y Carlos Francisco otra bolsita que contenía cocaína y que también poseía con el propósito de proceder a su venta o intercambio por efectos valiosos. Ambas bolsitas contenían 0,31 gramos de cocaína, (con una pureza del 12,2% \pm 1,2%) y 0,24 gramos de cocaína (con una pureza del 17,8% \pm 1,7%). No se ha determinado el valor medio que la mencionada sustancia hubiera alcanzado en el mercado ilegal.

Aquellos hechos fueron presenciados por los agentes de los Mossos d'Esquadra con N.I.P. NUM002, y N.I.P. NUM003, que no vestían el uniforme reglamentario. Para prestar apoyo a sus compañeros en el esclarecimiento de los hechos y en la detención de Carlos Francisco, acudieron al lugar los agentes uniformados de los Mossos d'Esquadra con N.I.P. NUM004 y N.I.P. NUM005.

B) Carlos Francisco manifestó a los agentes actuantes que se disponía a encontrarse en un bar próximo con su hermano, el también acusado Andrés. Federico manifestó a los agentes actuantes que Carlos Francisco le había indicado que tenía más cocaína. Sospechando que el hermano de Carlos Francisco podía poseer dicha sustancia para destinarla al tráfico, los agentes NUM002 y NUM004 se desplazaron al bar en el que Carlos Francisco indicó que esperaba encontrar a su hermano, y localizaron sin dificultades a Andrés, que se identificó como tal, identificándose los agentes como policías. Sin que se haya aclarado la explicación que los agentes ofrecieron a Andrés para que les acompañara a las proximidades del local, aquél accedió a acompañarles. En un lugar un poco más apartado, siguiendo la petición de los agentes NUM002 y NUM004, Andrés procedió a sacar lo que llevaba en el interior de los bolsillos. En las inmediaciones se encontraban, por haber acudido a prestar apoyo a sus compañeros, los agentes NUM003 y NUM005, junto al vehículo policial en el que se encontraba detenido Carlos Francisco. No consta que Andrés mostrara hasta entonces un comportamiento que permitiera sospechar que estaba cometiendo o acababa de cometer un delito contra la salud pública.

Los agentes solicitaron entonces a Andrés que se colocara de espaldas a ellos para proceder a un cacheo preventivo, oponiéndose a ello Andrés, solicitando a los agentes que se identificaran y justificaran su petición, sin que conste que, ni entonces ni con anterioridad, aquéllos indicaran a Andrés su número de identificación policial, ni que le expusieran los motivos de su actuación y, en particular, de la petición que acababan de



formularle para proceder a cachearle. Al lugar se habían ido acercando otras personas que se encontraban en los alrededores.

Ante la oposición de Andrés a colocarse en la posición indicada por los agentes para proceder a cachearle con las máximas garantías de seguridad, la insistencia de aquél en pedir una justificación a la intervención policial y el intento de formular una llamada telefónica, uno de los agentes intentó colocarle las esposas. Andrés sostuvo firme el brazo, dificultando que pudieran esposarle, procediendo entonces entre todos los agentes policiales que se encontraban en el lugar de los hechos a reducir a Andrés con la mínima fuerza imprescindible para ello, y a introducirlo en el vehículo policial, abandonando rápidamente el lugar, en el que ya se había generado una situación de tensión, como consecuencia de los hechos antes descritos y de la oposición y hostilidad que tal actuación provocó a las numerosas personas que se habían acercado a presenciarse. No ha quedado debidamente acreditado que Andrés se resistiera de forma agresiva a la actuación policial agarrando al agente NUM005 por el cuello, ni que le provocara dolosamente las lesiones que sufrió al acudir a ayudar a sus compañeros a reducir a Andrés, lesiones consistentes en erosiones superficiales por arañazo en brazo derecho y eritema, dolor y ligera contractura muscular a nivel de región cervical posterior, que precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, consistente en cura tópica con antiséptico yodado y analgésico-antiinflamatorio, tardando en curar 4 días no impositivos, sin secuelas, no reclamando por ellas.

El día de los hechos, Andrés no portaba ninguna sustancia estupefaciente.

