

Roj: STS 5868/2013
Id Cendoj: 28079120012013100951
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 69/2013
Nº de Resolución: 920/2013
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil trece.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Bernardo , Feliciano , Leopoldo , y Frida** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8ª, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito contra la salud pública; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Escolar Escolar, Sánchez Jiménez y Pequeño Rodríguez respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Torremolinos, instruyó sumario con el número 3 de 2005, contra Bernardo , Feliciano , Leopoldo , y Frida , y otros, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección 8ª, con fecha 20 de julio de 2012 dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Del conjunto de prueba practicada y obrante en autos apreciada en conciencia, se establece como probado y así se declara, que durante los años 2002 y 2003 , por Agentes de Policía Nacional se había procedido a incautar dosis de sustancias conocidas como " hachís " y " cocaína " a personas que frecuentaban el local " After hour " denominado " Quinto Pino " sito en C/ Carlota Alexandri de Torremolinos , y en tal virtud , en la mañana del día 29 de enero de 2004 llevaron a cabo una vigilancia tanto del exterior como en el interior , observando como el acusado Leopoldo , mayor de edad y sin antecedentes penales , hizo entrega en el interior del bar a quien después fue identificado por los Agentes como Juan Francisco , de una papelina a cambio de 50 E, envoltorios que resultó contener 0,14 gramos de la sustancia conocida como " cocaína " .

Posteriormente , los Agentes que vigilaron en el interior del local , observaron como Claudio y Aurora , se dirigían hacia la camarera del local, la acusada Frida , mayor de edad y sin antecedentes penales, la cual , tras una breve conversación sacó de debajo de la zona de barra del bar , que ella controlaba, una papelina que entregó a aquellas las cuales dieron a Frida un billete de 50 E, siendo sometida la papelina

a análisis tras ser pesada, resultó ser "cocaína " con peso neto de 0,02 gramos, tras serle interceptada a aquellas por la Policía.

Asimismo y pasado un tiempo, los Agentes observaron como los acusados Feliciano y Bernardo , contactaron con la acusada , la camarera Frida , la cual les entregó un envoltorio que sacó de debajo de la zona de barra que ella controlaba, y que Feliciano y Bernardo le entregaron a continuación a Luis , a quien la Policía intervino la papelina que resultó contener "cocaína " con peso neto de 0,16 gramos.

Lo antes expuesto , dio lugar a que la Policía interviniera dentro del local, llevando a cabo las aprehensiones a que hemos hecho referencia, y concretamente incautaron tras la barra del bar , zona por donde se movía la acusada Frida , un total de 7 papelinas que contenían "cocaína", con peso cada una de 0,25 gramos, tres trozos de "hachís" con peso cada uno de 5,75 gramos, 7 envoltorios de plástico que contenían un

total de 0,10 gramos de "hachís". Igualmente se ocuparon tras la barra la suma de 777 E en efectivo producto de la citada actividad delictiva, y otros efectos susceptibles de ser utilizados en dicha actividad.

No se ha acreditado, que los titulares del local, los procesados *Victorio y Pilar*, mayores de edad y sin antecedentes penales, actuaran de común acuerdo con la camarera empleada de aquellos, *Frida*, para llevar a cabo la actividad ilícita realizada por esta última.

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

FALLO: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los procesados *Frida*, *Leopoldo*, *Feliciano* y *Bernardo*, como criminalmente responsables del delito **CONTRA LA SALUD PUBLICA** que en cada caso ha quedado definido, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada del art. 21-6º del C. P., a la pena de; a *Frida* 3 años y 6 meses de Prisión y multa de 300 E; y a *Leopoldo*, *Feliciano* y *Bernardo*, , pena de 2 años de prisión y multa de 75 E a cada uno, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad; con el apremio de 3 días de responsabilidad personal subsidiaria si no hicieren efectiva dicha multa en el término de 5 audiencias, y al pago de 4/6 partes de las costas procesales, decretándose el comiso y destino legal de la droga, dinero y

efectos intervenidos; siendo de abono para el cumplimiento de la expresada pena el tiempo que hayan estado privados de libertad en la presente causa y se aprueba, por sus propios fundamentos, el auto de solvencia que el Juzgado instructor dictó en esta causa.

Asimismo debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados *Victorio y Pilar*, al no haber quedado acreditado con el rigor necesario, su participación en los hechos enjuiciados, declarándose de oficio dos sextas partes de las costas procesales.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por *Bernardo*, *Feliciano*, *Leopoldo*, y *Frida* que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

RECURSO INTERPUESTO POR *Bernardo*

PRIMERO .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por violación del art. 24 CE .

SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim .por infracción del art. 368 CP .

TERCERO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 368 CP .

CUARTO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 368 CP .

QUINTO .-Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del art. 14 CE .

RECURSO INTERPUESTO POR *Leopoldo Y Feliciano*

PRIMERO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 368 CP .

SEGUNDO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim .por infracción del art. 368 CP .

RECURSO INTERPUESTO POR *Frida*

UNICO .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por violación del art. 24.1 y 2 CE .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintiséis de noviembre de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR *Bernardo*

PRIMERO: El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ . Por infracción de precepto constitucional, derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24,2 CE en relación con el art. 53

CE , tanto porque es objetable la valoración de la prueba que hace la Audiencia Provincial desde la perspectiva de la necesaria racionalidad y congruencia que debe requerirse para configurarla como prueba de cargo que permita la inferencia lógica necesaria para acreditar la culpabilidad de Bernardo , cuanto en el contexto del análisis que realiza concluyendo sobre la declaración de la policía per se es prueba de cargo en contradicción con los requisitos necesarios para ello y sin tener en cuenta que la ruptura de la cadena de custodia de la sustancia supuesta ilícita, priva de certeza sobre un elemento esencial cual es la existencia de droga, esencial para pronunciar una sentencia de reproche penal.

Como hemos dicho en SSTS. 76/2011 de 23.2 y 270/2011 de 20.4 , entre otras muchas, la prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a la que dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante a la efectividad de toda decisión arbitraria -- art. 9-3º C.E .--, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos..."; y por último la STS. 728/2008 de 18.11 antes referida que recuerda que: "el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. El respeto a las reglas de la inmediación y a la facultad valorativa del Tribunal enjuiciador conlleva -como ya hemos dicho ut supra- que el control en esta sede casacional del cumplimiento del referido principio constitucional no se limita a la constatación de una prueba de cargo lícitamente practicada, pues los límites de dicho control no agotan el sentido último de este derecho constitucional, el cual vincula al Tribunal sentenciador no solo en el aspecto formal de la constatación de la existencia de prueba de cargo, sino también en el material de su valoración, imponiendo la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado acreditada fuera de toda duda razonable. No deben confundirse, por ello, los límites del control constitucional con la plena efectividad del derecho en su sentido más profundo.

La estimación en "conciencia" a que se refiere el art. 741 LECrim ., no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías, las que inspiran el principio de presunción de inocencia y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse la inferencias que permitan considerar un hecho como probado (STC. 123/2005 de 12.5).

