

Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces

ARACELI MANJÓN-CABEZA OLMEDA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. El peligro para el bien jurídico salud pública. La jurisprudencia anterior sobre entrega de droga para evitar los efectos del síndrome de abstinencia o ayudar a la deshabitación, sobre consumo compartido, sobre invitación a consumir y sobre entrega a persona privada de libertad.–II. Venta de pequeñas dosis de droga. El principio de insignificancia. 1. Sentencias absolutorias. 2. Sentencias condenatorias.–III. Las últimas sentencias condenatorias del Tribunal Supremo anteriores a la recepción del Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 22 de diciembre de 2003. La dosis mínima psicoactiva.–IV. Sentencias condenatorias posteriores a la recepción del Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 22 de diciembre de 2003. Otra vez, la dosis mínima psicoactiva.–V. Precisiones adicionales a las resoluciones anteriores: la Sentencia 298/2004, de 13 de marzo de 2004.–VI. El principio de insignificancia.–VII. Problemas de proporcionalidad.–VIII. El bien jurídico. 1. Las razones de la discrepancia. 1.1 El peligro de difusión. 1.2 El interés dominante. 1.3 La referencia a la salud individual. 2. La salud pública y la (des)protección de menores e incapaces frente a la droga.–IX. Conclusiones.

El 24 de enero de 2003 la Sala 2.^a del TS celebra Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Doctrina con vistas a resolver la cuestión de la tipicidad o atipicidad de la venta de cantidades mínimas de droga, pues en el seno del Tribunal convivían dos posiciones contrapuestas e irreconciliables sobre el asunto. El Pleno decidió que «...por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos exentos de cualquier afectación a la salud de las personas», posponiendo la resolución del problema. El Informe del Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología, núm. 12691/03,

de 22 de diciembre de 2003 (en adelante IINT 2003), llega al TS el 13 de enero de 2004; ofrece datos sobre dosis de abuso habitual, dosis de consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva (en adelante dmp) de 29 sustancias de abuso, agrupadas en 6 familias, identificándose cada sustancia por sus denominaciones alternativas o comerciales y por su fiscalización en las distintas Listas de la Convención Única de 1961 y de la Convención de Viena de 1971. A la vista del IINT 2003, el TS decide no llevar el asunto a Sala General, por entenderlo innecesario (1) y, en su lugar, se envía a los Magistrados un Cuadro resumen del IINT 2003 elaborado por el Gabinete Técnico del TS, que sólo se refiere a 6 sustancias y a sus correspondientes dmp, no siendo absolutamente fiel al IINT 2003 en la cuantificación de la dmp de la heroína, del LSD y del MDMA. Las Sentencias que tienen en cuenta este cuadro utilizan la dmp como límite entre la atipicidad y la tipicidad de las ventas de cantidades pequeñas de droga. Sin embargo, la situación, lejos de estar cerrada y clara, está abierta y confusa. Analizaré, en primer lugar, la jurisprudencia anterior restrictiva de la aplicación del tipo de tráfico de drogas cuando no se trata de ventas y, después, las dos tesis contrapuestas sobre venta de pequeña cantidad de sustancia.

I. EL PELIGRO PARA EL BIEN JURÍDICO SALUD PÚBLICA. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR SOBRE ENTREGA DE DROGA PARA EVITAR LOS EFECTOS DEL SÍNDROME DE ABSTINENCIA O AYUDAR A LA DESHABITUACIÓN, SOBRE CONSUMO COMPARTIDO, SOBRE INVITACIÓN A CONSUMIR Y SOBRE ENTREGA A PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Todavía vigente el CP anterior, la jurisprudencia limitaba o atenuaba la aplicación del artículo 344 en casos de «entrega compasiva», o sea de donación movida por las finalidades de lograr la gradual deshabitación de un sujeto o de evitar los efectos de un síndrome de abstinencia. La fundamentación de estos casos no siempre ha sido la misma y la exigencia de requisitos tampoco aparece muy clara, pero, de ordinario se trata de donaciones (no ventas) sin contraprestación económica, a un sujeto adicto al consumo de drogas, buscándose o,

(1) Así se dice en el Antecedente Séptimo de la S. 1023/2002, de 19 de enero de 2004 y en el Antecedente Octavo de la S. 1982/2002, de 28 de enero de 2004, que después se examinarán.

su deshabitación, mediante una dosificación controlada y decreciente, o evitarle el síndrome de abstinencia, existiendo entre el donante y el donatario una relación familiar o personal, siendo la sustancia donada heroína. En algunas sentencias se afirmaba la tipicidad de la conducta, pero se proponía el indulto parcial, se apreciaba una atenuante de actuar por estímulos pasionales, o de parentesco o de análoga relación o, se estimaba concurrente una atenuante analógica con el estado de necesidad incompleto (2). En Sentencia de 20 de abril de 1993 se aprecia un error de prohibición invencible en un supuesto de posesión para la donación encaminada a evitar el síndrome de privación de heroína a un hermano.

En otros casos de donación buscando la deshabitación se fundamenta la absolución en la ausencia de antijuridicidad material y en la distinción entre peligro abstracto y peligro presunto o, en que la finalidad perseguida no es la de promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal, sino todo lo contrario, o en la ausencia de lesión al bien jurídico (3).

Los mismos razonamientos de ausencia de antijuridicidad material y de peligro abstracto, se han utilizado en los casos de consumo compartido, entendidos como una modalidad de autoconsumo que no incide en la salud pública. Los requisitos que el TS viene exigiendo para la impunidad del suministro hecho por un sujeto a otros para el consumo compartido son los siguientes: 1.º Todos los que van a consumir deben ser adictos y formar un pequeño grupo de personas determinadas. 2.º El consumo ha de realizarse en lugar cerrado. 3.º El consumo ha de ser inmediato. 4.º La cantidad de droga debe ser susceptible de ser consumida de forma inmediata. 5.º El consumo ha de ser esporádico, íntimo y sin trascendencia social (4). Como se ve claramente, estos requisitos quieren garantizar que no exista riesgo de que la droga se difunda y llegue a sujetos indeterminados y, por tanto, que no se produzca la consiguiente afectación a la salud pública.

Con argumentación similar de inexistencia de ataque al bien jurídico y ausencia de precio, se ha absuelto en casos de ofrecimiento o invitación de droga para ser consumida de forma inmediata y dentro de un espacio determinado, lo que impide el riesgo de que la sustancia llegue a indeterminados sujetos (5).

(2) SS. 27 de junio y 6 de noviembre de 1992, 20 de abril de 1993 y 18 de septiembre y 3 de noviembre de 1997.

(3) SS. de 29 de mayo, 15 de julio y 16 de septiembre de 1993.

(4) SS. 3 de febrero de 1999, 3 de abril de 2000 y 24 de julio de 2003.

(5) SS. 9 de febrero y 17 de junio de 1994.

Pero debe señalarse que hay resoluciones que en casos como los examinados afirman el peligro y la tipicidad (6).

Por su parte, la S. 84/1997, de 22 de enero (Ponente Granados Pérez), sin referirse a motivaciones de evitar el síndrome o facilitar la deshabituación, absuelve por un intento de un interno en centro penitenciario de pasar una papelina de 0,02 g de heroína a otro interno consumidor, por entender que aunque «es cierto que el CP incluye entre las conductas prohibidas la de facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas y es indudable que el recurrente al tratar de pasar la papelina estaba facilitando su consumo por parte del destinatario, pero no puede olvidarse que, en este caso, el consumo se cierra en la persona del interno al que va destinada la papelina, que sería inmediato, sin que pueda afirmarse que exista peligro abstracto para la salud de indeterminados consumidores, no resultando afectada la salud pública, que es el bien especialmente protegido por esta figura delictiva, y escapa, por consiguiente de la órbita penal concretada en el artículo 344, al no incidir en el ámbito de protección de dicha norma». Como se ve, en esta sentencia lo que determina la absolución no es el móvil del que entrega la droga de evitar el síndrome o ayudar a la deshabituación, sino la ausencia de peligro para el bien jurídico salud pública.

La Sentencia 772/1996, de 28 de octubre (ponente Conde-Pumpido Tourón), se refiere al intento de un sujeto recién puesto en libertad de pasar dos papelinas de heroína con un peso de 0,06 g a un recluso adicto, arrojándolas por encima del muro de la prisión, no consiguiéndose la entrega. La Audiencia Provincial absolvió haciendo aplicación de los principios de insignificancia, antijuridicidad material, culpabilidad y proporcionalidad. El TS confirma la absolución por entender «que responde a una interpretación material del Derecho punitivo acorde con los principios fundamentales propios de la Intervención Penal en un moderno Estado Constitucional de Derecho». Se parte de que el tipo del artículo 344 (del derogado CP) es «extraordinariamente abierto... lo que impone el establecimiento de determinadas restricciones», como son la atipicidad del autoconsumo y de la

(6) SS. 23 de junio y 14 de octubre de 1994. Las SS. de 13 y 14 de octubre de 1993 condenaron en un caso de posesión preordenada al consumo compartido con unos amigos en una fiesta. La S. de 26 de febrero de 1996 consideró delictiva la entrega de droga a un sujeto drogadicto, con independencia de la finalidad perseguida, incluso la de evitar el síndrome de abstinencia de droga. La S. de 19 de octubre de 1990 sostiene que la donación de un pitillo de hachís es típica «pudiendo construirse a partir de ahí los correspondientes subtipos agravados». En S. de 29 de mayo de 1991 considera que «en cualquier caso la donación, la cesión gratuita, la entrega desinteresada o la dación incondicional de la droga hacia un tercero, implica una actividad acogida en el artículo 344».

posesión no destinada al tráfico, la donación a un familiar adicto, la invitación entre adictos o el consumo compartido, basadas en el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Así, cuando «...la conducta no es idónea para generar un riesgo mínimamente relevante para el bien jurídico protegido, no existe en ella contenido alguno de antijuridicidad material». En el caso enjuiciado, los 0,06 g de heroína, «dada su insignificancia», hacen que la conducta quede «por debajo de los umbrales mínimos de intervención», pues «no puede considerarse idónea para producir los efectos propios de una dosis normal, siendo prácticamente diez veces inferior a una dosis normal» (7).

En las dos Sentencias citadas se hace referencia a que la droga se destinaba a internos adictos. Pero hay, al menos, una resolución, la S. 1370/2001, de 9 de julio (Ponente Prego de Oliver y Tolivar), que no hace mención a que el recluso destinatario fuese adicto, absolviendo por el intento de pasar 0,02 g de heroína, por entender que tan insignificante cantidad no produce efecto nocivo en la salud y por falta de riesgo para el bien jurídico.

Para apreciar un peligro, incluso abstracto, para la salud pública se requiere que la droga pueda llegar a indeterminados sujetos, lo que supone que puedan ser varios, no estar previamente elegidos y ser, indistintamente consumidores o no consumidores. Si la entrega va destinada a una sola y concreta persona (o varias predeterminadas en el caso del consumo compartido), no hay peligro para la salud pública de la colectividad y esto será así, sea cual sea la finalidad perseguida con la entrega: evitar el síndrome, ayudar a la deshabitación o, simplemente, facilitar el consumo a persona determinada y, con independencia de que medie precio o no. Para la jurisprudencia mayoritaria, con poquísimas excepciones, la ausencia de precio es un requisito para la atipicidad de los supuestos a los que nos hemos referido, pero esta interpretación no se deriva del tipo. El artículo 368 no incluye expresamente ni el precio, ni el ánimo de lucro como requisitos típicos. Es más, aunque un sector de la doctrina consideró que la dona-

(7) En apoyatura de esta decisión se citan las SS. de 29 de mayo de 1993, 27 de mayo de 1994 y 25 de enero de 1996. En la resolución que anotamos se recurre a la idea de la dosis normal, cuya cantidad debería estar en 0,6 g (o sea, diez veces por encima de lo incautado que fue una cantidad de 0,06 g). No se ofrece una cantidad científicamente contrastada, pero hay que advertir que los 0,06 g (60 mg) de heroína incautados pueden situarse, a la baja, en la horquilla de 50 mg-150 mg que el IINT 2003 fija para la dosis de abuso habitual y muy por debajo de los 600 mg de consumo diario estimado. Parece que es a este indicador al que se refiere la S. También se refiere a 0,06 g de heroína la S. 25 de enero de 1996, que absuelve por «ser inferior a la décima parte de un gramo» lo que «prácticamente cancela sus posibilidades de difusión».

ción era atípica en la redacción dada al artículo 344 del derogado CP por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, lo que no puede dudarse es que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo, que tipifica expresamente los actos que de otro modo favorezcan, faciliten o promuevan el consumo, la donación es una en modalidad típica y se acaban las dudas que pudiesen existir sobre la necesidad o no del ánimo de lucro o del precio: ni uno ni otro son elementos típicos y esto vale, igualmente, para el vigente artículo 368 que reproduce la cláusula de 1988. A pesar de esto, las resoluciones que consideran atípicos los comportamientos de consumo compartido y «entregas compasivas», insisten en el requisito de la falta de precio, proceder que entiendo incorrecto, pues estos supuestos son atípicos porque no evidencian peligro para el bien jurídico (no hay riesgo de difusión entre inconcretos sujetos), no por la naturaleza del móvil del suministrador (8).

Algo similar ocurre con el requisito jurisprudencial de que el receptor o los receptores sean adictos a la droga, tanto en el consumo compartido como en la invitación: se exige esta condición de adicto como requisito de atipicidad, a pesar de que del artículo 368 no pueda extraerse la exigencia de que la droga deba suministrarse a neófitos. En las «entregas compasivas» es claro que el que recibe la droga es dependiente de la sustancia, pero esto no es un requisito de atipicidad, deducible de la interpretación del tipo, sino una circunstancia intrínseca del supuesto, pues sólo se podrá deshabituarse o sólo padecerá el síndrome de privación el sujeto dependiente.

Ausencia de precio y presencia de sujeto adicto o consumidor iniciado son dos requerimientos jurisprudenciales de atipicidad que han venido a confundir o enmarañar el tratamiento de un caso distinto de los anteriores: los actos de venta de pequeñas cantidades de droga, en los que naturalmente media precio y el adquirente puede ser consumidor o no.

II. VENTA DE PEQUEÑAS DOSIS DE DROGA. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

Analizamos aquí las dos líneas jurisprudenciales contradictorias sobre el tratamiento de los casos de venta de pequeñas cantidades de

(8) El móvil compasivo y no lucrativo sólo es relevante en las resoluciones que afirman la tipicidad del comportamiento, pero que atenúan la pena con la circunstancia de actuar por móviles pasionales o con la analógica con el estado de necesidad incompleto.

droga (el «menudeo» o «trapicheo»), en los que no está presente ni el ánimo de evitar el síndrome de abstinencia, ni el de facilitar la deshabitación, ni se dan las circunstancias del consumo compartido o de la invitación a un consumidor y, además, media precio y el receptor puede ser consumidor o no. La incompatibilidad de las dos tesis generó, como hemos visto, que el TS decidiese resolver la cuestión en Sala General, aunque, finalmente esa Sala no se ha celebrado y no hay criterios vinculantes de unificación de doctrina. La situación, lejos de estar resuelta, plantea más de una duda. Analizamos a continuación las dos posiciones sostenidas dentro del Tribunal Supremo sobre esta cuestión.

1. Sentencias absolutorias

Se trata de un grupo de resoluciones en las que la absolución se fundamenta exclusivamente en que la cantidad de droga que se vende es tan pequeña que no permite hablar de riesgo para la salud pública, sin exigirse móviles especiales (de búsqueda de la deshabitación o de la evitación del síndrome de privación), ni ausencia de precio. Se recogen seis que citan otras en idéntico sentido.

1.^a Sentencia 1889/2000, de 11 de diciembre (Ponente Prego de Oliver y Tolivar): venta a un sujeto del que no consta su adicción. Se refería a la venta de dos boliches de crack de 0,02 g (cocaína de pureza media) por 4.000 pesetas. La Audiencia Provincial de Las Palmas condenó por delito del artículo 368 del CP. El TS casa y anula la resolución recurrida por entender que «la cantidad de droga vendida es tan pequeña que en caso de ingesta carece de incidencia alguna para la salud de quien la toma, por lo que la acción aun siendo típica y por tanto formalmente antijurídica, carece de antijuridicidad material por inocua para poner en riesgo el bien jurídico de la salud humana» (9).

Repárese que en esta Sentencia no se utiliza el argumento de que tan pequeña cantidad de sustancia impida el riesgo de difusión, lo que tendría que ver con la imposibilidad de afectación de la salud pública. La ausencia de antijuridicidad material se deriva de la inocuidad para el que lo consume, fijándose directamente en la salud individual de un singular consumidor y no en la salud pública. Lo que parece indi-

(9) En esta Sentencia se citan otras anteriores, referidas a cantidades insignificantes de droga, que alcanzan idéntica solución: S. 12 de septiembre de 1994 (0,04 y 0,05 g de heroína); S. 28 de octubre de 1996 (recogida más arriba en el texto; 0,06 g de heroína) y S. 22 de enero de 1997 (0,02 g de heroína).

carse es que en este caso no puede haber daño para ningún consumidor (10). La línea jurisprudencial mayoritaria considera que, al coincidir la salud pública con la suma de salud de cada individuo y estar ante un delito de peligro abstracto, bastará para entender afectado el bien jurídico, que haya peligro para personas indeterminadas, aunque para una persona concreta, pueda no haber daño. Lo anterior no es obstáculo para entender que presupuesto ineludible de la salud pública es la individual y si no hay sustancia idónea para dañar potencialmente la salud individual, no podrá haber peligro para la salud pública.

2.^a Sentencia 557/2002, de 15 de marzo (Ponente Aparicio Calvo-Rubio). Venta de 0,025 g de heroína y cocaína mezcladas por mil pesetas por un sujeto que actuaba concertado con otro que le ponía en contacto con los compradores. En el momento de la detención se incautó otra dosis destinada a la venta, así como 11.200 pesetas producto del tráfico de drogas. La Audiencia Provincial condenó a los dos acusados. El TS absolvió al recurrente y al otro condenado, que no había recurrido, por imperativo del artículo 903 de la LECrim., por entender que «... incluso en casos de tráfico efectivo, cuando la cantidad de droga transmitida es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud, carece de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico...» (11). Debe destacarse que el supuesto enjuiciado da por probado, no sólo un acto de venta, sino una actividad organizada de venta que había producido ya beneficios, así como la posesión preordenada a la venta de más sustancia y, aun así, se absuelve.

3.^a Sentencia 358/2003, de 16 de junio de 2003 (Ponente Marañón Chávarri). Venta por parte de dos sujetos, uno de ellos adicto a la heroína y a la cocaína y que sufrió un síndrome de abstinencia de grado uno dos al día siguiente de su detención, a otro que lo solicita y del que no consta su adicción. Se refiere a un acto de venta de una papelina de heroína de 0,06 g de heroína con una pureza del 35,84 por 100, lo que supone 0,023 g (23 mg) de principio activo, con un valor estimado de 1.000 pesetas. La Audiencia Provincial de Cádiz absolvió dada la escasa cantidad de heroína vendida que evidenciaba la falta

(10) Podría ser un caso de idoneidad del objeto material: los 0,02 g de cocaína son de pureza media, lo cual puede querer decir que tenían la pureza habitual en el mercado o que tenían una pureza del 50 por 100. En este último caso la cantidad equivaldría a 0,04 g (40 mg) de principio activo, lo que nos colocaría por debajo de los 50 mg tenidos como dmp de cocaína. De ser así, habría que concluir la atipicidad por falta de objeto material. A esta cuestión me referiré más adelante.

