

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 2614/2001.

TRAFICO DE DROGAS:

Conductas atípicas:

Requisitos; Sustancias que causan grave daño a la salud: cantidad ínfima: contenido; Cocaína: inexistencia: cantidad ínfima: 0,053 g sin determinar el grado de pureza.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha 04-12-2000, absolvió a don Germán del delito de tráfico de drogas de que venía acusado. Contra la anterior Resolución recurrió en casación el Ministerio Fiscal. El TS desestima el recurso.

En la Villa de Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil tres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de Instrucción número 4 de Bilbao, incoó Procedimiento Abreviado con el número 20 de 1999, contra Germán, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, cuya Sección Primera, con fecha cuatro de diciembre de dos mil (JUR 2001, 254772) , dictó Sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS:

«Germán, mayor de edad, sin antecedentes penales, sobre las 10,40 horas del día 19 de noviembre de 1998, en la confluencia de la calle Las Cortes con la calle Cantera, junto al comercio Artículo de Higiene recibió de Fermín mil pesetas a quien le entregó una bolsita termosellada que contenía 0,053 gramos de polvo blanco que da positivas las reacciones de identificación de cocaína.

El precio estimado de una dosis de cocaína, en la fecha de comisión de los hechos y en el mercado ilícito era de 2.109 pesetas».

SEGUNDO.-

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO:

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Germán del delito que se le acusaba en la presente causa, declarándose de oficio las costas procesales.

TERCERO.-

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

UNICO .-

En el Fundamento Segundo de la Sentencia recurrida se consideró que los hechos declarados probados - venta de cincuenta y tres miligramos de cocaína, de pureza desconocida- no eran legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública previsto en los arts. 368 y 377 del CP vigente , dada la insignificación de la cuantía y que no había podido determinarse la calidad de la misma, por lo que debe concluirse la atipicidad de la conducta enjuiciada, por quedar por debajo de los umbrales mínimos del Derecho Punitivo

y citándose la doctrina aplicada en las Sentencias de esta Sala de 25-1-96 , 27-5-94, 28-10-96 y , en las que se considera impune el tráfico de drogas, por la insignificación de la cantidad de estupefaciente objeto del mismo.

2.- El Ministerio Fiscal recurrió en casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, al amparo del art. 849.1º de la LECrim (LEG 1882, 16) , y por inaplicación indebida de los arts. 368 y 374 y 377 del CP.

Entiende el recurrente que, aunque el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal supone la eliminación en los tipos de las bagatelas, esta restricción pertenece, ampero, al legislador, como se manifestó en la Exposición de Motivos del CP/1995, y no al Juez, que no debe distinguir donde la Ley no distingue.

Pone de relieve el Ministerio Público que las Sentencias citadas por el Tribunal de instancia y otras, con las de 26-9-95 y las innumerables que cita la Sentencia de 22-1-97, amén de las de 7-1 , 15-1 , 16-3 y 31-3-98 y 25-5-99 , configuran la atipicidad del tráfico de estupefacientes en torno a los siguientes elementos: a) Que la cantidad de droga sea ínfima; b) que los consumidores sean varios, para compartir aquella ínfima droga en lugar cerrado, y que aquellos consumidores eviten la contemplación de la ingesta por extraños; c) Que la ínfima cantidad de droga se destine a consumirse en el acto de su recepción, o, al menos, de manera inmediata; y d) Que los consumidores de la droga ya sean adictos, pues, en otro caso, cabría su iniciación en el consumo y el consiguiente riesgo de hacerlos drogodependientes.

Señala el Fiscal que tales circunstancias no concurren en el «factum», ya que lo que consta es que el acusado y absuelto vendió una dosis de 0,053 gramos de cocaína a un sólo adquirente, del que no consta su previa adición y menos que aquella dosis se destinase a consumo compartido y claustral.

Entiende el Ministerio Público que la exoneración de la tipicidad, exclusivamente por la ínfima cuantía y sin los elementos jurisprudenciales antes citados, exigiría la elaboración de una doctrina unitaria sobre la cuantía de la droga, bajo cuyos mínimos el hecho es atípico, pues de no hacerse se atentaría a la seguridad jurídica y al principio de legalidad. Más a la espera de que la jurisprudencia establezca, si lo cree oportuno, los mínimos impunes, debe rechazarse la tesis de la Sentencia recurrida, pues por ínfima que fuera la dosis es evidente el riesgo para quien la consume sin hábito, ni previa adición.

3.- La representación de Germán; acusado y absuelto, impugnó el recurso del Ministerio Fiscal, por encontrar totalmente ajustada a Derecho la Sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao.