La íntima convicción, la "conciencia" del Juez en la fijación de los hechos no puede conformarse al margen de las reglas de la experiencia y de la necesidad de exteriorización. El porqué se cree a un testigo o porqué se descarta un testimonio no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable y menos aún puede hacerse sin identificar el cuadro probatorio completo o seccionando de forma selectiva una parte del mismo, omitiendo toda información y valoración crítica del resto de los elementos que lo componen. La valoración fraccionada del cuadro probatorio debilita sensiblemente, el grado, primero, de racionalidad de la misma, y, segundo, la conclusividad de las premisas probatorias que se utilizan para la formulación del hecho probado.

SEGUNDO: En el caso presente la sentencia recurrida, fundamento de derecho segundo, acredita la autoría de los acusado - incluida la de Bernardo , a quien se le imputa haber recibido, junto con Feliciano , una papelina de cocaína con peso neto de 0,16 gramos, de Frida , que entregaron a continuación a Luis , con las manifestaciones testificales de los agentes de policía intervinientes núm. NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , que ratifican lo actuado en el atestado y dieron detalle de los actos de venta que desarrollaron los acusados en cada caso, y el peso y análisis de la sustancia intervenida por la ratificación en el acto del juicio oral de los peritos analistas que lo practicaron.

1º Respecto al valor probatorio de las declaraciones de los agentes de policía debe distinguirse los supuestos en que el policía está involucrado en los hechos bien como víctima (por ejemplo, atentado, resistencia...) bien como sujeto activo (por ejemplo, detención ilegal, torturas, contra la integridad moral, etc.). En estos supuestos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo, destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad, de las mismas. Y no puede ser así porque cualquier sobreestimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los afectados agentes de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente se derive, no del a priori de la condición funcional de éstos, sino de la consistencia lógica

de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio.

Pero cuando se refiere a hechos en que intervengan por razón de un cargo en el curso de investigaciones policiales, esto es, lo que la doctrina denomina "delitos testimoniales", que tienen como característica común la percepción directa de su comisión por aquellos, el art. 297.2 LECrim . otorga valor de declaración testifical a la prestada por funcionarios de la policía judicial en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio, reiterando en parte tal formulación del art. 717 que añade, para el juicio oral, y sin restricción alguna, pues omite la limitación a los hechos de conocimiento propio **que "serán apreciables según las reglas del criterio racional"**. El Tribunal Constitucional (S. 229/91 de 28.11) y esta Sala Segunda Tribunal Supremo (SS. 21.9.92 , 3.3.93 , 18.2.94), así lo entienden y conceden valor probatorio a sus testimonios debiendo ajustarse su apreciación y contenido a los mismos parámetros que los de cualquier otra declaración testifical.

Dice en concreto, la STS. 395/2008 de 27.6 , que según doctrina reiterada de esta Sala, las declaraciones de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio, prestadas en el plenario con arreglo a los artículos 297 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia, dado que gozan de las garantías propias de tal acto, sin que exista razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales.

Por tanto, la convicción de la Sala, resulta lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia humana común y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto el hecho de que la Sala de instancia dé valor prevalente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del acusado.

Conviene, por ello, recordar e insistir en que el control del respeto al derecho a la presunción de inocencia -como decíamos en la STS. 49/2008 de 25.2 -, autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Está también fuera de dudas -y así lo recuerda la STS. 1199/2006 de 11.12 - que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

2º En el caso actual la prueba disponible ha sido ponderada racional y razonadamente pues no se aporta ninguna razón objetiva para dudar de la veracidad de los hechos que se imputan al recurrente sin que el hecho de no haber prestado declaración la persona que adquirió la papelina impida alcanzar dicha conclusión, pues ésta resulta probada a la vista del resto de la prueba practicada, y como hemos dicho en SSTs. 146/2012 de 6.3 , 77/2011 de 23.2 , se trata de testigos adquirentes de droga, presumiblemente adictos a la misma. Su posición en el juicio -dice la STS. 1415/2004 de 30.11- es extremadamente delicada, como nos enseña la experiencia del foro, pues delatar al vendedor le va a acarrear seguras y graves represalias, no sólo por lo que en sí supone de imputación delictiva, sino por los riesgos que corren, de verse inmersos en problemas judiciales, los eventuales vendedores que decidan suministrarle alguna dosis en ocasiones futuras. A su vez, la simple expectativa de que dichos proveedores se nieguen a venderle la droga que necesita en lo sucesivo puede constituir un condicionante para declarar judicialmente con verdad ante la posibilidad de sufrir el tan temido síndrome de abstinencia.

En definitiva, negar la realidad, encubriendo al suministrador de la sustancia tóxica, elimina todos los riesgos posibles, salvo una remota y poco probable condena por falso testimonio. Por todo ello, el testimonio de un adicto comprador para acreditar una transacción implicando al vendedor no ofrece garantías y se halla desacreditado ante los Tribunales de justicia, según nos muestra la experiencia judicial diaria. La poca relevancia de ese testimonio, permitiría entenderlo en el sentido más favorable al reo y aún así, no tendría repercusión en la convicción del Tribunal, ya formada a través de otras pruebas más serias y fiables.

En igual sentido las SSTS. 150/2010 de 5.3 , 792/2008 de 4.12 y 125/2006 de 14.2 , ya precisaron que no es necesario para desvirtuar el principio de presunción de inocencia complementar los elementos incriminatorios con el testimonio de los adquirentes de la droga porque éstos "suelen negarse a identificar a sus proveedores por el tenor de represalias y por la necesidad de continuar en el futuro acudiendo a los mismos mercados ilícitos para abastecerse de mercancía para satisfacer su propio consumo".

3º Y en cuanto a la ruptura de cadena de custodia, -hemos dicho en SSTS. 6/2010 de 27.1 , 776/2011 de 26.7 , 1043/2011 de 14.10 , 347/2012 de 25.4 , 83/2013 de 13.2 , "es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la "mismidad" de la prueba, pues al tener que pasar la sustancia intervenida por distintos lugares para que se verifiquen los distintos exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se intervienen hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye.

Deben pues examinarse los momentos de recogida, custodia y examen de las piezas de convicción o cuerpo u objeto del delito a efectos de determinar la corrección jurídica de la cadena de custodia.

Lo hallado debe ser descrito y tomado con las debidas garantías, puesto en depósito y con las debidas garantías y analizado con las debidas garantías. El art. 318 LECrim . previene que "los instrumentos, armas y efectos a los que se refiere el art. 334 se sellarán si fuera posible y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito". Para el caso de decomiso de drogas y estupefacientes, el art. 3 Ley 17/67, de 8/4 , ordena que "las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes" y en sentido la consulta 2/86 de la Fiscalía General de Farmacia o Direcciones Provinciales de Sanidad y Consumo -vigencia de la norma recordada por STS. 6.7.90 -. en cuanto a la relevancia de los protocolos científicos (art. 788 LECrim .) en el momento de la recogida y custodia de la pieza de convicción que haya de analizarse, en la Orden de 8.11.96, norma cuya vigencia se ha extinguido el 20.5.2010, sustituida por la entrada en vigor de la Orden JUS/1291/2010 de 13.5, por la que se aprueban las normas para la preparación y emisión de muestras objeto de análisis se señalan las normas de preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología y Ciencias Forenses.