(11) Se citan otras resoluciones en el mismo sentido: las recogidas aquí en la Nota 9, más las de 11 de diciembre de 2000 (0,02 g de crack) y 9 de julio de 2001 (0,02 g de heroína).

de riesgo para el bien jurídico y la ausencia de antijuridicidad material. El Ministerio Fiscal argumentó en su recurso que, según datos de la Comisaría General de Policía Judicial, el 84,91 por 100 de las actuaciones por heroína con resultados penales, eran decomisos inferiores a 1 g y que la jurisprudencia no asocia automáticamente insignificancia de la cantidad objeto de tráfico con irrelevancia penal o absolución, pues los casos de impunidad de tráfico de pequeñas cantidades requieren, además, que la transmisión sea a título gratuito y entre adictos. Ante estas alegaciones, la Sentencia del TS, citando otras anteriores, considera que la acción de tráfico no está comprendida en el artículo 344 del CP de 1973, ni en el artículo 368 vigente, «cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendido el peso de la misma y su pureza, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud de los que consumen, por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece». En este caso, 23 mg de heroína neta «no llega a la décima parte del montante calculado para el consumo medio diario fijado en 0,60 g por el Instituto Nacional de Toxicología en informe de 18 de octubre de 2001» (12).

A continuación se distinguen dos situaciones que pueden generar el peligro para la salud pública exigido en el delito de tráfico de drogas: «la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de los consumidores» lo que quiere decir que exista riesgo de difusión entre indeterminados sujetos y, que la «sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud», de donde se deduce que en los casos de cantidad insignificante, no hay potencialidad dañina, por lo que la sustancia no debe considerarse droga tóxica o estupefaciente y esto será así, «sea el receptor adicto o consumidor nuevo, y... con independencia de que la sustancia se transmita gratuitamente o mediante precio». Como se ve, esta sentencia da un paso importante para aclarar que, cuando la cantidad de droga es mínima, lo que determina la impunidad de su transmisión o tenencia preordenada a la transmisión, no es ni la existencia de determinados móviles, ni la ausencia de ánimo de lucro, ni el destino a un sujeto consumidor. En definitiva, cuando la cantidad de droga es mínima, puede ocurrir que

(12) Se refiere al Informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología en 2001 y recogido por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, con motivo de la fijación de la agravante de notoria importancia a partir de las 500 dosis de consumo medio diario. Para la heroína, el indicador del consumo medio diario se cifraba en una cantidad de 0,6 g (600 mg) lo que multiplicado por 500, arroja la cifra de 300 g, cantidad a partir de la que puede aplicarse la agravación de notoria importancia. El IINT 2003, al que me referiré después, solicitado a los efectos de establecer las cantidades exentas de todo riesgo para la salud, repite la cifra de 600 mg (0,6 g) para el consumo diario estimado de la heroína.

sea imposible la difusión entre sujetos inconcretos, por resultar materialmente indivisible; también puede ocurrir que sea inocua para la salud individual o, incluso, pueden ocurrir las dos cosas. Estos razonamientos no quedan desvirtuados por las circunstancias de que el que recibe la sustancia sea un adicto o un neófito, ni por el hecho de que medie precio. Difícilmente se encontrará en la jurisprudencia mejor formulación del bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas que la que contiene esta sentencia.

Otro aspecto importante subrayado en la resolución es el referido a que la sustancia objeto de tráfico debe evaluarse en función, no sólo de su peso, sino también en función de su pureza, lo que supone que lo relevante es la cantidad de sustancia base tras su reducción a pureza o, dicho de otra forma, la cantidad de principio activo. Como hemos visto, son muchas las resoluciones anteriores que no atienden a este aspecto cuando se trata de actos de tráfico de pequeñas cantidades, a diferencia de lo que viene ocurriendo para el gran tráfico a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, relativo a la aplicación de la agravante de notoria importancia, a cuyo tenor «para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio... de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados». Recientemente, el TS ha vuelto a insistir en la relevancia que a efectos del delito de tráfico de drogas, tiene el conocimiento del grado de pureza de la sustancia. Así la S. 74/2004, de 30 de enero (Ponente Martín Pallín) absuelve por un acto de venta de dos pastillas de metadona, valoradas en 800 pesetas, de las que no se concretaba la pureza, la composición y el peso. La Audiencia aplicó una pena de tres años. El TS considera que no puede concretarse si las pastillas contenían «dosis suficiente para determinar un grave riesgo para la salud pública», con lo que parece referirse a la imposibilidad de establecer si estábamos ante una sustancia que causa grave riesgo. Pero, ni si quiera, se admite la afectación a la salud pública, como sustancia que cause menos riesgo, por lo que «... al no conocerse la cantidad de principio activo, nos debemos pronunciar por estimar que no está demostrado que se afectase a la salud pública general y a la propia del potencial consumidor». En el mismo sentido la Sentencia 154/2004, de 13 de febrero de 2004 (Ponente Bagigalupo Zapater) absuelve al acusado, que había ofrecido a un niño de 14 años una papelina de cocaína de 260 mg por 20 euros, sin saber que era menor. En el momento de la detención se incautó un teléfono móvil destinado a su actividad ilícita, así como 1.665,65 euros (276.497,9 pesetas) procedentes del tráfico de drogas. La absolución se fundamenta en que «...no es posible asegurar que (la sustancia in-

cautada) sea psicoactiva, requisito exigido por la jurisprudencia de esta Sala» (13).

Volviendo a la Sentencia 358/2003, debe destacarse que acoge el concepto de consumo diario manejado en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 2001, relativo a la notoria importancia, coincidente con el recogido en el IINT 2003 que después analizaremos.

Con todo, lo más relevante de esta resolución está en que distingue dos situaciones que pueden llevar a negar el peligro para el bien jurídico: la imposibilidad de difusión y la inidoneidad de la sustancia. Como veremos después esta diferenciación tiene importantes consecuencias.

4.^a Sentencia 1716/2002, de 27 de octubre de 2003 (Ponente Marañón Chávarri). Venta a un sujeto del que se desconoce si es adicto o no. Esta resolución tiene especial importancia, no tanto por la cantidad de droga a la que se refiere, 53 mg de cocaína sin especificar su pureza, pero deduciéndose que contendría menos de 50 mg de principio activo y, que por tanto estaría por debajo de la cantidad tenida como dmp (14), sino por los razonamientos que con carácter general establece, distinguiendo unos supuestos de otros, en la misma línea de la resolución 358/2003 que acabamos de analizar. La Sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la absolución dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya en un caso de venta de 53 mg de cocaína, desconociéndose su pureza, por mil pesetas. En el recurso del Ministerio Fiscal se combate la resolución de instancia por entender que la misma se fundamenta en la línea jurisprudencial construida para los casos de consumo compartido, no aplicable al caso en el que hay un solo adquirente, del que no consta su adicción y sin que se acredite que el consumo fuese a ser claustral y compartido. La Sentencia del TS, repasa la jurisprudencia limitativa del tipo de tráfico de drogas que excluye su aplicación en los supuestos de donación a familiares o amigos drogadictos, consumo compartido y posesión o tráfico de mínimas cantidades de droga cuyo consumo no entraña riesgo de futura lesión para la salud de los consumidores. Para este último supuesto señala que «la jurispuden-

(13) La necesidad de conocer la cantidad y pureza de la sustancia es cuestión capital y tiene sus consecuencias procesales, toda vez que si el acusado impugna expresamente la pericia en las calificaciones provisionales, el acusador corre con la carga de pedir la presencia del perito para valorar contradictoriamente la pericia, pues de lo contrario la condena no puede fundamentarse en esa pericia, lo que conduce a la absolución. Sobre el particular ver PAZ RUBIO, J. M., «Absolución por falta de ratificación de pericial analítica expresamente impugnada», en *La Ley Penal*, 2004, núm. 2).

(14) Recoge la Sentencia la cantidad de 50 mg, como dmp de la cocaína, de un Informe de la Agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid.

cia ha reputado impunes tales casos de insignificancia de droga, sin exigir la concurrencia de los requisitos que han de darse para excluir la tipicidad en los supuestos de consumo compartido» (15), es decir, sin requerirse ni la falta de precio, ni la presencia de adictos o consumidores.

5.^a Sentencia 1281/2003, de 5 de noviembre (Ponente Martín Pallín). Se refiere a la venta de 0,08 g de heroína por 500 pesetas, sin determinación de pureza. Parte de que la tesis de la falta de antijuridicidad material por la insignificancia de la cantidad, «...debe de ser matizada y puesta en relación con las circunstancias concretas de cada caso», para afirmar, a continuación que «...la teoría de la insignificancia podría descartarse en aquellos casos en los que de los antecedentes de hecho, se desprende que nos encontramos ante personas sobre las que tienen datos de su integración en una red de distribución directa a los consumidores, ya que con ello evitaríamos que personas que realizan, como es lógico, la venta fraccionada en pequeñas cantidades, se libren del reproche penal, a pesar de que hay constancia de una actividad más o menos habitual». Como nada de esto se da en el caso enjuiciado y además se desconoce la pureza de lo vendido, no puede descartarse la teoría de la insignificancia, procediendo la absolución. Estas consideraciones me parecen correctas si se entienden en el sentido de que, aunque estemos ante un acto singular de venta, si hay pruebas, no meras sospechas o indicios, de que el sujeto realiza esa actividad habitualmente, porque se conocen otras transacciones, entonces no se aplicará la tesis de la insignificancia. Ahora bien, si no se pueden probar distintos actos de tráfico, por mucho que se sospechen, no quedará enervada la posibilidad de acudir al principio de insignificancia.

6.^a Sentencia 1640/2003, de 28 de noviembre (Ponente Granados Pérez). Como en el caso anterior, se trata de la venta de 0,08 g de heroína sin determinación de pureza por 1.000 pesetas. Dice esta resolución que «si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente)... no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes de modo que la afectación de su propia salud, con-

(15) Se citan otras SS. anteriores en las que se consideraron cantidades insignificantes 60 mg; 20 mg; 10 papelinas; 438 mg al 8,4 por 100 de pureza; 23 mg; y 326 mg con una pureza del 4 por 100, todo lo anterior referido a la heroína; una pastilla de Buprex (la buprenorfina es un opiáceo que se fiscaliza en la Lista III de la Convención de Viena de 1971); 20 mg de cocaína y 264 mg de cocaína con un 24,2 por 100 de pureza.

forma la de la colectividad. Y aunque ese ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo en todo caso tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla...» y si la sustancia es «...de tan ínfima entidad cuantitativa que no pueda en modo alguno afectar a la salud del destinatario... no existirá agresión a la salud pública». En este caso al desconocerse la pureza, no se sabe «...si estamos o no ante una dosis de abuso habitual...» que para la heroína es de entre 50 y 150 mg con una riqueza media de entre el 45 y el 50 por 100. Como se ve en esta Sentencia se considera que la cantidad relevante para entender que la salud individual, y con ello la pública, está afectada es la dosis de abuso, lo que está por debajo de la dosis de consumo medio diario, pero muy por encima de la dmp.

2. Sentencias condenatorias

Resoluciones que condenan en casos de pequeñas cantidades, anteriores a la recepción del IINT 2003 o, posteriores, pero que no lo tienen en cuenta. Se recogen tres.

1.^a Sentencia 901/2003, de 21 de junio (Ponente Bacigalupo Zapater). Se refiere a la venta de 0,227 g de heroína, con una pureza del 8,4 por 100, lo que supone una cantidad de sustancia base de 0,019068 g (19,068 mg). En esta sentencia se hacen los siguientes razonamientos tendentes a confirmar la condena:

– La antijuridicidad material exige que el hecho, además de infringir la norma, produzca la lesión del bien jurídico.

– El bien jurídico, como finalidad perseguida por la norma, se lesiona, en el caso del artículo 368, con la difusión de la droga.

– La antijuridicidad material no exige que la lesión del bien jurídico sea importante.

– En la formulación clásica de la teoría de la antijuridicidad material, el conflicto entre ésta y la formal debe resolverse a favor de la última. Esta teoría «no encierra un criterio de exclusión de la tipicidad ni desplazamiento de la antijuridicidad formal» (16).

– «En el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni si quiera de *lege ferenda*, un «princi-

(16) Sigue la Sentencia diciendo que sólo en formulaciones posteriores de esta teoría se llega a fundamentar una causa de justificación supralegal, admitiéndose por una doctrina minoritaria principios como el de ponderación de bienes, el de mayor beneficio que perjuicio o el del medio justo para realizar un fin justo, dentro del campo de la salvación de un bien que entra en conflicto con otro, lo que no se da en el caso enjuiciado.

pio de insignificancia» que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u operar 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 peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención». Se recuerda en esta Sentencia que los parágrafos 153 y siguientes de la Ordenanza Procesal Penal alemana permiten no perseguir el hecho en casos de reducida lesividad, pero tratándose de delitos de mínima gravedad y, que el Código penal austriaco permite no castigar cuando el hecho no resulte merecedor de pena y el daño y la culpabilidad sean mínimos en delitos castigados con multa o privación de libertad inferior a tres años. Se concluye que, en nuestra legislación no hay «puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad». A esta Sentencia volveré a referirme al tratar del principio de insignificancia.

2.^a Sentencia 977/2003, de 4 de julio (Ponente Conde-Pumpido Tourón). Se refiere a un caso de venta de una bolsa de cocaína de 0,35 g con una pureza del 29,9 por 100 a tres consumidores por 4.000 pesetas. En el momento de la detención se intervino al acusado otra bolsa de polvo de piedra de cocaína de 0,34 g con una riqueza del 32 por 100. La Audiencia condenó y el TS confirmó el fallo. La resolución se refiere a otras anteriores que absuelven por aplicación del principio de insignificancia y, sin llegar a negar su posibilidad, dice que ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva a los casos en lo que «...por la absoluta nimiedad de la sustancia ya no constituya por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo». Ante la alegación de que los 102,2 mg puros vendidos se dividirían en tres partes, para satisfacer a los tres consumidores, el TS contesta que «...los supuestos de inexistencia de objeto incluidos en la doctrina de la insignificancia se refieren a la nocividad de la sustancia vendida en sí misma, y no en función de sucesivas divisiones o repartos».

La doctrina contenida en esta resolución es sensiblemente distinta de la recogida en la anterior (la 901/2003), pues aquí no se niega la viabilidad del principio de insignificancia en el tráfico de drogas, sino que se sitúa su ámbito de aplicación en los casos de transmisión de una sustancia inocua, que por la nimiedad de su principio activo no pueda ser tenida por droga. Creo que éste es un caso de falta de obje-

to material y no de insignificancia del mismo, tal como veremos al referirnos a la Sentencia 298/2004, del mismo ponente, que pretende aclarar la confusa situación a la que se ha llegado tras la recepción del IINT 2003.

Por otro lado, el supuesto contemplado en esta resolución (la 977/2003) tampoco es igual a los que hasta ahora hemos tratado. Los 102,2 mg de cocaína pura, están por encima de los 50 mg que se consideran dmp para esta sustancia y la alegación de que se iban a dividir entre tres consumidores no se contiene en los hechos probados, aunque efectivamente en la operación estaban presentes tres compradores. Si el reparto estuviese efectuado o, al menos, probado, habría que concluir que las dosis resultantes eran inferiores cada una de ellas al mínimo psicoactivo, lo que podría conducir a la impunidad –por insignificancia o por falta de objeto–; pero la sentencia entiende que la medición de la toxicidad ha de hacerse sobre lo incautado. Con todo, creo que lo que pesó para confirmar la condena fue el hecho de que, además de lo vendido, se incautó otra bolsa con polvo de piedra de cocaína de 0,34 g con un 32 por 100 de pureza (108,8 mg de principio activo) en disposición de venta (posesión típica preordenada al tráfico). En total se trataba entonces de 211 mg de cocaína pura, dividida en dos bolsas, que hace pensar en que hay riesgo de transmisión a un número inconcreto de consumidores y, por tanto de difusión, lo que sería suficiente para entender afectado el bien jurídico. Téngase en cuenta que, según el IINT 2003, el peso de una papelina de cocaína es de entre 100 mg y 250 mg y que con cada papelina se pueden preparar entre 2 y 4 rayas. Por eso creo que el supuesto fáctico de esta sentencia no es, *a priori*, de venta de una cantidad insignificante de sustancia y que, en casos como éste, la tipicidad o atipicidad, dependerá de la posibilidad de demostrar si la droga era susceptible de distribución o si, por lo contrario, iba dirigida a sujetos concretos.

3.^a Sentencia 1699/2003, de 2 de enero de 2004 (Ponente García Ancos). En esta sentencia y, a pesar de su fecha, no se aplica el cuadro resumen sobre dmp, al que me referiré inmediatamente, dado que la votación y fallo tuvieron lugar el 5 de diciembre de 2003, antes de la recepción del IINT 2003. Se confirma la condena por un acto de venta de 0,07 g de cocaína, sobre la base de las siguientes consideraciones: «el bien jurídico protegido se vio suficientemente afectado si tenemos en cuenta que existió droga... y además se hizo venta de la misma con la contraprestación de un precio... si se dejase impune esta clase de actividades de venta al menudeo, sería tanto como dejar abierto el grifo a través del cual se decanta, en último término, la mayor parte del tráfico de estupefacientes. Entenderlo así supondría desnaturalizar una de las características esenciales de este tipo delic-

tivo, cual es la existencia de un peligro abstracto en la actividad de tráfico». En este caso no se hace referencia a la pureza de la sustancia, aunque puede inferirse que debía ser muy baja, dado el precio de venta (seis euros), lo que, de ser así, nos situaría, incluso, por debajo de la dmp, lo cual, no sería impedimento para castigar, dado que en la resolución se considera que, la mera existencia de droga, sea cual sea la cantidad, y de precio reclama la aplicación del tipo, dado su carácter de tipo de peligro abstracto. En este razonamiento sobra cualquier discusión sobre el principio de insignificancia o sobre la relevancia de la cantidad: si hay droga y dinero, hay delito.

III. LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS CONDENATORIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIORES A LA RECEPCIÓN DEL INFORME DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2003. LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA

Me referiré en este apartado a recientes Sentencias del TS condenatorias (como las tres últimas recogidas), anteriores a la recepción del IINT 2003, pero que introducen en sus razonamientos el concepto de dmp de droga. La tesis que sostienen es la siguiente: la venta de drogas o la posesión preordenada a tal fin es una conducta típica y antijurídica, aunque la cantidad de sustancia transmitida sea mínima, siempre que supere la cantidad que se estima como dmp, pues en este caso no puede excluirse radicalmente la producción de efectos nocivos. Por dmp se entiende la cantidad de sustancia que permite detectar algún efecto físicos o psíquico en quien la toma, aunque no se trate de los efectos que se buscan con la ingesta. El concepto de dmp se convierte así, en criterio delimitador entre atipicidad y tipicidad (o entre conductas que no ponen en peligro el bien jurídico y otras que evidencian ese peligro). El recurso a este indicador quiere poner fin a la disparidad de opiniones existente en el Tribunal Supremo, pues entre las resoluciones inmediatamente anteriores se observan, como hemos visto, dos tendencias contrapuestas: la que considera impune la venta de cantidades insignificantes (pero superiores a la dmp) de droga, por entender que ese acto carece de antijuridicidad material y que queda cubierto por el principio de insignificancia y; la que entiende que tratándose de delitos graves, como es el tráfico de drogas, el citado principio no es aplicable, debiendo afirmarse la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento, aun tratándose de pequeñas cantidades. Se recogen cuatro sentencias.

1.^a Sentencia 1935/2002, de 13 de octubre de 2003 (Ponente Colmenero Menéndez de Luarca). Se refiere a un supuesto de venta de 0,207 g de heroína, con una pureza del 16 por 100, lo que supone, reduciendo a pureza, una cantidad de 0,03312 g (33,12 mg). Dice que «no debe olvidarse que la dmp de heroína corresponde a una cantidad situada entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral de morfina, que administrada por vía intravenosa es de dos miligramos. Ello supone que una cantidad de 0,00066 gramos de heroína por vía intravenosa no es una dosis absolutamente inocua para cualquier persona que no haya desarrollado tolerancia, lo que supone que su tenencia en disposición de tráfico es creadora de un riesgo prohibido por la norma penal... la venta ilícita... ha de reputarse una conducta típica con independencia de la cantidad de sustancia transmitida...». Tanto en esta sentencia, como en otras posteriores, se tiene como dmp de heroína la cantidad mínima de 0,00066 g o 0,66 mg, cuando lo que la literatura científica establece es una cantidad que oscila entre un tercio y la mitad de la correspondiente dmp de morfina, que es de 2 mg; luego en la heroína, será de 0,66 mg a 1 mg. Pero estas cifras no son las únicas manejadas, ni en la literatura científica ni en las resoluciones del TS, como vemos en las dos sentencias que citamos a continuación.

