



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 299/2015, de 14 de mayo de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2225/2014

SUMARIO:

Tráfico de drogas. Principio de mínima intervención del derecho penal. Dosis mínima psicoactiva. Heroína. Naturaleza jurídica de los acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo. Respecto a la heroína, el Instituto Nacional de Toxicología, en su escrito de 22 de diciembre de 2003, informó que la dosis mínima con principio psicoactivo debe considerarse existente en cantidades a partir de 0,66 mg. Conviene recordar, además, que la doctrina aplicada por el Tribunal de instancia ha de limitarse, conforme ha declarado esta Sala en numerosas ocasiones, a supuestos de absoluta insignificancia que determinan la atipicidad por falta de objeto. Más allá de la naturaleza jurídica de los acuerdos del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo (art. 264 LOPJ) y de su controvertida funcionalidad para un sector de la dogmática, lo cierto es que encierran un material de primer orden para la interpretación de los tipos penales en el marco de la deliberación propiamente jurisdiccional. Que los acuerdos de pleno no pueden calificarse como verdadera norma penal sustantiva susceptible de integrar un recurso de casación por infracción de ley, es cuestión no controvertida.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 368.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 264.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

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

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la sentencia nº 392/2014 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Primera) de fecha 13 de octubre de 2014 en causa seguida contra Juan Manuel (también conocido como Argimiro, Conrado) y contra Felix (también conocido como Jenaro), los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrido Felix representado por la procuradora doña Reyes Virginia García de Palma, Juan Manuel representado por la procuradora doña Elena Beatriz López Macías. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.



www.civil-mercantil.com

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción nº 4 de Valencia, incoó procedimiento abreviado nº 124/2013, contra Juan Manuel (también conocido como Argimiro , Conrado) y contra Felix (también conocido como Jenaro) y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Primera) procedimiento abreviado núm. 27/2014-MC que, con fecha 13 de octubre de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Sobre las 2 horas del día 17 de septiembre de 2012, los acusados Juan Manuel , mayor de edad, NOI nº NUM000 , que usa también el nombre de Conrado y otros, en situación regular en España, e Jenaro , mayor de edad, NOI NUM001 , en situación irregular en España, sin que consten los antecedentes de los dos, cuando se encontraban en la calle Botellas de Valencia, se acercaron a Estela vendiéndole por el precio de 20 euros, tres envoltorios de cierta sustancia que resulto ser heroína, con un peso de 0.1 gr y con una pureza del 6%, lo que supone una sustancia pura de 0,006 gramos, y ha sido valorada en 29,30 euros. Al ser observados estos hechos por agentes de policía, procedieron a interceptar a la compradora ocupando en su poder la citada sustancia, ocupando igualmente en poder de los acusados un total de 70,30 euros fruto de su ilícita actividad" (sic).

Segundo.

La Audiencia Provincial de Valencia Sección Primera, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al/os acusado/s Juan Manuel E Felix de la acusación contra el formulada en la presente causa, declarando de oficio las costas procesales.

Se dejan sin efecto todas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar contra la persona o bienes del/os acusado/s.

Se acuerda el comiso y destrucción de la sustancia intervenida y la devolución del dinero intervenido a los acusados.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el término de cinco días a contar desde su notificación" (sic).

Tercero.

En fecha 3 de noviembre de 2014, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó auto de rectificación de error cuya parte dispositiva es la siguiente:

"Se rectifica el/a Sentencia número 392/14 de fecha 13/10/14 en el sentido de que el encabezamiento queda redactado como sigue: "La Sección primera de la Audiencia Provincial de Valencia , integrada por los lltmos/as. Sres/as. anotados al margen, ha visto la causa instruida con el numero 124/2013 por el JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 4 DE VALENCIA y seguida por delito CONTRA LA SALUD PUBLICA, contra Juan Manuel (también conocido como Argimiro , Conrado), con NIE nº NUM002 , vecino de VALENCIA, CALLE000 , NUM003 - NUM004 , nacido en ACCRA (GHANNA), el NUM005 /85, hijo de Augusto y de



www.civil-mercantil.com

Salome , representado por el/la Procurador/a D^a ISABEL LUZZY AGUILAR, y defendido por el/la Letrado/a D. FRANCISCO BARBERA SORIANO.

