



Roj: **STS 2329/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2329**

Id Cendoj: **28079120012014100434**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2014**

Nº de Recurso: **178/2014**

Nº de Resolución: **482/2014**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2809/2013,**  
**STS 2329/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, de fecha 29 de octubre de 2013 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el acusado Juan , representado por el procurador Sr. Soto Fernández. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Bilbao instruyó Procedimiento Abreviado 107/11, por delito contra la salud pública contra Juan , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya cuya Sección Primera dictó en el Rollo de Sala 32/13 sentencia en fecha 29 de octubre de 2013 con los siguientes hechos probados:

*"Sobre las 00,05 horas del día 25 de junio de 2011, Juan , mayor de edad, con D.N.I. NUM000 , con antecedentes penales computables y ejecutoriamente condenado en virtud de Sentencia dictada por la Sección 2ª de la A.P. de Bilbao declarada firme en fecha 26 de enero de 2011 (EJE 15/2011), por un delito contra la salud pública, a la pena de 6 años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el mismo periodo, iba caminando por la calle Iturribide, próximo a la confluencia con la calle Fika, al llegar al "Bar Las Ruedas" se introdujo en la "barra" del establecimiento y, se le acercó un varón que le hizo entrega de unos "billetes, procediendo el acusado a la entrega de un "objeto" que saca del bolsillo. El Agente de la Policía Municipal N° NUM001 , que se encontraba de vigilancia en el interior del establecimiento, observó también el intercambio, siguiendo al varón, que resulto ser Jose Manuel , a quien le ocuparon un envoltorio de "plastico termosellado"conteniendo un polvo blanco que una vez analizado dió positivo a la reacción de Cocaína en un peso de 0,405 gramos, con una riqueza del 12,4%. Los agentes procedieron a la identificación y cacheo del acusado, ocupando cuatro trozos de polvo marrón prensado (16,341 gramos) positivo a la reacción de identificación de "hachish" y una bolsita que contenía "polvo blanco" que dió positivo a las reacciones de identificación de cocaína, con una riqueza del 7% y además 55 euros procedentes de la venta de la sustancia estupefaciente descrita.*

*La cocaína es una sustancia estupefaciente sometida a control internacional incluida en la Lista I de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 25 de mayo de 1972.*

*El precio estimado de un gramo de cocaína en la fecha de los hechos y en el mercado ilícito era de 56 euros.*

*En el momento de los hechos, el acusado tenía ligeramente reducida su capacidad volitiva como consecuencia de una dependencia de larga evolución a la cocaína".*

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS



*Que debemos condenar y condenamos a Juan , como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, concurriendo la atenuante de drogadicción y la agravante de reincidencia, a la pena de 21 meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 50 euros con la responsabilidad personal subsidiaria de dos días en caso de impago, con imposición al acusado de las costas del procedimiento.*

*Se acuerda el comiso de la droga y del dinero aprehendidos al acusado a los que se les dará el destino legalmente establecido que. Firme (sic) la presente resolución, librase oficio a la Unidad Administrativa para proceder a la destrucción de toda la droga decomisada en la causa.*

*Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de Casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial".*

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

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECr ., infracción del art. 368 del CP .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 3 de junio de 2014.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR .** La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya condenó, en sentencia dictada el 29 de octubre de 2013 , a Juan , como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (cocaína), concurriendo la atenuante de drogadicción y la agravante de reincidencia, a la pena de 21 meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 50 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de dos días en caso de impago, con imposición al acusado de las costas del procedimiento.

Los hechos objeto de la condena se resumen, a modo de introducción, en que, el día 25 de junio de 2011, sobre los 0,05 horas, Juan , con antecedentes penales computables, accedió al interior del bar "Las Ruedas" y le vendió a quien resultó ser Jose Manuel un envoltorio de "plastico termosellado" que contenía un polvo blanco que una vez analizado dio positivo a cocaína, con un peso de 0,405 gramos y una riqueza del 12,4%. El hecho fue presenciado por un agente de la Policía Municipal, que siguió al comprador a la salida del bar y le intervino el envoltorio que acababa de adquirir. Dos agentes procedieron a la identificación y cacheo del acusado, ocupándole cuatro trozos de polvo marrón prensado (16,341 gramos) positivo a la reacción de identificación de "hachish" y una bolsita que contenía "polvo blanco" que dio positivo a las reacciones de identificación de cocaína, con una riqueza del 7% y además 55 euros procedentes de la venta de la sustancia estupefaciente descrita.

