



Roj: **STS 816/2004 - ECLI:ES:TS:2004:816**

Id Cendoj: **28079120012004100301**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2004**

Nº de Recurso: **1378/2002**

Nº de Resolución: **1621/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por el procesado Jose Ángel contra sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra - con sede en Vigo- que le condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho procesado, como parte recurrente, representado por la Procuradora Sra. Espallargas Carbó.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Vigo incoó procedimiento abreviado número 1867/00 contra el procesado Jose Ángel y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra -con sede en Vigo- que con fecha 4 de abril de 2002 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Sobre las cuatro y cuarto de la tarde del día veinticuatro de marzo de dos mil Jose Ángel se encontraba en el inicio de la calle del Príncipe de esta ciudad cuando fue abordado por Daniel , tras lo cual comienzan a caminar, juntos, hacia el final de la citada calle. Mientras caminaban Jose Ángel entregó a Daniel una bolsita conteniendo una substancia que, tras ser analizada resultó ser heroína, recibiendo del segundo una cantidad de dinero cuya exacta cuantía no se ha acreditado. Tras ser ambos detenidos a Jose Ángel se le ocuparon tres mil ciento veinticinco pesetas distribuidas en cuatro monedas de quinientas pesetas, once monedas de cien y una moneda de veinticinco pesetas, mientras que Daniel se le ocupó la bolsita con heroína que acababa de recibir.

La bolsita con heroína arrojó un peso de 0'053 gramos sin que pudiera determinarse su riqueza en diacetil morfina por la escasa cantidad de aquélla. Su valor, en venta por gramos, sería de 453 pesetas".

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Jose Ángel como autor y criminalmente responsable de un delito de tráfico de drogas a la pena de tres años de prisión y multa de novecientas seis pesetas, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y al pago de las costas procesales.

Se decreta el comiso definitivo de la droga, y dinero intervenido, dándosele el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma puede interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el procesado, 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.

4.- La representación del procesado basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 368 CP.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la deliberación, ésta se celebró el día 27 de noviembre de 2003, concluyendo las deliberaciones el día 29 de enero de 2004.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega el recurrente en primer término que el objeto del delito era una cantidad ínfima de heroína (0,053 gr.) y que, por lo tanto, el hecho no debió ser punible, dado que además, tampoco se pudo determinar su pureza.

El motivo debe ser estimado.

1. La cuestión de si una operación que, como tal, constituye una de las acciones punibles descritas en el tipo del art. 368 CP, se adecúa o no al tipo penal cuando se refiere a una reducida cantidad de droga, constituye uno de los problemas sobre los que existe diversidad de opiniones entre los Tribunales de la jurisdicción penal y en nuestra propia jurisprudencia. Las divergencias de criterio son explicables por la magnitud del mínimo de la pena privativa de la libertad, especialmente para el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud. En muchas ocasiones se ha considerado que el mínimo de la pena prevista por el Legislador en el art. 368 CP supera las necesidades político-criminalmente plausibles. Pero, tal como está legislado este delito en la actualidad, los Tribunales se encuentran ante la difícil situación de aplicar las penas establecidas en la ley o renunciar totalmente a ella, renuncia total que el Legislador no parece haber querido autorizar, dado que en estos supuestos la aplicación de una pena, por debajo del mínimo ahora establecido, puede ser político-criminalmente defendible.

2. La eliminación de la tipicidad del hecho en los casos de muy reducida cantidad de la droga objeto de tráfico ha sido apoyada en diversos argumentos. Por un lado se ha sostenido que hechos de esta naturaleza carecen de antijuricidad material y que, en consecuencia, no constituyen delito (ver: SSTS 1370/2001; 1889/2000; 1716/2002; 977/2003; 1067/2003). Este argumento ha sido completado en ocasiones haciendo referencia a la incapacidad del medio 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.

3. Otras sentencias (ver: SSTS 887/2003; 901/2003; 954/2003; 955/2003, entre otras), por el contrario, han afirmado la tipicidad, bien haciendo referencia al criterio objetivo de la dosis habitual de abuso, según apreciación de organismos oficiales técnicos, o a la exclusión del efecto nocivo individual, bien postulando la exclusión de la adecuación típica sólo en los casos en los que "se pretende únicamente mitigar sufrimientos", o en los que la entrega de cantidades mínimas de droga es para consumo inmediato.

4. Por otro lado se ha cuestionado que con base en los argumentos utilizados en las citadas 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.

a. En este sentido se ha recordado que la antigua teoría que distinguía entre la antijuricidad 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 (confr. STS 901/2003). Baste ahora agregar que uno de los más destacados autores que ha investigado el concepto de antijuricidad material ha subrayado en 1961 que esta forma de la contrariedad al





derecho no permite "abandonar el piso del derecho vigente" y que, en todo caso, el concepto se desarrolló sólo para fundamentar el llamado estado de necesidad suprallegal como causa, también suprallegal, de justificación.