Cuando se encontraba en su interior, Carlos Francisco golpeó la puerta posterior derecha y rayó el cristal posterior izquierdo del vehículo policial, marca Seat, modelo Altea, con matrícula-RMX, ocasionando unos desperfectos que han sido tasados pericialmente en la cantidad de 181,76 euros, habiendo renunciado expresamente el perjudicado a la indemnización que en derecho le pudiera corresponder.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Analizaremos separadamente las pruebas relacionadas con la posesión y entrega de la cocaína por parte de Carlos Francisco, las relativas al comportamiento posterior de Andrés, y las relativas a los daños que sufrió el vehículo policial.

La posesión y entrega de la cocaína por parte de Carlos Francisco se declaran probadas tras valorar las declaraciones prestadas con todas las garantías por aquel acusado y los testigos que se mencionan a continuación, la documentación relativa a la cadena de custodia de la cocaína intervenida, y el informe no impugnado por las defensas en el que se determina el peso y analiza dicha sustancia: 0,31 gramos de cocaína, (con una pureza del 12,2% \pm 1,2%) y 0,24 gramos de cocaína (con una pureza del 17,8% \pm 1,7%), por lo que la cantidad total de cocaína base sería de, como mínimo, 0,07274 (0,0341+0,03864) gramos.

En el acto del juicio, Carlos Francisco negó haber entregado a Federico una bolsita que contenía cocaína, y también negó haber lanzado al suelo otra bolsa con ese contenido, y haberle manifestado que podía conseguirle dicha sustancia. Pero reconoció que los agentes que le abordaron tenían una bolsita que no sabe si encontraron en el suelo.

El Agente de los Mossos d'Esquadra núm. NUM002 declaró que, cuando estaba patrullando sin el uniforme reglamentario, vio que Carlos Francisco entregaba algo a Federico, que tenía en su mano una cartera, acercándose al lugar, donde vio que ambos arrojaban al suelo sendas bolsitas, que los agentes recogieron y fueron luego analizadas, manifestando Federico que Carlos Francisco acababa de entregársela y que le había manifestado que tenía más droga, procediéndose a reflejar aquella declaración en el acta que consta unida al atestado.

El Agente de la Mossos d'Esquadra núm. NUM003 declaró que vio claramente que Carlos Francisco entregó a Federico, que llevaba la cartera en la mano, una bolsita y, cuando se acercaron, cada uno de ellos arrojó al suelo las bolsitas que luego se recogieron y cuyo contenido fue posteriormente analizado. El agente núm. NUM003 también declaró que Federico les manifestó que Carlos Francisco le había ofrecido cocaína y que podía ofrecerle más.

Consta en el atestado policial el pesaje de las sustancias intervenidas en una farmacia, el certificado emitido, la prueba con el "drogotest" y la referencia a su remisión al laboratorio analítico de la División de Policía Científica para su análisis (folios 8, 10, 13 a 15). Y también consta en la causa el informe de los resultados del laboratorio químico, que se identifica con la referencia al número del atestado y de las diligencias previas incoadas (folios 52 a 57), así como la providencia que ordena determinar la pureza de las sustancias intervenidas (folios 126, 130, 140, 143, 144, 149 a 153, 156 a 161).



La declaración de los Agentes coincide en lo esencial, es también coincidente con lo manifestado en fase de instrucción, y es coherente con su comportamiento posterior. Además, ante el Juez Instructor y con la presencia de la letrada D. Roser Luis Roca, Federico declaró que había una bolsita de cocaína en el suelo y la recogió la policía, y Cornelio declaró que vio que Carlos Francisco ofrecía cocaína a Federico y que la policía recogió una bolsita de cocaína que estaba en el suelo, aunque en su declaración en el juicio oral dijeron que no recordaban tales extremos. Por todo ello, entendemos que la declaración de aquellos agentes resulta plenamente creíble y suficiente, junto con el informe relativo al análisis de la sustancia intervenida, para dejar sin efecto la presunción de inocencia que protegía al Carlos Francisco. Lo declarado por éste en relación con el origen y destino de las sustancias intervenidas no merece credibilidad al Tribunal, debido a las discrepancias con lo declarado por el resto de los testigos, y al evidente interés del acusado en negar los hechos que se le atribuyen.

El carácter doloso de la conducta se deduce claramente de su configuración externa.

El hecho de que Carlos Francisco entregara a Federico una de las bolsitas que contenía cocaína cuando éste último tenía en la mano una cartera que contenía dinero suficiente para pagarla, y lanzara al suelo otra bolsita similar al advertir la presencia de los Mossos d'Esquadra, así como el hecho de que no haya quedado acreditado que el acusado fuera consumidor de aquella sustancia, nos llevan a entender que entregó una de las bolsitas a Federico a cambio de una compensación económica que debía recibir cuando fue sorprendido por la policía, y que poseía la otra bolsita con el objetivo de destinarla también al tráfico.