Ahora bien existe la presunción de lo recabado por el juez, el perito o la policía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiese habido algún tipo de posible manipulación.

Por ello en STS. 109/2011 de 22.3 , hemos dejado sentadas, desde este momento inicial, dos precisiones de importancia indudable, a saber que la irregularidad de la "cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar, que las "formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

En similar sentido la STS. 545/2012 de 22.6 , recuerda que bien es cierto que la vulneración de la cadena de custodia puede tener un significado casacional, pero no como mera constatación de la supuesta infracción de normas administrativas, sino por su hipotética incidencia en el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE . Adelantemos, no obstante, que no puede otorgarse relevancia constitucional al hecho de que no se haya rellenado el formulario exigido por la Orden 8 de noviembre de 1996, norma, que como ya hemos señalado, cuya vigencia se ha extinguido el día 20 de mayo de 2010, sustituida por la entrada en vigor de la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo . Se olvida que ese formulario, según se proclama en el mismo Anexo de la orden vigente en la fecha de los hechos, no tiene, ni mucho menos, carácter imperativo. Así se desprende con claridad de la afirmación contenida bajo el epígrafe " documentación", según la cual: las "...se propone como modelo el que figura incluido como anexo, en los distintos modelos de formularios, pudiendo ser válido cualquier otro documento, siempre que quede constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado muestras".

En el caso actual se alega por el recurrente que la policía y el Juzgado interrumpieron la cadena de custodia dado que las sustancias incautadas fueron enviadas por correo, que fueron recibidas por el Laboratorio de la Delegación del Gobierno, donde el paquete llegó abierto y fue devuelto, para ser reenviado nuevamente, que en el análisis se mezclaron las distintas sustancias intervenidas a cada acusado, y que no se levantaron actas de intervención. Consecuente de todas estas irregularidades es que no es posible determinar qué sustancia y qué cantidad se ocupó a cada uno y si se trataba o no de droga o estupefaciente por lo que debe prevalecer la presunción de inocencia y dictarse un pronunciamiento absolutorio.

Queja del recurrente que resulta infundada. Un examen de las diligencias, permisible vía art. 899 LECrim , constata, que junto a las sustancias presuntamente estupefacientes, la policía interino en el local un paquete de cerca de 3 Kg. que sometido a los pertinentes reactivos y descartado que su contenido fuera estupefaciente, se identificó como yeso o cemento, usado, según la policía actuante, como sustancia de corte del estupefaciente con el que se confeccionarían las papelinas para su expedición. Y es esa -según oficio 10.2.2004 (folio 119), devolución de la Dependencia de Sanidad de la Delegación de Gobierno- la sustancia que la policía depositó en el Juzgado, éste remitió por correo y el Laboratorio devolvió, constanding (folio 120), oficio original de remisión por correo del Juzgado, de 2.2.2004, que lo remitido es presuntamente yeso.

Asimismo consta, folio 128, el análisis efectuado por referido Laboratorio de las sustancias estupefacientes incautadas y que fueron entregadas personalmente por Agentes del Cuerpo Nacional de policía, directamente al Laboratorio, con el resultado que refiere, sin que exista confusión de cual fue la sustancia ocupada a cada acusado, porque a los folios 129, 130, 131 y 132, obran las correspondientes actas de aprehensión individualizadas de fecha 30.1.2004, salvo la segunda que es de 29.1.2004, con la droga ocupada. Así a Juan Francisco , una papelina de 0,25 gramos, que desprovista de envoltorio, resultaron 0,14 gramos de cocaína; a Luis , una papelina de 0,25 gramos, que desprovista de envoltorio, resultó contener 0,16 gramos de cocaína-, papelina que le fue entregada por el recurrente y otro acusado, a que su vez recibieron de Frida -; a Claudio , una papelina de 0,25 gramos que desprovista de envoltorio, resultaron 0,02 gramos de cocaína y a Frida y siete papelinas que resultaron contener 2,5 gramos de cocaína una vez desprovistas de envoltorio.

Por último en el Rollo de Sala consta el mismo informe de Laboratorio especificando que la cocaína tenía una pureza del 5,41 % de la muestra de 2,5 gramos, la encontrada detrás del mostrador del Bar, al ser la única que por su mayor tamaño pudo hacerse el análisis cualitativo de pureza.

Consecuentemente no ha habido confusión, ni ruptura de la cadena de custodia, al hoy recurrente Bernardo , se le ha condenado por entregar, junto con Feliciano una papelina que resultó contener cocaína con peso neto de 0,16 gramos, a Luis papelina que, a su vez, les había sido entregada por la camarera del local, sin que en ninguna de las dos entregas conste contraprestación económica.

TERCERO: Cuestión distinta y con ello analizamos **los motivos segundo y tercero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 368 CP** . Es si esos presupuestos fácticos pueden sustentar una condena por dicho precepto, al ser la cantidad de cocaína, 0,16 gramos, de una pureza que se desconoce- al no haber sido apreciada en el informe analítico -inferior a la dosis mínima psicoactiva fijada por la jurisprudencia a estos efectos.

El motivo deberá ser estimado.

En primer lugar, como hemos dicho en SSTS. 270/2011 de 20.4 , debemos precisar los conceptos de dosis mínima psicoactiva y dosis de consumo habitual. El primero es un concepto utilizado preferentemente en toxicomanía con referencia a las reacciones psicósomáticas experimentadas por el sujeto tras la ingesta de cualquier tóxico y se corresponde con la concentración más reducida de principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano, con independencia de su idoneidad para satisfacer las necesidades del consumidor y diferente, por tanto de las dosis de abuso habitual que es la utilizada en cada toma por los consumidores de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con "aptitud para satisfacer sus necesidades inmediatas", y que permite, en abstracto, dentro de unos parámetros extraídos de la praxis, obtener una media razonable sobre unos mínimos y máximos cuya oscilación depende de diversos factores (peso corporal, estado de salud, frecuencia, habituación etc...), siendo cifras, en todo caso, notablemente superiores a las fijadas como dosis mínimas psicoactivas.

En segundo lugar y en relación a la dosis mínima psicoactiva, la doctrina de esta Sala -SSTS. 280/2007 de 12.4 , 870/2008 de 16.12 -, es predominante en el sentido de que también la venta de una reducida cantidad de droga pone en peligro la vigencia de la norma del art. 368 CP . pues se trata de una conducta que constituye una forma de difusión del consumo de drogas tóxicas, que la norma quiere evitar atacando, precisamente,

toda manifestación individual de comportamiento que acumulativamente llegarían a poner en peligro real la salud de muchas personas.

Es por tal que conductas cuya peligrosidad individual solo tienen carácter marginal, son también peligrosas para la vigencia de la norma, cuando se permite su generalización y acumulación.

