

Tribunal Supremo, S 16-4-2009, nº 380/2009, rec. 1489/2008.

RESUMEN

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de tráfico de drogas. Señala el TS que no es obstáculo para excluir tal inocuidad que en el caso concreto no haya podido determinarse la cantidad de principio activo de las sustancias porque la misma fue consumida en el análisis efectuado por la dependencia de sanidad, si, como aquí ocurre, supera en ocho veces la dosis mínima.

Además, los hechos probados declaran que el acusado poseía dinero procedente de las ventas de droga en cantidad superior al percibido del adquirente al que se hizo la entrega que fue detectada, y la sentencia justifica la imputación de dedicación del imputado al tráfico, más allá de la concreta acción que determinó la detención, cuando analizando la prueba testifical da cuenta de que el testigo de cargo proclama en el juicio oral que, en otras ocasiones, recibió del acusado otras entregas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Talavera de la Reina, instruyó Procedimiento Abreviado núm. 19/2007, contra Erasmo , por un delito contra la salud pública, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Toledo, que con fecha 18 de junio de 2008, en el rollo núm. 3/2008, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: "Se declara probado que "el acusado, Erasmo , el día 29 de septiembre de 2006, sobre las 23:15 horas fue sorprendido por agentes del Cuerpo Nacional de Policía vendiendo una papelina de cocaína a Gregorio de medio gramo por 30 euros en la Avenida de Pío XII de Talavera de la Reina (Toledo), siendo detenido e intervenido 55 euros procedentes de su ilícita actividad. Asimismo se ocupó a Gregorio la papelina que previamente le había vendido el acusado, arrojando un peso total de 0,41 gramos.- La cocaína intervenida habría alcanzado un precio de 30 euros.-"

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

"FALLO.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Erasmo como autor criminalmente responsable de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, previsto y penado en los arts. 368

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- En el primero de los motivos se denuncia por el recurrente la infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . No obstante en trance de indicar la ley vulnerada indica el artículo 788.2 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal . Sería ello bastante para rechazar este motivo, ya que el cauce elegido solamente autoriza la invocación de una norma sustantiva, calidad de la que es notorio carece la norma invocada.

Pero es que, además, lo que se impugna es una afirmación de hecho: que la droga vendida no alcanzaba la cantidad necesaria para estimar la existencia de riesgo alguno para la salud pública. Pues bien, el cauce elegido en ningún caso permite tampoco que se discuta la declaración de hechos probados. Y, sin embargo, esto es lo que en realidad hace el recurrente.

No obstante, como en el segundo de los motivos, pese a invocarse el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se vuelve sobre la misma tesis de la inocuidad de la cantidad de

droga que, según el recurrente, hizo objeto de su tráfico, examinaremos ambos motivos conjuntamente.

Pese a que el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige la indicación de documento que demuestre el error que se atribuye a la declaración de hechos probados. Y el recurrente se limita a decir que el documento que cita –informe toxicológico- no acredita el hecho probado, lo que difiere de la exigencia legal de que tal documento demuestre la falta de verdad de lo que se declara probado. Solamente, pues, desde la invocación, circunstancial por lo demás, que el recurrente hace de la garantía constitucional de presunción de inocencia, cabe entrar a examinar la tesis de la impugnación.

SEGUNDO.- Dos son las cuestiones empeñadas en tal planteamiento. La primera en que circunstancias puede entenderse satisfecha la exigencia típica, y ocurrido el daño antijurídico fundamento de la tipificación, del delito contra la salud pública. La segunda cual sea la cantidad de cocaína objeto de la conducta atribuida en este caso al acusado. La parte justifica su pretensión casacional en que el informe toxicológico no aportó información sobre la cantidad de cocaína, más exactamente de principio activo de tal tóxico, estaba presente en la estancia objeto de tráfico. Y, concluye, por ello no puede decirse que la conducta probada se acomode al tipo penal ni el bien jurídico que este protege se haya lesionado o, al menos, puesto en riesgo.