4.- La jurisprudencia de esta Sala ha establecido criterios interpretativos tendentes a limitar una aplicación excesivamente amplia de los tipos descritos en el art. 344 del CP de 1973 y en el art. 368 del CP de 1995. Así, se excluyen del tipo determinados supuestos de donación a familiares o compañeros sentimentales drogadictos y casos de donación entre drogodependientes. También por esta Sala se considera impune el consumo compartido de estupefacientes, siempre que concurren determinados requisitos, como son: a) que los consumidores sean drogodependientes; b) Que el consumo tenga lugar en sitio cerrado; c) Que la cantidad de estupefaciente destinada al consumo sea insignificante; d) Que el consumo tenga lugar entre un pequeño núcleo de drogadictos; e) Que los consumidores sean personas ciertas y determinadas; y f) Que el consumo sea inmediato.

Pero también se han considerado por la doctrina de esta Sala atípicas las conductas de posesión o de tráfico respecto a drogas o psicotrópicos, cuando por la mínima cantidad del estupefaciente transmitido o detentado, atendido el peso del mismo y su pureza, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud de los que lo consumen, por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece Y la jurisprudencia de esta Sala ha reputado impunes tales casos de insignificancia de la droga, sin exigir la concurrencia de los requisitos que han de darse para excluir la atipicidad en los supuestos de consumo compartido.

Y así concretamente, se estimó insignificante, en la Sentencia de esta Sala 772/96 de 28-10 , la cantidad de sesenta miligramos de heroína, en la 33/97 de 22-1 , la cantidad de veinte miligramos de heroína, en la 1889/2000 de 11-12 , la cantidad de 20 miligramos de cocaína, en la 1994/2000 de 18-12 se reputó irrelevante la heroína contenida en 10 papelinas, de la que no constaba peso y pureza, en la Sentencia 1591/2001 de 10-12 , se consideró insignificante una pastilla de Buprex, de la que no constaba peso, en la 216/2001 de 11-5, se reputó irrelevante la cantidad de cuatrocientos treinta y ocho miligramos de heroína, con una pureza del 8,4%; en la Sentencia 358/2003 de 16-6 , se consideró insignificante la cantidad de veintitrés miligramos de heroína, en la Sentencia 1081/2003, de 21-7 , se reputó irrelevante un montante de trescientos veintiséis miligramos de heroína, con pureza del 4%, lo que suponía 13

miligramos netos de sustancia ilícita, y en la Sentencia 774/2003 de 29-9, se consideró insignificante la cantidad de doscientos sesenta y cuatro miligramos de cocaína, con pureza del 24,2%, lo que suponía seiscientos treinta y ocho diez miligramos del indicado estupefaciente.

Según se argumenta en la Sentencia de esta Sala 358/2003 : «El peligro para la salud que encierra el delito de tráfico de drogas se halla en función de la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de consumidores, y también en función de que tal sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud. Se entiende que esta potencialidad dañina desaparece en los supuestos de cantidad insignificante, por lo que en tales casos la sustancia transmitida no debe considerarse droga tóxica o psicotrópica, ni cabe apreciar riesgo para la salud, sea el receptor adicto o consumidor nuevo, y debe estimarse que no concurre el tipo delictivo, y ello con independencia de que la sustancia se transmita gratuitamente o mediante precio».

En informe del profesor D. Jon, DIRECCION000 de la Agencia Antidroga de la Consejería de Sanidad de la comunidad de Madrid, emitido en el presente mes de octubre, se señala que la dosis mínima psicoactiva de clorhidrato de cocaína asciende a cincuenta miligramos.

5.- Partiendo de la normativa y doctrina expuesta en el precedente apartado, el recurso del Ministerio fiscal debe desestimarse, en cuanto el criterio de la Audiencia Provincial de Vizcaya considerando atípica e impune la conducta del acusado Germán se basa en la doctrina jurisprudencial mencionada en el precedente apartado, que entiende que desaparece la antijuridicidad en los casos en que el tráfico de drogas opera sobre unas cantidades insignificantes de estupefaciente, carentes de aptitud para lesionar la salud.

En el supuesto enjuiciado, el acusado transmitió por precio a otra persona, una bolsita que contenía cincuenta y tres miligramos de cocaína, no constando la pureza de la sustancia ilícita. Tal montante de droga se halla dentro de los límites fijados por la jurisprudencia, en los que es apreciable insignificancia del estupefaciente, por falta de aptitud para dañar la salud. Hay que entender además que en el presente caso, el montante neto de la cocaína descontadas las sustancias adulterantes, no llegaba a la dosis mínima psicoactiva, fijada en el informe del Dr. Jon en cincuenta miligramos, ya que la cantidad de cocaína bruta intervenida ascendió a cincuenta y tres miligramos.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación del MINISTERIO FISCAL, contra la Sentencia dictada el 4 de diciembre de 2000 , por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el Procedimiento Abreviado 20/99, tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao, con declaración de oficio de las costas.