



Roj: **STS 4477/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4477**

Id Cendoj: **28079120012020100742**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2020**

Nº de Recurso: **10327/2020**

Nº de Resolución: **719/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 394/2020,**
STSJ BAL 409/2020,
STS 4477/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 719/2020

Fecha de sentencia: 30/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10327/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10327/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 719/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 30 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 10327/2020 interpuestos por **Hugo** representado por el procurador Sr. Xim Aguilo de Cáceres Planas y bajo la dirección letrada de D. Bartolomé Salas Seguí; y **Joaquín** representado por el procurador D. Julián Caballero Aguado y bajo la dirección letrada de D. Oliver Servera Gaspar contra Sentencia nº 17/20 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal superior de Justicia de Baleares el 1 de junio [Conociendo de la apelación (Rollo nº 14/20); frente a la sentencia de la Sección Primera Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictada el 19 de febrero de 2020 (Rollo nº 121/19)] en causa seguida contra los recurrentes por un delito contra la salud pública. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Ibiza instruyó PA nº 37/2019 (DPA 784/2019), contra Joaquín y Hugo. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que con fecha 19 de febrero de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO.- Joaquín, identificado con pasaporte de Reino Unido NUM000 y Hugo, indocumentado, ambos mayores de edad y de nacionalidad inglesa, sobre las 23:30 horas del día 15 de julio de 2019, en el Paseo del Mar de la localidad de San Antonio de Portmany, Ibiza, tenían en su poder cuarenta y una bolsitas con 56,43 gramos de cocaína con una riqueza del 77,4%, treinta bolsitas con 95,06 gramos de ketamina con una riqueza del 90%, treinta y una bolsitas con 71,63 gramos de MDMA con una riqueza del 56,1%, seis bolsitas con 10,48 gramos de cannabis con una riqueza del 19,4%, ciento cincuenta comprimidos de MDMA con un peso de 73,3 gramos con una riqueza del 37%, ciento treinta y nueve comprimidos de MDMA con un peso de 61,26 gramos con una riqueza del 50,9%, cincuenta y seis comprimidos de MDMA con un peso de 29,41 gramos con una riqueza del 37,6% y una bolsita con restos de comprimidos de MDMA con un peso de 0,58 gramos y una riqueza del 49,3.

Los encausados poseían estas sustancias para su posterior transmisión a terceras personas a cambio de obtener un beneficio económico.

El valor total de estas sustancias hubiera alcanzado en el mercado los 15.565 euros.

Así mismo los encausados tenían en su poder 2.400 euros repartidos en diecisiete billetes de 50 euros, sesenta y ocho billetes de 20 euros, nueve billetes de 10 euros y un billete de 100 euros, procedentes de la venta de las sustancias estupefacientes anteriores SEGUNDO.- Joaquín, y Hugo no tienen antecedentes penales y se hallan en prisión provisional por esta causa desde el 17 de julio de 2019, habiendo sido detenidos el 15 de julio de 2019.

TERCERO.- Queda probado que Joaquín, y Hugo han consumido sustancias estupefacientes en distintos períodos de su vida, sin que conste acreditado que dicho consumo se produjera el día de los hechos y sin que conste acreditado que dicho consumo afectara a sus facultades intelectivas y volitivas al tiempo de los hechos".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

I.- Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** Joaquín y a Hugo como autores criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud, en la modalidad de notoria importancia, previsto y penado en los artículos 368.1 y 369.1.5 2 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **6 AÑOS Y 1 DIA DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **MULTA DE 15.565 EUROS**, sin responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

II.- Se imponen las costas del procedimiento a los condenados, por partes iguales. Se ordena el comiso y la destrucción de la droga intervenida, así como el comiso del dinero intervenido al que se dará el destino legal.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono a los condenados el tiempo durante el cual hubiesen estado privados de libertad por razón de esta causa.

Una vez firme la presente, procédase al alzamiento de cuantas medidas cautelares no se vean afectadas por la presente resolución.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales.



Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndolas que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a su notificación, ante el órgano que la haya dictado, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación.