2.^a Sentencia 1515/2003, de 17 de noviembre (Ponente Saavedra Ruiz). Maneja unas tablas de la Agencia Antidroga de la Comunidad Autónoma de Madrid que fijan la dmp de heroína en la horquilla de entre 0,75 mg y 1,25 mg. Se refiere a la resolución a un supuesto de venta de 0,313 g de heroína con una pureza del 10,3 por 100, lo que supone una cantidad neta de 0,031 g (31 mg), por el que se absolvió en la Audiencia Provincial. El TS casa la sentencia por entender que «la dmp (constituye) en todo caso la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad de la administración de la sustancia».

3.^a Sentencia 1743/2003, de 22 de diciembre (Ponente Ramos Gancedo). Condena por un acto de venta de 0,203 g de heroína, con una pureza del 14,78 por 100, lo que supone 0,0298 g (29,8 mg) de heroína pura, a cambio de 1.000 pesetas, por el que la Audiencia había absuelto, acudiendo a los siguientes razonamientos para fundamentar la condena:

– El principio de insignificancia no es aplicable en delitos graves (citando la S. 901/2003 reseñada más arriba). Este principio sólo será operativo cuando se determine científicamente la dmp de cada sustancia. Para la heroína esa cantidad se sitúa entre 0,75 mg y 1,25 mg, lo que constituye «la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad».

– El artículo 368 sólo exige que la sustancia sea susceptible de crear «riesgo abstracto de agresión a la salud colectiva».

– Para la heroína, la dmp se sitúa entre 0,75 y 1,25 miligramos de sustancia pura y constituye «... la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad de la sustancia».

– «... el mero hecho de que las dosis consumidas por una persona sean de una cuantía mínima, no por ello dejan de producir el efecto acumulativo en el organismo determinante de unos mecanismos de tolerancia y dependencia que, por el transcurso del tiempo, llegan a generar una toxicomanía más intensa, e incluso, un daño patente en los diversos órganos del cuerpo...».

– Un pronunciamiento absolutorio requiere que la transmisión sea a título gratuito, que el receptor sea adicto y que «... se garantice la exclusión de todo riesgo de difusión que pudiera propiciar que la droga llegue a ser consumida por personas que, por sus especiales circunstancias de edad, enfermedad psíquica o somática, etc., pudieran resultar gravemente dañados en su salud...». En este punto, la resolución comentada se coloca en las antípodas de la doctrina contenida en las SS. absolutorias, arriba citadas, 1716/2002, de 27 de octubre de 2003 y 358/2003, de 16 de junio de 2003. Y ello, no sólo porque considere que es punible la venta de una cantidad mínima de droga, sino también porque pretende, aplicar para la impunidad de este supuesto, unas características –la ausencia de precio y la presencia de adicto– propias de la impunidad de casos que nada tienen que ver (entrega para evitar el síndrome o lograr la deshabituación y consumo compartido).

4.^a También se refiere a la dmp, aunque sin cifrarla en ninguna cantidad, la Sentencia 1624/2003, de 27 de noviembre (Ponente Abad Fernández), que confirma la condena por un acto de venta de una papelina de heroína de 0,181 g, con una pureza del 14,8 por 100, es decir 0,026788 g o 26,788 mg de principio activo, por suponer esta conducta «... la venta de una dosis psicoactiva de esa sustancia».

IV. SENTENCIAS CONDENATORIAS POSTERIORES A LA RECEPCIÓN DEL INFORME DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2003. OTRA VEZ, LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA

A la vista de la situación de incompatibilidad de las dos tesis que se mantienen dentro del TS, la Sala Segunda decide la celebración de un Pleno para lograr un acuerdo sobre la materia que debería tener en cuenta los datos solicitados al Instituto Nacional de Toxicología, pero cuando los datos llegan se decide prescindir del Pleno y se

elabora, para sólo de seis sustancias y sus correspondientes dmp, un Cuadro Resumen por el Gabinete Técnico. Quiere esto decir, que no existe un Acuerdo de Unificación de Doctrina y que el Cuadro Resumen puede ser tenido en cuenta o no, por lo que la situación no está en absoluto resuelta. Vemos ahora, las primeras Sentencias que han aplicado los datos sobre dmp del Cuadro. Se recogen seis sentencias.

1.^a La Sentencia 1663/2003, de 5 de diciembre de 2003 (Ponente Soriano Soriano), se refiere a un caso de venta de 0,190 g de heroína, con un 11 por 100 de riqueza, es decir, 21 mg de sustancia base, por el que se condena, a pesar de la absolución de la Audiencia Provincial sobre la base de los siguientes argumentos:

– «... tratándose de un delito de peligro abstracto, nunca puede descartarse que el riesgo de afectar a la salud de las personas, alcance a niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc. y otras personas débiles o de menor resistencia a la toxicidad...».

– «... la posibilidad de un fraude de ley de los vendedores minoritarios, que realizan unas divisiones de las dosis, para conseguir con dos o tres, lo que con una no se consigue».

– «... aunque las dosis ingeridas afecten mínima o imperceptiblemente a la salud, el propósito de los vendedores podría estar dirigido a iniciar a neófitos en el consumo, consiguiendo, a medio plazo, un cierto grado de dependencia y consiguiente tolerancia».

– todo lo anterior pone en duda «... la inicial o aparente inocuidad de las drogas en dosis de escaso porcentaje de principio activo, (por lo que) es necesario disponer de una referencia genérica al objeto de unificar las decisiones de los Tribunales».

– «... con el valor de simple referencia, susceptible de cuantas matizaciones pueda aconsejar el caso concreto, son ilustrativas las cuantías mínimas o *dosis mínimas psicoactivas*, facilitadas por el Instituto Nacional de Toxicología. Por referimos a los de uso más repetidos, en el informe se establecen las siguientes dosis mínimas:

- heroína 0,66 miligramos
- cocaína 50 miligramos
- hachís 10 miligramos
- MDMA 20 miligramos».

Esta resolución merece algunas puntualizaciones. En primer lugar, llama la atención la fecha: 5 de diciembre de 2003, habiéndose

celebrado la votación y fallo unos días antes, el 28 de noviembre de 2003; ambas fechas son anteriores a la de emisión del Informe del IINT al que se refiere, que sale de ese organismo el 22 de diciembre de 2003 y que llega al Tribunal Supremo el 13 de enero de 2004. Salvo que la Sentencia esté mal datada, es imposible que cite un documento no emitido ni recibido (17).

En segundo lugar, este cuadro de dmp de cuatro sustancias que hemos reproducido no es el suministrado por el IINT 2003, sino, al parecer, uno que se elabora por el Gabinete Técnico del TS (18). El TS decide no celebrar Sala General sobre la materia, por lo que no tenemos conocimiento, por esta vía, del IINT 2003, a diferencia de lo que ocurrió con la cuestión de la aplicación de la agravación de notoria importancia. Recuérdese que entonces, hubo un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, de 19 de octubre de 2001, que venía a resolver la cuestión debatida con carácter general, a partir de un Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001, dándose reglas sobre la no procedencia de revisión de resoluciones firmes, sin perjuicio del informe favorable para las solicitudes de indulto. En el Acuerdo se consideraba que la notoria importancia se determina a partir de las 500 dosis de consumo diario, teniéndose en cuenta la cantidad de droga reducida a pureza (es decir, la cantidad de principio activo o sustancia base o tóxica), salvo en el caso del hachís y sus derivados. El Cuadro que se incluía en este Acuerdo se refería a 29 sustancias, agrupadas en 6 familias, con referencia a los nombres alternativos o comerciales y a su fiscalización en las diferentes Listas de las Convenciones de 1961 o 1971 o Anexos y establecía, para cada caso cuál es la cantidad de notoria importancia que resulta de las 500 dosis de consumo diario estimado. A partir de este Acuerdo, la cuestión de la notoria importancia es de pacífica y segu-

(17) La fecha de recepción del Informe se recoge en otra Sentencia del TS, la 1023/2002, de 19 de enero de 2004. En esta última Sentencia, la aparente discordancia entre el número –1023/2002– y la fecha de publicación –2004–, obedece a que la votación y fallo se celebró el 23 de mayo de 2002, acordándose por Auto de ese día la prórroga del término para dictar sentencia hasta la reunión del Pleno de la Sala Segunda que lograse un acuerdo sobre la tipicidad o atipicidad de la venta de dosis insignificantes de droga. Recibido el Informe el 13 de enero de 2004, se decide que no es necesaria la celebración de Sala General, y se publica esta Sentencia, seis días después, en base a los datos que el TS quiere deducir del Informe.

(18) Con fecha 11 de febrero de 2004, el periódico *El País* publica la siguiente información: «El pasado 13 de enero, el presidente de la Sala de lo Penal, Luis Román Puerta, remitió a todos los magistrados el cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales drogas elaborado por el Instituto de Toxicología junto con un «cuadro sinóptico» preparado por el Gabinete Técnico del Supremo relativo a la heroína, cocaína, hachís, LSD y MDMA (éxtasis) (el subrayado es mío)».

ra aplicación, resolviendo una situación previa muy difícil, que había generado «actitudes desobedientes» en algunos sectores judiciales (19). Sin embargo, con relación al tema de la tipicidad o atipicidad de la venta de dosis mínimas, la situación no parece ni clara ni pacífica.

El cuadro recogido en la Sentencia 1663/2003, como hemos dicho, no es reproducción del contenido en el IINT 2003, que es mucho más amplio, sino que al parecer (20), responde a un cuadro resumen que elabora el Gabinete Técnico del TS, bajo el título de «Cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas», que es el que se hace llegar a los Magistrados. Se cita como fuente al Instituto Nacional de Toxicología y se anota que «los datos consignados en este cuadro, expresan en gramos, miligramos o microgramos, las dosis mínimas psicoactivas, esto es que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona». Este Cuadro se refiere a seis sustancias: las cuatro recogidas en la sentencia, o sea,

(19) La situación anterior al Acuerdo de 19 de octubre de 2001 era difícil porque conducía a penas desproporcionadas, no permitía distinguir entre comportamientos de muy distinta gravedad y establecía un agravio incomprensible con la cocaína. En efecto, para las otras sustancias se venía considerando que la notoria importancia debía apreciarse a partir de 200 dosis de consumo diario, mientras que para la cocaína se conformaban la jurisprudencia y la Fiscalía (Circular de la Fiscalía General del Estado de 4 de julio de 1984) con referirse a 200 papelines y no a 200 dosis de consumo diario, (lo que puede equivaler, aproximadamente, a 80 dosis de consumo diario) así, la exasperación penal se aplicaba a partir de 120/125 g de cocaína. Sin embargo este criterio fue rechazado en tribunales de instancia, concretamente en algunas Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid, que no aplicaron la agravación en cantidades muy superiores a las señaladas por el TS (concretamente 240 g, 699 g y 740 g), lo que provocó la casación de las sentencias de instancia. El problema que latía, en el caso concreto de la cocaína, era el de los llamados «correos de la droga» o «mulas», es decir, el de las personas que transportan la sustancia dentro de su cuerpo. (Sobre este tema ver MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. «Los “correos de la coca” y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general», en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 701-739). Por Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 5 de febrero de 1999 se decidió mantener los criterios de agravación vigentes en el Tribunal Supremo. Pero este Acuerdo no fue acatado por alguna resolución posterior de la Audiencia Provincial de Madrid y fue cuestionado en un Voto Particular del Magistrado del TS P. Andrés Ibáñez a la S. 81/2001, de 24 de enero de 2001. En este Voto se hacía referencia a las resoluciones discrepantes de la Audiencia de Madrid y a sus argumentaciones, señalándose la necesidad de fijar una cantidad mucho más alta para la notoria importancia de la cocaína (sobre la polémica previa al Voto particular, ver RASCHETTI, J., «Cantidades de “notoria importancia” en el tráfico de drogas en España», en *Otrosí*, núm. 27, junio 2001, pp. 18 a 24). Como se sabe esta situación fue resuelta con el Acuerdo de 19 de octubre de 2001 que extrae la notoria importancia de las 500 dosis (y no 200) de consumo diario para todas las sustancias, fijándose para la cocaína en 750 g.

(20) Ver Nota 18.

heroína, cocaína, hachís y MDMA y, otras dos sustancias, LSD y morfina (no reflejadas en la Sentencia) (21).

Ya hemos visto que, por dmp de una sustancia debe entenderse la cantidad de sustancia que tiene algún efecto en el organismo, lo cual no quiere decir que ese efecto sea el que se asocia al consumo de las sustancias, es decir, ese efecto no es el que busca el sujeto que quiere colocarse bajo el efecto de la sustancia. Con esa dosis, el sujeto no está drogado o intoxicado. Por eso hay tanta diferencia entre la cantidad considerada dmp y las consideradas dosis de abuso habitual y dosis de consumo diario estimado. Por otro lado, el concepto de dmp no es exclusivo de las llamadas drogas de abuso, prohibidas o fiscalizadas, sino que de cualquier sustancia (por ejemplo, de la sustancia base de la aspirina, o de la cafeína), se puede establecer la dmp. No puede identificarse dosis que produce algún efecto en el organismo con dosis que resulta idónea para poner en peligro la salud pública y, esta identificación errónea es la que parece hacer el TS (22).

Para entender mejor el concepto de dmp. —la que produce algún efecto en el organismo—, podemos compararlo con el concepto de dosis media activa y el de dosis media letal. La dosis media activa es la cantidad necesaria para obrar el efecto buscado con el consumo de droga y la dosis media letal es la cantidad suficiente para matar. La proporción entre estas dos últimas cantidades constituye el margen de seguridad. Estos indicativos, junto con otros, como el coste —efectos secundarios o indeseables— y el factor de tolerancia —capacidad del organismo para acostumbrarse a una sustancia o medida de propensión al abuso, según dos interpretaciones distintas—, pueden ser útiles para determinar si una sustancia afecta o no negativamente a la salud

(21) La dmp de LSD es de 20 microgramos (0,000002 g) y la de morfina es de 2 miligramos (0,002 g). Estas son las cifras que proporciona el Cuadro del Gabinete Técnico del TS. Pero en el IINT 2003, para el LSD, se fija una cantidad de 20 a 25 microgramos, entendiéndose que la dosis media de abuso habitual es de 0,132 miligramos. Lo mismo ocurre con el MDMA: el TS admite como dmp la de 20 miligramos, mientras que el INT fija una horquilla de entre 20 y 50 miligramos. Por MDMA debemos de entender éxtasis, aunque en España, tal como puntualiza el IINT 2003, se venden bajo el nombre genérico de éxtasis todas las drogas de síntesis (fenetilaminas de anillo sustituido), conociéndose en ocasiones por el troquel que aparece en cada comprimido. En realidad el MDMA es éxtasis, el MDA es la píldora del amor y el MDEA es Eva.

(22) En este sentido conviene leer las declaraciones de la Directora del INT, que siguieron a la publicación de la sentencia que comentamos, recogidas por *El País*, de 11 de febrero de 2004, *cit.*: «La dmp sólo indica la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que tiene efecto en el organismo... pero en ningún momento nos metíamos en si debían utilizarse para fijar condenas o no».

pública, más allá de su inclusión o no en unas Listas y, caso de afectar, si genera grave daño o no.

...

Conviene aquí hacer un paréntesis para analizar la relevancia de la «cantidad». Cuando hablamos de drogas, en cualquiera de sus facetas –sanitaria, social o jurídica–, la cantidad es tema capital y de obligada referencia, porque las drogas, como tantas otras cosas, en sí mismas, no son ni buenas ni malas y, el beneficio o perjuicio que produzcan dependerá del para qué y del cuánto. Esta idea ya fue puesta de manifiesto por Paracelso cuando decía que de cada cosa debe hacerse el uso para el que está destinada y no debemos tener temor de ello y que «nada es veneno, todo es veneno: la diferencia está en la dosis» («Dosis sola facit venenum») porque «no hay sustancias tóxicas, solamente hay dosis tóxicas» (23). Lo mismo se deduce del significado del término ambivalente *phármacon* (droga): es una sustancia que comprende a la vez el remedio y el veneno; no una cosa o la otra, sino las dos a la vez. Tratándose de tráfico de drogas, la cantidad es relevante para agravar la pena por su notoria importancia (art. 369.3^a) o para superagravarla por su extrema gravedad (art. 370) (24); como indicio para determinar si estamos ante una po-

(23) Pilippus Aureolus Theophrastus Bombastus von Hohenheim, *Paracelso*. Nació en Einsiedlen (Suiza) en 1493 y murió en 1541. Hombre del Renacimiento, adelantado a su tiempo fue médico y se opuso a la medicina oficial, a Galeno, a Avicena y a Celso (de ahí el sobrenombre que, por oposición, adoptó: Paracelso). Era experto en magia –que para él no era brujería– y en alquimia –que no entendía como la transformación de metales innobles en oro y plata, sino como la creación de remedios contra las enfermedades–. Fue el precursor de la actual farmacología y de la homeopatía.

(24) El artículo 370, en su redacción vigente, al establecer las agravaciones de segundo grado o superagravaciones se refiere, genéricamente, a la «extrema gravedad» de las conductas definidas en el artículo anterior, que es el que contiene las agravaciones de primer grado, entre ellas la de notoria importancia de la cantidad de droga. La aplicación del artículo 370 por razón de la cantidad de droga (o sea, superando la notoria importancia) no es pacífica. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, fijó el límite mínimo de la notoria importancia, pero no el máximo (que de existir serviría, a su vez, como tope mínimo de la extrema gravedad), lo que podría interpretarse en el sentido de que la sola cantidad de droga, por elevada que sea, no puede dar lugar a la agravación de segundo grado, requiriéndose para la máxima exasperación, que la gran cantidad se acompañe de otras razones de agravación. Así la S. de 16 de febrero de 2000 dice que «... la extrema gravedad... es la extrema cantidad, pero también es un *aliud* y un *plus...*», lo que suele encontrarse en la pureza, el número de dosis que podrían prepararse, la acumulación de agravaciones del artículo 369, la infraestructura utilizada –barcos, planeadoras, aviones, etc.– o la pertenencia a una organización (SS. de 26 de marzo y 16 de julio de 2001). La

sesión atípica, por estar preordenada al consumo o, ante una posesión típica, por estar destinada al tráfico; para determinar la inexistencia de objeto material y de atipicidad, cuando se está por debajo de los mínimos psicoactivos o para aplicar el principio de insignificancia. Para cifrar la notoria importancia se utiliza el indicador de consumo diario estimado y se multiplica por 500 y, para discernir entre la posesión típica y la atípica, el TS recurre, junto con otros indicios, de nuevo al consumo diario estimado de un consumidor medio, que se multiplica por el número de días de acopio que se considere en cada caso. Así tenemos que la notoria importancia de heroína se da a partir 300 g de sustancia base, que son el resultado de multiplicar por 500 los 0,6 g de consumo diario estimado. Y se entiende que es factible la posesión para el autoconsumo impune con 3 g de heroína que resultan de multiplicar los 0,6 g de consumo diario por 5 (5 días de acopio, aunque, dependiendo de las circunstancias, se parte de 3 días de acopio y para llegar hasta 10). Por otro lado, las resoluciones absolutorias antes examinadas se refieren a dosis de consumo o a dosis únicas normales. La nueva tesis sostenida en el TS sustituye el indicador del consumo diario estimado por el de la dmp para determinar la atipicidad del comportamiento con carácter general. Este cambio de criterio no ha sido explicado.

...

Pero volviendo al IINT 2003, cuyo conocimiento no nos proporciona el TS, ya hemos dicho que es muchísimo más amplio que el Cua-

LO 15/2003, de 25 de noviembre, cuya vigencia en lo que al CP se refiere, está prevista para el día 1 de octubre de 2004, modifica el artículo 370 que queda redactado de la siguiente forma:

«Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior.

