



Roj: **STS 1713/2004 - ECLI:ES:TS:2004:1713**

Id Cendoj: **28079120012004100265**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2004**

Nº de Recurso: **386/2003**

Nº de Resolución: **298/2004**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por INFRACCIÓN DE LEY que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya por delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo prevenido por la ley, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde- Pumpido Tourón, siendo parte recurrida Fermín , que se encuentra representado por la Procuradora Sra. Cobera Argüelles.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao, instruyó procedimiento abreviado 216/2001 y una vez concluso lo remitió a la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que con fecha 19 de diciembre de 2002, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Se declara probado que sobre las 16,55 horas del día 26 de abril de 2.001 Fermín , nacido en Guinea Bissau el 5 de marzo de 1976, sin antecedentes penales, encontrándose en la calle García Salazar de Bilbao, entregó a una persona a la que la acusación no alcanza, un envoltorio que contenía 0,140 gramos de heroína de una riqueza del 17,8% expresada en diacetilmorfina HCL a cambio de un billete. Agentes de la Ertzaintza procedieron a interceptar e identificar al comprador y a incautar el envoltorio y, asimismo, a detener al acusado, al que le ocuparon 5.005 pesetas (2 billetes de 2000 pesetas, 2 monedas de quinientas pesetas y una moneda de 5 pesetas) procedentes de su actividad de venta de sustancias estupefacientes.

La heroína es una sustancia estupefaciente incluida en la lista I de la Convención Unica de 1961, sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 25 de mayo de 1972.

2.- Dicha Audiencia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos libremente al acusado Fermín del delito del que se le acusaba en la presente causa, declarándose de oficio las costas procesales. Se decreta con carácter accesorio el comiso definitivo de la sustancia incautada, a la que se dará el destino dispuesto por la ley 36/1995 de 11 de diciembre. Procédase a devolver a Fermín el dinero incautado.

3.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso recurso de casación por INFRACCIÓN DE LEY que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- EL MINISTERIO FISCAL basó su recurso de casación en un UNICO MOTIVO:

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Criminal, por inaplicación de los artículos 368, 374 y 377 del Código Penal.





5.- Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, lo impugna en su totalidad. La Sala lo admite a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno corresponda.

6.- Hecho el oportuno señalamiento se celebró la votación prevenida el día 27 de febrero del presente año, fecha en que ha tenido lugar.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha 16 de enero de 2003, absolvió a Fermín del delito contra la salud pública por el que había sido acusado.

En el relato fáctico se declara acreditado, en síntesis, que el acusado Fermín, nacido en Guinea-Bissau, fue detenido tras vender en una calle de Bilbao una papelina de heroína conteniendo 0,140 gramos de dicha droga con una pureza del 17,5 %, ocupándosele varios billetes procedentes de transacciones anteriores.

La absolución se apoya en la carencia de lesividad de la conducta enjuiciada, al no constatarse un riesgo efectivo para la salud, bien jurídico atacado en el tipo sin cuyo potencial daño no existe antijuridicidad material. Se acoge a la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala conforme a la cual las cantidades insignificantes de droga, incapaces de producir efecto nocivo alguno para la salud, carecen de antijuridicidad material por falta de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo.

El Ministerio Fiscal impugna la sentencia, en un único motivo por infracción de ley, por estimar, en síntesis, que la conducta enjuiciada sí ha puesto en peligro el bien jurídico protegido, por lo que debe ser sancionada.

SEGUNDO.- El recurso interpuesto debe ser estimado, no porque la doctrina genérica aplicada por la Audiencia Provincial de Vizcaya sea incorrecta, que no lo es ya que su sentencia se apoya efectivamente en la jurisprudencia de esta Sala, cuya doctrina no ha cambiado, sino porque el caso enjuiciado no encaja en los supuestos de insignificancia, de acuerdo con los parámetros técnicos que actualmente utiliza esta Sala, y que se fundan en el dictamen emitido al efecto por el Instituto Nacional de Toxicología.