Por ello hemos dicho en Sentencia 1081/2003, de 21 de julio, se ha aplicado siempre con carácter restringido el tema objeto de autos desde la doble consideración del análisis de la estructura típica y del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Tratándose de un delito de peligro - aún cuando sea abstracto - dicho peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro -aún potencialmente- la salud pública.

Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, como dice la Sentencia 977/2003, de 4 de julio, razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún cuando aparentemente se realice la conducta típica, 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.

El objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la Sentencia de 28 de octubre de 1996 "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" 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 (SSTS. 4.7.2003, 16.7.2001, 20.7.99, 15.4.98).

Esta doctrina se ha aplicado ocasionalmente en supuestos de tráfico, como señala la sentencia de 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, "esta Sala Segunda viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que 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".

En definitiva la eliminación de la tipicidad del hecho en los casos de muy reducida cantidad de la droga objeto de tráfico ha sido apoyada en el argumento, de que hechos de esta naturaleza carecen de antijuridicidad material y que, en consecuencia, no constituyen delito (ver: SSTS 1370/2001 ; 1889/2000 ; 1716/2002 ; 977/2003 ; 1067/2003 ; 1621/2003), argumento que ha sido completado en ocasiones haciendo referencia a la incapacidad del hecho para afectar la salud pública, dada la imposibilidad de generar con tan poca cantidad de droga un peligro para la salud pública (ver: SSTS 772/1996 ; 33/1997 ; 977/2003 ; 1067/2003). Ambos puntos de vista tienen a su favor que el resultado al que conducen es político criminalmente sostenible, pues evita la imposición de una pena mínima que es generalmente considerada como superior al merecimiento concreto de sanción de los casos en los que la cantidad de droga traficada se reduce a una dosis de menor significación.

Ahora bien se ha cuestionado que con base en los argumentos utilizados en estas sentencias se puedan alcanzar los resultados que se consideran político criminalmente más acertados cuando la aplicación del mínimo de la pena supera el merecimiento de la misma.

Así el argumento, referido a la incapacidad de una mínima cantidad para generar un peligro para la salud pública y, por lo tanto, para fundamentar el carácter peligroso de la acción, presenta a su vez otra debilidad de que en realidad las cantidades algo mayores, sobre cuyo merecimiento de pena no se discute, tampoco tendrían capacidad real para afectar la salud pública, aunque sea abstractamente, si se considera que el peligro abstracto para el bien jurídico sólo sería posible cuando existiera el riesgo de generar adicción en un ámbito numéricamente difundido de la población. Dicho de otra manera, la jurisprudencia no cuestionada que esta Sala ha interpretado el bien jurídico que se quiere proteger sin exigir para estimar la lesión del mismo que la cantidad traficada tenga aptitud para producir adicción en un gran número de personas y también cuando la droga se hace llegar a personas que ya son adictas.

E igualmente, se ha recordado que la antigua teoría que distinguía entre la antijuridicidad formal y la material previó expresamente la posibilidad de conflicto entre ambas formas de la contrariedad al derecho y postuló, basándose en la división de poderes, la primacía de la primera. Por lo tanto, se dijo, en tales supuestos

el juez debe aplicar la ley formal contradicha por el hecho, dado que dar carácter excluyente a la antijuricidad material comportaría una reforma de la Ley, que sólo corresponde al Legislador, señalando al mismo tiempo que el principio de insignificancia, en el derecho comparado y en la teoría, no tiene aplicación respecto de delitos en sí mismo graves.

Por ello, la última corriente jurisprudencial afirma que 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 opera como causa suprallegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el *perigo abstracto* es ya suficiente para justificar su intervención (SSTS. 901/2003 de 21.6 y 250/2003 de 21.7).

En esta dirección la STS. 913/2007 de 6.11, nos recuerda que el entendimiento de la construcción jurisprudencial de la insignificancia como lesión irrelevante del bien jurídico, exige, desde luego, alguna puntualización. La consideración del derecho penal como instrumento exclusivo para la protección de bienes jurídicos resulta especialmente útil para limitar el derecho penal a la sanción de las conductas nocivas para la comunidad. De hecho, esa concepción del fin de la norma penal como vehículo para la protección de valores y bienes jurídicos esenciales, forma parte del fundamento del derecho penal moderno, sin descartar algunas voces doctrinales que niegan que la exclusiva idea de tutela de bienes jurídicos pueda explicar la íntegra funcionalidad de la norma penal. Pero de esa concepción no se desprende, sin más, que deba quedar excluida la persecución de conductas que infringen frontalmente el bien jurídico, aunque de forma insignificante. Es preciso, pues, no aferrarnos a una interpretación puramente cuantitativa -y por tanto convencional- que traicione criterios fundados de política criminal, por supuesto, conectados a la escala jerárquica de valores constitucionales.

Por ello una asociación mecánica, acrítica y sin matices entre la escasa cuantía de la droga y la falta de antijuricidad, podría chocar frontalmente, no ya con la expresa voluntad legislativa, sino con el necesario cumplimiento de compromisos y convenios internacionales que expresan la compartida voluntad de todos los Estados suscriptores de definir un marco jurídico de persecución del tráfico ilegal de drogas tóxicas. Todo ello sin olvidar que, de aceptarse, sin más la tesis del principio de la insignificancia, se estaría indirectamente alentando una estrategia delictiva basada en el artificial fraccionamiento de grandes cantidades que serían, de esta forma, presentadas como dosis no psicoactivas. Dicho en otras palabras, si se afirma que el consumo por una persona de esa cantidad es totalmente inocuo para la salud y no comporta riesgo o peligro alguno, no hay forma racional de sostener que el consumo por cien personas de idéntica cantidad sí supondría tal riesgo.

En definitiva ante las dificultades técnicas que las cantidades de mínima significación generan, esta Sala ha entendido que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CP. y ha adoptado la posición dogmática de definir el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de consideraciones teleológica y ha llegado a la conclusión de que solo se debería considerar droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 CP, aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios. Por tal razón ha tomado como referencia los cálculos del principio activo de cada droga respaldados por el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2.003, de tal manera que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, y ha venido aplicando de forma mayoritaria, la teoría de los mínimos psicoactivos en multitud de sentencias que constituyen un cuerpo muy sólido de doctrina legal (SSTS. 4/2004 de 14.1 ; 152/2004 de 11.2 ; 221/2004 de 20.2 ; 259/2004 de 20.2 ; 366/2004 de 22.3 ; 1215/2004 de 28.10 ; 1.7.2005), y ha sido ratificada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2.005, en el sentido siguiente " **continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca un informe legal o se adopte otro criterio o alternativa**".

Dosis mínimas psicoactivas de las sustancias más habituales son: heroína: 0,66 miligramos; cocaína: 50 miligramos; hachís: 10 miligramos; MDMA: 20 miligramos; morfina: 0,002 gramos; y 20 microgramos (0,00002 gramos), para el LSD (SSTS. 1168/2009 de 12.11, 1303/2009 de 4.12 ; 615/2008 de 8.10 ; 720/2006 de 12.6 ; 118/2005 de 9.2).

Como ya se ha adelantado el motivo debe prosperar.

