

Roj: STS 1953/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1953  
Id Cendoj: 28079120012015100250  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2244/2014  
Nº de Resolución: 257/2015  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil quince.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 2244/2014, interpuesto por la representación procesal de **D<sup>a</sup> Alejandra**, contra la sentencia dictada el 26 de Septiembre de 2014 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala Nº 55/2014, correspondiente a las Diligencia Previa nº 2144/2012 del Juzgado de Instrucción nº 14 de los de Barcelona que condenó a la recurrente, como autora responsable de un delito **contra la salud pública**, habiendo sido parte en el presente procedimiento la condenada recurrente D<sup>a</sup>. Alejandra, representada por el Procurador D. Francisco Miguel Redondo Ortiz; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 14 de Barcelona, incoó Diligencia Previa con el nº 2144/2012 en cuya causa la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 26 de Septiembre 2014, que contenía el siguiente **Fallo**: "*Condenamos a la acusada Alejandra como autora responsable de un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN LA MODALIDAD DE SUSTANCIA QUE CAUSA GARAVE DAÑO A LA SALUD REALIZADO EN CENTRO PENITENCIARIO de los artículos 368.2 y 369-7ª del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena DE TRES AÑOS Y TRES MESES PRISIÓN e inhabilitación durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales.*

*Se abona al acusado el tiempo que lleva privado de libertad por esta causa.*"

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: "*Sobre las 13,20 horas del día 1 de junio de 2012, la acusada Alejandra, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, cuando se encontraba realizando una comunicación vis a vis en una habitación de la cárcel Modelo de Barcelona, con su pareja sentimental por aquel entonces, el interno Melchor, le entregó sin contraprestación una papelina de cocaína con 0,136 gramos, siendo sorprendido por los funcionarios del centro penitenciario número NUM000, NUM001 y NUM002 que hacían la ronda rutinaria, cuando el interno Melchor comenzaba a inhalar esta sustancia encima de la mesa de la habitación.*

*A la acusada también le fue intervenido en el interior del bolso que guardó este día en las taquillas con anterioridad a pasar el arco de seguridad previo al acceso a las habitaciones donde tenían lugar las comunicaciones vis a vis:*

*Un envoltorio con 0,233 de cocaína pura.*

*20 comprimidos de MDMA con una pureza de 1,57 gramos.*

*16 comprimidos de MDMA con una riqueza en base de 1,34 grs.*

*2,321 gramos de hachís con una riqueza del 6,9%.*

No se acredita que las sustancias que portaba en el bolso la acusada tuvieran como destino su entrega al interno Sr. Melchor.

*La acusada al tiempo de estos hechos era adicta a la cocaína.*

Melchor al tiempo de estos hechos era adicto importante a la cocaína a la heroína y a otros tóxicos.

*Ambos eran pareja sentimental."*

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de la acusada D<sup>a</sup>. Alejandra , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 20 de Octubre de 2014, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 16 de Diciembre de 2014, el Procurador D. Francisco Miguel Redondo Ortiz, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en el siguiente **motivo**:

**Único.-** Al amparo del artículo 849.1 LECr . por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 369.1.7<sup>a</sup> del CP .

5.- El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 29 de Enero de 2015 evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la admisión del único motivo del recurso.

6.- Por providencia de 13 de Abril de 2015 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **29 de Abril de 2015** , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El primero y único motivo se formula por **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1 LECr ., al haberse infringido por aplicación indebida el art 369.1 , 7<sup>a</sup>, en relación con el art. 368.2 CP .

1. La recurrente considera que, aunque no discute la entrega por su parte de la papelina que contenía la sustancia estupefaciente, en el transcurso de una visita vís a vís en el Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, entiende que tales hechos no acarrear por sí solos la apreciación del subtipo agravado de tráfico en establecimiento penitenciario a la vista de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, según la que sólo se apreciará cuando la acción genere un *peligro real de propagación* dentro del centro. Lo cual no se da en el caso atendiendo a que se trata de la entrega por parte de la acusada, en una comunicación familiar, de una papelina de cocaína a un interno para su inmediato consumo, en el que fue sorprendido, según resulta de los hechos probados.

2. Ciertamente, esta Sala en sentencias como la **17-3-2009, nº 291/2009, rec. 411/2008** , ha señalado que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado la redacción de esta agravante ya que antes de dicha reforma se apreciaba cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se introducían o difundían en establecimientos penitenciarios, y, tras la mencionada reforma, se dispone su aplicación cuando las conductas descritas en el artículo 368 del Código Penal tengan lugar en establecimientos penitenciarios o en sus proximidades.