Esta Sala ha venido excluyendo de la aplicación del art. 368 del Código Penal determinados supuestos de transmisión de drogas (generalmente donaciones a familiares o allegados adictos, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 12 de enero de 1995) cuando se limitan a cantidades mínimas y sin contraprestación, que se estima que no son punibles por falta de peligro para el bien jurídico protegido y por la inadecuación de la acción para la creación de dicho peligro.

A esta restricción se ha llegado desde la doble consideración del análisis de la estructura típica del delito contra la salud pública y del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos.

En primer lugar, desde la perspectiva de la estructura del tipo delictivo aplicado, al tratarse de un delito de peligro -aún cuando sea abstracto- el peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas acciones totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro -aún cuando sea potencialmente- la salud pública (Sentencia de 29 de mayo de 1993, entre otras muchas).

Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben 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.

TERCERO.- En segundo lugar, desde la otra perspectiva (el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos), muy relacionada y con un mismo resultado, se fundamenta la exclusión de la tipicidad estimando que si el Legislador ha considerado que los delitos de tráfico o favorecimiento de la difusión de drogas son hechos punibles contra la salud pública, es indudable que su voluntad sólo será respetada en la medida en que la rúbrica de la Ley no sea soslayada (sentencia de 27 de Mayo de 1.994).

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, (Sentencias de 12 de septiembre de 1994, 28 de octubre de 1996 22 de enero de 1997, 22 de septiembre de 2000, núm. 1441/2000, 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, 10 de diciembre de 2001, núm.1591/2001, 18 de julio de 2001, núm. 1439/2001 y 11 de mayo de 2002, núm. 216/2002, entre otras muchas).

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".

CUARTO.- En la reciente sentencia de esta Sala núm 221/2004, de 20 de febrero, se desarrolla esta fundamentación fundada en el principio de lesividad señalando que la falta de tipicidad penal de una acción, puede tener un doble origen:

a) Cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal, es decir, no es típica y b) cuando aún apareciendo normalmente incluida en aquella descripción, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención, la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a éste justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina a causas de exclusión de la tipicidad que no son equivalentes a las causas de justificación porque éstas descansan sobre la existencia de una acción típica. Así se habla en tales casos de falta de imputación objetiva por no ser imputable su lesión a conducta suficientemente peligrosa, o referirse a supuestos de hechos adecuados socialmente, o por ser insignificantes, principio de insignificancia que tiene especial relevancia en el caso enjuiciado. En el fondo subyace la reflexión que el delito no es sólo la desobediencia a la Ley sino el ataque a un bien jurídico, y por tanto una acción que lesiona o pone en peligro a personas, bienes o instituciones con proyección en los delitos de peligro abstracto como ocurre en el delito de tráfico de drogas. Es decir, la respuesta penal sólo se justificaría en virtud del principio de lesividad, siendo precisamente esta lesividad la que debe ser tenida en cuenta por el legislador al definir los tipos legales, pues sólo la Ley es fuente de antijuricidad como consecuencia de reconocerse como única fuente del sistema de justicia penal.

QUINTO.- Esta doctrina se ha aplicado ocasionalmente en supuestos de tráfico. Así por ejemplo en la sentencia de 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, que señala que "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 antijuricidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo".

Ahora bien, como recuerda la reciente sentencia de 4 de julio de 2003, núm 977/2003, (también sentencias 527/98 de 15 de abril, 905/98 de 20 de julio, 789/99 de 14 de mayo, 1653/2001 de 16 de julio), en los supuestos de tráfico esta doctrina ha de aplicarse de forma muy excepcional y restrictiva, y concretamente en casos como el que aquí se enjuicia, debe limitarse a supuestos de absoluta nimiedad que determinan la atipicidad por falta de objeto, por no alcanzar lo vendido la dosis mínima psicoactiva de la sustancia objeto de tráfico.

Es decir la atipicidad en casos de conductas de tráfico se limita a supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. En estos casos la absoluta nimiedad de la sustancia implica que ya no constituye, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.