En el momento de los hechos, el acusado tenía ligeramente reducida su capacidad volitiva como consecuencia de una dependencia de larga evolución a la cocaína.

Contra la referida condena recurrió en casación la defensa del acusado.

**PRIMERO . 1.** En el **único motivo** que formula la parte recurrente denuncia, con sustento procesal en el art. 849.1º de la LECr ., la **infracción del art. 368 del C. Penal** , por considerar atípica la conducta del acusado.

Argumenta este que la dosis mínima psicoactiva que se considera típica y punible por la jurisprudencia de esta Sala es de 50 miligramos de cocaína, cantidad que estima la defensa que no se alcanza en el presente caso debido a que el contenido del envoltorio vendido solo pesó 405 miligramos de cocaína, con una riqueza del 12,4%. Por consiguiente 50,22 miligramos de cocaína. Pero como al porcentaje de riqueza ha de restársele el margen de error del 5% que se aplica en todos los análisis, aunque en este caso no se especifique en la pericia que obra en el folio 49 de la causa, ha de entenderse que la dosis vendida no alcanzó los 50 miligramos, por lo que la conducta debe considerarse atípica.

2. En la reunión del Pleno no jurisdiccional de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 se consideró necesario disponer de una referencia genérica para unificar las decisiones de los tribunales, y fue



así como se dio publicidad a tal efecto a unas dosis mínimas psicoactivas que facilitó el Instituto Nacional de Toxicología: 0,66 a 1 miligramo de heroína; 50 miligramos de cocaína; 10 miligramos de hachís y 20 miligramos de MDMA. Estas pautas fueron ratificadas en otro Pleno posterior de 3 de febrero de 2005, en el que se acordó continuar manteniendo los parámetros referidos hasta que se produjera una reforma legal o se adoptaran otros criterios o una decisión alternativa.

En la sentencia de este Tribunal de 28 de enero de 2004, al tratar del concepto de mínimo psicoactivo y sus repercusiones penológicas con respecto al elemento objetivo del delito, se precisa que "los mínimos psicoactivos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión".

Este Tribunal con relación a las situaciones en que la droga intervenida presenta una precaria toxicidad tiene reconocida la atipicidad de las conductas de tráfico cuando, debido a su absoluta nimiedad, la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo ( SSTS 527/1998, de 15-4 ; 985/1998, de 20-7 ; 789/99, de 14-5 ; 1453/2001, de 16-7 ; 1081/2003, de 21-7 ; y 14/2005 de 12-1 ). Y en otras ocasiones ha afirmado que deben quedar excluidas de la punición por este delito contra la salud pública aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice el comportamiento típico, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. En este ámbito se ha hecho referencia en sentencias de esta Sala al principio de insignificancia: cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo ( SSTS 1441/2000, de 22-9 ; 1889/2000, de 11-12 ; 1591/2001, de 10-12 ; 1439/2001, de 18-7 ; y 216/2002, de 11-5 ).

En los últimos tiempos, las sentencias de este Tribunal han matizado el uso del término "insignificancia" por generar cierta inseguridad en la aplicación de la norma penal y lo han sustituido por el término "toxicidad", de manera que lo que caería fuera del tipo penal serían las transmisiones de sustancias que por su falta de lesividad no entrañaran el riesgo abstracto de su transmisión a personas; y también se ha advertido que la doctrina de la atipicidad ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva, y concretamente en los supuestos en que la desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada determina que esta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal ( SSTS 602/2007, de 4-7 ; 936/2007, de 21-11 ; 182/2008, de 21-4 ; 278/2009, de 18-3 ; 273/2009, de 25-3 ; 464/209, de 28-4 ; y 640/2009, de 10-6 ). En este contexto, se sigue operando con los criterios establecidos en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003, y así lo constatan las sentencias absolutorias que se vienen dictando en los casos en que la droga intervenida carece de la mínima toxicidad ( SSTS 936/2007, de 21-11 ; 1110/2007, de 19-12 ; 183/2008, de 29-4 ; y 1168/2009, de 16-11 ).