SEGUNDO.- El comportamiento de Andrés y de los agentes que intervinieron en los hechos inmediatamente posteriores a su identificación, se declara probado tras valorar las declaraciones prestadas con todas las garantías por aquel acusado y los testigos que presenciaron este episodio de la actuación policial. Todos ellos coinciden en que Andrés no estaba presente cuando su hermano fue detenido, que se identificó cuando los agentes NUM002 y NUM004 acudieron al bar en el que se encontraba y preguntaron por él, que les acompañó hasta un lugar próximo, y que allí accedió a vaciar el contenido de sus bolsillos y depositar los efectos que portaba, entre los que no se encontraron sustancias estupefacientes, ni ningún objeto relacionado con el tráfico o el consumo de las mismas.

Como ya lo hiciera anteriormente, Andrés declaró en el acto del juicio que los agentes se limitaron a indicarle que su hermano tenía un problema, y que él solicitó reiteradamente a los agentes una explicación sobre su actuación, porque no la entendía ni la consideraba justa, siendo finalmente esposado, reducido y detenido. Por su parte, los agentes NUM002 y NUM004 declararon que Andrés se identificó cuando preguntaron por él, accedió a acompañarles y a vaciar el contenido de sus bolsillos, pero se negó a ser cacheado, reaccionando violentamente cuando le solicitaran que se colocara de cara a la pared para proceder al indicado reconocimiento personal. Ninguno de los agentes indicó al Tribunal de forma mínimamente precisa cuáles fueron las indicaciones que le dieron a Andrés para justificar su petición de que les acompañara, mostrara lo que tenía en los bolsillos y se sometiera a un cacheo preventivo de espaldas a los agentes, cómo éstos le indicaban. El agente NUM004 vino a confirmar que, al negarse a ser cacheado, Andrés solicitó a los agentes que se identificaran, cosa que no hicieron por haberse identificado previamente como policías. Pero parece claro que lo que Andrés solicitaba a los agentes no era que acreditaran tal condición, sino el número personal de cada uno de ellos, lo cual nos lleva a concluir que su negativa a someterse a un cacheo estaba motivada por el desconocimiento de las circunstancias que llevaron a los agentes a formular tal petición y la sospecha de que era arbitraria, y que Andrés no pensó que su actuación pudiera conducir a su propia detención, lo cual, a su vez, hace pensar que como declaró el propio Andrés los policías no le expusieron las sospechas que les habían llevado a localizarle y formular semejante requerimiento.

Son contradictorias las versiones del acusado y de algunos testigos sobre la agresividad de aquél y sobre el hecho de que insultara o amenazara a los agentes. Y existe una explicación alternativa de la actuación policial y del propio acusado, basada en una valoración conjunta de la prueba practicada sobre tales extremos. Ello ha generado dudas al Tribunal sobre aquellos extremos (la agresividad del acusado frente a la actuación policial y el hecho de que llegara a insultar o amenazar a los agentes), que impiden considerarlos debidamente acreditados.

Las lesiones sufridas por el agente núm. NUM005 se consideran acreditadas sobre la base de su propia declaración, la de sus compañeros, y el parte médico y el informe del médico forense que consta en la causa. Pero las circunstancias en las que hemos declarado probado que se produjeron tales lesiones nos llevan a concluir que Andrés no perseguía lesionar a los agentes, ni ello era una consecuencia necesaria de su actuación, ni se representó y aceptó la posibilidad de que alguno de los agentes resultara lesionado.

TERCERO.- Los daños causados en el vehículo policial por la actuación de Carlos Francisco se consideran acreditados atendiendo a su propia declaración en el acto del juicio, y al informe pericial que consta en los folio



132 a 139, donde se aprecian los daños en la puerta del vehículo policial y éstos se cuantifican en 181,76 euros, i.v.a. incluido. En el acto del juicio Carlos Francisco reconoció que, al observar los hechos protagonizados por su hermano desde el interior del coche patrulla, se encendió, se puso agresivo y dio una patada al coche para que le dejaran salir. De dicha actuación, y de la fuerza que debe aplicarse para producir unos daños como los producidos por el acusado, se desprende claramente que Carlos Francisco actuó con la intención de producirlos.