3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de sustancia a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito».

A la vista salta que con la futura redacción la extrema gravedad podrá obedecer sólo a la cantidad de droga, sin necesidad de que concurra nada que indique mayor o distinta antijuricidad.

dro resumen, pues se refiere a 29 sustancias, agrupadas en 6 familias, con sus correspondientes nombres comerciales o alternativos y su fiscalización. En este punto el IINT 2003 reproduce el mismo esquema del otro Informe de 18 de octubre de 2001, recogido en el Acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001, sobre notoria importancia. La información relevante del Informe de 2003, es pues más amplia que la que el TS nos proporciona, por referirse a muchas más sustancias, pero sobre todo porque los datos suministrados no se refieren sólo a dmp, sino que también incluyen los relativos a dosis de abuso habitual, con anotaciones en algunos casos sobre dosis máximas recomendadas por toma y número de tomas diarias y a consumo diario estimado (es decir consumo en 24 horas y no consumo cotidiano). Como ejemplo de estos indicadores extraemos algunos del citado Informe del INT de 2003:

Heroína (caballo)

Dosis de abuso habitual: 50-150 mg. Éste es el peso de las papelinas de venta habitual; suelen contener entre un 45-50 por 100 de sustancia base, junto con impurezas, adulterantes y diluyentes.

Consumo diario estimado: 2-4 papelinas (600 mg máximo).

Dosis mínima psicoactiva: entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral equivalente de morfina (lo que supone entre 0,66 mg y 1 mg de heroína).

Los dos primeros indicadores tienen en cuenta la sustancia total que suele aparecer en el mercado y se calcula que su pureza es del 45-50 por 100. Si reducimos esas cantidades a pureza, deberíamos considerar, más o menos, su mitad. Aun así, la diferencia entre los 0,66 mg /1 mg de dmp y los 25 mg / 75 mg de heroína pura de una dosis de abuso habitual, es muy grande. Por otro lado, si analizamos las Sentencias del TS, comprobamos que la cantidad de heroína pura más pequeña que se pueden encontrar en las papelinas que circulan en el mercado, está muy por encima de la dmp.

Cocaína (Nieve, perico, *speedbal* –cocaína y heroína mezcladas–)

Dosis de abuso habitual: 100-250 mg. Este es el peso medio de una papelina y sirve para preparar de 2 a 4 rayas.

Consumo diario estimado: 6 dosis máximo (de 12 a 24 rayas); total de 1,5 g (1.500 mg)

Dosis mínima psicoactiva: 50 mg (25).

Como se ve, también para la cocaína, la diferencia entre la dmp y

(25) Son 50 mg por vía tópica o 1 mg por kg de peso por vía nasal.

la dosis de abuso es considerable; esa diferencia es muy superior si comparamos con el consumo diario estimado.

Por lo que se refiere a la heroína, el TS entiende que la dmp es de 0,66 miligramos (0,00066 gramos). Esta cifra no aparece así expresada en el IINT 2003, sino que, siguiendo la literatura científica, se dice que la dmp de heroína es la que oscila «entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral equivalente de morfina». La dmp de morfina administrada por vía intravenosa o parenteral es de 2 mg, por lo que la dmp de heroína será de entre 0,66 mg y 1 mg. El TS ha elegido la cifra mínima, tanto en las Sentencias que hacen mención expresa del IINT 2003 y que aplican el cuadro resumen antes reproducido, como en otras anterior ya citada –Sentencia 1935/2002, de 13 de octubre de 2003–, aunque, como hemos visto, hay resoluciones que aceptan la horquilla de 0,75 mg a 1,25 mg. Como veremos después, la Sentencia 298/2004, aclarando las que ahora comentamos, indica la necesidad de acoger la cifra máxima de 1 mg.

Repárese que en la mayoría de las Sentencias, condenatorias o absolutorias, que estamos examinando, la sustancia presente es la heroína. Si fue la cocaína la droga que desencadenó mayor problema a propósito de la notoria importancia (26), creo que es la heroína la que mayor dificultad presenta para aceptar la nueva tesis del TS. Por un lado, los efectos sociales de su abuso son especialmente graves, destacándose la delincuencia drogoinducida y, por otro lado, la distancia entre su mínimo psicoactivo y una dosis de consumo habitual es mayor que en otras sustancias, lo que aleja, aún más, en este caso, la nueva tesis de la realidad.

2.^a También hay referencia al IINT 2003 en la Sentencia 1023/2002, de 19 de enero de 2004 (Ponente Sánchez Melgar), por la que se revoca la absolución de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que absolvía por la venta de 0,060 g de heroína, con un 27,7 por 100 de sustancia base, lo que supone una cantidad de 0,01662 g (12,62 mg) de heroína pura, con un valor de 1.000 pesetas. La resolución casada y anulada sostiene, citando Sentencias del TS, que «la cantidad de droga vendida es tan insignificante, que no es compatible con un verdadero riesgo para la salud de una persona». Este razonamiento se combate con dos argumentos: el contenido en una sentencia anterior, la 901/2003, de 21 de junio, ya citada, y la aplicación de los criterios que el TS deduce del IINT 2003. Se dice así que la cantidad de heroína vendida es de 0,01662 g o 16,62 mg reducida a pureza, lo que supera con mucho el «umbral toxicológico» de los 0,66 miligramos de principio activo puro (0,00066 gramos) señalado por el

(26) Ver nota 19.

IINT 2003 como dmp (27). Así, «... la incidencia en la antijuridicidad de la norma... ha de traducirse en parámetros objetivos de afectación a la salud pública...». También sostiene esta Sentencia que «estas dosis mínimas psicoactivas son las que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona». Parece claro que esta resolución equipara, la afectación de las funciones físicas o psíquicas con la incidencia sobre la salud pública.

3.^a La Sentencia 1982/2002, de 28 de enero de 2004 (Ponente Sánchez Melgar), repite los razonamientos de la recién citada 1023/2002, para casar y anular una resolución que absolvía por una conducta de venta de 0,08 g de heroína con una pureza del 31,4 por 100, lo que supone una cantidad de principio activo de 0,02512 g o 25,12 mg, con un valor en el mercado de 1.960 pesetas. La Sentencia absolutoria argumentaba que la cantidad de droga vendida era tan insignificante, que no era compatible con un verdadero riesgo para la salud de la persona, por lo que «la acción, aún siendo típica y formalmente antijurídica, carece de antijuridicidad material por inocua para poner en riesgo el bien jurídico protegido de la salud humana, que es cabalmente lo que persigue el legislador al sancionar la conducta».

4.^a La Sentencia 63/2004, de 21 de enero de 2004 (Ponente Martínez Arrieta), se refiere a un supuesto de tenencia destinada a la venta de 36 g de sustancia que contenía anfetamina al 5 por 100, es decir, se trataba de 1,8 g de anfetamina pura. La Sentencia de instancia condenó y el TS confirma la resolución por entender que «ciertamente la pureza de la sustancia tóxica es baja pero ello no permite deducir la insignificancia de lo intervenido, sino solamente la baja pureza de la sustancia intervenida...» y que «los estudios farmacológicos indican que, referido al sulfato de anfetamina, la dosis mínima psicoactiva es de 10 miligramos cantidad que es superada con creces por lo intervenido, aun reducido, caso de que fuera posible para el consumo, a su expresión al cien por cien de pureza». En esta sentencia no se cita, ni el Acuerdo del pleno de 2003, ni el Informe del INT de 2003, ni el cuadro resumen del Gabinete Técnico (28), pero se maneja el indicador de la dmp, cifrándose para la anfetamina en 10 mg (0,1 g). Coincide esta cantidad con la que apa-

(27) Ya hemos visto que el INT no establece los 0,66 mg como dmp de heroína, sino una cantidad situada entre 0,66 mg y 1 mg, por referencia a la dosis parenteral de morfina.

(28) Hay que recordar que el Cuadro resumen de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias elaborado por el Gabinete Técnico del TS, no recoge los datos relativos a los derivados de la feniletilamina, ni a muchas otras sustancias. Como hemos visto, sólo se refiere a seis sustancias, mientras que el IINT 2003 se refiere a 29.

rece reflejada en el IINT 2003 que, dentro de la familia de los derivados de la Feniletilamina y, refiriéndose al sulfato de anfetamina (anfetetas, *speed*, centramina –no comercializado ya–), da las siguientes cifras:

Dosis de abuso habitual: 30-60 mg (cantidades halladas por comprimido en el INT).

Consumo diario estimado: 3 dosis (180 mg máximo).

Dosis mínima psicoactiva: 10 mg.

La Sentencia se refiere a un caso de 1,8 g (1.800 mg) de principio activo de sulfato de anfetamina, lo que supera, con mucho, no sólo, la dmp, sino también la de consumo diario estimado (180 mg) y la dosis de abuso habitual (30-60 mg). Luego, a la vista salta, que no se contempla un caso de tenencia para la venta de una cantidad ínfima de droga, sino de una cantidad relevante, por lo que la condena debería fundamentarse, no en la superación del mínimo psicoactivo, sino en que tal cantidad, al permitir la confección de muchas dosis (entre 30 y 60 si hablamos de sustancia pura y, muchas más rebajadas), genera el riesgo de difusión entre varios sujetos indeterminados y, con ello, la afectación del bien jurídico. Basta pensar que el valor de lo incautado era de 95.652 pesetas.

5.^a Sentencia 2164/2004, de 20 de febrero (Ponente: Monterde Ferrer). Se refiere a la entrega de 0,132 g de heroína, con una pureza del 24,6 por 100 (o sea, 32,472 mg de sustancia base) a cambio de una cantidad indeterminada de dinero. Se recoge la tesis de que el principio de insignificancia no es aplicable a estos casos (SS. 901/2003 y 1023/2002, citadas más arriba) y se concluye que la heroína bruta transmitida (132 mg) estaría dentro de la dosis de abuso habitual y que la cantidad neta (32,472 mg) está muy por encima de la dmp, por lo que debe condenarse.

6.^a Sentencia 221/2004, de 20 de febrero (Ponente: Giménez García). Condena por una venta de 0,213 g de heroína, con un 22,9 por 100 de riqueza (48,777 mg de sustancia pura), por 1.000 pesetas. Se hace un repaso de la jurisprudencia anterior absolutoria y condenatoria y se recuerda que la Sala de Casación tiene una función de «política jurídica» para fijar la correcta interpretación y aplicación del derecho y buscar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la Ley. En base a la nueva tesis se concluye que 48 mg de heroína pura es cantidad «... notoriamente superior a la dosis mínima psicoactiva fijada para la heroína en 0,66 mg...» lo que «... no permite la aplicación de la doctrina de la *mínima insignificancia*...». En el mismo sentido se expresa la Sentencia 1661/2003, de 28 de diciembre, del mismo ponente.

V. PRECISIONES ADICIONALES A LAS RESOLUCIONES ANTERIORES: LA SENTENCIA 298/2004, DE 13 DE MARZO DE 2004

Las resoluciones que adoptan el nuevo criterio, a partir de la utilización que hacen del IINT 2003, han sido contestadas desde distintos sectores. Tal como ya se ha indicado, el propio INT, a través de su Directora, ha cuestionado el uso que de los datos suministrados ha hecho el TS (29). A esto se refiere la Sentencia 298/2004, de 13 de marzo (Ponente Conde-Pumpido Tourón) cuando dice que «... todos los Poderes Públicos, incluido el Judicial, se deben a la ciudadanía y deben procurar que sus resoluciones sean perfectamente comprendidas...» y que «... dado que las primeras resoluciones de esta Sala (las del apartado IV) 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». La Sentencia casa una de la Audiencia Provincial de Vizcaya que absolvía en un caso de venta de 0,140 g de heroína con una pureza del 17,8 por 100 (24,92 mg de principio activo), condenando al acusado por delito de tráfico de drogas. La sentencia de instancia, basándose en otras del TS, aplica el principio de insignificancia para absolver. El TS dice que el recurso del Ministerio Fiscal ha de atenderse «... no porque la doctrina genérica aplicada por la Audiencia 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 por el

(29) Ver nota 22 y «Rigor extremo», editorial de *El País*, de 12 de febrero de 2004, donde se trata la cuestión de la difícil compaginación entre la nueva línea jurisprudencial y el principio de proporcionalidad. También se ha referido críticamente a las recientes sentencias, Rafael Borrás, Presidente de la Comisión de drogas del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona, que entiende que la tabla de dosis mínimas psicoactivas es «casi de cantidades placebo» y que el concepto de dmp es «un concepto empírico y nada científico». Para Andrés Estrada, Comisionado del Plan Andaluz sobre Drogas, «... con los criterios expuestos en la Sentencia, se refuerza la represión y se dificulta la prevención. Todos los camellos, por poca droga que lleven van a ser condenados», y ello porque las cantidades habituales son muy distintas de las consideradas como mínimo psicoactivo, así las cantidades usadas por un consumidor son 100 mg para la heroína (más de 100 veces lo permitido en la Sentencia) entre 100 y 160 mg para la cocaína (más del doble), entre 300 y 500 mg para el hachís (el triple) y entre 20 y 150 mg para el éxtasis». (Declaraciones hechas a *El País*, de 10 de febrero de 2004.)

Instituto Nacional de Toxicología». En definitiva esta Sentencia lo que viene a decir es que, el principio de insignificancia sí puede operar en materia de tráfico de drogas, pero siempre con relación a actos de tráfico de cantidades inferiores a las que constituyen el mínimo psicoactivo. Se repiten las consideraciones de la Sentencia 977/2003, ya examinada, del mismo Ponente, aunque el supuesto no es idéntico (30).

Las precisiones adicionales que hace esta Sentencia son las siguientes:

1.^a Hay que distinguir entre actos de tráfico y actos de «entrega compasiva».

2.^a En los casos de «entrega compasiva» «... el principio de insignificancia se aplica a la conducta que no supone peligro para el bien jurídico por la inadecuación de la acción. En estos casos, a la nimiedad de la conducta se suma la concreción del destinatario, su adición, la ausencia de precio y la finalidad compasiva». En estos casos, sigue diciendo la resolución, la insignificancia no opera por debajo del mínimo psicoactivo, sino por encima, pues de lo contrario, la cantidad suministrada sería sólo un placebo.

3.^a En los casos de tráfico, ni se controla el destinatario, ni hay afán compasivo, ni se prescinde del precio y «... no puede efectuarse una interpretación material del tipo que los excluya, aun cuando las cantidades difundidas sean en cada caso concreto reducidas o limitadas». En estos casos el principio de insignificancia debe limitarse a los supuestos extremos en lo que «*lo transmitido no es droga*», por ser un producto absolutamente inocuo, que no es psicoactivo.

(30) Llama la atención que el ponente de las SS. 977/2003 y 298/2004, que restringen la aplicación del principio de insignificancia a las cantidades que están por debajo de la dmp, es también ponente de la Sentencia 772/96 (segunda de las absolutorias del Apartado I), que consideró que 0,06 g (sin especificar pureza) de heroína era una cantidad insignificante, por ser diez veces menor que una «dosis normal». Luego una «dosis normal» sería aproximadamente de 0,6 g (600 mg), lo que coincide con la cifra máxima que para el consumo diario estimado ofrece el IINT 2003, superando hasta seis veces la media de abuso habitual y separándose de 1 a 600 de la dmp. En las tres resoluciones se mantiene la misma idea: lo insignificante no se castiga, pero el baremo de insignificancia es muy distinto: en las sentencias más recientes es la dmp o sea, 1 mg, mientras que en la resolución más antigua parece acercarse a 600 mg. Bien es verdad que esta estimación es sin reducir a pureza, pues ese dato no aparece en la sentencia, pero las cifras del IINT 2003 parten del peso total de las papelinas, considerando que su pureza es del 45-50 por 100, lo que nos llevaría a una distancia, entre dmp y la «dosis normal», de 1 mg a 270/300 mg, que sigue siendo muchísima distancia.

4.^a Por lo que se refiere a la heroína, la cantidad tenida por dmp es muy reducida y por ello controvertida, cosa que no ocurre con la cocaína. Del IINT 2003 se deduce que la dmp de heroína es de entre 0,66 y 1 mg «dada la absoluta nimiedad de esta 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».

5.^a En la determinación de la dmp, el tribunal debe ceñirse a los parámetros técnicos ofrecidos por el organismo oficial especializado, pero «... 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... Cuál es dicho mínimo constituye una cuestión pericial...».

6.^a «... esta doctrina jurisprudencial no perjudica la situación penal de los drogodependientes...» puesto que no impide la impunidad del consumo, del consumo compartido y de la posesión con ese destino; tampoco impide la aplicación de la eximente del artículo 20.2.º y de la atenuante del artículo 21.2.º. Además, tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se eleva en el artículo 87 el límite de penas de tres años a cinco años, para poder acceder a la suspensión de la ejecución de la pena, cuando se ha delinquido a causa de la drogodependencia, «... 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».

Especial comentario merece esta Sentencia, pues intenta conciliar la vigencia y posibilidad del principio de insignificancia en materia de tráfico de drogas con la punición de todos los actos de tráfico que se refieran a cantidades por encima de las tenidas como mínimo psicoactivo, pero lo cierto es que el resultado no es distinto del alcanzado por las sentencias condenatorias dictadas tras la recepción del Informe del INT de 22 de diciembre de 2003 (me refiero a las Sentencias condenatorias analizadas recogidas en el apartado IV). En efecto se reconoce la corrección del recurso al principio de insignificancia, con lo que se opone a algunas resoluciones anteriores (concretamente a la Sentencia 901/2003, comentada en el apartado III), pero sitúa su ámbito de aplicación por debajo de los mínimos psicoactivos, concretamente dice que tal principio operará cuando «*lo transmitido no es droga*». La misma idea aparecía en la Sentencia 1743/2003 recogida más arriba. No comparto esta opinión. Cuando lo transmitido no es droga, porque, sea cual sea el peso de lo transmitido, no contiene una cantidad psicoactiva, lo que ocurre es que no

hay droga, es decir, que falta el objeto material del delito. Y si no hay droga, no puede decirse que la hay, pero en cantidad insignificante. La insignificancia, la nimiedad o la irrelevancia, pueden predicarse de un objeto –en este caso, la droga– que existe, que está presente y que por comparación, con otros casos, resulta muy pequeño; pero no son atributos de la inexistencia. Cuando nos colocamos por debajo de la *dmp* no hay droga, habrá otra sustancia que no produce ninguna alteración en las funciones físicas o psíquicas. Luego, no comparto la tesis fundamental de esta sentencia que, en la práctica lleva a la misma conclusión que las resoluciones que anota: impunidad por debajo del mínimo psicoactivo y castigo por encima, siempre que se trate de actos de tráfico.

Respecto de las seis anotaciones que se han numerado más arriba, puede decirse lo siguiente:

1.º Efectivamente la discusión que gira alrededor de la *dmp* no tiene nada que ver con los casos de «entrega compasiva» que, por pura lógica harán referencia a cantidades superiores, concretamente, las que son objeto de consumo por un sujeto dependiente. La discusión sólo se genera para los actos de tráfico o comercio. Creo que también deben excluirse de esta discusión las invitaciones o donaciones a persona concreta para su consumo y, por supuesto, la posesión para el autoconsumo.