Durante este período se hallarán las actuaciones en la Oficina judicial a disposición de las partes, las cuales en el plazo de los TRES DÍAS, siguientes a su notificación podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones, con suspensión del plazo para la interposición del recurso, El cómputo del plazo se reanudará una vez hayan sido entregadas las copias solicitadas".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Joaquín y Hugo , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que dictó Sentencia, con fecha 1 de junio de 2020 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.ª Esperanza Nadal Salom en nombre y representación de MSR con la asistencia letrada de D. Gaspar Oliver servera y el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Xim Aguiló de Cáceres Planas en nombre y representación de SCTA bajo la dirección letrada de D. Bartolomé Antonio Salas Seguí, contra la sentencia 872020 de 19 de febrero, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma.

2º.- Confirmar íntegra la sentencia recurrida.

3º.- Declarar de oficio las costas procesales del recurso".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los condenados, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Hugo .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración de derecho fundamental: (presunción de inocencia y tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE)).

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE). **Motivo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración de derecho fundamental: presunción de inocencia y tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE). **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 369.1.5ª CP.

Motivos aducidos en nombre de Joaquín .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración de derecho fundamental:presunción de inocencia y tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 369.1.5ª CP.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos impugnando los motivos; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 16 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Nos enfrentamos a dos recursos y un total de seis motivos de casación; aunque en último término la cuestión debatida es única: si era procedente o no la aplicación del art. 369.1.5ª (subtipo agravado por la "notoria importancia").

Es esa, como bien señala el Fiscal, una cuestión predominantemente jurídica, por más que estemos ante un concepto muy valorativo -"notoria importancia"- cuyos perfiles ha de fijar la jurisprudencia. Lo hizo ya con afán de generalización y el claro objetivo de establecer pautas comunes y precisas a través de un acuerdo no jurisdiccional fechado en 2001 del que luego se hacen eco todas las sentencias posteriores en que se suscita esta cuestión.



Aquí aflora el problema por aparecer concernida una sustancia -ketamina- no contemplada en aquél acuerdo directamente, en tanto no estaba incluida entonces en los listados de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

De este preámbulo derivan varias consideraciones:

a) No es, por tanto, un problema en rigor de presunción de inocencia (primer motivo del recurso de Joaquín), sino de interpretación *in casu* de ese concepto. Cosa diferente es que en esa interpretación esté comprometida una cuestión en alguna medida fáctica, aunque más bien, de alcance científico a dilucidar mediante pericial. En ese exclusivo punto algún espacio podría tener una argumentación basada en la presunción de inocencia que refundiremos con la de fondo de naturaleza sustantiva.

b) Tampoco es correcto -y en ese planteamiento acierta otra vez el Fiscal- el ensayo del otro recurrente (primer motivo) de discutir esa cuestión a través del proteico derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho constitucional repudia respuestas jurisdiccionales patentemente erróneas. También las irracionales o las adoptadas con desprecio del sistema de fuentes del derecho o de elementales y compartidas normas de experiencia o de lógica. No es este el caso: basta leer las sentencias de instancia y apelación para comprobar que están bien fundadas. Se podrá discrepar de su contenido; y se podrán cuestionar sus conclusiones. Pero lo que carece de toda base -¡es, por tanto, irrazonable! esto sí- es aducir que su construcción o argumentación es irracional. El derecho a la tutela judicial efectiva, por mucha versatilidad que albergue, no puede convertirse en la *chistera* del prestidigitador que permite traer a casación cualquier discrepancia, jurídica, fáctica, o procesal con cualquier decisión judicial.

c) Tampoco es asumible el planteamiento de los motivos segundo y tercero del recurso de Hugo . Enfocan la cuestión desde el prisma del derecho a ser informado de la acusación (amén de mencionar simultáneamente la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva). Viene a indicar que los argumentos desarrollados por el Ministerio Público para defender que procedía el subtipo cuestionado no estaban presentes en su escrito de calificación. Ni lo estaban; ni debían estarlo. El art. 650 LECrim advierte sobre ello: el escrito de conclusiones provisionales *se limitará a exponer ordenadamente... la calificación legal de los hechos determinando el delito que constituyan*. Nada más. En un escrito de conclusiones sobran los argumentos; están fuera de lugar. Basta la escueta, aunque en todo caso completa, concreción de la calificación jurídica. Para exponer las razones que sustentan esa calificación, -aspecto nuclear de la pretensión acusatoria-, se reservan los informes finales en los que el Fiscal (y eventualmente otras acusaciones) ha de intervenir en primer lugar, para que así la defensa conozca sus argumentos y pueda refutarlos o rebatirlos. No hay violación del derecho de defensa que podamos anudar a una falta de anticipación de argumentos.