CUARTO.- Los hechos cometidos por Carlos Francisco son constitutivos de un delito contra la salud pública previsto en el art. 368 CP, en su modalidad de posesión de sustancias que causan grave daño a la salud para destinarla al tráfico y favorecimiento de su consumo ilegal.

Que la cocaína debe considerarse como una droga que causa grave daño a la salud es algo que la jurisprudencia ha venido manteniendo de forma constante.

Es cierto que, consideradas por separado, la cantidad de cocaína que contenía cada una de las bolsitas no supera la dosis mínima psicoactiva que, en relación con esta sustancia, viene fijándose en 0,05 gramos (cfr., por ejemplo, SSTs 234/20013, de 19 de marzo, y 15/2011, 28 enero). Sin embargo, hemos declarado probado que Carlos Francisco poseía ambas bolsitas con la finalidad de destinarlas al tráfico o realizar otra conducta típica de favorecimiento del consumo, lo que obliga a considerar conjuntamente el conjunto de la cocaína que ambas bolsitas contenían, sin perjuicio de que la escasa cantidad de dicha sustancia resulte relevante para entender realizada la modalidad atenuada del delito contra la salud pública prevista actualmente en el último párrafo del art. 368 CP.

En relación con la aplicación de aquella modalidad atenuada, conviene recordar aquí la delimitación de su ámbito de aplicación que, entre otras, se realiza en la STS 468/2013, de 10 de junio (FJ 3):

"La jurisprudencia de esta Sala (STS 646/2011, de 16 de junio y 270/2013, de 5 de abril, entre otras), añade que la necesidad de que se valoren los dos elementos de los que depende la aplicación del subtipo (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) debe conjugarse con la exigencia de que se pondere la distinta intensidad y cualificación de cada uno.

Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no puede estar condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, en tanto éstas han de operar en el marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho cometido, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

Esta Sala (STS 270/2013, de 5 de abril) ha considerado que concurre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinhas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como "el último escalón del tráfico".

En el FJ 4º de aquella STS se añade: *"Como reitera la STS 270/2013, de 5 de abril, las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, que son factores que permiten modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, debiendo jugar en su favor el hecho de que no consten circunstancias de carácter negativo. [./.] En relación con los supuestos de venta de papelinhas aisladas, que hemos denominado como "último escalón del tráfico", la aplicación del subtipo en casos de ocupación de cantidades muy reducidas de cocaína o heroína son muy numerosos".*

Si bien los hechos sucedieron antes de que entrara en vigor la reforma del art. 368 del Código Penal operada por la L. O. 5/2010, de 22 de junio, por ser más favorable para el acusado resulta de aplicación la nueva redacción de aquel precepto.

QUINTO.- Los daños causados dolosamente en el vehículo policial son constitutivos de la falta prevista en el art. 625.1 CP.

SEXTO.- Los hechos cometidos por Andrés no son constitutivos de un delito o falta contra el orden público, y tampoco suponen la realización dolosa de una falta de lesiones.

Aquella conclusión se basa en la consideración de que el análisis de la relevancia penal de la actuación de Andrés no puede desvincularse del concreto contexto en el que se produjo y, más concretamente, de la actuación policial, de acuerdo con los criterios que se exponen a continuación.

A) Como recuerda, por ejemplo, la STS 466/2013, de 4 de junio (FJ 3º):



"El dolo, en el delito de atentado, requiere solamente el conocimiento de que la acción típica desde el punto de vista objetivo se ejecuta contra una autoridad o uno de sus agentes en relación con las funciones propias de sus cargos. En la STS n.º 652/2009 se recordaba lo siguiente: "En palabras de la STS 22 de febrero de 1991, el propósito de atentar contra la autoridad no requiere una especial decisión del autor, diferente a la decisión de realizar la acción. Es decir, no es un elemento volitivo especial, sino un elemento cognitivo, que se da con el conocimiento del carácter de autoridad de la persona intimidada o acometida. El que sabe que intimida o acomete a una persona que ejerce como autoridad tiene, por lo tanto el propósito de atentar contra la misma. Es erróneo considerar dicho propósito como un elemento diferente del elemento cognitivo del dolo. En este delito, la doctrina de esta Sala -recuerda la STS 2012/2004, 8 de octubre - habla de ánimo de ofender al funcionario o autoridad con menosprecio o daño del principio de autoridad. Hay que aclarar en este punto que tal ánimo de ofender o causar daño al principio de autoridad no es un elemento del delito diferente al dolo: no se trata de un elemento subjetivo del injusto a añadir al dolo. En este delito de atentado sólo existe como requisito subjetivo el dolo, sin más".