**3.** En el **caso concreto** que ahora se juzga, el envoltorio vendido por el acusado contiene 0,405 gramos de cocaína, con una riqueza del 12,4%. Por consiguiente, la cantidad de cocaína vendida por el acusado se cifra en 50,22 miligramos, casi en el límite de los 50 miligramos que se fija como mínima cantidad psicoactiva subsumible en la norma penal. Sin embargo, como en estos casos las pericias fijan un margen de error en torno al 5% del índice de riqueza, este índice ha de operar también aquí, aunque se haya omitido el dato en el dictamen. Ello significa que el porcentaje de riqueza a computar es del 11,78% y no del 12,4%. Y como la aplicación de ese porcentaje determina que la cantidad de cocaína vendida son realmente 47,70 y no 50,22 miligramos, es claro que la operación de tráfico se halla por debajo del mínimo de toxicidad que fija la jurisprudencia de esta Sala.

Este Tribunal de casación tiene establecido como criterio consolidado que solo deberá considerarse droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 C. penal, aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que le son propios. Y esto, en función de la cantidad de principio activo registrada en concreto y de la capacidad del producto para incidir negativamente en la salud de un eventual afectado. En aquellos casos en los que la cantidad de principio activo apreciable en la única sustancia transmitida sea tan insignificante que no alcance las dosis mínimas psicoactivas, según han sido establecidas con criterios científicos por el Instituto de Toxicología, no será apreciable la existencia de un riesgo para el bien jurídico.

El Ministerio Fiscal alega en su escrito de impugnación del recurso que al acusado también se le intervinieron en el bolsillo 55 euros, dinero que en la sentencia se dice que "procede de la venta de la sustancia estupefaciente descrita". Sin embargo, esta expresión ha de referirse a la operación que se acababa de realizar, que es por la que se le condena, y no por otras operaciones anteriores que ni constan ni han sido objeto de acusación en el juicio.



Se estima, por tanto, el motivo y se anula la condena dictada en la instancia, declarándose de oficio las costas del recurso ( art. 901 de la LECr .).

### III. FALLO

**ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley interpuesto por la representación de **Juan** contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, de 29 de octubre de 2013 , que condenó al recurrente como autor de un delito de tráfico de cocaína en su modalidad básica, con la concurrencia de la atenuante de drogadicción y de la agravante de reincidencia, condena que queda así anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro **Antonio del Moral García**  
**Andrés Palomo Del Arco**

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil catorce.

En la causa Procedimiento Abreviado 107/2011, del Juzgado de Instrucción número 5 de Bilbao, seguido por un delito Contra la Salud Pública contra Juan , nacido en Bilbao el día NUM002 de 1954, hijo de Cayetano y Felicidad , con DNI NUM000 , la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera dictó en el Rollo de Sala 32/2013 sentencia en fecha 29 de octubre de 2013 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado **Alberto Jorge Barreiro** .

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, excepto el índice de riqueza de la cocaína vendida, que se fija en el 11,78% en lugar del 12,4%.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo que se ha argumentado en la sentencia de casación, no cabe subsumir la conducta de la acusada en el art. 368 del C. Penal , debiendo por tanto considerar su conducta como atípica. Ello comporta que se dicte en esta instancia un fallo absolutorio, con declaración de oficio de las costas devengadas ante la Audiencia Provincial. Désele a la sustancia estupefaciente intervenida el destino legal, tal como se acordó en la resolución recurrida.

### III. FALLO

Absolvemos a Juan del delito contra la salud pública de **tráfico de cocaína en su modalidad básica** que se le imputa, declarándose de oficio las costas que se hubieran devengado en la instancia. Désele a la sustancia estupefaciente, tal como está acordado, el destino legal.

Se dejan sin efecto las medidas cautelares personales y reales que se pudieran haber acordado contra el acusado en el curso del procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro **Antonio del Moral García**  
**Andrés Palomo Del Arco**

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