2.º No comparto la afirmación de que el principio de insignificancia se aplica a los casos de «entrega compasiva» por la inadecuación de la acción para generar peligro. Si con esto se quiere decir que la conducta es socialmente adecuada (aunque no parece expresado con excesiva claridad), entonces sobra el principio de insignificancia y la aplicación que del mismo se estaría haciendo a través del de adecuación social sería incorrecta. Si por lo contrario, no se está apelando a la adecuación social, entonces hay un error, porque en las «entregas compasivas» no se castiga, precisamente, porque la conducta es socialmente adecuada. La insignificancia y la adecuación social, no son lo mismo y no puede decirse que un caso es de insignificancia por resultar socialmente adecuado. A esta cuestión me referiré después, pero puede adelantarse que adecuación social e insignificancia son dos causas distintas de atipicidad, porque la primera conlleva la total aprobación social de la conducta, mientras que la segunda, no supone la corrección o aprobación social, sino sólo una cierta tolerancia. La aprobación social y la tolerancia social se traducen en causas con valor jurídico a través de la interpretación, que nos lleva a excluir del tipo los casos de riesgo permitido, por ser socialmente adecuados y ciertos actos no permitidos, pero que por su insignificancia tolera-

mos y a los que excluimos del tipo porque su inclusión resultaría una clara desproporción (un empujón en el metro, dificultar el adelantamiento en carretera, etc.). La «entrega compasiva» de droga es un caso de adecuación social, además no pone en peligro la salud pública, pues no genera riesgo de difusión entre inconcretos sujetos y va encaminada a mejorar o preservar la salud individual. No es un caso de tolerancia por su insignificancia, sino un caso de conducta socialmente adecuada. Y a este razonamiento no puede oponerse la ilicitud de la dispensación de drogas fuera de los casos autorizados, pues, aunque esa ilicitud (general, pero no penal) subsiste, no desvirtúa la adecuación social relevante para el Derecho penal. En este sentido la Sentencia de 29 de mayo de 1993 (Ponente Conde-Pumpido Ferreiro), consideró que «... en el ámbito de la deshabituación o rehabilitación de drogadictos se contemplan como acciones adecuadas, tanto el suministro controlado de drogas, como la sustitución del consumo o suministro de la droga fuente de la adicción por otras compatibles –así, la metadona– igualmente prohibidas fuera de ese ámbito, pero que se estiman útiles para el fin último de la deshabituación». Se refería esta Sentencia a un caso de posesión de heroína que la recurrente, madre de una adicta a la heroína desde hacía dos años y mayor de edad, suministraría en pequeñas dosis a su hija, siguiendo el consejo de quien no era médico, pero sí conocedor del ámbito de ayuda a drogadictos, de que, hasta el ingreso en un centro de rehabilitación que se estaba tramitando, le suministrase heroína en dosis decrecientes. Se decía en la resolución que en este caso «... la facilitación que se produce no está destinada a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino concretada en una determinada...», lo que excluye el peligro abstracto para el bien jurídico, al no crearse riesgo para la salud de la destinataria, porque se atenúa ese riesgo con la dosificación decreciente. En definitiva, «... la recurrente guió su conducta por una pauta acorde con los fines sociales y, por ende, adecuada a los intereses de la comunidad...».

3.º Como ya he dicho, si «lo transmitido no es droga», no puede decirse que la cantidad de droga es insignificante, sino, más bien, que no hay objeto material del delito. Por otro lado, el ánimo de lucro no es un elemento del tipo de tráfico de drogas, cuya ausencia excluya la tipicidad, luego la gratuidad de la entrega no es la razón la impunidad de entrega compasiva. No puede afirmarse, en todo caso y con carácter general, que el ánimo de lucro excluya los móviles compasivos. Por eso creo impune la conducta de quien vende droga (en cantidad que supere el mínimo psicoactivo hasta la necesaria para atender a la deshabituación) a un comprador para que éste se la suministre, dosificándola, a un familiar o amigo, ex-

cluyéndose así el riesgo de difusión, conociendo estas circunstancias el que vende.

En esta Sentencia se sigue sin considerar que la venta de una cantidad mínima de droga pueda, dada su indivisibilidad e imposibilidad de difusión entre inconcretos sujetos, no afectar al bien jurídico salud pública. En definitiva, se sigue sin dar respuesta a la tesis contenida en resoluciones absolutorias ya comentadas.

4.º Caso de admitirse la nueva tesis del castigo del tráfico en cantidad superior a la dmp (cosa que aquí se rechaza), parece lógico que tratándose de heroína, se adopte el límite máximo de 1 mg y no el mínimo de 0,66 mg, sobre todo, si se tiene en cuenta que hay resoluciones, citadas más arriba que acogen otro criterio pericial que suministra unos topes sensiblemente superiores (0,75 mg a 1,25 mg). Lo que late detrás de este razonamiento es un reconocimiento tácito de la desproporción de la pena en los casos de venta de cantidades mínimas de heroína. Lo mismo debería decirse para otras sustancias, cuya dmp se mueve dentro de una horquilla suministrada por el INT, pero para las que el Cuadro resumen del Gabinete Técnico del TS optó por la cifra mínima de la horquilla. Así, para el LSD la dmp con relevancia penal sería de 25 microgramos (y no 20 microgramos) y, para el MDMA sería de 50 mg (y no 20 mg).

5.º Naturalmente, la determinación de la dmp es una cuestión pericial que puede ser cuestionada y corregida por otra pericia contradictoria (31). Pero, en todo caso, creo que también puede discutirse, además de la cifra tenida por dmp, si este parámetro es el que sirve de frontera para decidir la tipicidad o atipicidad de los actos de tráfico de pequeñas cantidades. Téngase en cuenta, que el TS, tras recibir el IINT 2003, decide, en contra de lo por el mismo previsto, no celebrar Sala General, por lo que la nueva tesis no es fruto de un Pleno de Unificación de Doctrina y, por ello, creo que puede ser contradicha.

6.º Es evidente que la nueva doctrina tampoco será aplicable a los casos de autoconsumo, consumo compartido y posesión preordenada a esos fines, pues en estos casos las cantidades relevantes se fijan teniendo en cuenta los consumos reales. Por otro lado, la asunción o no de la nueva tesis, no tiene nada que ver con la cuestión del que delinque por su adicción a las drogas o por la situación de privación de las mismas y con el pacto terapéutico que puede arbitrar-

(31) Sobre esta cuestión puede verse MAGRO SERVET, V., «El valor de la prueba documental de los informes emitidos por laboratorios oficiales en los delitos de tráfico de drogas en la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre», en *La Ley*, núm. 5697.

se con la suspensión de la ejecución de la pena, pues todo esto lo podemos predicar del que comete un delito de tráfico de drogas u otro distinto (principalmente hurtos o robos para proveerse de la droga).

...

Son muchas las cuestiones que suscitan las sentencias recogidas, aunque, al final, puedan reconducirse todas ellas a la determinación del bien jurídico y del ámbito de lo prohibido; labor nada fácil, pues viene condicionada por el prohibicionismo internacional que en la materia impera desde la segunda mitad del siglo XX y por el derivado carácter excepcional de la legislación penal sobre tráfico de drogas, característica ésta, que se ha venido intensificando en los últimos años, hasta comprometer los principios básicos que deben regir en materia penal. Los poderes públicos son conscientes de que el exceso del prohibicionismo, lejos de contribuir a la resolución de los problemas, los ha generado o incrementado y, a pesar de ello, se sigue insistiendo en la misma línea. La gravedad y la desproporción de las penas es tal que el TS, a lo largo de los años ha tenido que hacer dos labores fundamentales: primera, la de limitar la aplicación del tipo penal, eliminando de su ámbito el autoconsumo y la posesión preordenada al mismo, el consumo compartido, la entrega de droga para evitar el síndrome de privación o para lograr la deshabituación controlada y la invitación al consumo y; segunda, la de ajustar los márgenes de la agravación de notoria importancia para evitar el castigo desproporcionado y excesivo (32).

La aplicación del principio de insignificancia a los casos de venta de pequeñas cantidades de sustancia venía ha inscribirse en la primera de las labores aludidas de no aplicación del tipo penal a los casos

(32) Ya nos hemos referido al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 que fija las cantidades a partir de las que procede la aplicación de la agravación y que son superiores a las que se venían admitiendo con anterioridad y ello para «... atemperar el concepto normativo de notoria importancia a la realidad social y a las exigencias impuestas por los principios fundamentales de legalidad y proporcionalidad...», porque «... los parámetros utilizados por el TS... ya no son reconocidos por “todos”, sino por el contrario fuertemente cuestionados...», porque «... la respuesta penal es eficaz cuando es afinada y no cuando es indiscriminada...» y porque lo contrario «... prima indirectamente el gran tráfico...» (S. 6 de noviembre de 2001). Con la decisión del Pleno de 19 de octubre de 2001 «... se reafirman principios tan esenciales... como el de *legalidad*, en su vertiente de taxatividad de la norma, el de *seguridad jurídica* o certeza en la aplicación del precepto, el de *igualdad* del trato a todos los justiciables, el de *proporcionalidad de las penas* a la gravedad del hecho (cantidad «notoria» e «importante») y el de *eficacia de la ley penal*. (S. 14 de diciembre de 2001).

en los que no se evidenciase la afectación del bien jurídico salud pública, por no ser la droga susceptible de llegar a inconcretos consumidores, o sea, por no haber riesgo de difusión. Pero hemos visto que hay Sentencias que condenan cuando tal riesgo de difusión no existe, dada la insignificancia de la cantidad, conformándose con que se supere la cantidad tenida como dmp o, incluso, conformándose con que esté presente el principio activo, aun no alcanzando el mínimo psicoactivo. Estas resoluciones, abandonan la línea jurisprudencial que, acometiendo las dos labores indicadas, pretende adecuar, a pesar del rigor legal, la aplicación de los tipos a los principios básicos del Derecho penal. El fundamento último de cada una de las dos tesis contradictorias nos sitúa ante dos concepciones distintas del bien jurídico y ante dos posiciones diferentes de política criminal. Lo que para muchos ha sido una saludable adecuación de la aplicación de la ley a las demandas de los principios básicos del Derecho penal (33), para otros es «... una postura revisionista, que encuentra en el *quantum* de droga, su tema de referencia, ya para rebajar las penas (en los supuestos de “notoria importancia”) o, incluso, para despenalizar los casos de cantidades mínimas, exiguas o insignificantes»; lo que ha llevado a considerar que en las resoluciones absolutorias se evidencia «... falta de solidez de algunos fundamentos que tratan de hacer la “justicia del caso concreto” a ultranza; la peligrosa dinámica de reducir peligrosamente la cantidad considerada “insignificante” lo que conduce a un casuismo deslizante “a la baja” ilimitado; y como consecuencia de todo lo anterior, la falta de unos límites claros máximos que precisen las cantidades que, alcanzadas o superadas, impiden la exención penal» (34). Opiniones como esta última sirven para avalar la reciente línea jurisprudencial que condena cuando se sobrepasa la cantidad tenida como dmp.

(33) Ver nota anterior y tener en cuenta las innumerables opiniones que aplauden la interpretación restrictiva del tipo del artículo 368, cuya cita excede las posibilidades de este trabajo, pues como dice MUÑOZ CONDE, «la bibliografía sobre el tema (tráfico de drogas), incluso limitándose a la puramente jurídico-penal es inabarcable...», en *Derecho Penal. Parte Especial*, 14.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 632.

(34) URBANO CASTRILLO, E. «¿Irrelevancia penal del tráfico de drogas, en cantidad “insignificante”?», en *La Ley*, núm. 5403, de 24 de octubre de 2001, pp. 1 y 3. En la misma línea, SEQUEROS SAZATORNIL, F., sostiene que en las críticas a la nueva doctrina del TS sobre dosis mínimas psicoactivas, se «... adivinan claramente intenciones revisionistas procedentes, con seguridad, de círculos ajenos a la alta magistratura». («Nada nuevo bajo el sol», en *ABC*, de 26 de abril de 2004.) Sobre el mismo tema y en el mismo sentido, puede verse «La dosis psicoactiva: nuevo criterio punitivo del tráfico de drogas de pequeñas cantidades», en *Otrosí*, núm. 55, marzo 2004, pp. 18 a 22 y «Matizaciones a la nueva doctrina sobre punibilidad de las dosis psicoactivas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 621, de 29 de abril de 2004, pp. 1 a 11, ambos artículos de E. URBANO CASTRILLO.

Analizamos a continuación los distintos aspectos que suscitan las resoluciones comentadas.

...

VI. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

Hemos visto que entre las sentencias absolutorias son varias las que invocan el principio de insignificancia, como argumento general para fundamentar su fallo. En contra la Sentencia 901/2003 (Ponente Bacigalupo Zapater), es tajante en este punto: en los delitos graves, como el tráfico de drogas, no cabe invocarlo, ni si quiera de *lege ferenda*, no existiendo en nuestra legislación ningún precepto que autorice su aplicación para no penar un comportamiento que es típico y antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en el Código penal austriaco o en la Ordenanza Procesal alemana.

Lleva razón la Sentencia en lo que se refiere a que en nuestro Derecho no hay ningún instituto procesal o precepto penal que permita la no perseguibilidad de estos comportamientos. En efecto, la conformidad con la calificación más grave del procedimiento abreviado no supone la renuncia a la pena, sino simplemente un acortamiento del proceso, una vez ya iniciado, que acaba en sentencia condenatoria. Hay que recordar que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el artículo 795 de la LECrim. ampliando el catálogo de delitos susceptibles de enjuiciamiento rápido, incluyéndose, entre otros «los delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código penal», es decir, los delitos de tráfico de drogas que no causen grave daño a la salud, castigados con pena de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo. En estos casos cabe conformidad ordinaria o conformidad privilegiada ante el Juzgado de Guardia (si se dan los requisitos del art. 801). Esta conformidad privilegiada permite la aplicación de la pena solicitada reducida en un tercio, aunque esta reducción lleve a una pena inferior al límite mínimo de la legalmente prevista (35). Pero nada de esto cabe cuando se trata de sustancias que causan grave daño a la salud.

(35) Esta modificación, contenida en la Disposición Final Primera, segundo l), entró en vigor el día 27 de noviembre de 2003, en virtud de lo previsto en la Disposición Final Quinta. Sobre la cuestión puede verse ECHARRI CASI, F., «Particularidades de la tramitación de un juicio rápido por delito contra la salud pública en virtud de la reforma del artículo 795.1.2.^ª por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre», en *La Ley Penal*, núm. 5, mayo de 2004, pp. 1 y siguientes.

Por otro lado, no hay, para el tráfico de drogas, ningún precepto penal que autorice a renunciar a la pena. Sólo puede aplicarse una atenuación en los excepcionales e infrecuentes supuestos de arrepentimiento del artículo 376, que además, tienen que ver con el tráfico organizado de drogas y no con el menudeo que nos ocupa. Tampoco existe disposición similar a la contenida en el artículo 171.3 del CP (que permite al Ministerio Fiscal abstenerse de acusar por un delito, con cuya revelación se amenaza y que se castigue con pena no superior a dos años, para así hacer posible la persecución de la amenaza).

Es cierto, entonces, que no existe en nuestro Derecho ningún resorte legal para canalizar la renuncia a la pena, como plasmación del principio de oportunidad, en los comportamientos de venta de mínimas cantidades de droga (36).

Pero también es cierto que las Sentencias que invocan el principio de insignificancia para absolver, lo hacen, no como aplicación de una norma que no existe, sino como principio interpretativo. Así, la Sentencia 358/2003 (Ponente Marañón Chávarri) acoge las argumentaciones de las defensas que se refieren al «criterio de tratadistas prestigiosos como Jescheck o Mir Puig». En efecto, Jescheck, a propósito del método teleológico y de la interpretación conforme a la finalidad de ley, dice que «... se considera también regla interpretativa general el “*principio de insignificancia*” según el cual los menoscabos realmente mínimos del bien jurídico protegido no llenan ya materialmente el tipo de la norma penal...» (37). Por su parte, Mir sostiene que la falta de tipicidad penal puede deberse a la redacción de los tipos o a «... una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella... por no implicar una afección suficiente del bien jurídico... por ser los hechos adecuados socialmente (*adecuación social*) o insignificantes (*principio de insignificancia*). Se habla en estos casos de *causas de exclusión de la tipicidad* que deben contraponerse a las causas de justificación, las cuales presuponen la existencia de la tipicidad». Y sigue diciendo que el principio de insignificancia está muy próximo al de adecuación social, pero se distingue por no suponer «... la total aprobación social de la conducta, sino sólo una relativa tolerancia de la misma por su escasa gravedad...», el principio de insignificancia debe operar como causa que impide la

(36) Sobre el principio de oportunidad en nuestro país y en Alemania puede verse ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991 y BACIGALUPO, E., «Descriminalización y prevención», en *Poder Judicial*, número especial II, 1987, pp. 9 a 27.

(37) JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 139.

presencia misma de un tipo penal» (38). También Roxin se ha referido al principio de insignificancia o de bagatela a propósito de la interpretación del tipo «... desde el punto de vista teleológico, por el bien jurídico». Dice que esta interpretación ha conducido a los Tribunales a una interpretación extensiva, lo más amplia posible, que ayuda al aumento de la criminalidad, que debe descartarse «... bajo el prisma del principio *nullum crimen*, para proceder a... una interpretación restrictiva que actualice la función de magna carta del Derecho penal y su “naturaleza fragmentaria” y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico. Para ello hacen falta principios como el... de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conducta socialmente admisibles..» o como «... el principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia..». Concluye que «... con estos planteamientos» se logra «... además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad» y que «... el principio de la insignificancia es un principio de validez general para la determinación del injusto» (39). También ha reclamado la vigencia del principio de insignificancia, concretamente, para el tráfico de drogas Torio López, refiriéndose a la «contrarreforma» del artículo 344 del derogado CP. Su razonamiento, perfectamente aplicable al artículo 368 vigente, es el siguiente: para la Jurisprudencia toda acción incidente en el ciclo de la droga es típica o sea, la «... tipicidad se asigna... a cualquier condición que se incorpore al proceso... todas las condiciones del tráfico son, pues, equivalentes... no cabe distinguir entre condiciones importantes y carentes de importancia... La exigua cantidad difundida es considerada jurídicamente irrelevante». Lo anterior supone «... una rectificación de categorías determinadas de la parte general del Derecho Penal, al equiparar causación con tipicidad... La entrega de un cigarrillo de marihuana a petición de otra persona, quien se limita a aspirar de él, devolviéndolo a quien se lo entregó, es una acción formalmente descrita en el tipo del artículo 344, es decir, es un acto de facilitación del consumo de drogas, que por su insignificancia sería absurdo estimar comprendido materialmente en el tipo. Los principios de inexistencia de riesgo o de insignificancia no juegan sólo

(38) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., PPU, Barcelona, 1996, pp. 161 y 512.

(39) *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, traducción de MUÑOZ CONDE, F., Bosch, Barcelona, 1972, pp. 52-53.

en los delitos materiales o de resultado, sino también en los formales o de mera actividad... Lo que tratamos de indicar es la necesidad de conectar el tipo del tráfico de drogas con las categorías de la parte general» (40).

Parece claro que la insignificancia de los comportamientos formalmente típicos y antijurídicos puede y debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo –limitativo– de los tipos penales y ello, aún sin necesidad de acudir a nuevas categorías delictivas o de reconocer legalmente la existencia de causas de justificación de menor intensidad, de genuinas causas de exclusión del injusto, o de causas de tolerancia que no excluyen la antijuridicidad pero sí la nocividad social.

Es de esta forma, a través de la interpretación del tipo, como puede operar el principio de insignificancia en materia de tráfico de drogas, sin que pueda negarse su viabilidad sosteniendo, como hace la Sentencia 901/2003, que en los delitos graves no cabe invocarlo ni siquiera de *lege ferenda*. No hay nada que impida la aplicación del principio de insignificancia, como regla interpretativa, en cualquier delito en el que quepa graduar la importancia del ataque al bien jurídico. Otra cosa distinta ocurriría si tal principio, como plasmación del de oportunidad, estuviese previsto legalmente con la exigencia de ciertos requisitos relativos a la gravedad de la pena. Pero no es éste el caso.