2. El planteamiento del recurrente, que admite que sabía que se trataba de agentes de la autoridad y que estaban en el cumplimiento de sus funciones, obliga a examinar si la actuación de aquellos se desarrolló dentro de las exigencias derivadas del adecuado cumplimiento de sus funciones o si, por el contrario, incurrieron en exceso injustificado y de suficiente entidad, pues de ser así, desaparecería la protección derivada de las previsiones punitivas contenidas en el artículo 550 del Código Penal. Así, se decía en la STS n.º 901/2009 y en la STS n.º 1010/2009, que "En definitiva cuando la autoridad agente o funcionario público se excede en sus funciones de modo que es tal exceso el que provoca la reacción violenta del sujeto activo del hecho... ese exceso hace perder la condición pública en base a la cual la Ley protege a dicho sujeto pasivo en estos delitos" (STS. 191/95 de 14.2), en cuanto tal protección "solo está concebida para el caso de moverse dentro de su actuación normal, conforme a Derecho (STS. 30.10.91), de modo que "la notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le priva de la especial protección que le dispensa este artículo y le convierte en mero particular" (STS. 1042/94 de 20.5) ". De todos modos, para que se produzcan esos efectos, ha de tratarse de una verdadera y grave extralimitación (STS n.º 794/2007, FJ 1º) y no de una mera descortesía, que a lo sumo constituiría una extralimitación de carácter leve".

La identidad del bien jurídico protegido no lleva a entender que las consideraciones que acabamos de reproducir, sobre los límites del delito de atentado, resultan también de aplicación al delito de resistencia por el que se ha formulado acusación en el caso que debemos resolver aquí. Pero elementales razones de proporcionalidad y el principio de subsidiariedad del Derecho penal conducen a considerar que la entidad de la extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones debe relacionarse, a su vez, con la entidad de la resistencia u oposición de quien se ve afectado por ella, de modo que una resistencia u oposición de escasa entidad podrá carecer de relevancia penal cuando derive de una extralimitación del agente policial, aunque ésta no pueda llegar a calificarse de grave, especialmente cuando, atendiendo al conjunto de las circunstancias (v. gr. al número de los agentes presentes), tal resistencia u oposición no impida ni dificulte significativamente la actuación policial, ni genere un riesgo significativo para su vida, salud o integridad física.

Atendiendo al conjunto de las circunstancias en las que se produjo, la actuación de Andrés no generaba un riesgo significativo de que el cacheo no pudiera llegar a realizarse, ni encerraba un riesgo significativo para la vida o la integridad física de los agentes.

B) Para analizar la actuación policial en la que se enmarca la negativa de Andrés a colocarse en una posición adecuada para realizarle un cacheo, y que desencadenó su detención, parece oportuno recordar aquí las consideraciones que sobre aquella diligencia policial se realizan en la STS 156/2013, de 7 de marzo, (FJ 1):

"El denominado cacheo consistente en el registro de una persona para saber si oculta elementos, sustancias u objetos que puedan servir para la prueba de un delito, STS. 11.11.97 .

El cacheo, acompañado de la identificación, constituye por lo general la primera y más frecuente medida de intervención policial que indudablemente implica una medida coactiva que afecta, de alguna forma, tanto a la libertad (art. 17 CE), como a la libre circulación (art. 19 CE), en tanto que, como la identificación misma, comportan inevitablemente, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su práctica, y además, puede afectar a la intimidad personal (art. 18 CE), en la medida que sea practicado con exceso en cuanto a la justificación de su necesidad, al lugar en que se efectuó o el trato vejatorio y abusivo dispensado en él por lo agentes actuantes, o incluso en la integridad corporal (art. 15 CE), en función de la violencia o vis coactiva aplicado en su práctica.

Respecto a su cobertura legal, con carácter general se encuentra en los arts. 11.1 f) y g) de la LO. 2/86 de 13.3 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (STS. 9.4.99), y en los arts. 18 a 20 LO. 1/92 de 21.2 sobre Protección de la Seguridad ciudadana (STS. 31.3.2000).



