

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 41/2004.

TRAFICO DE DROGAS:

Bien jurídico protegido; conductas típicas; Conductas atípicas: cantidad ínfima: inexistencia: cocaína: 0,197 g de cocaína con una pureza del 26,8%.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha 10-11-2003, absolvió a don Carlos María del delito de tráfico de drogas que se le imputaba. Contra la anterior Resolución recurrió en casación el Ministerio Fiscal. El TS declara haber lugar al recurso y dicta segunda Sentencia en la que condena al acusado, como autor de un delito de tráfico de drogas, a la pena de tres años de prisión.

En la Villa de Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil cuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de Instrucción número 8 de los de Bilbao, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 89 de 2003, contra el acusado Carlos María y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital (Sección Sexta) que, con fecha diez de noviembre de 2003, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«Se declara probado que: Sobre las 20,30 horas del día 28 de febrero de 2003, el acusado Carlos María, encontrándose en la calle San Francisco de la Villa de Bilbao, entregó a Víctor, a cambio de 14 euros, un envoltorio de color blanco que contenía un total de 0,197 gramos de cocaína con un 26,8% de riqueza expresada en cocaína CIH.

La cocaína es una sustancia estupefaciente incluida en la Lista I de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 25 de mayo de 1972 ».

SEGUNDO.-

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

« FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al acusado Carlos María del delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud del que ha sido acusado, declarándose de oficio las costas procesales causadas.

Se acuerda el comiso de la droga aprehendida en la causa.

TERCERO.-

Notificada la sentencia a las partes, se preparo 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 sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.-

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en sentencia de diez de noviembre de dos mil tres, absolvió al acusado Carlos María del delito contra la salud pública, por tráfico ilícito de drogas, del que le acusaba el Ministerio Fiscal, pese a declarar probado que el mismo había vendido a otra persona, por cierta cantidad de dinero, un envoltorio que contenía 0,197 gramos de cocaína, con una riqueza del 26,8 %. No consta en los hechos probados la tasación pericial del valor de la misma.

La razón esgrimida por el Tribunal de instancia para absolver al acusado no es otra que la remisión hecha en la sentencia recurrida a una línea jurisprudencial de este Tribunal, según la cual las conductas referentes a mínimas cantidades de droga no deben considerarse penalmente típicas por no entrañar

riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública.

Al no compartir la tesis del Tribunal «a quo», el Ministerio Fiscal ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de instancia, formulando al efecto un único motivo con sede procesal en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que aquélla infringe los artículos 368, 374 y 377 del Código Penal.

SEGUNDO.-

Entiende el Ministerio Fiscal, en su bien fundamentado recurso, que la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya infringe los citados artículos 368 del Código Penal , al lesionar el bien jurídico protegido por el mismo, por las siguientes razones:

a) Porque la protección que se dispensa al bien jurídicamente protegido por tales preceptos (la salud pública) es una defensa de carácter abstracto, que no exige la producción de resultado lesivo concreto, ya que, el artículo 368 del Código Penal protege el bien jurídico amenazado, por el mero peligro de lesión.

b) Porque las sustancias incluidas en las Listas de los Convenios Internacionales sobre la materia son capaces de causar lesión al bien jurídicamente protegido, por su potencialidad de producir dependencia y tolerancia a los consumidores de las mismas.

c) Porque en la sentencia no se recoge argumento alguno que justifique por qué la cantidad de droga aprehendida carece de nocividad.

d) Porque sólo en base a la mínima cuantía transmitida, no puede argumentarse la inexistencia de lesión material para el bien jurídicamente protegido.

e) Porque la potencialidad nociva de estas sustancias estupefacientes no radica tanto en la cantidad de sustancia ingerida o consumida, como en la esencia misma de la sustancia.

f) Porque las cuantías que se manejan al utilizar principios activos recogidos en las Listas Internacionales con fines terapéuticos lícitos son siempre cuantías muy inferiores al gramo, y así por ejemplo, cualquiera de las dosis de medicamentos que contienen psicotropos o estupefacientes no suelen tener un peso superior a los 100 mg. brutos, de los que sólo un porcentaje se corresponde al principio activo.

Y, g) Porque la corriente jurisprudencial que se cita en apoyo de la tesis asumida por el Tribunal de instancia no es un criterio mantenido unánimemente por el Tribunal Supremo.

TERCERO.-

Las razones expuestas por el Ministerio Fiscal en pro de su recurso deben ser atendidas y, por ende, el motivo examinado debe ser estimado.

En efecto, dentro del contexto de los argumentos expuestos por el Tribunal de instancia para fundamentar su decisión de absolver al acusado, es preciso reconocer que en el mismo no se ha justificado en forma alguna que la cuantía de la heroína vendida por Carlos María no fuera potencialmente nociva para la salud de las personas, y, en concreto, para la persona que la adquirió -sobre cuyas circunstancias personales nada se dice-, independientemente de que dicha persona podría haber transmitido el envoltorio de autos a personas desconocidas.

En todo caso, es menester subrayar también que lo que el art. 368 del Código Penal castiga, entre otras conductas, es traficar con drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sin mayores especificaciones; sin que, en el presente caso, se cuestione que la cocaína es una de las sustancias incluidas en las Listas de la Convención Única sobre Estupefacientes de 30 de marzo de 196 , y que está considerada unánimemente como sustancia susceptible de causar grave daño a la salud de las personas.

Hay que tener en cuenta igualmente que el bien jurídico protegido por los preceptos cuya infracción se denuncia aquí -la salud pública- no es un concepto respecto del cual exista unanimidad doctrinal, y que, en todo caso, no se identifica, pura y simplemente, con la salud individual de las personas.

Por lo demás, los efectos sobre las personas de las distintas dosis, tanto de las sustancias medicinales como de las consideradas drogas de abuso, varían en función de las características personales de los consumidores.

Es importante destacar también que, según el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 22 de diciembre de 2003, puede considerarse dosis mínima psicoactiva de la cocaína la de 50 mgs ó 0,05 grs. de dicha sustancia; y que, en el presente caso, el envoltorio objeto de venta contenía 52, 79 mg de cocaína pura (0,179 gramos con una riqueza de 26,8%).

En último término, no podemos desconocer que, en principio, las operaciones de tráfico de estas sustancias comúnmente denominadas de menudeo -que dan lugar a un elevadísimo número de actuaciones judiciales- constituyen lo que pudiéramos llamar la circulación capilar de las drogas, de extraordinaria relevancia social porque sin ellas carecería de razón de ser, en buena medida, el gran tráfico de drogas; siendo contraria a todo discurso lógico e incluso a la experiencia común la consideración de que los traficantes de estas sustancias manejan dosis absolutamente inocuas. Todo ello, con independencia de la necesidad de ponderar debidamente, en cada caso, el conjunto de circunstancias concurrentes en el mismo, para impedir que una concreción precisa de las posibles cuantías inocuas de las diferentes sustancias prohibidas permitiera diversificar el tráfico de las mismas imposibilitando, de manera importante, la persecución de este tipo de conductas.

Por las razones expuestas, procede, como ya hemos dicho, la estimación del recurso del Ministerio Fiscal, sin que proceda imponer pena de multa al no constar el valor de la droga y no existir en el CP vigente un precepto similar al del art. 74 del CP/1973 .

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al motivo Único del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia de fecha 10 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 36147) , dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, en causa seguida a Carlos María, por delito contra la salud pública; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Que condenamos al acusado Carlos María, como responsable criminalmente, en concepto de autor, de un delito contra la salud pública, por tráfico ilícito de drogas, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.