Luzón Peña, refiriéndose al principio de insignificancia, distingue dos supuestos: primero, tipos que «... en su totalidad describe(n) una conducta insignificante...» y; segundo, tipos que en principio describen conductas suficientemente graves, pero en los que «... pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor sea insignificante...». En el primer caso, el principio de insignificancia, «... como causa de exclusión de la tipicidad elaborada por la *dogmática penal*, no puede operar negando la tipicidad cuando la propia ley penal ha configurado –equivocadamente– un tipo que en su totalidad describe un tipo insignificante, pues en este caso sólo cabe solicitar su supresión de *lege ferenda*... la labor dogmática no puede anular una decisión clara del legislador». En el segundo caso, sí puede operar el principio de insignificancia, o sea, cuando «... dentro de una conducta típica que en principio es suficientemente grave pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor sea insignifican-

(40) «Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 935 a 952.

te...» (41). El razonamiento es atendible porque sólo si hay una cierta gravedad en el tipo, podemos decir que hay comportamientos menos graves o, incluso insignificantes, pero que encajan en la literalidad de la descripción. En cambio, cuando el legislador tipifica comportamientos de escasa gravedad, por ejemplo, las faltas, será difícil o imposible establecer esa escala comparativa entre lo escasamente grave y lo todavía menos grave, para eliminar esto último del tipo. Además, en estos casos, la voluntad del legislador es precisamente la de castigar los ataques más leves. Por eso no comparto la idea de Sequeros, coincidente con la de la Sentencia 901/2003, de que «... las infracciones graves, como las que atentan contra la salud pública, y en particular las de tráfico de drogas, no pueden ser objeto de minoración en su reproche por aplicación del principio de insignificancia» (42). Cita este autor, como argumento a favor de tal afirmación, a Roxin cuando sostiene que el principio de insignificancia ha de limitarse a los delitos que por degradación simplificativa del injusto permiten apreciar infracciones de menor relevancia, de donde debe deducir Sequeros, que el tráfico de drogas no admite tal degradación. Este razonamiento no me parece correcto por dos razones: primera, el propio Roxin, como hemos visto, sostiene que el principio de insignificancia puede referirse a «la mayoría de los tipos penales» y, segundo, el tráfico de drogas sí admite distintas gravedades; no sólo las que el legislador marca con el juego del tipo básico (en sus dos modalidades de grave daño o menor daño) y de los tipos agravados, sino también las distintas gravedades dentro del marco penal del tipo básico: la venta de cantidades ínfimas de droga es prueba de ello. También busca Sequeros apoyatura a su tesis en las palabras de Luzón Peña, cuando, este último, dice que «es especialmente fácil de aplicar el principio de insignificancia en aquellos tipos que distinguen una forma grave como delito y una leve como falta, considerándose entonces que la levísima es atípica en virtud del principio de insignificancia...» (43). Sin embargo, esta afirmación de Luzón no avala la de Sequeros por dos razones: primera, previamente Luzón, como hemos visto, dice que el principio de insignificancia opera en tipos suficientemente graves en los que encajan supuestos insignificantes y, segundo; porque, aunque se admita que es especialmente fácil aplicar tal principio

(41) «Causas de atipicidad y causas de justificación», en VV.AA., *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 28

(42) SEQUEROS SAZATORNIL, F., «El principio de insignificancia...», *op. cit.*, p. 3.

(43) LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 29 y SEQUEROS, «El principio de insignificancia...», *op. cit.*, p. 3.

cuando hay delito y falta (44), ello no impide afirmar que es especialmente necesario hacerlo cuando el legislador no contempla una atenuación o una falta que puedan contener los comportamientos que encajan en el tipo, pero que tiene una gravedad mínima o insignificante, comparándola con la de otros comportamientos, también típicos, pero graves.

VII. PROBLEMAS DE PROPORCIONALIDAD

Lo anterior, nos conduce a una segunda cuestión: no se trata, sólo, de que el tráfico de drogas sea un comportamiento grave, sino, más bien, de que el tipo penal está construido de una forma desproporcionadamente grave que produce una praxis contraria al principio de igualdad. Esto explica la frecuencia del recurso al indulto parcial en condenas por tráfico de cantidades pequeñas dado que el mínimo legal de tres años, cuando se trata de sustancias que causan grave riesgo a la salud, es excesivo y desproporcionado. Es más, me atrevo a decir que, en las resoluciones absolutorias, el recurso al principio de insignificancia, se explica, no sólo por un determinado entendimiento de los principios básicos del Derecho penal, tal como hemos visto, sino también por la gravedad del marco penal (de tres a nueve años de prisión). Si la pena fuese inferior, probablemente, el principio de insignificancia se reclamaría en menos casos y el indulto parcial en ninguno.

Significativa resulta la Sentencia 1105/2003, de 24 de julio, (Ponente Sánchez Melgar) que condena en un caso de posesión de 15,248 g de cocaína, con una pureza del 28,94 por 100 (lo que supone 4,4127712 g de principio activo), para consumir en una fiesta de nochebuena por un grupo de amigos, por entender que no se daban

(44) El principio de insignificancia puede aplicarse en los casos en que, la poca trascendencia de la conducta haría excesiva, incluso, la consideración de la falta. Así ocurre en las coacciones, de cuya tipicidad como delito y como falta deben excluirse algunos casos especialmente leves, por existir, en palabras de Mir Puig «... un límite tácito (que es) el principio de la insignificancia, según el cual no pueden determinar pena criminal hechos que merecen únicamente una *insignificante reprobación social*. Este principio guarda proximidad con otro límite tácito de la tipicidad: ... la *adecuación social*», pero el de insignificancia se diferencia del de adecuación porque «... no presupone la *total aceptación social* de la conducta, sino que se aplica a hechos desaprobados, si quiera muy ligeramente, por la sociedad». («El delito de coacciones en el Código penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, pp. 300 y 301.)

los requisitos del consumo compartido, pues entre los destinatarios de la droga había sujetos no adictos, la cantidad no era insignificante y la fiesta era abierta al público. La Audiencia condenó a tres años de prisión, o sea, a la pena mínima posible y el Tribunal Supremo consideró que «... no obstante ser (la pena) la mínima imponible, se encuentra desproporcionada a los elementos fácticos que han sido estudiados y a la proximidad de nuestra doctrina, lo que permitiría activar por el recurrente el oportuno mecanismo de gracia (indulto parcial por la mitad de la pena impuesta)...». En este caso, es evidente que no se podía hablar de cantidad insignificante de droga, pues lo incautado superaba con mucho, no sólo la dmp (50 mg), sino también la de abuso habitual (100-250 mg) y la de consumo diario estimado (1,5 g repartidos entre 12 y 24 rayas). Tampoco había ausencia de peligro abstracto, puesto que la fiesta no era privada o con exclusión de terceros, sino pública y multitudinaria al celebrarse en una carpa del Ayuntamiento, lo que posibilitaba la difusión y contemplación de sujetos indeterminados, los destinatarios no eran adictos y la droga no sería consumida de inmediato, todo lo cual impide, según la doctrina del TS, hablar de consumo compartido impune. Pero tampoco es posible aplicar el principio de insignificancia, dada la cantidad, aunque admitamos dogmáticamente su viabilidad. A lo que debe añadirse que el ponente de esta resolución es el mismo de las SS 1023/2002, de 19 de enero de 2004 y 1982/2002, de 28 de enero de 2004 que aplican la tesis de la tipicidad de la conducta cuando se supera el mínimo psicoactivo. A pesar de todo lo anterior, la Sentencia apunta la posibilidad del indulto parcial, porque la pena mínima de tres años resulta desproporcionada a la gravedad de los hechos. Si esa pena es desproporcionada en este caso (similar al del consumo compartido, pero faltándole todos los requisitos), qué debemos decir cuando esa pena de tres años se aplica a un supuesto de transmisión de una cantidad insignificante, no susceptible de división y que, en consecuencia, no genera riesgo de difusión entre varios e inconcretos sujetos. Pues, evidentemente deberemos decir que es una pena muy desproporcionada, mucho más desproporcionada que en el supuesto anterior. Y ante esto sólo cabe la vía de la interpretación restrictiva del tipo penal acudiendo al principio de insignificancia, negar la tipicidad por entender que no hay objeto material, o negar la afectación del bien jurídico salud pública. Y, caso de mantenerse la tipicidad a ultranza, sólo cabe recurrir al derecho de gracia. Pero el indulto no es una buena solución para un tipo de conductas —el menudeo o trapicheo—, que, por su frecuencia, deben resolverse dentro del CP. Estas son las soluciones de *lege data*, pero de *lege ferenda*, y siempre que se quiera mantener la tipicidad de la venta de cantidades insignificantes, podría considerarse la conve-

niencia de una atenuación de la pena genérica (por las circunstancias del hecho) o específica (por cantidad insignificante) (45) que cubriese estos supuestos. En el planteamiento que aquí se sostiene, la atenuante debería referirse a cantidades pequeñas, pero siempre superiores al mínimo psicoactivo, pues por debajo del mismo estaríamos ante un caso de falta de objeto material.

Los esfuerzos jurisprudenciales para eliminar del tipo el consumo compartido o la entrega de droga para evitar el síndrome o propiciar la deshabitación decreciente y controlada se han producido a propósito de casos de sustancias que causan grave daño a la salud (especialmente heroína) y cuando la pena a imponer es considerable: de tres a nueve años (art. 368 vigente) o de dos años, cuatro meses y un día a ocho años (del derogado art. 344, en redacción dada por la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo) y no antes. Y también cuando se ha ampliado el ámbito de lo punible, ya que es la reforma de 1988 la que introduce en el artículo 344 la cláusula abierta «... o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo...», lo que, en interpretación literal conduciría a una extensión desmesurada del tipo. Hay que recordar que la diferenciación entre sustancias que causan grave daño y otras que no lo causan apareció en el CP, en virtud de la LO 8/83, de 25 de junio, que establecía las penas de prisión menor (de seis meses y un día a 6 años) y arresto mayor (de un mes y un día a seis meses), según el tipo de sustancia. Se trataba de penas menores que las que tenemos ahora o las que se introdujeron en 1988; pero, sobre todo, en la redacción de 1983, no existía la cláusula expansiva del favorecimiento. La mayor amplitud del tipo y la aplicación de penas más graves empujó a los tribunales a buscar las interpretaciones restrictivas del tipo o a propiciar el indulto parcial por desproporción de la pena.

(45) La desproporción de la pena mínima de tres años, en realidad, no es un argumento para sostener la atipicidad, sino que es una idea que se maneja por quienes no discuten la tipicidad. Así, PAZ RUBIO, J. M., sostiene que «...el tráfico de drogas es un delito grave, y una lacra social que hay que perseguir, pero nos preguntamos si en estos supuestos no se estará vulnerando el principio de proporcionalidad de la pena, y por darse una menor antijuridicidad material y quizás una menor culpabilidad, debería de aplicarse una circunstancia atenuante muy cualificada de cantidad insignificante, que de acuerdo con el artículo 66 del CP, permita reducir la pena en uno o dos grados, castigando la conducta, pero dándole una respuesta más proporcional, aunque también podría resolverse el problema aplicando la figura del delito imposible por inidoneidad relativa del objeto.» Se refiere este comentario a la Sentencia 1663/2003, de 5 de diciembre de 2003, o sea, a la primera que ha aplicado el Cuadro resumen del Gabinete Técnico del TS sobre dmp («Condena a tres años por venta de una papelina de droga con una pequeña dosis psicoactiva. Análisis de la STS 2.^a de 5 de diciembre de 2003», en *La Ley Penal*, núm. 4, abril 2004).

Por otro lado, el artículo 344 del anterior Código, en redacción dada por la Ley 44/71, de 15 de noviembre, no distinguía entre los dos tipos de sustancias, las que causan grave daño y las que causan menor daño, castigando todos los casos con la pena de prisión mayor (de 6 años y un día a 12 años), pero añadía la siguiente disposición: «Los tribunales atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en grado, según proceda». La redacción de 1971 era cuestionable por su indeterminación, sobre todo en lo que se refería a la posibilidad de subir la pena en grado, así como por la gravedad de la pena básica y por el arbitrio que generaba. Pero la idea de la atenuación, hoy, podría merecer una reflexión, y no, precisamente, para los casos que estamos examinando, que se resuelven por la ausencia de afección al bien jurídico, sino para casos de cantidades sensiblemente superiores, de las que se derive el ataque al bien jurídico, pero en todo caso pequeñas (por ejemplo, dos o tres dosis o más pero en determinadas circunstancias), para los que la pena de tres años puede seguir siendo excesiva. Recuérdese la Sentencia recién citada 1105/2003. No soy partidaria del establecimiento de un tope mínimo rígido para empezar a castigar, aunque fuese superior a la dmp, pues el dato de la cantidad no es el único que puede indicar el peligro para el bien jurídico. Si pensamos en la posesión no hay una cifra fija para entenderla preordenada al consumo o al tráfico, sino que en cada caso y según las circunstancias concretas, se infiere un destino u otro.

La posibilidad de atenuar la pena por las circunstancias del culpable serviría hoy para dar cabida al caso del traficante-consumidor, que no alcanza la atenuación 2.^a del artículo 21, ni la eximente incompleta 1.^a del mismo artículo en relación al artículo 20.2.^o (46). La atenuación por las circunstancias del hecho podría servir para evitar el rigor del mínimo de tres años en casos de venta de pequeñas cantidades de droga. Es más si existiese una posibilidad de atenuar la pena, no genéricamente por las circunstancias del hecho, sino concretamente por la insignificante cantidad de droga (pero superior a la dmp), entonces no se plantearía la discusión sobre la posibilidad de negar la tipicidad por aplicación del principio de insignificancia, pues tales supuestos estarían expresamente contemplados dentro del tipo atenuado. Se conseguiría así, un efecto similar al que la conformidad privilegiada produce cuando se trata de sustancias que no causan grave daño a la salud. Entonces, sólo se consideraría atípica la transmi-

(46) Sobre la figura del traficante-consumidor puede verse GARCÍA GARCÍA, J., «Posesión de drogas y tratamiento penal del consumidor-traficante», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, núm. 58, pp. 5-26.

sión de sustancias en cantidad inferior a la dmp, pero no por la irrelevancia o insignificancia de la cantidad, sino por falta de objeto material (una cantidad por debajo de la dmp no tiene ningún efecto sobre el organismo).

La Sentencia 772/96, de 28 de octubre, citada al principio, se refiere a la desproporción de la pena mínima de 3 años para quien intentó pasar a un compañero recluso una cantidad pequeña de droga (0,06 g de heroína) y lo resuelve por la vía interpretativa, sin recurrir al derecho de gracia, diciendo que «... en los supuestos en que se aprecia clara desproporción entre la pena asignada al tipo y la entidad de la conducta enjuiciada, antes de plantearse el recurso al Poder Ejecutivo...», para proponer el indulto o la derogación o modificación del precepto, «... es preciso constatar si la desproporción apreciada, más que un defecto del legislador, se debe a un error de subsunción subsanable en el propio ámbito del Poder Judicial a través de una interpretación del tipo sujeta al fundamento material de su incriminación». La solución a la que llega la Sentencia consiste en negar que estemos ante un defecto del tipo por desproporcionalidad, sino en afirmar que la conducta no encaja en el tipo por no ser idónea (dada la insignificante cantidad) para poner en peligro la salud pública.

Si aplicamos la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad a los casos de tráfico de mínimas cantidades de droga, concluiremos que hay un defecto de proporcionalidad y que la pena mínima que resulta aplicable es desproporcionada. Partimos, naturalmente de que sólo al legislador compete decidir qué comportamientos son delictivos y qué pena les corresponde y que tal competencia exclusiva sólo puede ser examinada en vía constitucional si la desproporción supone vulneración de un derecho fundamental como el derecho a la libertad. A partir de aquí, el juicio de proporcionalidad deberá someter a prueba las siguientes cuestiones: 1.^a relevancia del fin perseguido por la norma, 2.^a necesidad e idoneidad de la pena para alcanzar ese fin y, 3.^a comparación entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, para ver si de esa comparación se deriva desproporción (proporcionalidad en sentido estricto). Así se ha establecido en Sentencia del Tribunal Constitucional 136/99, de 20 de julio, que resuelve la cuestión de la falta de proporcionalidad en el artículo 174 bis a) del derogado CP, que tipificaba el delito de colaboración con banda armada. A esta Sentencia me he referido en otro lugar (47), mostrando mi desacuerdo con la solución que alcanza en el caso con-

(47) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 570-573.

creto, a pesar de que los postulados doctrinales que sobre la proporcionalidad establece son correctos. Si sometemos el tráfico de drogas, en general, a las dos primeras pruebas –relevancia del fin perseguido y necesidad e idoneidad de la pena–, empezaran a surgir sospechas fundadas de falta de proporcionalidad (48). Pero, si sometemos a estas dos primeras pruebas el caso concreto del tráfico de cantidades pequeñas de drogas de las que causan grave daño y su pena mínima de tres años, entonces las sospechas serán mayores y, si hacemos la tercera comprobación, la de la proporcionalidad en sentido estricto, entonces, no hay sospechas; entonces, seguro, que el resultado es de clarísima desproporción. Cuando una pena es desproporcionada, la respuesta judicial puede resultar desigual e insegura, yendo, desde el desconocimiento de esa desproporción, hasta la búsqueda de soluciones atenuatorias o exculpatorias no compartidas por todos, pasando por el «parche» del indulto.

La cuestión de la proporcionalidad es tema permanente en materia de tráfico de drogas y ha movido importantes decisiones jurisprudenciales: así ocurrió para la agravación de notoria importancia y para el concurso entre tráfico y contrabando (49). Tratándose de venta

(48) Sobre este tema, en general, para el delito de tráfico de drogas puede verse GÓMEZ RECIO, F., «El principio de proporcionalidad penal, doctrina constitucional y su aplicación a los delitos de tráfico de drogas», en *Actualidad Penal*, núm. 45, 4 a 10 de noviembre de 2000.

(49) Ver voto particular de P. Andrés Ibáñez a la Sentencia 81/2001, de 24 de enero, citado en nota 19, en el que puede leerse que «El TC, en su bien conocida S. 136/1999, de 20 de julio, ha formulado objeciones de proporcionalidad a la reacción penal frente al terrorismo, actividad cuyo desvalor ético y negativa trascendencia social bien admite ser comparada con la que aquí nos ocupa. No cabe duda de que tal criterio de ponderación es atendible como pauta interpretativa en el campo en el que se mueve este voto particular (notoria importancia de la cocaína). Y aun más cuando la propia Sala Segunda del TS se fundó de manera expresa –al adoptar un cambio de línea jurisprudencial asimilable al que aquí se demanda– en esas mismas razones de proporcionalidad (SS. 1, 10, 22 y 30 de diciembre de 1997, sobre concurso de tráfico de estupefacientes y contrabando)». Se refiere al cambio de rumbo en el TS que, tras el Acuerdo de la Sala de 24 de noviembre de 1997, dejó de considerar la solución del concurso ideal de delitos, para optar por el concurso de normas, cuando concurrían tráfico de drogas y contrabando. En la S. de 1 de diciembre de 1997 se recuerda que el CP de 1995 eleva las penas y desconoce la redención de penas por el trabajo, por lo que el mayor rigor penal obliga a plantearse la cuestión de la proporcionalidad que no sólo vincula al legislador, sino que también se dirige al intérprete. Señala la sentencia que la aplicación del concurso ideal podría llevar a una pena de 12 años, para sustancias que causan grave daño a la salud, lo que nos colocaría ante una pena escasamente inferior a la del homicidio. Se concluye que «... la introducción de la droga desde el extranjero, si aumenta la gravedad del hecho, puede ser adecuadamente reprimida con las nuevas penas previstas en el CP para el tráfico de drogas, quedando consumida la supuesta lesión de la norma de contrabando en el

de pequeñas cantidades de droga, la nueva tesis jurisprudencial agrava los defectos de desproporción al considerar típicas conductas insignificantes y castigarlas con una pena que no es insignificante. Es obvio que se pretendía algo, en principio, loable, como es la unificación de la respuesta judicial, o sea, la seguridad jurídica. Pero el intento ha sido desautorizado, en cuestión de pocos días por expertos en materia de drogas. Los intentos de la Sentencia 298/2004 de aclarar posibles dudas, anotando las resoluciones anteriores, creo, que tampoco resuelven el problema generado. Muy al contrario, las vías de flexibilización del rigor punitivo que señala la Sentencia, más allá de lo necesario (otras pericias contradictorias, la eximente completa e incompleta, la elevación del tope nimio de la heroína, la atipicidad de otros casos, la suspensión de la ejecución de la pena y la ventaja de la pena que se convierte en incentivo rehabilitador), ponen de manifiesto que tácitamente se está reconociendo que la solución alcanzada no es satisfactoria. Unificar la doctrina jurisprudencial era y es imprescindible, por el atentado que a la igualdad y a la seguridad jurídica supone la convivencia de dos tesis irreconciliables en el TS. Pero, lo que ha hecho la nueva tesis es consagrar una seguridad jurídica del exceso y de la desproporcionalidad. En realidad, más que hacerlo, lo pretende, porque no hay un Acuerdo de Unificación de criterios que contenga la obligatoriedad de optar por la dmp como límite de tipicidad. Lo único que hay es un Acuerdo de petición de datos al Instituto Nacional de Toxicología, un Informe de este organismo con datos relativos a tres indicadores, no solo a dmp y unas sentencias que optan por ese indicador, pero que podían haber elegido otro o podían limitarse a hacer una correcta interpretación del tipo penal, sin acudir a cifras rígidas.