En cuanto a sus garantías el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el art. 17.2 y 3 CE y las meras retenciones o provisionálsimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria o "strictu sensu", tal y como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación o los cacheos, los controles preventivos o el desplazamiento a dependencias policiales para ciertas diligencias. Y de forma unánime afirma que el cacheo se diferencia de forma esencial de la detención, pues en efecto es cuantitativamente reducido y por esta razón no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo las exigencias previstas en la LECrim, para la detención.

Por ello se dice que el cacheo es una actuación inmediata sobre el detenido que no exige asistencia letrada por las siguientes razones:

- 1) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia;
- 2) porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia.

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), la jurisprudencia afirma que queda preservado si se cumplen tres condiciones:

1.- Que el cacheo se realice por persona del mismo sexo. Así en STS. 29.9.97 se afirma que "la práctica del cacheo de la inculpada por una agente femenina, limitándose a palpar sobre su ropa el cuerpo, aún contorneando la zona pectoral, no puede calificarse como una intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la integridad corporal proclamado en el art. 15 de la C.E . concurriendo en las condiciones concretas de su práctica la adecuación cualitativa y cuantitativa para la obtención del fin perseguido, que le hace respetuosa con el principio de prohibición del exceso, existiendo, asimismo, una correlación en términos de proporcionalidad entre su finalidad y el sacrificio del derecho".

2.- Que se haga, según su intensidad y alcance, en sitio reservado.

3.- Que se eviten situaciones o posturas degradantes o humillantes (STS. 31.3.2000).

En cuanto al derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo. La mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado.

En SSTS. 352/2006 de 15.3 y 473/2005 de 14.4 , en supuestos en que no existió propiamente una intervención corporal sino la extracción por el propio acusado de la bolsa que portaba en su ropa interior a requerimiento de uno de los agentes a quien le resultó sospecho comprobar como trataba de ocultar algo en los genitales. El tribunal razona que aún en el supuesto de que hubiera sido registrado por los agentes tal actuación estaría amparada por la Ley de seguridad ciudadana, como cacheo del detenido, sujeto a las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y respeto a la dignidad y decoro del detenido.

Con ese mismo criterio se expresa la Sentencia de 21 de noviembre de 1999 , en la que se declara que en los supuestos de cacheos externos no operan las garantías constitucionales del art. 18 C.E . y esas injerencias policiales se encuentran legitimadas por la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado 2/1986, de 13 de marzo, cuyo artículo 11.1, f) y g) impone a sus miembros el deber y otorga la facultad de realizar esta clase de actuaciones siempre que, atendidas las circunstancias concurrentes, esas diligencias no revistan caracteres de desproporcionadas o arbitrarias, sino racionalmente adecuadas a la prevención de actividades delictivas y a la seguridad de la colectividad.

Y en la Sentencia 1.393/2002 de 24/07 se expresa que esta Sala , en reiterados precedentes, ha declarado la acomodación legal y constitucional de los cacheos. Concretamente la STS 1605/99, de 14 de febrero de 2000 declara que «las diligencias de cacheo suponen para el afectado un sometimiento normal a las normas de policía y no implican violación de sus derechos constitucionales a la intimidad, siempre que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respeto al principio de proporcionalidad».(Sentencias, entre otras, de 7 de julio de 1995 y 23 de diciembre de 1996). Por otra parte, la actuación queda amparada por el artículo 11.1, f) y g) de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado . En el mismo sentido las SSTS 1519/2000, de 6 de octubre , que declara que el cacheo constituye una diligencia policial legalmente amparada en el art. 19.2 de la L.O. 1/92, de 21 de febrero , un comportamiento policial de averiguación absolutamente proporcionado, razonable y lícito en el que el agente actuó dentro del ámbito legítimo de su funciones.



La sentencia del Tribunal Supremo nº 510/2002 de 18-3, afirma que la diligencia de cacheo "deberá practicarse siempre con el necesario respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, no es propiamente una detención, sino una restricción de la libertad de mínima entidad, tanto temporalmente como en atención a su intensidad, que constituye un sometimiento legítimo a las normas de policía que ha de entenderse normal en una sociedad democrática moderna sin que afecte al derecho fundamental a la libertad de quien se ve sujeto a ella, por lo que no le son aplicables las exigencias derivadas de las previsiones del art. 17 de la Constitución. Concretamente, ya hemos dicho que para el cacheo no se exige asistencia de letrado ni información de derechos y del hecho imputado (STS núm. 432/2001, de 16 de marzo). Precisamente, por su naturaleza y finalidad, se trata de una diligencia que normalmente se practicará con carácter previo a la imputación inicial" .