b. El segundo 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: 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. Es evidente que si el bien jurídico que se considera protegido por el delito del art. 368 CP tiene algún significado dogmático, éste debe ser el requerir que la difusión de la droga pueda generar una adicción a la misma para un grupo numéricamente importante de personas. De lo contrario, no se trataría de un delito contra la salud pública, puesto que si la finalidad de la norma pone el acento en el aspecto público, impone la necesidad de diferenciar la salud individual o personal de la "pública". Es cierto que el peligro para la salud pública debe comenzar en un peligro para la salud de un sujeto individual. Pero de ello no se puede deducir que toda consumición aislada de droga constituya peligro para un sujeto individual y menos aun que sea ya, por sí mismo, un peligro para la salud pública. Es obvio que un mínimo consumo aislado por parte de un sujeto individual no permite todavía acreditar ni siquiera que exista peligro de adicción en ese caso concreto.

c. Por otra parte, directamente vinculado con la cuestión anterior se puede comprobar que se justifican serias dudas de que el efecto nocivo individual, considerado en relación al comprador o a una persona abstracta, pueda ser un camino técnicamente más adecuado para fundamentar la tipicidad en casos en los que la cantidad pueda no ser nociva para el que la consume. En efecto, el delito del art. 368 CP no es un delito de lesiones corporales contra las personas, sino un delito de peligro abstracto que protege un bien conceptualmente impreciso.

5. Ciertamente, el problema general que las cantidades de una determinada sustancia plantean en relación a su significación típica no son nuevos en la jurisprudencia de esta Sala. Prueba de ello es la discusión sobre la posibilidad de considerar veneno, a los efectos del asesinato en el antiguo texto del Código Penal (art. 406, 3º). La STS 1094/1977, de 5 de noviembre, en la que se reseña la evolución jurisprudencial de este problema, se comprueba que esta Sala en sus sentencias de 29-7-1874, 16-4-1877, 11-8-1825, 2-10-1931, 1-2-1943 y 15-1-1947 se consideró que en los supuestos en los que "el uso de cuerpos químicos conocidamente mortíferos, aunque el agente yerre en la dosificación necesaria, deje de disponer de la cantidad mínima precisa o la diluya con exceso en los vehículos que haya de consumir la víctima, constituyen todos actos de tentativa, pues son hechos exteriores, directos y eficaces con los que se comienza la ejecución de un asesinato, que si no se lleva a efecto es por causas ajenas a la voluntad del agente". En dicha sentencia se señala también que, sin embargo, las de 21-11-1876, 26-11-1879, 7-6-1890, 9-12-1895, se sostuvo la tesis contraria, es decir, la de la impunidad de la conducta o, en su caso la de su adecuación al tipo de lesiones.

6. Ante las dificultades técnicas que las cantidades de mínima significación generan, la jurisprudencia de esta Sala ha adoptado y estabilizado finalmente un camino diverso de los anteriores. Es claro que la mínima significación constituye un concepto opuesto al de la cantidad de notoria importancia y que ello exige una cuidadosa aplicación del principio de proporcionalidad. Esta oposición permite considerar que sus efectos sobre la tipicidad deben ser también opuestos desde la perspectiva de dicho principio. Por lo tanto, mientras la cantidad de notoria importancia opera como agravante del tipo básico, la mínima significación de la cantidad deberá hacerlo como atenuante o, en verdad, como excluyente de la pena, toda vez que la atenuación no está prevista.

La Sala ha entendido, partiendo de estas consideraciones generales, que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CP. En este sentido, ha adoptado una nueva posición dogmática, definiendo el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de consideraciones teleológicas y ha llegado a la conclusión de que sólo se deberá 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 los estudios del Instituto Nacional de Toxicología, 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. Esta solución, en definitiva, viene a coincidir con la línea más adecuada a este tipo penal de la antigua jurisprudencia de esta Sala, la que, como se vió, excluía del concepto jurídico de veneno cantidades de una determinada sustancia





incapaces de deplegar los efectos propios de aquél (las ya citadas sentencias de 21-11- 1876; 26-11-1879; 7-6-1890; 9-12-1895).

7. En el presente caso, en el que la cantidad de heroína era tan reducida (0,053 grms.), que no fue posible establecer su riqueza, no puede ser afirmado que la sustancia ocupada constituya el objeto típico de la acción punible y ello determina la absolución del recurrente.

### III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por el procesado Jose Ángel contra sentencia dictada el día 4 de abril de 2002 por la Audiencia Provincial de Pontevedra en Vigo, en causa seguida contra el mismo por un delito contra la salud pública; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Enrique Bacigalupo Zapater Andrés Martínez Arrieta Enrique Abad Fernández

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Bacigalupo Zapater , 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 diez de Febrero de dos mil cuatro.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vigo se instruyó sumario con el número 1867/00-PA contra el procesado Jose Ángel en cuya causa se dictó sentencia con fecha 4 de abril de 2002 por la Audiencia Provincial de Pontevedra en Vigo, que ha sido casada y anulada 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. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia dictada el día 4 de abril de 2002.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera sentencia.

### III. FALLO

#### FALLAMOS:

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al procesado Jose Ángel del delito contra la salud pública por el que había sido condenado, dejando sin efecto cuantas medidas cautelares se hubieran acordado en el presente procedimiento y declarando de oficio las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Enrique Bacigalupo Zapater Andrés Martínez Arrieta Enrique Abad Fernández

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