Sin embargo -sigue diciendo esta sentencia-, ello no supone que haya de ser rectificada, de modo radical, la doctrina jurisprudencial que había interpretado el alcance de la agravante con la anterior redacción, según la cual sólo se apreciará cuando la acción genere un peligro real de propagación dentro del centro penitenciario, *excluyéndose* en aquellos casos en los que la cantidad suministrada es reducida y destinada a un sujeto concreto ( Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1998 y 29 de enero de 2001 ) ya que, no obstante ese cambio de redacción que amplifica el ámbito de su aplicación hasta el extremo de poderse aplicar cuando esas conductas se verifican en las proximidades del centro penitenciario, se mantiene la razón o finalidad que persigue el legislador y que justifica tan importante incremento de la gravedad de la pena, que puede pasar de los tres a los nueve años de prisión en supuestos como el que ahora examinamos. Es evidente, con la lectura del precepto, que en este subtipo ya no se recoge la introducción o difusión de la droga en el centro sino que se remite a los comportamientos estándares o nucleares previstos en el artículo 368 del Código Penal , que en este caso particular irían referidos a la posesión de la droga con propósito de entregarla a un interno, producida en el interior del centro penitenciario y que en principio, como se señala en la Sentencia de esta Sala 784/2007, de 2 de octubre , en una interpretación literal estricta, habría que estimar el motivo, sin embargo, se señala en esa misma sentencia que la relevancia de la cuestión planteada y su rigurosa incidencia en la penalidad, obliga a llevar a cabo una *interpretación más precisa* de la nueva cualificación. Es importante en esta línea tratar de hallar la *ratio agravatoria* del subtipo que analizamos. Alguna idea apunta la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado que nos dice: "El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con

los mismos, y por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la *difusión* de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección, como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabituación o rehabilitación". De acuerdo con lo dicho se comprende que realmente los *lugares en sí se protegen* porque allí residen o desarrollan actividades determinados colectivos de personas, resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga. Son grupos de personas extremadamente sensibles, que constituyen *mercados atractivos para los traficantes* o vendedores de drogas al por menor, que pueden afectar no sólo a su salud, bien jurídico genéricamente protegido, sino indirectamente al *funcionamiento de la institución en que están integrados esos colectivos o a la frustración del cumplimiento de los fines* propios de esos centros. Junto a tal consideración no hemos de perder de vista que nos hallamos interpretando una complementación del tipo (subtipo), que va a producir una exasperación notable de la pena, lo que hace que la interpretación deba ser claramente *restrictiva*, como acabamos de apuntar, si no queremos desbordar los límites que impone el principio de proporcionalidad. Pero esa misma restricción interpretativa deberá operar en orden a la fijación de sus contornos delimitativos si queremos respetar el principio de lesividad, al objeto de que no se castiguen conductas que de antemano tienen cercenadas las posibilidades de lesionar el bien jurídico protegido. En este sentido el bien jurídico que la ley quiere proteger es el *riesgo o peligro* de que la droga *acceda y se difunda* entre estos colectivos de personas que ocupan los centros a que la ley se refiere. Sobre los criterios o principios expuestos debe construirse la cualificación. Por un lado, el subtipo de tenencia de droga en un establecimiento penitenciario o sus alrededores para que acceda a algún interno, debe *hallarse superpuesto* al delito básico, que está integrado por la posesión de drogas con propósito de *destinarlas al consumo de terceros* en general. En la superposición, partimos de un tipo delictivo de peligro abstracto, esto es, de la figura delictiva básica de la posesión de drogas para el tráfico del art. 368 en el que se está protegiendo la salud de indeterminadas personas, entre las que no pueden excluirse en el plano teórico o dialéctico a los internos de un centro penitenciario. De ahí que entendamos que a un delito de peligro abstracto, no deba unirse una cualificación también de peligro abstracto, so pena de vulnerar el principio de lesividad en aquellos casos en que no ha existido posibilidad alguna de daño con respecto a determinadas personas, en particular las que el legislador quería proteger de forma especial. En *evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico*, que pueden producirse en ese afán disuasorio del derecho al anticipar las barreras defensivas, entiende la Sala que a la cualificación habría que atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto, que en nuestro caso estaría integrado por el colectivo de personas que residen o desarrollan actividades en dichos centros, cumpliendo determinadas finalidades u objetivos. El subtipo se construirá añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una *cualificación de peligro concreto*. Dentro de estos parámetros hermenéuticos el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que *no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos*. Existió un peligro general ex ante cubierto por el *tipo básico*, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto. Tampoco resultaría afectado si un sujeto vende droga en los alrededores de la cárcel a personas que no son internos, sino terceros que eventualmente tuvieran la oportunidad de comprar en tal lugar. En caso de vender o facilitar la droga "en los alrededores" del centro a un tercero que por su profesión o por circunstancias determinadas puede hacerla llegar a los reclusos (personas que prestan servicios de abastecimiento, por ejemplo), sólo si consiguen burlar los controles interiores podrían responder de la cualificación. No es necesario, sin embargo, que realmente el recluso destinatario de la droga llegue a poseerla y menos consumirla o facilitar el consumo a un tercer recluso, sino que basta con la mera posibilidad, pero real y efectiva, no genérica o abstracta.