SEXTO.- Para fundamentar este límite mínimo en criterios científicos, y al mismo tiempo garantizar la seguridad jurídica con una interpretación uniforme en una materia tan delicada, esta Sala acordó en el Pleno de 1 de julio de 2003, solicitar un dictamen técnico para precisar la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga. Finalmente el Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología (departamento de Madrid) remitió a esta Sala un informe con cuadros en los que se especifica, para cada sustancia estupefaciente, la dosis mínima psicoactiva. Esta dosis es la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que afecta a las funciones del organismo humano.

Por lo que se refiere a la heroína el dictamen establece que la dosis mínima psicoactiva se sitúa entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral equivalente de morfina. En medicina se denomina parenteral a toda vía que evita el tubo digestivo. En el apartado de la morfina el cuadro cita diversas vías. Si acudimos a la intravenosa, que constituye una vía usual de administración de la heroína, se señala como dosis mínima psicoactiva los dos miligramos, lo que significa para la heroína (entre la mitad y un tercio, dice el informe), entre uno y 0,66 miligramos. Dada la absoluta nimiedad de la cifra y el principio "pro reo", estimamos procedente acoger como parámetro un miligramo, aunque algunas sentencias de esta Sala han acudido a la cifra inferior de la horquilla, 0,66 miligramos.

En cualquier caso la cifra es muy inferior a la que concurre en el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Vizcaya, que ahora se recurre en casación (la papelina objeto de tráfico tenía 24 miligramos de heroína pura), por lo que es indudable que el recurso debe ser acogido.

SEPTIMO.- Lo hasta ahora expresado justifica la necesaria estimación del recurso.



Pero todos los Poderes Públicos, incluido desde luego el Judicial, se deben a la ciudadanía y deben procurar que sus resoluciones sean perfectamente comprendidas, sin perjuicio de las dificultades que genera en ocasiones el carácter técnico del instrumento jurídico que necesariamente debemos manejar.

Dado que las primeras resoluciones de esta Sala que han aplicado el dictamen sobre las dosis mínimas psicoactivas han generado cierta confusión en algunos Tribunales Provinciales, en la doctrina e incluso en la opinión pública reflejada en los medios de comunicación, conviene efectuar algunas precisiones adicionales.

En primer lugar esta confusión se genera porque no se distingue correctamente la aplicación del principio de insignificancia a conductas que podríamos denominar de "entrega compasiva" y a supuestos de tráfico. En el primer caso se trata generalmente de donaciones a familiares o allegados adictos, que se limitan a cantidades mínimas y sin contraprestación. La doctrina jurisprudencial estima que estos casos no son punibles por la inadecuación de la acción para la creación de peligro para el bien jurídico protegido.

Es decir que en estos casos el principio de insignificancia se aplica a la conducta, que carece de relevancia para poner en peligro el bien jurídico por la inadecuación de la acción. En este tipo de conductas, insignificantes desde la perspectiva penal, se conjuga la nimiedad de la droga objeto de transmisión, con la concreción y delimitación del destinatario, ya adicto, la falta de contraprestación y la finalidad compasiva con la que la entrega se realiza, generalmente para evitar o paliar el síndrome de abstinencia. Se trata de supuestos en los que la cantidad de droga transmitida debe ser en todo caso exigua, pero naturalmente superior a la dosis mínima psicoactiva pues en otro caso no produciría efecto alguno sobre la persona que la recibe, se trataría de un mero placebo.

Algunas de las sentencias de esta Sala que se citan como precedentes en que se calificó de insignificante la transmisión de cantidades de heroína superiores a la dosis mínima psicoactiva son supuestos de este tipo, y no de tráfico en sentido estricto.

OCTAVO.- Los supuestos de tráfico, en sentido estricto, es decir de venta callejera e indiscriminada de pequeñas cantidades de droga en papelinas, son completamente diferentes. En estos casos la conducta, en sí misma, es plenamente típica aunque sean pequeñas las cantidades de droga transmitidas, pues en todo caso se está poniendo en peligro el bien jurídico protegido, la salud pública, ya que ni se controla el destinatario, ni se actúa por afán compasivo, ni se prescinde de toda contraprestación, sino que por el contrario se está contribuyendo de modo relevante a fomentar indiscriminada y lucrativamente el consumo de drogas. Estos casos son precisamente los contemplados por el Legislador al tipificar el delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto, por lo que no puede efectuarse una interpretación material del tipo que los excluya, aun cuando las cantidades difundidas sean en cada caso concreto reducidas o limitadas.