Creo que aquí puede ocurrir algo similar a lo que pasó a propósito de la notoria importancia: en aquel caso la situación era más difícil, pues había un Acuerdo de Unificación de doctrina que fue «desobedecido» por tribunales inferiores y cuestionado desde dentro del TS, provocando un nuevo Acuerdo, el de 19 de octubre de 2001, que re-

tráfico de drogas, en virtud del principio *Lex consumens derogat legis compsumtae*». Todo este razonamiento quedará superado, para volver a la situación penológica anterior, el día 1 de octubre de 2004, cuando entre en vigor la reforma del artículo 369, operada por LO 15/2003, que permitirá elevar la pena del artículo 368, en un grado cuando «El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas». Así, tratándose de drogas que causen grave daño a la salud introducidas ilegalmente en España la pena será de 9 a 12 años. Los esfuerzos de la Jurisprudencia en materia de tráfico y contrabando, para adecuarse al principio de proporcionalidad, se tiran por la borda.

solvió la cuestión garantizando los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad (50). En el caso de la venta de pequeñas cantidades no hay un Acuerdo previo, sino sólo una nueva línea jurisprudencial y un sector del TS que afirman la tipicidad a partir de la dmp. Creo necesario un Acuerdo que ponga fin a la situación actual, que no persiga garantizar la seguridad jurídica del exceso y tenga en cuenta cuál es la finalidad de los tipos de tráfico de drogas. Si esa finalidad es la de evitar los perniciosos efectos del consumo (más bien, del abuso) de drogas, entonces la intervención penal ha de comenzar allí donde tales efectos empiezan a detectarse, es decir, cuando podamos hablar de un sujeto «drogado» o, incluso de riesgo abstracto de que haya un sujeto «drogado» y, esto no ocurrirá sólo con superar el mínimo psicoactivo, pues en ese caso sólo habrá un sujeto en el que se pueda detectar un efecto físico o psíquico. Para hablar de sujeto drogado hay que tener presente las pautas de consumo y las dosis que realmente se consumen. La dmp no es un indicador del problema de la droga. La tipicidad debería afirmarse, con carácter general, en cantidades superiores, que se moviesen alrededor de las dosis de consumo medias (dosis media activa y no dmp) como ya he dicho, ni tan siquiera creo necesario fijar una cantidad inamovible para empezar a castigar. Una vez decidido que la intervención penal empieza cuando empieza el problema (o sea, cuando estemos por encima de una dosis de droga), deberá ser constatado el peligro para el bien jurídico salud pública y, si no hay tal peligro, porque la dosis resulta indivisible y, por tanto, no susceptible de difusión y de llegar a inconcretos consumidores, entonces la conducta no podrá castigarse por ausencia de afectación al bien jurídico. Es decir, que la interpretación que creo correcta es la que se recogía en las Sentencias absolutorias examinadas al principio. Esta solución, además, serviría para empezar a solventar el problema de proporcionalidad, pues con ella la pena de tres años se aplicaría a auténticos casos de difusión de drogas entre inconcretos sujetos. Y, aun así, sería necesario introducir una atenuación.

(50) Ver notas 19 y 32. En el voto particular a la Sentencia 81/2001, ya citado, sobre notoria importancia, se hacen razonamientos similares a los aquí expresados sobre la seguridad jurídica, así se dice que «... el criterio de demarcación de la “notoria importancia” (se refiere al momento anterior al Acuerdo de 2001), de tan endeble fundamento, se ha elevado a la categoría de dogma... con la invocación acrítica de imperativos de seguridad jurídica y de eficacia en la represión de las conductas perseguidas... la contundencia en la respuesta punitiva a las conductas criminales es un valor, como también lo es el de seguridad jurídica. Pero se trata de valores instrumentales y no absolutizables... hay seguridades jurídicas cuyo precio en los costes más diversos las hace inaceptables».

VIII. EL BIEN JURÍDICO

La solución a los casos que nos están ocupando debe venir de la mano de la determinación del bien jurídico salud pública en los delitos de tráfico de drogas. Labor en la que encontramos dos dificultades: una, la que comparten todos los delitos contra la salud pública, que se refieren a objetos muy diversos y tienen una referencia última a la seguridad colectiva y, otra, la propia en el caso de tráfico de drogas, que se deriva de su peculiar objeto y de su régimen legal. En efecto, medicamentos y alimentos son productos de consumo legal y tráfico libre, aun sometido a una estricta reglamentación administrativa; mientras que las drogas son sustancias de consumo ilícito (salvo excepciones terapéuticas) y de tráfico prohibido [salvo los supuestos expresamente admitidos en el régimen de fiscalización de las Convenciones de 1961 y 1971 y de la legislación interna (51)]. De aquí se deriva que la protección de salud pública en un caso y en otro no será idéntica, que la referencia a la salud individual, como trasfondo de la pública, no operará igual y que el papel del conjunto de los sujetos que tienen el derecho a la salud pública o respecto de los que la predicamos no puede ser igual. Así, sostiene Acale Sánchez que en el caso de los alimentos y los medicamentos se castiga «... la distribución de una serie de productos deteriorados, cuya mera puesta en circulación produce un peligro inmediato para la salud pública y mucho más lejano para la salud individual de las personas que no quieren que su salud se vea afectada por el consumo de una serie de alimentos o medicamentos que pueden consumir porque son de curso legal» y que en el caso del tráfico de drogas «... hay que referirse a la protección de la salud pública a través de la salud individual de las personas que “quieren consumirlas”, a pesar de estar prohibidas» (52). En el mismo sentido, dice Díez Ripollés que «... la protección penal de salud pública está basada, con la significativa excepción del tráfico de drogas, sobre la idea de no causar menoscabos o impedir mejoras en la salud de una pluralidad de personas que no quieren sufrirlas o dejar de obtenerlas» (53).

(51) SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, Madrid, FAD, 2002, pp. 69 a 75 y 117-118. Concluye este autor que, analizados los artículos 2.2 y 22 de la Ley 17/67, de 8 de abril, de Estupefacientes y 2.1 y 16 del D 2829/77, de 6 de octubre, de psicotrópicos, está prohibido cualquier uso o consumo no autorizado, lo que incluye el consumo privado que, sin embargo no es objeto de sanción (y, naturalmente, es penalmente atípico).

(52) *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 22.

(53) *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 127.

El bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas ha sido entendido como salud colectiva, o sea, como la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para salud pública es grave, porque puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave. Con esto se quiere evitar la generalización de un hábito insalubre entre personas indeterminadas; pero, para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deban determinarse esas personas. Hasta aquí hay un cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en el concepto de salud pública, pues, en realidad su contenido es vago e indeterminado. A partir de esta caracterización del bien jurídico, la jurisprudencia ha considerado atípicos una serie de casos («entregas compasivas», consumo compartido, donación e invitación) al principio con excepciones que han ido desapareciendo, más o menos, en la segunda mitad de los años noventa (54). Pero se mantiene un claro enfrentamiento en lo que se refiere a la venta de mínimas cantidades de droga. Las discrepancias surgen alrededor de tres cuestiones:

- 1.^a Cómo ha de llenarse el peligro de difusión entre indeterminadas personas.
- 2.^a Si, junto con la salud pública, existe otro interés que comprometa la interpretación del bien jurídico.
- 3.^a Qué papel juega la referencia a la salud individual.

El análisis de estas tres cuestiones nos llevará a una última consideración sobre la inapropiada protección que da el CP a menores e incapaces en lo que se refiere a su indemnidad frente a las drogas.

En la interpretación que aquí se sostiene, no habrá peligro para la salud pública y la conducta será atípica en los siguientes casos:

1.^o Cuando la droga esté destinada a un solo y concreto individuo o varios determinados, siempre que la cantidad se adecue al consumo de que se trate, o sea en los casos de autoconsumo, consumo compartido, invitación a un sujeto, ayuda a la deshabituación y evitación del síndrome de abstinencia (siendo los dos últimos supuestos de adecuación social).

2.^o En los casos de venta de cantidades pequeñas, aunque superiores a la dmp, pero indivisibles, pues ello impide el riesgo de difusión.

(54) Sobre la evolución jurisprudencial en el entendimiento de la salud pública, ver JOSHÍ JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 CP*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 27 a 42.

3.º Cuando se trate de cantidades inferiores a la dmp, por ser un caso de falta de objeto material, de inexistencia de droga.

4.º Cuando la droga esté destinada a un uso (por ejemplo, de investigación científica) distinto del consumo, o sea, cuando «... no suponga aplicación al ser humano...», aunque el uso infrinja la normativa sobre fiscalización y no esté expresamente autorizado (55).

1. Las razones de la discrepancia

1.1 EL PELIGRO DE DIFUSIÓN

Quienes no admiten la atipicidad del segundo supuesto, no es tanto porque sostengan otro concepto de salud pública, sino más bien por la interpretación que hacen del mismo y del tipo penal (así lo hemos visto en las sentencias condenatorias y absolutorias) y porque no hacen la comprobación del peligro caso por caso, entendiendo que siempre que hay droga y se trate de un acto de venta habrá peligro. Algunas sentencias y opiniones doctrinales utilizan un argumento que, es correcto y válido desde la óptica sociológica, pero que no puede traducirse, sin más, en argumento de tipicidad. Así, la Sentencia 1699/2003 sostiene que «... si se dejase impune... el menudeo, sería tanto como dejar abierto el “grifo” a través del cual se decanta, en último término la mayor parte del tráfico de estupefacientes». Y la Sentencia 1663/2003 dice que «... aunque las dosis ingeridas afecten mínima o imperceptiblemente a la salud, el propósito de los vendedores podría estar dirigido a iniciar a neófitos en el consumo, consiguiendo, a medio plazo, un cierto grado de dependencia y consiguiente tolerancia...». En otras resoluciones se dice que las consecuencias perniciosas de las drogas surgen por el efecto acumulativo que la ingesta de diversas dosis causa en el organismo; en este sentido la Sentencia 1743/2003 dice que por «... el mero hecho de que las dosis consumidas por una persona sean de cuantía mínima, no por ello deja de producir el efecto acumulativo en el organismo determinante de unos mecanismos de tolerancia y dependencia que, por el transcurso del tiempo, llegan a generar una toxicomanía más intensa...». De las anteriores consideraciones se quiere deducir un nivel de tolerancia cero,

(55) En este sentido, SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho de las drogas...*, *op. cit.*, p. 117. Naturalmente también son atípicos todos los usos autorizados (industriales, de investigación, terapéuticos y docentes) por la Ley 17/67, el Decreto 2829/77 y la Orden de desarrollo de 14 de enero de 1981 y por el Real Decreto 75/1990, de 19 de enero, de tratamiento con opiáceos para dependientes (información detallada sobre esta normativa se encuentra en la obra recién citada, pp. 69 a 75).

incluso ante dosis mínimas o insignificantes, porque es la suma de muchas dosis la que genera el problema. Pero, todo lo anterior sirve como consideración sociológica, pues, en efecto, el «problema de la droga» no se genera por tomarla una vez, sino por el abuso continuado esclavo de la dependencia. Cuando esta constatación se traduce en afirmación de la tipicidad se pierde de vista que el bien jurídico sigue siendo la salud pública, o sea, la de muchos e indeterminados sujetos que pueden alcanzarse con la difusión de la droga y que, en los casos de venta de cantidades mínimas e indivisibles no hay riesgo de difusión. Cuando hablamos de la responsabilidad penal (personal) por un acto de venta no podemos imputar a su autor todo el universo de los males de la drogadicción, es decir, no puede responder por el efecto acumulativo que su comportamiento y muchos otros puedan tener sobre el consumidor (56).

El tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto y no de peligro presunto, por eso la Sentencia de 29 de mayo de 1993 dice que «El peligro abstracto no debe ser confundido con el peligro presunto...», lo que vulneraría la presunción de inocencia, y que «peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada... no están concretados o determinados los sujetos portadores del bien jurídico tutelado, cuya salud va a ser puesta en peligro o afectada por el agotamiento de la acción. Pero lo que sí es preciso que tal peligro, como riesgo de futura lesión de aquel bien jurídico, se encuentre realmente presente en la acción...». Ese riesgo de futura lesión de la salud pública sólo existirá si podemos afirmar un potencial daño a la salud individual, pues la salud pública no es un ente totalmente autónomo o ficticio, sino que es la suma de las saludes individuales. El castigo automático por encima de la *dmp* sólo puede explicarse si entendemos la salud pública como algo absolutamente desvinculado de la salud individual, sin contenido material que pueda ser objeto de prueba (no habría que probar la potencialidad dañina), lo que nos colocaría ante un delito de peligro presunto, porque la *dmp* lo único que supone es la posibilidad de constatar algún efecto en las funciones físicas o psíquicas, pero no dice si ese efecto es perjudicial o no y, mucho menos, que el sujeto esté drogado. En el tráfico de drogas hay que medir la potencialidad dañina de la sustancia para distinguir entre las que causan grave daño a la salud y las que causan menor daño, pero en todo caso daño a la salud. La tesis que se conforma con que haya droga y precio prescinde de la constatación del peligro

(56) Consideraciones similares hace MARTÍNEZ ESCAMILLA al referirse a la comparación de males, a efecto de estado de necesidad, en el caso de los correos o mulas de la coca (en «Los correos...», *op. cit.*, pp. 722 ss.).

y, sin embargo, trata el precio como si fuese un elemento de tipicidad, cuando, evidentemente, no lo es. Son muchas las resoluciones que aclaran este aspecto; así la Sentencia de 7 de febrero de 1994 dice que «... la comercialización o entrega por precio de la droga no constituye una condición precisa para la lesión del bien jurídico de la salud pública, que también se pone en peligro con la difusión gratuita...». Por eso es absurdo exigir la ausencia de precio en los casos que se excluyen de la tipicidad, pues en éstos, lo único que pasa es que la gratuidad puede ser consustancial al comportamiento (no se puede «invitar» a cambio de precio), pero no es causa de atipicidad. La atipicidad se deriva de la no-afectación al bien jurídico y por eso, si la jurisprudencia considera atípico invitar a una dosis indivisible de droga, también debería considerar atípico vender esa misma dosis indivisible de droga.

1.2 EL INTERÉS DOMINANTE

Algún autor de los que sostienen la tesis condenatoria se fija en un interés dominante que explicaría la tipificación del tráfico de drogas, más allá del bien jurídico, interés que desde luego existe, pero que no puede acogerse como bien jurídico protegido. Me estoy refiriendo al peso que la «seguridad» tiene en esta materia. Rechazo la tesis que considera que el tráfico de drogas es un delito pluriofensivo, que protege la salud pública y la seguridad. Esto podría deducirse formalmente de la ubicación de los delitos contra la salud pública, dentro del Título XVII relativo a los delitos contra la seguridad colectiva, pero creo que debemos liberar la antijuridicidad del artículo 368 de esta carga. Ello no obsta para reconocer que, aunque la seguridad no es un bien jurídico, lo cierto es que una de las ideas que late en la materia es la de la inseguridad que supone la delincuencia drogoinducida, fundamentalmente la patrimonial para proveerse de droga. A esto me refiero cuando digo que una cosa es el bien jurídico salud pública y otra el interés dominante que subyace en la tipificación. No podemos olvidar que en el principio del prohibicionismo no está la preocupación por la incidencia nociva en la salud, sino más bien la idea del daño social y que quienes hoy se muestran contrarios a la aplicación del principio de insignificancia a la venta de cantidades ínfimas de droga, sostienen, como hace Sequeros Sazatornil, que «... desde una perspectiva metajurídica, la última razón tuitiva de la salud pública exigiría la averiguación del *interés dominante*, en la medida en que es innegable que confluyen diversos factores y condicionamientos en su regulación, que podrían desvelarnos algo tan elemental como la justificación de por qué se consideran determinadas sustancias como proscritas frente a la admisión de otras tanto o más nocivas para la sa-

lud, pero de uso y abuso inveterado en los países de nuestro entorno cultural. No resulta difícil advertir la concurrencia de intereses espurios, de carácter político y económico, que rebasando el marco de los estrictamente sanitario, entran en conflicto ético con el altruismo que debe presidir la protección de la salud poniendo en tela de juicio la finalidad última de su regulación» (57). Lleva razón este autor al señalar que tras la tipificación del artículo 368 hay unas razones que llevaron a la regulación y que no coinciden con el bien jurídico, pero a partir de ahí, caben dos opciones: interpretar el tipo desde esas razones, aunque se llegue a castigar lo que no afecta a la salud pública o, interpretar el tipo teleológicamente, para descubrir el ámbito de protección de la norma, es decir el bien jurídico, aunque ello no responda en todos los casos a los motivos que están detrás de la tipificación. Esta segunda opción nos conduce necesariamente a entender que no hay afectación de la salud pública cuando la cantidad de droga vendida es tan pequeña que, por indivisible, no permite su difusión entre indeterminados sujetos. Por eso es incorrecta la tesis que afirma la tipicidad a partir de la dmp, sin constatar la presencia de riesgo de difusión. Para castigar este supuesto sería necesario un nuevo tipo penal, que no castigaría el tráfico/difusión, sino el suministro individual, con lo que se pasaría de un bien jurídico colectivo a uno individual. Pero, un tipo como ése, por su cercanía a los delitos de lesiones, encontraría un escollo difícilmente salvable por la presencia del consentimiento, salvo que se le negase todo valor como causa de atipicidad. La dificultad de esta tesis es evidente y su inconveniencia político-criminal, también. Sin embargo, un tipo de estas características podría cumplir una función importante cuando el suministro de droga vaya dirigido a menores o incapaces. A ello me referiré después.

La exclusión del objeto material del alcohol y el tabaco, obedece, desde el punto de vista jurídico a su no inclusión en las Listas de las dos Convenciones, la de 1961 y la de 1971, que son derecho vigente en España y a que su régimen legal es de productos de tráfico lícito pero intervenido. Cosa distinta es que nos preguntemos por qué estas sustancias no están fiscalizadas; entonces la explicación será otra, de tipo económico y sociológico. Por eso, en este punto concreto, lleva razón Sequeros Sazatornil al decir que son razones metajurídicas las que explican la exclusión del artículo 368 de ciertas sustancias y la inclusión de otras, pero, a partir de ahí existe una regulación jurídica (no metajurídica) que trata de distinta manera a unas sustancias y a

(57) «El principio de insignificancia...», *op. cit.*, p. 3 y, del mismo autor y en el mismo sentido, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)», Madrid, *La Ley*, 2000, p. 66.

otras y, que nos lleva a afirmar que la protección penal de la salud pública es fragmentaria (58). Por otro lado, las razones metajurídicas también cambian y por eso en EE.UU. la venta y la fabricación de alcohol eran conductas delictivas bajo el imperio de la Enmienda XVIII y de la Ley Volstead de 1919 (la conocida como la Ley Seca, que sólo autorizaba el uso médico, la fabricación de sidra y vinagre y la utilización del vino en misa) y dejaron de serlo con la Enmienda XXI y la derogación de la Ley en 1932. Las razones que llevaron a la aprobación de la Ley de 1919 son variadas, pero podemos apuntar tres como fundamentales: la búsqueda de la prohibición planetaria de «todas las sustancias venenosas que crean o excitan apetito no natural», en palabras del Senador Blair; la necesidad de legitimar ese prohibicionismo que se estaba importando o imponiendo al resto del mundo con medidas internas en la misma línea; y el pacto entre prohibicionistas, farmacéuticos y médicos para que sólo los profesionales pudiesen dispensar drogas, incluido el alcohol. Las razones de la derogación de la Ley Seca están en los estragos que produjo: aumento del gansterismo, muertes y enfermedades causadas por la nefasta calidad del alcohol que se distribuía ilegalmente, reparto del territorio de la heroína, potenciación del uso de las anfetaminas que se vendían sin receta, corrupción policial y condenas por soborno, cohecho, contrabando y asociación con el gansterismo de dos Consejeros del Presidente Harding (59).