En efecto, aunque hemos señalado que la determinación del porcentaje de principio activo de las drogas objeto de tráfico no necesita de modo imprescindible ser acreditado por prueba pericial analítica, pudiendo serlo a través de un juicio de inferencia basado en la valoración de elementos indiciarios especialmente sólidos, como ocurre cuando la cantidad de droga excluya toda probabilidad racional de que la cantidad de principio activo sea inferior a lo establecido por esta Sala como dosis mínimas psicoactivas. Así en SSTS. 380/2009 de 16.4 , 23.12.2008 , 30.6.2005 , 10.7.2002 , se señala 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 (SSTS. 280/2007 de 27.3 , 687/2007 de 17.7), si bien esto es así, ello no será posible cuando la sustancia incautada al acusado sea tan significativamente escasa como en el caso que examinamos: 0,16 gramos ó 160 miligramos de cocaína, cantidad de la que no se puede colegir que la cantidad de cocaína pura superase los 50 mgs, pues bastaría con que la riqueza de droga fuese inferior al 32% -hipótesis que no cabe en modo alguno descartar, habida cuenta que la papelina se incautó en el último eslabón del largo proceso del tráfico prohibido, cual es la venta al menudeo, cuyos porcentajes de pureza son ínfimos -para que la cocaína pura ocupada en la causa fuese inferior a los 50 mgs- ver SSTS. En casos de cantidades semejantes: 114 mgs, sentencia 1168/2009 de 12.11 , 130 mgs. Sentencia 295/2006 de 15.3 , 120 mgs. Sentencia 481/2006 de 28.4 , 171 mgs. Sentencia 191/2006 de 21.2 , 130 mgs. Sentencia 119/2006 de 13.2 .

En el caso presente en los análisis periciales no se consigna porcentaje alguno de pureza a efectos de determinar si los 160 mg. superaban el principio activo, y si -como el propio Ministerio Fiscal razona en su escrito de impugnación- se aceptara la inferencia de que la papelina entregada por Bernardo debía tener la misma pureza que las encontradas detrás del mostrador, pues de ahí se la proporcionó la camarera del local Frida , esto es 5,41%, la pureza resultante de la papelina de 160 mgs, sería de 8,65 mgs, por la que estaría notoriamente por debajo del límite jurisprudencialmente establecido para la insignificancia: 50 mgs.

CUARTO: Por todo lo expuesto, el recurso debe ser estimado y casada la sentencia impugnada, dictándose otra por esta Sala en la que se declare la absolución del acusado, siendo innecesario el análisis del resto de los motivos articulados por el mismo - **cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción del art. 368 CP , último párrafo, al no aplicar el subtipo atenuado y quinto al amparo del art. 5.4 LOPJ . Por vulneración del art. 14 CE , principio de igualdad ante la Ley.**

RECURSO INTERPUESTO POR Leopoldo , Feliciano

QUINTO: El motivo primero al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley, art. 368 CP , dado que la conducta que se les imputó es atípica, al no haberse acreditado que recibiesen dinero alguno por la entrega de las papelinas y no haberse determinado su grado de pureza, y que superase el límite de lo que se conoce como mínimo psicoactivo.

El motivo debe ser estimado.

A Feliciano le es aplicable lo dispuesto en el art. 903 LECrim , al ser su actuación la misma que el anterior recurrente Bernardo , al tratarse de la misma papelina recibida de Frida y entregada a Luis , sin constancia de contraprestación económica y que contendría poco más de 8 miligramos de cocaína pura, inferior ostensiblemente a la dosis mínima psicoactiva, esto es, la cantidad mínima de una sustancia química de origen natural o sintética que afecta a las funciones neurológicas o neuropsíquicas de los organismos vivos estudiados, en este caso, las personas, SSTS. 259/2004 de 20.2 , 16/2007 de 16.1 .

Y en lo concerniente a Leopoldo , las únicas diferencias respecto de los anteriores, son que en el factum no se declara probado que hubiera recibido la papelina de Frida y se recoge que recibió a cambio del comprador Juan Francisco , 50 E, por la entrega de una papelina de 0,14 gramos que contenía cocaína, sin que conste la pureza, pero haciendo la misma inferencia sobre su procedencia y la posibilidad de que su pureza fuese el 5,41%, el acusado habría transmitido 7,57 mgs, de principio psicoactivo, todavía más por debajo del límite jurisprudencial.

Estimación del motivo que hace innecesario el análisis del **motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción del art. 368 CP , y no aplicación de la atenuación del art. 368 párrafo segundo del CP .**

RECURSO INTERPUESTO POR Frida

SEXTO: Articula la recurrente bajo la rubrica Fundamentos doctrinales o legales, cuatro motivos de casación:

PRIMERO: por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim , y art. 5.4 y 11.1 LOPJ , por haberse vulnerado el derecho fundamental contenido en los arts. 24.1 y 24.2 CE , derecho a la tutela judicial efectivo, derecho a la presunción de inocencia, no existiendo prueba de cargo suficiente que venga a desvirtuar el principio referido.

SEGUNDO: por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , y art. 852 LECrim , al haberse vulnerado el art. 24 y 120.3, en lo relativo a la motivación de las sentencias.

TERCERO: por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim , al amparo del art. 5.4 LOPJ , por haberse producido error en la apreciación de la prueba.

CUARTO: por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por vulneración del art. 368.1 y 369.1.3 CP .

No obstante en las "alegaciones legales y doctrinales" en el desarrollo del recurso bajo la rubrica primero y segundo denuncia **infracción de los arts. 24.1 , 24.2 y 120.3 CE . En lo relativo al principio de presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, motivación de sentencias e infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim , y al amparo del art. 5.4 y 11.1 LOPJ , por haberse producido error en la apreciación de la prueba**, aduciendo que se ha vulnerado la presunción de inocencia al no haberse podido demostrar la participación directa o indirecta de la recurrente en los hechos que se le imputan, ni que se declara, siquiera de forma puntual a la transacción de sustancias estupefacientes; las papelinas que se dice por la policía encontradas detrás de la barra, lo fueron en el suelo arrojadas por los propios clientes que se encontraban en el local; los 777 euros en efectivo no eran producto de la actividad delictiva, sino que estaban en la caja registradora y se correspondían con el dinero de cambio y la venta de consumiciones propias de la actividad hostelera, tampoco se ha probado que la recurrente haya proporcionado cocaína por dinero ya que ninguno de los compradores ha sido oído en declaración. Por todo ello no puede sostenerse el fundamento de una sentencia condenatoria por el simple hecho reencontrarse trabajando en el local en el momento del registro policial.

Asimismo se ha producido error en la apreciación de la prueba, en cuanto a Frida no se la intervino sustancia estupefaciente alguna, ni efectos o instrumentos preordinados a su elaboración, igualmente no se le intervinieron dinero, joyas, vehículos, que acreditasen un nivel económico derivado de su dedicación a dicho tráfico, no es reconocida ni identificada por compradores o testigos protegidos como la persona que se dedica a la venta de sustancias estupefacientes, carece de antecedentes policiales y penales, y no puede inferirse que tuviese conocimiento de lo que incautó en el suelo del establecimiento y no detrás de la barra.