Todos los motivos aludidos han de ser desestimados; con el matiz que se hacía respecto a la presunción de inocencia que abordaremos emparejándolo con el tema de fondo.

SEGUNDO. Queda así focalizado el debate en la cuestión estrictamente jurídica -sin desconocer esa vertiente más pericial que incluso lleva al Fiscal a sugerir una petición de informe que procesalmente es inviable en un proceso concreto que se encuentra en fase de casación-. Consiste en dilucidar si la cantidad de sustancia estupefaciente intervenida es suficiente para integrar el concepto jurídico indeterminado "notoria importancia" que emplea el art. 369.1.5ª CP y que han considerado aplicable tanto la Sala de instancia como la de apelación.

El mencionado subtipo ha sido criticado por su inconcreción: era exigible al legislador mayor precisión para guardar estricta fidelidad al principio de taxatividad.

Lo vaporoso de la fórmula ha sido, empero, subsanado por la jurisprudencia, con indicaciones que evocan la sugerida en algún trabajo prelegislativo (En la propuesta de la Comisión Técnica que elaboró el proyecto de la LO 15/2003 dirigida al Ministerio de Justicia se incluía una definición auténtica de la *notoria importancia de sustancias estupefacientes* "la cantidad de dichas sustancias equivalente a doscientas veces la dosis media diaria de un consumidor habitual").

El Pleno de la Sala 2ª del TS de 19 de octubre de 2001 (Pleno no jurisdiccional y esto tiene cierta trascendencia), basándose en un informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001 (que en ese escenario no jurisdiccional sí era pertinente y posible), fijó los perfiles de tal subtipo a partir de un parámetro más exigente: rebasar 500 dosis supondría "notoria importancia". Se atiende así a la cantidad de droga que permite abastecer un mercado importante -50 consumidores- durante un periodo relevante de tiempo -10 días- (STS 617/2003, de 24 de abril).

Si el poseedor es, a su vez, consumidor de drogas se podrá descontar la cantidad que racionalmente podía dedicar a su propio consumo (STS 427/2005, de 28 de marzo, con cita de otras), salvo que esté acreditado que toda la sustancia ocupada estaba destinada a terceros.



Algunas sustancias incorporadas posteriormente a los listados, no aparecen en tal Acuerdo. Es el caso de la ketamina.

El Pleno no jurisdiccional de 13 de diciembre de 2004 analizó la sustancia GHB (gammahidroxitirato y ácido gammahidroxitirico) que no estaba contenida en el Acuerdo de 2001: que causan grave daño a la salud. Su "notoria importancia" quedó cifrada en 10.500 gramos. Igual criterio impera para la sustancia denominada GBL, abreviatura de gammabutiroilactona. El Acuerdo sería recogido por primera vez en la STS 1224/2004, de 15 de diciembre.

Para la Ketamina no se ha producido un acuerdo similar.

En el cálculo de las cantidades, ha de tomarse en consideración la pureza (salvo el hachís). Y el margen de error que contienen los informes periciales de análisis de las sustancias, que suele estar en el "más-menos 5%", se ha de interpretar en favor del reo (STS 413/2007, de 9 de mayo, citando las SSTS 217/2003, de 18 de febrero, 911/2003, de 23 de junio y 570/2005, de 4 de mayo). Ese margen de error es sobre el porcentaje de pureza. No debe descontarse sobre el 100% de la sustancia, tal y como explica la STS 993/2011, de 11 de octubre.

En lo relativo a las sustancias que adoptan la forma de pastillas (anfetaminas, éxtasis), se ha dicho que no se debe confundir el concepto de dosis diaria con el de pastilla o comprimido. Este no tiene la concreción necesaria respecto de su pureza (STS 19/2002, de 18 de enero).

En el caso de ser varios sujetos, -se ha aclarado también-, no se puede dividir entre cada uno de ellos (STS 339/2013, de 20 de marzo). No son varios delitos, sino un único delito (art. 369.1.5º) con diversos coautores.