Conviene recordar también aquí lo siguiente:

Al regular los principios básicos de actuación, el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dispone: "Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: (...) 2. Relaciones con la comunidad. Singularmente: a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas. c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. (...)" .

A su vez, al regular los principios de actuación, el art. 11 de la Llei 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalitat - Mossos d'Esquadra dispone: "1 D'acord amb el que estableix la Llei orgànica de forces i cossos de seguretat, s'apliquen al Cos de Mossos d'Esquadra els principis d'actuació següents: (...)

Tercer. Pel que fa a les relacions amb la comunitat, els membres del Cos de Mossos d'Esquadra:

a) Han d'impedir, en l'exercici de llur actuació professional, qualsevol pràctica abusiva, arbitrària o discriminatòria que comporti violència física o moral.

b) Han de tenir en tot moment un tracte correcte i acurat en les relacions amb els ciutadans, als quals han de procurar auxiliar i protegir sempre que les circumstàncies ho aconsellin o hi siguin requerits, i proporcionar-los informació completa i tan àmplia com sigui possible sobre les causes i la finalitat de totes les intervencions.

c) Han d'actuar, en l'exercici de llurs funcions, amb la decisió necessària i sense retard, quan d'això depengui evitar un mal greu, immediat i irreparable, i han de regir-se, en fer-ho, pels principis de congruència, d'oportunitat i de proporcionalitat en la utilització dels mitjans a llur abast. (...)" .

C) Como se indicaba más arriba, el cacheo implica indudablemente "una medida coactiva que afecta, de alguna forma, tanto a la libertad (art. 17 CE), como a la libre circulación (art. 19 CE), en tanto que, como la identificación misma, comportan inevitablemente, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su práctica, y además, puede afectar a la intimidad personal (art. 18 CE), en la medida que sea practicado con exceso en cuanto a la justificación de su necesidad, al lugar en que se efectúe o el trato vejatorio y abusivo dispensado en él por lo agentes actuantes, o incluso en la integridad corporal (art. 15 CE), en función de la violencia o vis coactiva aplicado en su práctica" . Por ello, la realización del cacheo requiere, en definitiva, una justificación basada en una adecuada ponderación del principio de proporcionalidad, que permita concluir que se trataba de una intervención policial útil para prevenir o investigar la comisión de un delito grave, no existiendo otra igualmente eficaz y menos lesiva, y no siendo mayor el interés que su realización lesiona o pone en peligro, que aquel que se ve satisfecho con su realización.

La extraordinaria diversidad de circunstancias que pueden justificar un cacheo policial explica el carácter general y abstracto de la regulación sobre sus presupuestos y forma de realización, y obligan a valorar cada supuesto de hecho concreto atendiendo a las circunstancias específicas en las que se enmarca.

Atendiendo a las concretas circunstancias del caso ahora analizado, y atendiendo, también, a consideraciones ajenas a tales hechos, como, por ejemplo, la necesidad de valorar la posibilidad de que una intervención policial distinta pudiera ser más eficaz desde el punto de vista de la seguridad ciudadana, la prevención y la persecución de otros delitos, entendemos que las sospechas de los agentes policiales sobre la posible comisión de un delito contra la salud pública por parte de Andrés sospechas basadas, exclusivamente, en las declaraciones de su hermano y de aquel a quien había entregado una bolsita de cocaína podían justificar la decisión de los agentes de intentar averiguar si Andrés estaba efectivamente cometiendo un delito contra la salud pública. Pero no puede dejar de destacarse que las declaraciones de Carlos Francisco e Federico eran sumamente ambiguas, y el comentario de éste último podía perfectamente explicarse teniendo en cuenta



que, además de la bolsita que entregó a Federico , Carlos Francisco poseía la bolsita con cocaína que arrojó al suelo.