Es por ello por lo que en estos casos la aplicación del principio de insignificancia para la exclusión de tipicidad tiene un sentido distinto. Su aplicación, como hemos señalado, debe limitarse a supuestos extremos en los que lo transmitido no es droga, porque carece de la cualidad que califica a una sustancia como tal, es decir se trata de un producto absolutamente inocuo, que no es psicoactivo

Por ello señalábamos anteriormente que la atipicidad en casos de conductas de tráfico se limita a supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. En estos casos la absoluta nimiedad de la sustancia implica que ya no constituye, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.

Para determinar cuando la sustancia entregada es inocua es para lo que se ha solicitado el dictamen pericial al que nos hemos referido. Su aplicación aporta una mayor seguridad jurídica en esta materia, pero no altera la doctrina general de esta Sala.

NOVENO.- El segundo motivo de controversia surge porque la cifra resultante del dictamen, en lo que se refiere a la dosis mínima psicoactiva de heroína (un miligramo), es muy reducida, en relación con los parámetros que se estaban manejando por los Tribunales para la aplicación del principio de insignificancia, incluso en los supuestos de tráfico. Así como los supuestos de cocaína no han suscitado controversia alguna, pues el dictamen del Instituto Nacional de Toxicología ha señalado como dosis mínima psicoactiva la de 50 miligramos, que coincide prácticamente con la que ya estaba manejando esta Sala para la aplicación del principio de insignificancia, en cambio para la heroína la cifra es muy inferior, aparentemente desproporcionada respecto de la cocaína e incluso ha sido cuestionada técnicamente.

Es claro que este Tribunal debe ceñirse, en una cuestión puramente técnica como es la determinación de la dosis mínima psicoactiva a los parámetros técnicos que nos ofrece un organismo oficial especializado. Ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios, ni tampoco priva obviamente a las Salas sentenciadoras de



su facultad de valorar dichos informes conforme a las reglas de la sana crítica, en un proceso penal que se caracteriza por la vigencia del principio contradictorio.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala se limita a establecer, como interpretación material del art. 368, que los supuestos de tráfico tienen como límite inferior de punición la transmisión de sustancias que se encuentren por encima de la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga. Cual es dicho mínimo constituye una cuestión pericial, debiendo utilizarse como parámetros técnicos indicativos los aportados por el Instituto Nacional de Toxicología, mientras no sean desvirtuados pericialmente.

DECIMO.- El tercer motivo de controversia surge por la gravedad de la pena mínima establecida por el Legislador para este tipo de comportamientos típicos. El artículo 368 del Código Penal de 1995 establece como límite mínimo infranqueable la pena de tres años de prisión para las conductas de tráfico de sustancias que causen grave daño la salud, entre las que se encuentran la cocaína y la heroína, incluso en supuestos de venta de una sola papelina.

Esta pena se ha calificado por la doctrina de excesiva para los supuestos de acciones aisladas en los que la cantidad transmitida es pequeña. Se ha suscitado, incluso por alguna Audiencia Provincial, la posibilidad de una reforma legislativa que facultase a los Tribunales a reducir la pena en un grado en supuestos en que se apreciase la menor entidad de la conducta enjuiciada, atendidas las circunstancias del caso y la personalidad del culpable. Pero esta posibilidad no ha sido tomada en consideración legislativamente, e incluso la reciente reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre ha endurecido la respuesta punitiva en materia de delitos contra la salud pública al ampliar el ámbito de los supuestos agravados prevenidos en el art 369.

En consecuencia, la pena de tres años de prisión para este tipo de conductas de pequeño tráfico no constituye una decisión jurisprudencial, sino legislativa, que esta Sala debe respetar. Lo que ha hecho la doctrina jurisprudencial es establecer un límite mínimo, excluyendo de la punición los supuestos en que la cantidad transmitida no alcanza la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga. Pero en cuanto a los supuestos típicos de tráfico, no alcanzados por esta exclusión jurisprudencial, la pena viene predeterminada por la Ley.