En el caso de sustancias de diferente naturaleza -y esto reviste aquí singular interés- el cálculo se ha de realizar haciendo las correspondientes reducciones al número de dosis de consumo diario respecto de cada clase de estupefaciente (SSTS 1986/2002, de 29 de noviembre; 934/2004, de 15 de julio; y 442/2005, de 11 de abril). Las operaciones han sido realizadas cuidadosamente por la Sala de instancia y refrendadas por el Tribunal de apelación sumando las dosis diarias de cada una de las sustancias diversas ocupadas. Es correcta la conclusión. Como respecto de la cocaína y el MDMA no se hace cuestión, tendremos un total de 257,8 dosis, no controvertido. Si las dosis medias de ketamina, por respetar ese parámetro, superan las 243, rebasamos el dintel de las quinientas dosis que sirve de referencia para separar el subtipo agravado del básico.

TERCERO.- La sentencia de instancia basándose en dos precedentes jurisprudenciales considera que la dosis media diaria de ketamina ha de situarse en 200 mgr, lo que supone que la cantidad de notoria importancia empezaría con la tenencia de 100 gramos de ketamina. En este caso se ocuparon 85,5 gramos puros lo que supondrían 427,75 dosis, que, sumadas a las anteriores correspondientes a otras sustancias, rebasarían ampliamente las quinientas.

CUARTO.- El primer precedente citado por las dos sentencias y por los recurrentes y alrededor del cual gira predominantemente la discusión es la STS 208/2014, de 10 de marzo. Transcribimos sus pasajes más significativos en relación a la materia que nos ocupa:

"La tesis que sostiene la parte recurrente es que no ha quedado acreditado en la causa que la ketamina sea una sustancia que cause grave daño a la salud y tampoco que nos hallemos ante un supuesto de notoria importancia. Alega que esta Sala no contempló la ketamina en su Acuerdo no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, por lo que no se conoce cuál es el consumo diario de esa sustancia psicotrópica, ni por lo tanto cuál es la cuantía de la dosis que suele consumir un adicto a esa sustancia, lo que impide determinar la cantidad que se comprende en un total de 500 dosis. En vista de lo cual, excluye que estemos ante un supuesto agravado por la notoria importancia.

El argumento de la defensa resulta contradicho por el informe que figura en los folios 157 a 159 de la causa, emitido por la perito oficial de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (Ministerio de Sanidad y Consumo), el 22 de noviembre de 2011, en el que especifica, entre otros extremos, que la ketamina es una sustancia psicotrópica que se utiliza como anestésico general de acción rápida, antiguamente utilizado en niños y ancianos, pero actualmente restringido al ámbito veterinario, produciendo al despertar sensaciones psíquicas muy vivas, como modificaciones del humor, experiencias disociativas de la propia imagen, sueños y estados ilusorios. Produce también efectos importantes en el sistema cardío-vascular.

La perito también recoge en su informe que la ketamina se ha propagado en los últimos años como sustancia de abuso utilizada con fines de ocio. En este ámbito, remarca el informe que como psicotrópico tiene un elevado potencial alucinógeno, pues su inhalación causa un efecto disociativo al producir la sensación de que la mente se separa del cuerpo, generando vivencias imaginarias, alucinaciones, delirios y por tanto episodios psicóticos. Y produce dependencia psicológica y, a la larga, también física. A corto plazo puede tener efectos graves imprevisibles y, a largo plazo, también efectos cerebrales irreversibles.



La defensa, tal como ya se anticipó en su momento, pretendió excluir toda eficacia a este informe de un centro oficial debido a que, por dificultades en la comunicación a la hora de practicar la diligencia mediante videoconferencia, no se pudo ratificar y ampliar el dictamen en el plenario. Sin embargo, tratándose del informe de un centro oficial que aparece suscrito por la Jefe de Servicio y con todos los membretes y sellos que le otorgan carácter oficial, no cabe acoger la tesis de la invalidez del dictamen, a tenor de la jurisprudencia dictada por esta Sala sobre esta clase de informes, que ya ha sido también reflejada en esta propia sentencia.

Otra cosa distinta es que el informe no alcance toda la eficacia que pudiera tener debido a que no ha podido ser ampliado y contrastado por la defensa, aspecto que siempre limita su eficacia probatoria. De todas formas, tampoco la parte recurrente aportó pericias alternativas que contradijeran los criterios contrarios a los sostenidos por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

De otra parte, y ello sí es relevante, el referido informe se ha visto corroborado en sus aspectos nucleares por el dictamen emitido en la vista oral del juicio por las dos peritos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses del Departamento de Sevilla, que habían elaborado el análisis que figura en los folios 172 a 182 de la causa.