Atendiendo a elementales consideraciones de prudencia y a la debilidad del soporte de las sospechas policiales, aquellas averiguaciones policiales sobre la eventual comisión de un delito contra la salud pública por parte del hermano de Carlos Francisco podían concretarse en la observación del comportamiento de Andrés , su identificación y la observación de su reacción ante la presencia de quienes se identifican como policías, u otro tipo de pesquisas que no afectan a derechos fundamentales o suponen una afectación mínima de los mismos, averiguaciones que, en el caso de resultar otras infructuosas, hasta podían alcanzar a la petición de que aquel sobre quien recaen débiles sospechas acompañe a los agentes policiales y les muestre lo que lleva en los bolsillos, pudiendo, incluso, llegar a entenderse que, a pesar de que Andrés no mostró en ningún momento una actitud sospechosa, el celo policial llevara a los agentes a preguntarle si aceptaba someterse a un cacheo, o incluso realizarle un cacheo muy superficial, que no supusiera realizar tocamientos sobre zonas íntimas, ni sacarse los zapatos, y que fuera precedido de una clara explicación sobre tales extremos y sobre el origen de las sospechas policiales (sospechas que no deben identificarse con la imputación de un delito, especialmente en los casos en los que el cacheado no está detenido), de modo que es razonable pensar que, de este modo, se hubiera evitado o reducido muy considerablemente la sensación de Andrés de estar siendo objeto de una actuación policial arbitraria que lesionaba sus derechos, algo plenamente comprensible atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes.

Sin embargo, en el caso ahora examinado no ha quedado acreditado que se ofreciera a Andrés la explicación antes indicada, y el agente NUM004 declaró en el acto del juicio sin realizar matización alguna vinculada a la solidez de las sospechas policiales que se disponían a realizar a Andrés un cacheo "en profundidad, adecuado a lo que estaban buscando", y que ello exigía el registro de zapatos, calcetines, etc., pudiendo perfectamente deducirse que los agentes entendían también necesario un examen de todo el cuerpo del sospechoso, incluidas las zonas íntimas, en las que es habitual que los traficantes escondan las dosis de sustancia estupefaciente que poseen para destinarla al tráfico.

SÉPTIMO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

OCTAVO.- La determinación de la pena que debemos imponer a Carlos Francisco por la comisión del delito contra la salud pública ha de partir de lo dispuesto en los arts. 368 último párrafo, 374, 66, 56 y 52 CP . El marco penal previsto en el art. 368 CP debe concretarse atendiendo a gravedad de los hechos y las circunstancias personales del culpable, puestas en relación con la función preventiva que corresponde al Derecho penal. Atendiendo a la escasa cantidad de la droga intervenida, a su pureza, y al hecho de que el acusado carece de antecedentes penales, este Tribunal estima que debe imponerse la pena de prisión con una duración de un año y seis meses. Con la misma duración se impone la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo.

No podemos imponer la pena de multa, pues no ha quedado probado el valor de la droga intervenida. Cabe citar en ese sentido la STS 92/2003, de 29 de enero .

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 374 CP debe acordarse el comiso de la sustancia intervenida.

NOVENO.- Por la falta de daños, atendiendo a su cuantía, a las circunstancias en las que se produjeron, y a lo dispuesto en los arts. 625.1 y 638 CP , imponemos la pena de multa con una duración de 10 días y una cuota diaria de 6 euros. La cuantía de la cuota diaria se fija atendiendo a la falta de información sobre la situación económica del acusado, y atendiendo también a lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de que la cuota mínima debe quedar reservada para casos extremos de indigencia o miseria, una situación que no ha quedado aquí acreditada. El impago de la pena de multa ocasionará la responsabilidad personal subsidiaria del condenado, de acuerdo con lo previsto en el art. 53 CP .

DÉCIMO.- En atención a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se impone al condenado el pago de la mitad de las costas procesales causadas en el curso del proceso.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Andrés del delito de resistencia a la autoridad y de la falta de lesiones, de los que venía siendo acusado en el presente procedimiento, con declaración de oficio de la mitad de las costas causadas.



Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Carlos Francisco , como autor criminalmente responsable de un delito consumado contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el último párrafo art. 368 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Carlos Francisco , como autor criminalmente responsable de una falta de daños, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DIEZ DÍAS DE MULTA, con una CUOTA DIARIA DE 6 euros, cuyo impago ocasionará la responsabilidad personal subsidiaria del condenado, de acuerdo con lo previsto en el art. 53 CP .

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Carlos Francisco al pago de la mitad de las costas procesales.

Se decreta el COMISO de la sustancia intervenida, a la que se dará su destino legal.

Para el cumplimiento de la responsabilidad personal que se le impone a Carlos Francisco , se le abonará el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, salvo que le hubiere servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditaría en ejecución de Sentencia.

Notifíquese a las partes esta resolución en debida forma, conforme a la ley.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. -Leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, ha sido publicada la anterior Sentencia el día de la fecha. Doy fe.