UNDECIMO.- Debe señalarse, por último, que esta doctrina jurisprudencial no perjudica la situación penal de los drogodependientes, como se ha señalado críticamente.

En primer lugar no afecta a la doctrina tradicional sobre la atipicidad del propio consumo o del consumo compartido, ni a las cantidades de droga que se posean con dicho destino exclusivo.

En segundo lugar, en los supuestos de actos delictivos realizados en estado de intoxicación plena por el consumo de sustancias psicotrópicas o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, es de aplicación la eximente del art. 20.2º del Código Penal de 1995 y en los actos realizados a causa de una grave adicción se aplica la circunstancia atenuante del art. 21.2º, simple o muy cualificada, por lo que la pena legal resultará excluida o atenuada.

Y, en tercer lugar, el artículo 87 del Código Penal faculta al Juez o Tribunal para acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad hasta tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de sustancias psicotrópicas, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. La reciente reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha elevado dicho límite punitivo a cinco años. Con ello la pena impuesta se transforma en estos supuestos de drogodependientes en un relevante incentivo para la rehabilitación, que es la finalidad que debe perseguirse esencialmente.

DUODECIMO.- Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso interpuesto.

En efecto, en el supuesto actual el acusado fue sorprendido vendiendo heroína en una calle de Bilbao. Se trata, indudablemente, de una conducta de tráfico, que promueve y facilita el consumo ilegal de sustancia tóxicas. Es una conducta idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo, dado el grave daño para la salud ocasionado por el consumo de heroína. El hecho de que la papelina vendida tenía 24 miligramos de heroína pura, es decir una cantidad 24 veces superior a la dosis mínima psicoactiva según el dictamen citado del Instituto Nacional de Toxicología, impide excluir la punición de la conducta por falta de lesividad.

Por otra parte el relato fáctico indica que el acusado entregó dicha papelina a cambio de un solo billete, ocupándosele posteriormente dos billetes de dos mil ptas que la Sala sentenciadora declara acreditado que eran "procedentes de su actividad de venta de sustancias estupefacientes", lo que indica que, al menos, ya había vendido otra papelina con anterioridad.

En definitiva, se trata de un comportamiento típico de tráfico, que pone en peligro el bien jurídico protegido, y debe ser sancionado como previene la ley, no constando la concurrencia de atenuación alguna.



III. FALLO

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL por INFRACCIÓN DE LEY, CASANDO Y ANULANDO en consecuencia dicha sentencia y declarando de oficio las costas del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución y la que seguidamente se dicte al Ministerio Fiscal a Fermín como parte recurrida y a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **Cándido Conde-Pumpido Tourón** Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D **Cándido Conde-Pumpido Tourón** , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil cuatro.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao, instruyó procedimiento abreviado 216/01 contra Fermín , cuyo documento nacional de identidad no consta; nacido el 5-3-1976; natural de Guinea Bissau; sin antecedentes penales en España, insolvente y en libertad provisional por esta causa, se dictó Sentencia por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao, con fecha 19 de diciembre de 2002, que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en el día de hoy por esta Excmo. Sala, integrada por los Excmos. Sres. reseñados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Cándido Conde-Pumpido Tourón**, haciéndose constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia impugnada, incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia, en lo que no estén en contradicción con nuestra sentencia casacional.

2º.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia casacional los hechos acreditados integran un delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal de 1995, en su modalidad de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, de los que es autor el acusado, no concurriendo ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal. Procede la imposición de la pena mínima legal de tres años de prisión y la de multa de doce euros, valor estimado de la droga ocupada.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos a Fermín como autor de un delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal de 1995, en su modalidad de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y multa de doce euros, con un día de responsabilidad personal subsidiaria caso de impago y la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo, acordándose por la Audiencia Provincial, en ejecución de sentencia, lo que proceda sobre su expulsión del territorio nacional. Se imponen al condenado las costas de la primera instancia y se acuerda el comiso del dinero ocupado y la destrucción de la droga.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Cándido Conde-Pumpido Tourón** Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

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