Ambas peritos, además de ratificar su informe pericial, explicaron en la vista oral del juicio que la ketamina es una sustancia psicotrópica que produce un efecto alucinógeno que en algunos aspectos puede asimilarse a los que genera el LSD. Precisaron que su inhalación produce una disociación o separación del individuo con respecto al mundo exterior, de modo que -ejemplificaron- puede creerse capaz de detener un tren o de volar como Superman, perdiendo así el sujeto el contacto con la realidad externa y con el mundo de su entorno.

Por consiguiente, las conclusiones sobre los graves daños a la salud que genera tal sustancia son muy similares entre ambas pericias, quedando así solventada cualquier insuficiencia en la contradicción del primer informe comentado.

En otro orden de cosas, recientes sentencias de esta Sala ya han advertido, desde la perspectiva de la fiscalización de la ketamina y de su inserción en el elemento normativo del tipo penal previsto en el art. 368 del C. Penal, que se trata de una sustancia que causa daño a la salud, figurando actualmente incluida en la lista de sustancias fiscalizadas, según consta en el Boletín Oficial del Estado de 21 de octubre de 2010, en el que se publicó la Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre, que regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos (SSTS 1071/2011, de 11-10; y 713/2013, de 24-9).

Así pues, resultando evidente que causa grave daño a la salud, tampoco debe cuestionarse en este caso que su cuantía ha alcanzado el subtipo agravado de la notoria importancia. **Pues si bien el Pleno de esta Sala no ha establecido, a diferencia de otros supuestos en que sí lo ha hecho, cuál es la dosis de consumo diario de esta sustancia psicotrópica y, por tanto, cuál sería la cantidad comprendida en las 500 dosis de ketamina, lo cierto es que en el presente caso el acusado transportaba casi cuatro kilos de la sustancia, lo que significa que atendiendo a su elevada nocividad y ponderando que, según se desprende del folio 179 de la causa, la dosis de abuso habitual pudiera ser de unos 200 miligramos, por muy a la baja que corriamos esta cifra resulta patente que la ketamina que se le ocupó al recurrente supera incuestionablemente el límite jurisprudencial de la notoria importancia, vistos los baremos que barajamos al ubicar el listón del subtipo agravado en otras sustancias que causan grave daño a la salud al efecto de aplicar el art. 369.5ª del C. Penal".** (énfasis añadido).

El ATS 589/2019, de 23 de mayo, por su parte, significa que la tenencia de 35,598 gramos de Ketamina pura rebasa a la cantidad que podría justificar el acopio para el autoconsumo.

Interés reviste también el ATS 1043/2016, de 2 de junio. De él extraemos estos fragmentos:

La ketamina es una sustancia potencialmente peligrosa para la salud, derivada de la feniciclina, incluida como prohibida en el Convenio de Viena de 1971 (Lista II) y fiscalizada en la Orden de 13 de octubre de 2012 por la que se incluye en el anexo 1 del Real Decreto de 6 de octubre de 1977 que regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos, **siendo su dosis de abuso 200 miligramos** y el valor en el mercado de lo aprendido 11.359'90 euros.

... Lo cierto y acreditado es que se trata de más de 200 gramos de ketamina, con un valor en el mercado de más de 11.000 euros, siendo la dosis de abuso de dicha sustancia de 200 miligramos, lo que evidencia que, en cualquier caso, la cantidad ocupada no resulta inocua, siendo que el Tribunal, de modo favorable al reo, ha aplicado el tipo básico por no constar la riqueza de la sustancia. En el presente caso, el peso de la ketamina ocupada multiplica en más de mil veces la dosis mínima de dicha sustancia, de lo que se desprende que la sustancia intervenida al acusado necesariamente superaba aquél límite de los 200 miligramos".



Por fin, el ATS 264/2019, de 10 de enero, invocado en las sentencias que se combaten, se expresa en estos términos:

"El acusado llevaba colgado al cuello un bote cilíndrico con 31 envoltorios que contenían ketamina con un peso neto de trece gramos y ciento veinte miligramos (13,12 grs), sustancia que pensaba distribuir entre asistentes a la fiesta a cambio de dinero. No ha resultado acreditado que se hubiera concertado previamente con su acompañante para la distribución de sustancias ni que tuviera control alguno sobre las sustancias que ésta llevaba.

La sustancia intervenida hubiera alcanzado un valor de mercado de 48 € el gramo, es decir, 630 €.