Respecto a la primera cuestión ya dijimos en la Sentencia de 21 de noviembre de 2007, recurso núm. 598/2007 , como la doctrina jurisprudencial había oscilado. Partiendo de tesis que consideraban irrelevante la cantidad de droga objeto de tráfico, como la Sentencia 1743/2003 de 22 de diciembre , en la que se rechazó el argumento de la ausencia de antijuridicidad material en casos de cantidad exigua o, incluso, ínfima, dado que, como expone la reciente Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 2003 , en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de lege ferenda , un «principio de insignificancia» que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u operar como causa supralegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. Llegó sin embargo posteriormente a establecer la atipicidad de las conductas de tráfico de cantidades mínimas de droga “cuando por dicha absoluta nimiedad la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo (entre otras muchas cabe citar las Sentencias 527/98 de 15 de abril; 985/98 de 20 de julio; 789/99 de 14 de mayo; 1453/2001 de 16 de julio; 1081/2003 de 21 de julio; 14/2005 de 12 de enero; y 16/2007 de 16 de enero).Desde entonces viene afirmándose, como, a modo de ejemplo, en la Sentencia del

Tribunal Supremo de 28 de enero de 2004 , que **«los mínimos psico-activos 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. Se trata, pues, de drogas que ocasionan daño en la salud pública, entendida ésta como la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado, y cuya pena se diseña por el legislador penal, según que tal afectación (daño) sea grave o no.**

Esos mínimos suponen que la cantidad transmitida es algún tipo de sustancia estupefaciente, tóxica o psicotrópica incluida en los convenios internacionales en la materia, mediante los listados al efecto. Colman, pues, el tipo objetivo del delito, e inciden tanto en la antijuridicidad formal, como en la material».

Sobre la dosis mínima psicoactiva -como dice la Sentencia de este Tribunal de 29 de diciembre de 2003 - el Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, de fecha 24 de enero de 2003,

acordó solicitar del Instituto Nacional de Toxicología informe dirigido a precisar la cuantía mínima de droga con valor de principio activo con la finalidad de armonizar la respuesta judicial en los casos de transmisión de mínimas cantidades de droga, el cual fue evacuado en diciembre del mismo año. Los datos que dicho informe en cuanto a las sustancias que ahora interesan fue **para la cocaína 50 miligramos (0,05 gramos)**.

Por acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 se decidió “continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa”. Por lo que se refiere a la prueba de la concurrencia de esas dosis mínima hemos advertido, de manera general, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo del 2007, recurso 1816/2006 , recogiendo lo antes dicho en la Sentencia de este Tribunal de 4 de julio de 2003 , en la misma dirección, que citaba en su apoyo las Sentencias de 15 de abril de 1998, 20 de julio de 1999, 14 de mayo y 16 de julio de 2001 , que **la insignificancia ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva y limitarse a los casos en que la desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que ésta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. Es decir, cuando por dicha absoluta nimiedad la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.**

Desde luego, como en esta sentencia se dice, no es obstáculo para excluir tal inocuidad que en el caso concreto no haya podido determinarse la cantidad de principio activo de las sustancias porque la misma fue consumida en el análisis efectuado por la dependencia de sanidad, si, como allí ocurría, supera en casi tres veces aquella dosis mínima. Y en la Sentencia de 23 de diciembre de 2008 recurso núm. 374/2008, esta Sala en casos semejantes al actual ya tiene declarado que **la ausencia de analítica sobre el porcentaje activo de la droga ocupada no impide que a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos , se puede inferir razonadamente que se sobrepasó los límites del principio de insignificancia.** En tal sentido SSTs de 30 de junio de 2005, 10 de julio de 2002, 280/2007 de 27 de marzo ó 687/2007 de 17 de julio . Pues bien, en el caso que ahora juzgamos, la cantidad de droga intervenida supera en ocho veces la dosis mínima citada. Bastaría pues que tuviera una pureza en poco superior al 12,19% para alcanzar la barrera que excluye la inocuidad.

Pero es que, además, los hechos probados declaran que **el acusado poseía dinero procedente de las ventas de droga en cantidad superior al percibido del adquirente al que se hizo la entrega que fue detectada y se le imputa.** Pero es más, **la misma sentencia justifica la imputación de dedicación del imputado al tráfico,** más allá de la concreta acción que determinó la detención, cuando analizando la prueba testifical da cuenta de que **el testigo de cargo proclama en el juicio oral que, en otras ocasiones, recibió del acusado otras entregas (una o dos veces más).**

Por las anteriores razones debemos rechazar los dos primeros motivos del recurso.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Erasmo , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Toledo, con fecha 18 de junio de 2008 , que le condenó por un delito de tráfico de drogas.