Por último entiende producida la vulneración de los arts. 24.1 , 24.2 y 120 CE , que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la presunción de inocencia y a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con la aplicación inadecuada de los arts. 368.1 y 369.1.3 CP , por no haber quedado suficientemente probado y motivado la autoría de los hechos respecto de la recurrente.

-Con carácter previo debe significarse que la recurrente no cumple con los requisitos de forma que deben rodear el escrito de formalización del recurso, cuales son, entre otros, que las diferentes razones de impugnación deben estar ordenadas como motivos diferentes que se presentarán debidamente separados y numerados. No deben juntarse diversas impugnaciones en un mismo motivo (art. 874 LECrim).

Por ello cuando no se observan estos requisitos y se imputa a la sustancia de forma conjunta, amalgamada y genérica una serie de infracciones normativas, afirmándose que en el procedimiento se han vulnerado sistemáticamente preceptos constitucionales, la consecuencia es la inadmisión a tramite del recurso 0, en su caso, la desestimación.

No obstante el respeto a los derechos de defensa y tutela judicial efectiva y dada la voluntad impugnativa de la recurrente, hace necesario el estudio de sus alegaciones.

SEPTIMO: Así en lo concerniente a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como ya explicamos en el análisis del motivo primero del recurso interpuesto por Bernardo , cuando se alega dicha vulneración, el ámbito de conocimiento de esta Sala casacional queda delimitado por estos tres aspectos:

1) la comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima, para dictar un fallo condenatorio. Esto integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una «probatio diabólica» de los hechos negativos;

2) la comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría invalidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto de los

principios procesales de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos por la Ley; y

3) la constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria. Y el límite de control casacional en materia de presunción de inocencia está precisamente en el intento de nueva valoración de la prueba, lo que pertenece en exclusiva al tribunal sentenciador (SSTS. 1231/2000 de 3.7).

En el caso presente la sentencia recurrida entiende acreditada en relación a esta recurrente a la entrega de una papelina, que analizada resultó ser cocaína con un peso neto de 0,02 gramos, que sacó de debajo de la zona de la barra del bar, a Claudio y Aurora por 50 E, y la entrega de otra papelina a los coacusados Feliciano y Bernardo , que éstos entregaron a continuación a Luis , papelina que sacó de debajo de la zona de la barra del bar, y que resultó contener cocaína con peso neto de 0,16 gramos no considera probado, al no recogerse en el factum, que fuese la recurrente quien entregó al coacusado Leopoldo la papelina que éste vendió a Juan Francisco por 50 euros. Entregas acreditadas por la testifical de los policías que intervinieron en los hechos y observaron la conducta de la recurrente, y que incautaron, además, tras la barra del bar, en la zona por donde se movía esta acusada, un total de 7 papelinas que contenían "cocaína" con peso cada una de 0,25 gramos, tres trozos de "hachís" con peso de 5,75 gramos y 7 envoltorios de plástico que contenían 0,10 gramos de "hachís", e igualmente ocuparon tras la barra la suma de 777 E en efectivo.

Actividad que incardina en los arts. 368 inciso penúltimo y 369.1.3 CP . (tipo agravado de establecimiento público).

El fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representa aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento y merced a las oportunidades que ellos reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefaciente, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por su aparente marco de legalidad (SSTS. 1164/2006 de 26.11 , 831/2007 de 5.10 , 783/2008 de 20.11 , 817/2008 de 11.12 , 1153/2009 de 12.11 , 1238/2009 de 11.12).

Por ello los hechos se han de realizar por los responsables del establecimiento, lo cual significa que la voluntad del legislador es agotar todas las posibilidades de venta o difusión de drogas en un establecimiento abierto al público por parte de las personas relacionadas con el mismo, con una vinculación que no tiene que ser necesariamente laboral, civil o mercantil, sino que puede ser esporádica u ocasional con tal que se relacionen tales funciones para la empresa -individual o social-, acotadas como de responsabilidad o empleo. En el primer concepto se incluirían los dueños, directores, gerentes, encargados, es decir, todas aquellas personas con capacidad para impartir ordenes e instrucciones sobre el desempeño de la actividad mercantil o social. Y en el segundo, aquellas personas que desarrollan tareas de atención, venta o prestación de servicios en dicho establecimiento. La jurisprudencia ha declarado que no se excluye la responsabilidad penal por el hecho de no ostentar la propiedad o responsabilidad jurídica del establecimiento, si bien por el principio de taxatividad del Derecho penal quedan fuera de dicho subtipo agravado quienes no se encuentren desarrollando funciones con esa vinculación, tales como ocupantes ocasionales del local, o usuarios habituales del mismo pero que no puedan ser catalogados como responsables o empleados (STS. 817/2008 de 11.12).

Ahora bien este subtipo agravado no permite una interpretación extensiva y además, exige que las circunstancias sobre las que se edifica la agravación consten adecuadamente descritas en el hecho probado (SSTS. 831/2007 de 5.10 , 783/2008 de 20.11). Por tanto, el mero hecho de describir una venta que se produce en establecimiento no implica la aplicación automática de la agravación, sino que es preciso que en los hechos probados conste de alguna forma que el autor se ha aprovechado de las facilidades que tal clase de establecimiento le proporciona para ejecutar el acto delictivo y que tal aprovechamiento ha supuesto un incremento en el delito prohibido por la norma.

En concordancia con lo expuesto esta agravación debe operar cuando los actos de tráfico de drogas realizados en el establecimiento abierto al público por el regente o empleado del mismo revelen una cierta dedicación y pluralidad, por lo que no deberá apreciarse la agravante específica cuando solo conste un acto aislado de tráfico de poca entidad, en cuanto en tal supuesto no concurre la razón justificativa de la agravante, consistente en el aumento de peligro contra la salud pública, por el incremento de las transmisiones que facilita la apertura al público del bar (STS. 211/2000 de 17.7 , 840/2006 de 20.7). Deben quedar excluidos los actos puramente esporádicos y aislados, porque en ellos no se aprecian las razones agravatorias que fundamentan

este subtipo agravado, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico (SSTS. 783/2008 de 20.11 , 1153/2009 de 12.11).

OCTAVO: En el caso presente la entrega de las dos papelinas de cocaína por parte de esta acusada, camarera del local, debe entenderse probada por la testifical de los agentes de policía que presenciaron los hechos, pero la sentencia le atribuye, además, la disponibilidad exclusiva de las 7 papelinas de cocaína con peso cada una de ellas de 0,25 gramos y los 5,75 gramos y 0,10 gramos de hachís, por ser la persona que controlaba la zona de la barra, donde tras el registro practicado por la policía se ocuparon.