Y contra Felix (también conocido como Jenaro), con N.I.E nº NUM006 , vecino de VALENCIA, CALLE001 , NUM007 - NUM008 , nacido en GHANNA, el NUM009 /79, hijo de Gumersindo y de Constanza , representado por el/la Procurador/a D^a MARIA RAMIREZ VAZQUEZ y defendido por el/la Letrado/a D. FRANCISCO DE ANTONIO JUESAS..."

Manteniéndose el resto de sus pronunciamientos

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución no cabe ulterior recurso.

Únase testimonio de esta resolución a los autos de su razón y al rollo de Sala".

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el MINISTERIO FISCAL , 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.

Quinto.

El MINISTERIO FISCAL , basa su recurso en un únicomotivo de casación :

Único.

Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , infracción de ley, por indebida inaplicación del art. 368 del CP .

Sexto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 25 de noviembre de 2014, interesó la estimación del único motivo del recurso formulado. Las representaciones legales de la parte recurrida solicitaron la inadmisión del citado motivo.

Séptimo.

Por providencia de fecha 16 de abril de 2015 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 6 de mayo de 2015.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 392/2014, de fecha 13 de octubre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, absolvió a Juan Manuel e Felix, del delito contra la salud pública del que ambos venían siendo acusados. Contra esta resolución se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal. Se formaliza un único motivo, por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, al estimar indebidamente inaplicado el art. 368 apartados 1º y 2º del CP.

Razona el Fiscal que la sentencia declara como probado que los acusados vendieron a Estela, por el precio de 20 euros, tres envoltorios de heroína con un peso de 0,1 gramos y con una pureza del 6%, lo que supone una sustancia pura de 0,0006 gramos, y que ha sido valorada en 29,30 euros. La composición de esa sustancia desborda los parámetros cuantitativos fijados por la jurisprudencia de esta Sala para estimar aplicable la doctrina de la insignificancia. De ahí que no quepa otra alternativa que estimar que los hechos han de ser subsumidos en el art. 368 del CP, cuya aplicación se reivindica mediante el presente recurso.

Tiene razón el Ministerio Fiscal y el motivo ha de ser estimado.

Segundo.

Es cierto -decíamos en la STS 103/2011, 17 de febrero- que el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal (SSTS 1981/2002, 20 de enero; 1515/2003, 17 de noviembre y 543/2005, 29 de abril). En relación con la heroína, el Instituto Nacional de Toxicología en su escrito de 22 de diciembre de 2003, informó que la dosis mínima con principio psicoactivo debe considerarse existente en cantidades situadas entre la mitad y el tercio de la dosis parenteral equivalente a la morfina, esto es, a partir de 0,66 miligramos equivalentes a 0,00066 gramos (cfr. SSTS 116/2006, 27 de enero; 1093/2005, 26 de septiembre y 871/2005, 1 de julio, entre otras).

Conviene recordar, además, que la doctrina aplicada por el Tribunal de instancia ha de limitarse, conforme ha declarado esta Sala en numerosas ocasiones, a supuestos de absoluta insignificancia que determinan la atipicidad por falta de objeto. La excepcionalidad forma parte de la misma tesis que excluye tales actos distributivos del juicio de subsunción (cfr. por todas, SSTS 24/2014, 29 de enero; 1921/2002, 22 de noviembre; 977/2003, 4 de julio; 1276/2009, 21 de diciembre; 1168/2009, 12 de noviembre; 182/2008, 21 de abril). Y así ha venido interpretándose desde los plenos no jurisdiccionales de esta Sala de 19 de octubre de 2001, de 24 de enero de 2003 y de 3 de febrero de 2005.

La aplicación de este criterio al supuesto de hecho que centra nuestra atención, muestra con toda evidencia el error de subsunción. En efecto, la venta -como expresa el juicio histórico- de 3 envoltorios de una sustancia que resultó ser heroína, con un peso de 0,1 gramos y con una pureza del 6%, lo que implica una sustancia pura de 0,006 gramos, nunca debió considerarse atípica.

Tercero.

La defensa se opone a la línea discursiva del Fiscal por varias razones, que hace valer en su escrito de impugnación.



www.civil-mercantil.com

A) Entiende que el margen de error al que se refiere la acusación pública en su recurso, fijado en el 5%, no deja de ser una tesis voluntarista ajena al dictamen pericial. No consta en el informe, que no se pronunció sobre la precisión del pesaje de la báscula.