Y la STS de **25-2-2010, nº 142/2010**, en relación con la vigente dicción del subtipo que se comenta, indica que la jurisprudencia reciente de esta Sala ha estimado que, así como el tipo básico del delito de tráfico de drogas del art. 368 Cpenal se construye sobre la estructura de un delito de riesgo abstracto, el subtipo agravado del núm. 8 del art. 369 no puede construirse sobre la estructura de otro delito de riesgo abstracto porque se lesionaría el principio de lesividad y merecimiento de pena (máxime teniendo en cuenta el enorme salto cuantitativo que prevé el Código --mínimo nueve años de prisión--, con lo que se lesionaría el principio de proporcionalidad y de culpabilidad como medida de la pena. Por ello, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que el subtipo agravado debe construirse sobre la estructura de un delito de riesgo concreto y ello desemboca en una interpretación muy restrictiva de dicho tipo.

En definitiva, como se señala en la STS 784/2007 de 2 de octubre "...el subtipo se construyó añadiendo a un delito de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto..." Las consecuencias de esta construcción son claras; cuando la droga que se iba a introducir en el centro penitenciario es descubierta en

los controles correspondientes, de suerte que *no traspasa al interior del centro penitenciario*, ni por tanto surge el *peligro real y concreto* de que pueda llegar a los internos, al ser ocupada, bien a la persona del exterior que la lleva, o bien al interno que la recibe de aquélla en un vis a vis, no procede la aplicación de tal subtipo y sí solo, el tipo básico.

En tal sentido, se pueden citar, además también las SSTS 668/2009 en la que se dejó sin efecto la aplicación del subtipo agravado porque no existió posibilidad de que la droga accediera a los demás reclusos, al ser descubierta por los funcionarios de prisión, en el mismo sentido STS 53/2009 de 26 de enero, referente a la introducción de droga para un hermano, en la que se rechazó el recurso del Ministerio Fiscal, ó la STS 291/2009 en la que también se rechazó el recurso del Ministerio Fiscal por inexistencia de peligro real de propagación al ser cantidad reducida y para una persona concreta, la STS 1911/2002 de 18 de noviembre, droga descubierta en la "paquetería" del centro penitenciario, destinada a un interno. En definitiva, esta construcción es semejante a la del subtipo agravado décimo de dicho artículo --importación-- en la que se excluye tal agravación cuando la droga es descubierta en el mismo recinto aduanero, lo que acredita la eficacia de las medidas preventivas y disuasorias, y al mismo tiempo, la imposibilidad de la circulación efectiva de la substancia en territorio nacional.

3. De acuerdo con la doctrina expuesta, verificamos en este control casacional -con el Ministerio Fiscal que apoya el motivo-, que la acusada entregó a su pareja sentimental que se encontraba interno en el centro penitenciario, una papelina de cocaína, con 0#136 gramos de cocaína pura, para su consumo inmediato, en una entrevista *vis a vis* en el propio establecimiento, siendo sorprendido el interno cuando empezaba a consumir la droga. La cantidad de droga era escasa, el destinatario plenamente determinado, y el consumo de la sustancia suministrada iba a ser inmediato y completo. Por ello no existió el peligro concreto, para la salud del colectivo de personas del establecimiento penitenciario, exigido para la aplicación de la circunstancia 7ª del art. 369.1 CP.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado, con los efectos penológicos que se determinará en segunda sentencia.

**SEGUNDO.-** Conforme a lo expuesto, debemos dar lugar a la **estimación** del recurso de casación interpuesto por infracción de ley, por la representación de Alejandra, declarando de oficio las **costas** de su recurso de acuerdo con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr.

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar a la **estimación** del recurso de casación interpuesto por infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 26-9-2014, por la representación de Dña. Alejandra, declarando de oficio las **costas** de su recurso.

Comuníquese esta sentencia, y la que a continuación se dictará a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Mayo de dos mil quince.

En la causa rollo nº 55/2014 seguida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de Diligencias Previa nº 2144/2012, incoadas por el Juzgado de Instrucción nº 14 de Barcelona por delito contra la salud pública, contra Dña. Alejandra. Ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se acepta la declaración de hechos en lo que no se opongan a lo que se señala en esta sentencia

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en el fundamento jurídico primero de nuestra sentencia rescindente, ha de dejar de apreciarse el subtipo agravado comprendido en la circunstancia 7ª del art 369.1 CP, consistente en tener lugar los hechos en **establecimiento penitenciario**, de modo que, partiéndose de la pena inferior



en grado a la prevista en el art. 368, por aplicación de las previsiones del párrafo 2º del mismo precepto, se reduce la pena de prisión de los tres años y tres meses impuestos en la sentencia de instancia, a la pena privativa de libertad de **un año y seis meses de prisión**.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que no resultaren incompatibles, tales como las penas accesorias, comiso decretado, costas y abono de prisión preventiva.

### III. FALLO

**Estimándose no concurrente** el subtipo agravado, consistente en tener lugar los hechos en establecimiento penitenciario, **se reduce** la pena de prisión de los tres años y tres meses impuestos en la sentencia de instancia, a la pena privativa de libertad de **un año y seis meses de prisión** que se considera procedente.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que no resultaren incompatibles, tales como las penas accesorias, comiso decretado, costas y abono de prisión preventiva.

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

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