...atiende exclusivamente a la sustancia que le fue a él intervenida a tenor del acta de aprehensión y del informe pericial de análisis de la sustancia, según los cuales, las 31 papelinas de plástico que le fueron intervenidas, y que se corresponden con la muestra número 1, arrojaron un peso neto de 13,12 gramos de Ketamina.

La queja que formula el recurrente en este primer motivo de recurso es idéntica a la postura mantenida por la defensa en el plenario y ya obtuvo fundada respuesta por parte del órgano a quo. Alega que no consta dato alguno relativo a la pureza de la sustancia que le fue intervenida, al contrario de las muestras 2 y 3 relativas a las sustancias intervenidas a su acompañante en las que sí consta su riqueza y que, en consecuencia, la ausencia de dato alguno al respecto no puede ser utilizada en su contra.

Tal apreciación no puede ser compartida.

Con independencia de la ausencia de este dato, lo cierto es que la cantidad de ketamina incautada al recurrente está lejos de la insignificancia que pudiera determinar la atipicidad de la conducta. Como destaca el órgano a quo, y hemos ya destacado con anterioridad, el peso neto de ketamina intervenido al acusado es de 13,12 gramos, distribuida en 31 envoltorios. **Partiendo de la jurisprudencia de esta Sala que ha fijado la dosis de consumo diario de esta sustancia en 200 miligramos, la sustancia intervenida supera ampliamente este límite.** Tal y como aprecia el órgano a quo, no resulta estimable la versión del recurrente de que la sustancia estaba destinada a ser consumida a lo largo del todo el día dentro del festival en el que se encontraba, descartando su viabilidad para ser consumida en menos de 24 horas.

Procede recordar que tal y como nos pronunciamos, entre otras, en Sentencia 208/2014 de 10 de marzo, recientes sentencias de esta Sala ya han advertido, desde la perspectiva de la fiscalización de la ketamina y de su inserción en el elemento normativo del tipo penal previsto en el art. 368 del C. Penal, que se trata de una sustancia que causa daño a la salud, figurando actualmente incluida en la lista de sustancias fiscalizadas, según consta en el Boletín Oficial del Estado de 21 de octubre de 2010, en el que se publicó la Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2819/1977, de 6 de octubre, que regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos (SSTS 1071/2011, de 11-10; y 713/2013, de 24-9).

Asimismo, añadimos que, si bien el Pleno de esta Sala no ha establecido, a diferencia de otros supuestos en que sí lo ha hecho, cuál es la dosis de consumo diario de esta sustancia psicotrópica [...] atendiendo a su elevada nocividad y a tenor del supuesto analizado en la sentencia citada, la dosis de abuso habitual pudiera ser de unos 200 miligramos". (énfasis añadido).

QUINTO.- Las referencias jurisprudenciales son ya suficientes, y se encuentran enriquecidas no solo por otra jurisprudencia menor que toma esa misma cantidad como punto de referencia (por todas, sentencia 203/2019, de 21 de marzo de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona), sino sobre todo por estudios realizados con carácter general y difundidos en páginas oficiales asequibles a cualquier usuario de la red. Pudiendo fijarse dosis más bajas (hasta 50 mg por vía oral o 15 por vía esnifada, en todo caso a partir de 200 mgr (100 si es esnifada) se alcanzan los efectos psicodélicos plenos.

Podemos pues concluir que, aun habiendo sido deseable en casos como el presente en que se trata de sustancias en que todavía sus características, dosis, efectos, no han adquirido la categoría de datos muy divulgados, recabar una información pericial específica, hay suficientes elementos que llevan a considerar correcta la valoración efectuada por la Audiencia: no hay duda de que el total de las dosis, incluidas las obtenibles con la sustancia ketamina ocupada, rebasaban el umbral de la *notoria importancia*. Los recursos deben ser desestimados.

SEXTO.- La desestimación de los recursos arrastra como consecuencia la condena en costas a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Hugo y Joaquín contra Sentencia nº 17/20 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal superior de Justicia de Baleares el 1 de junio [Conociendo de la apelación (Rollo nº 14/20)]; frente a la sentencia de la Sección Primera Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictada el 19 de febrero de 2020 (Rollo nº 121/19) en causa seguida contra los recurrentes por un delito contra la salud pública.

2.- Condenar a Hugo y Joaquín al **pago de las costas** ocasionadas en estos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Susana Polo García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Leopoldo Puente Segura