La Sala no puede identificarse con el argumento exoneratorio que anima la tesis de la defensa. De entrada, la validez de las conclusiones científicas de un dictamen pericial no está condicionada a que los peritos expongan de forma expresa el margen de error de sus apreciaciones. No sería incluso descartable que la falta de mención de ese margen pueda ser reflejo de la precisión del criterio técnico de medición. Sea como fuere, la argumentación del Fiscal -que cifra en un 5% el margen de error- no es, desde luego, extravagante. Son muchos los precedentes de esta Sala que así lo entienden (cfr. STS 73/2009, 29 de enero y AATS 116/2012, 12 de enero ; 15/2012, 12 de enero ; 209/2015, 12 de febrero).

No faltan precedentes que llegan a reducir ese margen apreciativo. Es el caso de la STS 913/2007, 6 de noviembre , que lo cifra en +- 0,68%.

B) Asimismo la defensa estima inadecuado el cauce casacional del que se vale el Fiscal, en la medida en que por la vía del art. 849.1 de la LECrim , lo que se pretende aplicar no es un precepto penal indebidamente obviado, sino sendos acuerdos de pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que no tienen carácter normativo.

No es acogible este criterio. Más allá de la naturaleza jurídica de esos acuerdos (art. 264 LOPJ) y de su controvertida funcionalidad para un sector de la dogmática, lo cierto es que encierran un material de primer orden para la interpretación de los tipos penales en el marco de la deliberación propiamente jurisdiccional. Que los acuerdos de pleno no pueden calificarse como verdadera norma penal sustantiva susceptible de integrar un recurso de casación por infracción de ley, es cuestión no controvertida. De hecho, así lo hemos recordado en numerosas ocasiones, de las que las SSTS 954/2000, 28 de junio y 1224/2004, 15 de diciembre , no son sino elocuentes ejemplos. Desde esta perspectiva es indudable que lo que ha infringido la sentencia de instancia no es un acuerdo de pleno, sino el tipo penal previsto en el art. 368 del CP , eso sí, interpretado en numerosos precedentes de carácter jurisdiccional conforme a la tesis defendida en el pleno de esta Sala de 3 de febrero de 2005, que fijó el umbral de la insignificancia a efectos de tipicidad de los actos de distribución clandestina de drogas tóxicas.

De ahí que la vía del art. 849.1 de la LECrim sí haya de reputarse adecuada, como hace correctamente el Ministerio Fiscal en su recurso, cuando lo que se pretende es reivindicar la aplicación del art. 368 del CP , interpretado conforme a las pautas fijadas en el acuerdo de pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005.

C) La defensa incorpora a su escrito de impugnación la tesis de que "... no cabe condenar en segunda instancia sin celebración de vista y escuchar al reo sobre la condena".

Quien así razona se aparta de las tesis de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala sobre el alcance del recurso de casación frente a sentencias absolutorias. En efecto, en el FJ 5º de la STC 201/2012, 12 de noviembre , razonaba el Tribunal de garantías constitucionales que "... la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores,



www.civil-mercantil.com

para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte» (STC 153/2011, de 17 de octubre , FJ 6)".

Por lo expuesto, el recurso del Ministerio Fiscal ha de ser estimado, con las consecuencias que se expresan en nuestra segunda sentencia.

Cuarto.

Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia núm. 392/2014, de fecha 13 de octubre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia , en causa seguida contra los acusados Juan Manuel e Felix , por un delito contra la salud pública, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, 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 D. Manuel Marchena Gomez D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Luciano Varela Castro D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

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

Por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, en el procedimiento abreviado núm. 27/2014, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 4 de Valencia, se dictó sentencia de fecha 13 de octubre de 2014 , que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas en los FFJJ 2º y 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del motivo único formalizado por el Ministerio Fiscal, declarando que los hechos probados de la sentencia de instancia son calificables con arreglo al art. 368 del CP , sin que resulte de aplicación la doctrina de la insignificancia, tal y como ha sido perfilada por la jurisprudencia de esta Sala.

Del mismo modo, la existencia de 3 papelinas, su composición y la falta de constancia de que el hecho imputado a ambos acusados fuera expresión de una conducta habitual, impone la aplicación del tipo atenuado previsto en el apartado 2º del art. 368 del CP , con la consiguiente rebaja de la pena en un grado y su imposición en la mínima extensión.

III. FALLO

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a los acusados Juan Manuel e Felix , como autores de un delito contra la salud pública ya definido, a las penas de 1 año y 6 meses de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 15 euros. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente. Se acuerda el comiso del dinero intervenido a ambos acusados.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Luciano Varela Castro D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.