Esta inferencia que realiza la Sala de atribuir a la camarera Frida la posesión exclusiva de tales sustancias solo por el lugar donde es ocupada -la misma zona de la barra de donde sacó las dos papelinas que aquella entregó personalmente a clientes del Bar-, como el propio Ministerio Fiscal reconoce en su detallado escrito de impugnación, no parece muy razonable, dado que en el Atestado policial también se hace constar la presencia en el Bar no solo de otra camarera - Mercedes - con antecedentes policiales, precisamente, por tráfico de drogas, que fue detenida, aunque no procesada, ni acusada por el Ministerio Fiscal -sino de los propietarios del establecimiento, el matrimonio formado por Victorio y Pilar - que han sido acusados, aunque finalmente absueltos, a pesar de existir algunos datos especialmente significativos: como que ya en los dos años anteriores la policía Nacional había incautado a personas que frecuentaban el Bar, dosis de cocaína y hachís: la conversación que la policía destaca mantuvo la propietaria el mismo día de los hechos con la persona que según la Policía suministraba la sustancia, que la propia policía en las actas de aprehensión de las distintas sustancia, la relativa a las 7 papelinas (folio 131) se atribuye su posesión, no a la camarera, sino a dicha propietaria, Pilar , y que incluso el propio Juez Instructor en el auto de procesamiento (folios 679-680) solo imputó a la recurrente la entrega de aquellas dos papelinas de 0,16 y 0,02 gramos de cocaína, no siendo ocioso recordar como esta Sala sentencia 888/2009 de 16.9 ,en casos en que mientras un sujeto lleva a cabo los actos de venta en el interior del bar, el propietario o encargado, permanezca, presenciando y consintiendo los actos de venta de papelinas, implica que el segundo posee el dominio funcional del hecho, ya que como propietario del bar podría impedir la realización de actos de venta en el mismo. Contribuyó pues, -dice la sentencia- de forma esencial a la comisión del delito, proporcionando al coacusado un medio, cual es un establecimiento abierto al público, que le iba a facilitar la multiplicación de ventas de papelinas.

Y si ello se ha argumentado con respecto a la modalidad estrictamente activa, también ha admitido este tribunal -STS. 1153/2009 de 12.11 - para estos supuestos la punición de la modalidad omisiva de comisión por omisión u omisión impropia. Y así, en la sentencia 2341/2001, de 11 de febrero de 2002 , se estimó que la autoría de la recurrente podía también fundamentarse en el art. 11 del C. Penal , dado que era conocedora del tráfico ilegal, pues estaba presente en el local con asiduidad. Bajo tales condiciones, la recurrente, propietaria del establecimiento, era garante de que en el mismo no se cometieran delitos de esta gravedad, pues la obligación de impedir la comisión de tales hechos surge del amplio concepto de favorecimiento del tráfico de drogas que prevé como alternativa típica el art. 368 del C. Penal . Por tanto concluye que al poner las dependencias del bar a disposición del coacusado para que, a su presencia y con su asentimiento, vendiera de forma reiterada papelinas de cocaína, se subsume en el subtipo agravado.

Ahora bien que la sentencia recurrida haya absuelto a los propietarios del local, no puede servir para exonerar de responsabilidad a la recurrente, quien, aun no teniendo la posesión exclusiva de las papelinas de detrás de la barra, era evidente que sí tenía disponibilidad sobre las mismas, como se acredita por la vigilancia policial que pudo apreciar como las dos papelinas que entregó a clientes del Bar las sacó de esa zona de la barra, inferencia, que en ese aspecto, debe considerarse lógica y racional.

En efecto, se suele invocar en casación la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, cuando según el recurrente condenado se le trata de modo desigual en relación a otros imputados que resultaron absueltos o más levemente condenados.

Como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo en sentencias 636/2006 de 8.6 y 483/2007 de 4.6 , remitiéndose a las sentencias de 26.7.2005 , 9.7.93 y 6.11.89 , «sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico puede determinar una violación del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental ». En este sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal Constitucional, en sentencia 200/1990 que «el principio de igualdad protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos». El mismo Tribunal en las sentencias 23/1981 y 19/1982 declara que no se excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias injustificadas o arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad, por lo demás, no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS de 28 de octubre de 2004).

El principio de igualdad se vulnera, dice la STS. 999/2005 de 2 de junio , cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable (STC 106/1994). La alegación sobre su posible vulneración debe examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad, o incluso desde el tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente (STS. 10.4.2003), bien entendido que como recordó la STC. 88/2003 , "el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio ; 51/1985, de 10 de abril ; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos (STS. 502/2004 de 15.4).

Consecuentemente cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros (SSTC 17/1984, de 7 de febrero ; 157/1996, de 15 de octubre ; 27/2001, de 29 de enero). La no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues, a estos efectos sólo importa si la conducta sancionada era o no merecedora de dicha sanción.

Consecuentemente los hechos pueden subsumirse en el tipo previsto en el art. 368 CP . -sustancia que causa gran daño a la salud-, y art. 369.1.3 al producirse en un establecimiento abierto al público, por una persona que trabajaba en el mismo, sin que por el número de papelinas y composición de las mismas pueda considerarse una actividad puntual y ocasional.

NOVENO: No obstante lo anterior es necesario destacar que todas las papelinas de cocaína que pueden imputarse a la recurrente: la entregada a Feliciano y Bernardo , y la vendida a Claudio , así como las 7 halladas tras la barra, individualmente consideradas, su pureza no rebasaría el límite de la dosis mínima psicoactiva dado su porcentaje de pureza del 5,41%. Así la primera de ellas sería 8,65 mgs, la segunda 1,08 mgr, y cada una de las 7 restantes 13,53 mgs, es cierto que al estar todas destinadas al tráfico habrá de estarse a la cantidad total y al porcentaje de principio activo de las sustancias poseídas , por más que éstas estuviesen distribuidas en mayor o menor número de envoltorios, porque aunque hipotéticamente se admitiera que cada una de ellas contuviera una cantidad de droga que no superase el límite establecido jurisprudencialmente para establecer la "nocividad-, nada obliga al sujeto activo a transmitir al tercero una sola pepelina y nada impide que el objeto de la transacción sean varias, muchas o todas las papelinas a una misma persona (STS. 342/2008 de 12.6). Así SSTS. 822/2012 de 31.10 , y 1276/2009 de 21.12 , que precisaron que ha de tenerse en cuenta la cantidad total imputables a los acusados, sin que quepa dividir el número de papelinas halladas sino que han de sumarse todas con las debidas precauciones para determinar su pureza, lo que nos daría en el caso concreto un total de 114,37 mgs, poco más del doble del mínimo psicoactivo.

Ello ha de llevarnos a la posibilidad de aplicar el párrafo 2º del art. 368 CP , que recoge un subtipo atenuado que responde -como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley- a la preocupación del Legislador para "acoger la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25.10.2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena en supuestos de escasa entidad siempre que no concorra ninguna de las circunstancias recogidas en los arts. 369 bis y 370 CP ".

En la exégesis del precepto se constata, en el Anteproyecto de CP. de 2006, frustrado por el fin de la legislatura, ya se incluía la posibilidad de rebaja penológica por la vía de incrementar el arbitrio judicial, posibilitando la atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas. En relación con el mismo, el informe del CGPJ destacaba que "venía siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades han experimentado en los últimos años, en aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia, "o" las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor

culpabilidad en la realización de la acción injusta -singularmente en el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de la droga".

A pesar de la tendencia de los trabajos legislativos a recoger la atenuación facultativa estudiada, el primer texto prelegislativo de 2008 eliminó cualquier rebaja de pena de estas características.

En el proyecto definitivo de reforma del CP, que dio lugar a la LO 5/2010, cuando accedió al Congreso el texto del artículo 368.2 CP, se excluía la posibilidad de su aplicación cuando concurrieran cualquiera de las circunstancias de los artículos 369, 369 bis y 370 CP, pero una última enmienda del Grupo Socialista permitió extender la aplicación del subtipo a las circunstancias del artículo 369 CP.

Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho -lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad- y a las circunstancias personales del autor - que nos reconduce al área de la culpabilidad-. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9.6.2010, en la que se invoca la "falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido", siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la "menor culpabilidad, las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concudiesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la conjunción copulativa "y", en lugar de la disyuntiva "o". Desde luego, la utilización de la conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje a apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del artículo 368 CP no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costee su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revela como inespecífico. Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativa, resulta simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la "escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor", realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpresivo.

Así las cosas, en nuestro caso, podría resultar aplicable el subtipo.

En relación con el parámetro "escasa entidad del hecho", entendemos que se cumple, pues se trata de la entrega de dos papelinas de cocaína y la posesión de otras siete que reducidas a pureza, supera la dosis mínima psicoactiva solo muy ligeramente. Por tanto, tratándose de una cantidad tan próxima a la llamada dosis mínima psicoactiva, la capacidad de lesión del bien jurídico protegido, salud pública, e incluso de la salud individual debe entenderse escasa. No es obstáculo que los hechos sucedan en establecimiento abierto al público por cuanto la Ley permite aplicar el subtipo atenuado a todos los casos en que concurren los supuestos del art. 369 CP, que constituyen auténticos subtipos agravados.

En efecto al legislador cuando se refiere a la escasa entidad del hecho se está refiriendo también a todas las circunstancias fácticas concomitantes del supuesto concreto. La mayor o menor entidad del hecho ha de determinarse valorándose el propio hecho en sí con arreglo a la descripción que se contenga en el factum, es decir, con arreglo al verdadero hecho real por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del supuesto -antijuricidad o grado de culpabilidad del delincuente; y el legislador, al establecer el marco penal abstracto ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado.

En conclusión debe entenderse concurrente el parámetro de la escasa entidad del hecho.

En cuanto a las circunstancias personales poco sabemos pero si lo suficiente. Que nació el 20 de agosto 1956, y que se trata de una delincuente primaria, sin antecedentes por delito algún.

En fin que de acuerdo con la teoría normativa de la culpabilidad, su culpabilidad es existente y real, pero el reproche personal por haber cometido el hecho "de escasa entidad", en ocasión aislada y en contexto vinculado a la ausencia de recursos económicos, también puede entenderse como más disculpable y de menor censura.

Por otro lado, y como hemos razonado, el juego de aplicación del precepto exige atender a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor de una manera global, con estudio de ambos parámetros, para llegar a una conclusión conjunta y ponderada que analice ambos parámetros, mas sin entenderlos como requisitos necesariamente concurrentes al modo de copulativas exigencias. En ese estudio global, e incluso en un estudio individual de los parámetros reglados, creemos que concurre el subtipo privilegiado por ser escasa la entidad del hecho y valorables las circunstancias personales como expresión de una culpabilidad igualmente de relevancia o intensidad menor.

Consecuentemente el subtipo atenuado que se invoca debería aplicarse.

DECIMO: Estimándose los motivos las costas se declaran de oficio (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos respectivamente por Bernardo y Feliciano e Leopoldo y **parcialmente** al interpuesto por Frida, contra sentencia de 20 de julio de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava; y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución dictando segunda sentencia más conforme a derecho, con declaración de oficio costas de los recursos.

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. Candido Conde-Pumpido Touron D. Jose Manuel Maza Martin **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Torremolinos, con el número 3 de 205, y seguida ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 8ª por delito contra la salud pública, contra Victorio con

D. N. I. NUM004 natural de Málaga, vecino de Torremolinos, hijo de Salvador y Ángela, casado, de 61 años de edad, de profesión desconocida, con instrucción, sin antecedentes penales de ignorada conducta, solvencia desconocida, y en libertad provisional por esta causa; Pilar con D. N. I. NUM005, natural de

Málaga , vecina de Torremolinos, hija de Salvador y Isidora , casada, de 56 años de edad, de profesión desconocida, con instrucción, sin antecedentes penales de ignorada conducta, de solvencia desconocida, y en libertad provisional por esta causa; Frida con D. N. I. NUM006 , natural de Málaga , vecina de Torremolinos, hija de Salvador y Ángela , soltera , de 55 años de edad, camarera , con instrucción, sin antecedentes penales, de ignorada conducta, declarada solvente por Auto de 19 - 4 - 2010 , , y en libertad provisional por esta causa; Feliciano , con D. N. I. NUM007 , natural de Málaga , vecino de Fuengirola, hijo de Bartolomé y Andrea , soltero, de 31 años de edad, de profesión desconocida, con instrucción, sin antecedentes penales de ignorada conducta, solvencia desconocida, y en libertad provisional por esta causa; Leopoldo con D. N. I. NUM008 , natural de Málaga , vecino de Torremolinos, hijo de Gregorio y Inocencia , soltero, de 26 años de edad, profesión desconocida, con instrucción, sin antecedentes penales de ignorada conducta, declarado insolvente por Auto de 5 - 4 - 2010, y en libertad provisional por esta causa; Bernardo con D. N. I. NUM009 , natural de Bilbao, vecino de Fuengirola, hijo de Rodrigo y Marí Luz , soltero, de 31 años de edad, hotelería , con instrucción, sin antecedentes penales de ignorada conducta, solvencia desconocida, y en libertad provisional por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en 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. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente procede absolver a Bernardo , Feliciano e Leopoldo del delito contra la salud pública al no superar las papelinas de cocaína por ellos transmitidas la dosis mínima psicoactiva.

Segundo.- Asimismo en relación a Frida debe aplicarse por las razones expuestas en el fundamento jurídico noveno de la sentencia precedente el párrafo 2º del art. 368 CP , lo que unido a la concurrencia muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas, hace que en la determinación de pena concreta a imponer nos movamos en un marco penológico de 1 año y 6 meses a tres años prisión, resultando adecuada y proporcionada la de 2 años prisión y 50 E multa con 1 día de responsabilidad subsidiaria caso impago.

III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos a Leopoldo , Bernardo y Feliciano del delito contra la salud pública por el que habían sido condenados, declarándose de oficio las costas correspondientes.

Y debemos condenar y condenamos a Frida como autora de un delito contra la salud pública ya definido, concurriendo la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a las penas de 2 años prisión y multa 50 E con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día caso impago.

Se mantienen el resto de pronunciamientos sentencia Audiencia Provincial de Málaga de fecha 20 julio 2012 .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Jose Manuel Maza Martin **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Carlos Granados Perez

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