Las razones metajurídicas o el interés dominante no pueden confundirse con el bien jurídico para contaminar la determinación del ámbito de lo prohibido. Aluden algunos autores al contenido de textos internacionales que subrayan «el peligro social y económico para la humanidad» de la toxicomanía (Preámbulo de la Convención Única de 1961) y la grave amenaza «para la salud y el bienestar de los seres humanos» y el «menoscabo de las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad» (Preámbulo de la Convención de Viena de 1988) (60). Estas afirmaciones pueden admitirse sin más o puede profundizarse en ellas para preguntarse qué porcentaje de responsabilidad tiene el régimen prohibicionista en «los problemas de la droga» y cuál sería la situación con otro marco distinto al de la cruzada anti-

(58) La protección de la salud pública cuando se trata de alcohol y tabaco se articula mediante políticas de prevención, información y prohibición administrativa de consumo en ciertos lugares, de venta en determinados establecimientos o de dispensación a menores.

(59) Sobre la Ley Seca puede verse ESCOHOTADO, A., *Historia general de las drogas*, Madrid, Espasa Calpe, 1998, pp. 646 a 688.

(60) Así SEQUEROS SAZATORNIL, «El principio de insignificancia...», *op. cit.*, p. 4.

droga. Pero, aun sin entrar en esta cuestión y partiendo del actual marco jurídico, hay que volver a decir que una cosa son las razones que condujeron al prohibicionismo, como opción política y, otra cosa es la selección que el legislador ha hecho del bien jurídico salud pública como criterio para construir la antijuridicidad en estos delitos.

1.3 LA REFERENCIA A LA SALUD INDIVIDUAL

Salud pública y salud individual son dos bienes jurídicos distintos que encuentran protección diferenciada en el CP, pero esto no autoriza a ignorar la salud individual cuando tratamos de la pública, pues de lo contrario estaríamos hablando de la salud pública como algo totalmente desvinculado de la realidad que la justifica y a la que sirve de complemento. Si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia. Así, Pérez Álvarez dice que la probabilidad de lesión se tiene que proyectar sobre el bien complementado –salud individual– y no sobre el bien complementado –salud pública– (61). El tráfico de drogas un delito de peligro abstracto, en el que se adelantan las barreras de protección con la consumación anticipada, pero eso no autoriza a prescindir de la potencialidad del daño individual y de su prueba. Además sin esta referencia no podríamos distinguir entre sustancias que causan grave daño a la salud y otras que causan menor daño (62).

Hemos afirmado que la venta de cantidades inferiores a la tenida como dmp es conducta atípica por falta de objeto material, porque no hay droga, lo que supone la imposibilidad del daño individual y, con ello, la imposibilidad de afectación a la salud pública. Cuando la cantidad es superior a la mínima psicoactiva habrá que probar, en cada caso, el peligro, constatando el peligro de daño para la salud indivi-

(61) *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Barcelona. Praxis, 1991.

(62) Por eso lleva razón JOSHÍ JUBERT cuando dice que para afirmar que una sustancia causa grave daño a la salud deben probarse tres cosas: 1.^ª Que la sustancia en abstracto sea idónea para dañar de forma penalmente grave la salud individual. Si no es así, sobran las otras dos comprobaciones. 2.^ª Que la sustancia en concreto sea idónea para afectar gravemente a la salud individual. Lo que requerirá constatar peso y pureza. 3.^ª Que la cantidad aprehendida sea apropiada para ser difundida entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada (*Los delitos de tráfico de drogas I...*, op. cit., pp. 95 y 96).

dual y, después, si se ha afirmado lo anterior, el riesgo de difusión entre indeterminados sujetos.

Cuando hablamos de la salud individual y de su protección nos planteamos la relevancia del consentimiento y concluimos que la salud individual no puede protegerse penalmente contra la voluntad de su titular, por lo que las autolesiones resultan impunes. Esta idea nos sirve para afirmar la atipicidad del autoconsumo o consumo propio de drogas, a lo que se añade que ese autoconsumo, aunque perjudique la salud individual, no afecta a la salud pública por no suponer riesgo de difusión entre sujetos inconcretos. A la luz de lo anterior debe de interpretarse la mención que hace el artículo 368 al «consumo ilegal». Evidentemente, esa ilegalidad no es respecto del Derecho penal, sino general y derivada de la regulación contenida en la Ley 17/67 y en el Decreto 282/77 que tienen por ilícito cualquier consumo (incluido el privado) que no obedezca a indicación terapéutica (63). Naturalmente tampoco se refiere el artículo 368 al consumo prohibido en el artículo 25 de la Ley 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. A lo que se refiere el artículo 368 es al consumo «ilegal» pero ajeno o de un tercero, pues el «ilegal», pero propio, no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma.

La idea del consentimiento o de la libertad del consumidor nos lleva a otra reflexión. Hemos visto que una de las cosas que diferencia la protección de la salud pública frente a alimentos o medicamentos y frente a drogas es que en el primer caso, el consumidor «no quiere consumir» productos que pueden perjudicarlo, mientras que en el segundo caso, consume drogas, a pesar del posible perjuicio, porque «quiere consumirlas». Junto a esto, también se dice que «progresivamente se va afianzando la idea de que lo decisivo no es el daño directo a la salud, sino la pérdida de autonomía personal del consumidor» (64). Esa pérdida de autonomía se produce cuando el sujeto es dependiente de la sustancia, o sea, cuando supera el uso y el abuso, para caer en la dependencia (65). Si unimos las ideas anteriores tenemos que el autoconsumo es atípico porque el sujeto quiere consumir

(63) Ver nota 51.

(64) Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 127.

(65) Estos tres conceptos de consumo pueden y deben distinguirse. El uso es una relación con la droga que no produce consecuencias negativas ni en el consumidor ni en su entorno, pero hay drogas que dificultan mantenerse en este estadio, provocando en la mayoría de los casos el paso al abuso y a la dependencia. El abuso es una relación con la droga que produce consecuencias negativas en el consumidor y/o en su entorno. La dependencia se produce cuando el sujeto antepone el consumo a cualquier otra cosa que se considere más importante.

y que el tráfico de drogas pretende evitar que el consumidor que ya no quiere consumir lo haga porque es dependiente. El planteamiento me parece aceptable, siempre y cuando, no se quiera concluir que el bien jurídico protegido, o uno de los que se protegen, en el artículo 368 es la libertad del consumidor. Y esto es así, porque el castigo por tráfico de drogas no necesita indagar sobre la capacidad de optar del consumidor (que en los casos de tráfico al por mayor o intermedio ni aparece), ni la prueba del peligro tiene que proyectarse sobre ese extremo. La libertad del consumidor, que se merma o desaparece con la dependencia, es relevante en el tráfico de drogas, no como bien jurídico, sino como preocupación de salud pública que se fija en un bien personalísimo como es la libertad de autodeterminación frente a las drogas y, por eso el CP agrava la pena cuando la droga se suministra a quienes no se les reconoce una plena capacidad de autodeterminación, o sea, menores e incapaces o, a sujetos en fase de recuperación de su autodeterminación ante las drogas por estar sometidos a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

Para concluir, podemos decir que la referencia a salud individual juega un papel relevante en el artículo 368 por la necesidad de probar el daño potencial a la salud individual, porque hay que distinguir entre sustancias que causan grave daño o menor daño a la salud y, en definitiva, por ser el substrato sobre el cual construimos la salud pública.

2. La salud pública y la (des)protección de menores e incapaces frente a las drogas

En alguna de las sentencias examinadas, condenatorias de ventas de pequeñas cantidades de droga, se argumenta, entre otras cosas, que la absolución requeriría ausencia de precio, receptor adicto y que «... se garantice la exclusión de todo riesgo de difusión que pudiera propiciar que la droga llegue a ser consumida por personas que, por sus especiales circunstancias de edad, enfermedad psíquica o somática, etc. pudieran resultar gravemente dañados en su salud...» (S. 1743/2003) o, que «... tratándose de un delito de peligro estricto, nunca puede descartarse que el riesgo de afectar a la salud de las personas alcance a niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc., y otras personas débiles o de menor resistencia a la toxicidad...» (S. 1663/2003).

Comparto la especial preocupación de estas resoluciones por los menores y por los incapaces, no particularmente por los demás sujetos aludidos que tienen capacidad para decidir. Esa preocupación es la que sirve para agravar la pena del tipo básico cuando se da la circunstancia 1.^a del artículo 369 de facilitar la sustancia a menores o

disminuidos psíquicos o de introducirla o difundirla en centros docentes. Existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial en que es necesario dar protección especial frente a las drogas a quines son especialmente vulnerables por no tener capacidad de autodeterminación o tenerla disminuida (66), subrayándose en alguna sentencia que lo que explica la agravación es la peligrosidad de las acciones tendentes a iniciar a los neófitos en el consumo. Se suele concluir que la agravación da lugar a un delito pluriofensivo que protege, junto a la salud pública, la individual o la libertad de estos sujetos. Esta afirmación puede someterse a consideraciones parecidas a las que hemos hecho más arriba a propósito de la tesis del tráfico de drogas como delito pluriofensivo tutelador, además de la salud pública, de la individual o de la libertad del consumidor.

En realidad, lo que se quiere proteger especialmente no es la capacidad de autodeterminación, porque no se tiene o se tiene sin desarrollar, sino la indemnidad de estos sujetos frente a injerencias o intromisiones que pueden perjudicarles en su desarrollo físico o mental y, especialmente, en el desarrollo de esa capacidad de autodeterminación. La idea es paralela a la que se maneja cuando tratamos de la protección de la indemnidad sexual y, no libertad sexual, de estas personas en los delitos contra la libertad sexual. Que en estos casos se debe dar una especial protección me parece evidente y, además creo que debería haber una gran distancia entre promover el consumo entre adultos y hacerlo entre menores o incapaces. Sin embargo, el CP no alcanza a cubrir satisfactoriamente esa distancia en todos los casos por tres razones:

1.^a La agravación sólo puede aplicarse cuando es la droga lo que se facilita (o lo que se introduce o difunde en centro educativo), es decir, cuando la conducta consiste en entregar materialmente la sustancia, pero no en los casos de favorecimiento del consumo sin entrega material. Esto es consecuencia obligada de las distintas redacciones del tipo básico —«promuevan, favorezcan o faciliten el consumo»— y de la agravación —«las drogas se faciliten»—. Así quedarán fuera de la agravación, cualquier supuesto de inducción al consumo o de facilitación del dinero o de indicación del lugar de venta o de intermediación que, siendo típicos para el tipo básico, se castigarán con la misma pena en relación a adultos o a menores.

(66) Sobre la agravación 1.^a del artículo 369 ver GALLEGO SOLER, J. I., *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los artículos 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 21 a 43.

2.^a Que el receptor sea un menor o incapaz es una circunstancia de agravación de la pena del tipo básico y no constituye un tipo independiente. De ahí que para poder aplicar la agravación deban de darse primero todos los elementos del tipo básico y, luego, además el de la entrega de droga al menor o incapaz. Eso quiere decir que en los supuestos que se consideran atípicos respecto del artículo 386, la especial protección de menores e incapaces será inoperante, por falta de conducta típica sobre la que aplicarse. O sea, que cuando estemos ante un comportamiento que no afecte a la salud pública, por ausencia de riesgo de difusión entre indeterminadas personas, no se podrá castigar, por mucho, que aparezcan menores o incapaces. Y esto será así cuando se trate de consumo compartido, de invitación al consumo o de venta de una dosis indivisible con receptores menores o incapaces. El miedo a este resultado parece estar detrás de las sentencias que acabamos de citar referidas a venta de pequeñas cantidades. Pero la solución no debería pasar por castigar todos los casos, sino por distinguir entre casos que requieren distinto tratamiento. Entre otras cosas porque castigar todas las ventas, aun de cantidades mínimas, sería una solución parcial que no alcanzaría a la invitación y al consumo compartido, ya que en estos casos el TS exige como requisitos para no condenar que quien recibe la droga sea consumidor (no que sea mayor e imputable) y los menores y los incapaces también pueden ser consumidores. Exigir, sin base legal, la ausencia de precio y la presencia de iniciados, como requisitos de atipicidad, no sirve para extender una mayor protección a menores e incapaces. Configurado el tráfico de drogas como un delito contra la salud pública, no queda más remedio que afirmar la atipicidad cuando no hay peligro para esa salud pública, por mucho que haya precio y menores o incapaces no iniciados.

3.^a El 2.º inciso de la circunstancia 1.^a se aplica cuando «Las drogas... se introduzcan o difundan en centros docentes...». El problema es el mismo, por mucho que entendamos que la agravación obedece a la necesidad de proteger especialmente a ciertas personas. Bien es verdad que hay dudas sobre el particular, porque en un centro docente no sólo hay menores de edad, toda vez que centro docente también es aquel en el que se realizan estudios universitarios o de formación profesional. Por otro lado, la agravación abarca a centros asistenciales y a establecimientos militares y penitenciarios. Por eso, también podría sostenerse que la agravación en razón de ciertos lugares obedece a razones distintas de la que se identifican cuando hablamos de menores o incapaces (67). Pero, aun admitiendo que la refe-

(67) Sobre estas distintas interpretaciones ver ACALE SÁNCHEZ, *Salud pública...*, *op. cit.*, pp. 146 a 156 y GALLEGU SOLER, *Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 31 a 65.

rencia a centros docentes deba de vincularse a los menores, tenemos que la agravación sólo se aplica si hay introducción o difusión material de la droga, no si se trata de favorecimiento sin entrega material. Por otro lado, la alusión a dos verbos, «introducir» y «difundir» no autoriza a entender que se estén agravando dos conductas distintas, la de difundir entre varios niños o la de introducir para sólo un concreto y determinado niño, pues esta última posibilidad viene vedada por el tipo básico que requiere riesgo de difusión. Además, la interpretación correcta del verbo «introducir» es la que sostiene que la agravación «... se configura como mutilada en dos actos, pues se castiga la introducción “para” difundir, pero el legislador adelanta la consumación al momento en que se ha producido la introducción –primer acto– con aquel fin, sin necesidad de esperar a que aquel fin se actualice –segundo acto–» (68). En definitiva, también esta agravación tiene un ámbito de aplicación que no alcanza a todas las conductas del tipo básico (sólo a las de entrega material de la droga y no a las de facilitación del consumo) y requiere para ser aplicada la concurrencia de todos los requisitos del tipo básico, incluido el peligro para la salud pública, o sea, el riesgo de difusión entre inconcretos sujetos. Cierto es que la redacción de esta agravante cambiará el 1 de octubre de 2004 por la entrada en vigor de la reforma penal de la LO 15/2003. En efecto la nueva circunstancia 8.^a del artículo 369 se referirá a que «Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades». Los cambios afectan a la exclusión de los centros asistenciales; a la ampliación a las proximidades de los lugares; a la unificación en una sola circunstancia, la 5.^a, de las personas que requieren especial protección –menores, disminuidos psíquicos y sujetos en tratamiento– que ahora están incluidos en la 1.^a y en la 4.^a y, en lo que aquí interesa que, tratándose de los lugares, lo que se castiga más gravemente no es la «difusión o introducción de la droga», sino «las conductas descritas en el artículo anterior» cuando tienen lugar en esos lugares. Luego, para agravar en tales lugares ya no será necesario que la droga se introduzca o difunda materialmente, pudiéndose hacer en relación a cualquier comportamiento típico del artículo 368. Pero con esto no se resuelve el problema relativo a la necesidad de que se den todos los requisitos del tipo básico, incluido el peligro para la salud pública. Por otro lado, la nueva circunstancia 5.^a –menores, disminuidos psíquicos y personas en tratamiento– sigue circunscribiéndose a los actos de facilitación material de la sustancia.

(68) *Salud pública...*, *op. cit.*, p. 152.

Creo que el problema está en que el artículo 368 no protege lo que se quiere y debe proteger cuando hablamos de personas con capacidad nula, limitada o en formación. Pero la inercia de castigar todo comportamiento del ciclo de la droga ha impedido hacer esta reflexión y, sólo cuando el TS ha empezado a limitar las modalidades típicas, surge la preocupación porque esas limitaciones del castigo deben de mantenerse aun habiendo receptores menores o incapaces. La solución no puede venir por la vía de las sentencias condenatorias, ni por la que indica el CP que se limita a establecer para algunos casos –sólo los de entrega material– una mayor antijuridicidad. La solución está, a mi entender, en una distinta antijuridicidad. La idea ha sido ya apuntada por algunos autores y en alguna sentencia, pero choca con la realidad del CP. Lleva razón Díez Ripollés cuando, refiriéndose a la redacción de las agravaciones 1.^a y 4.^a del artículo 344 bis a) tras la reforma de 1988 (69), afirma «... que supone una profundización... en la idea de destacar la protección de la libertad personal de decisión como bien jurídico básicamente digno de protección...» y que «... la existencia de dichas figuras agravadas muestra que la lesión de este bien jurídico, complementario al de la salud colectiva, se estima que aumenta el contenido de lo injusto de la conducta» (70). Este razonamiento vale para la actual regulación de las circunstancias 1.^a y 4.^a del artículo 369: hay más antijuridicidad, porque junto con la salud pública aparece la libertad de decisión de estas personas. Pero esto no es suficiente, porque la especial situación de estas personas necesita ser protegida haya o no haya atentado a la salud pública; luego no es una cuestión de más antijuridicidad, sino de distinta antijuridicidad. Hoy por hoy, hay que admitir que la entrega de una cantidad mínima de droga a un menor para su consumo inmediato, sin riesgo de difusión, es un comportamiento atípico, por falta de peligro para la salud pública y, al no concurrir la modalidad básica, la agravada es inoperante. Esto es lo que ocurre cuando tenemos un tipo que requiere para su aplicación el peligro para la salud pública y que sólo permite la protección de la indemnidad de las personas más débiles a través de una agravación, limitada en su ámbito y que ha de partir de la concurrencia de todos los elementos del tipo básico. Si realmente se comparte que menores e incapaces han de ser protegidos frente a las drogas, porque su aproximación a ellas no es libre, debemos hacerlo, no sólo cuando se vea comprometida la salud pública (varios e indetermina-

(69) En la redacción anterior, la de 1983, se hacía referencia a los menores, ampliándose la agravación en 1988 a disminuidos psíquicos y personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación.

(70) *Los delitos relativos...*, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

dos sujetos), sino también cuando se vea comprometida la indemnidad de un solo sujeto. La solución es de *lege ferenda* y pasa por construir un tipo protector de la indemnidad de menores o incapaces frente a las drogas, como bien jurídico personal e individual, que pueda aplicarse aunque no se produzca un peligro para la salud pública, es decir, que no exija riesgo de difusión y que no quede vinculado a los casos de atipicidad que hemos venido analizando. Esta laguna no se solventa diciendo que siempre cabe la aplicación de los tipos de lesiones que, en el caso de menores o incapaces, no ceden ante su consentimiento por ser éste irrelevante. En la mayoría de los casos de entrega de droga a menores o incapaces y consumo no se va a producir un resultado de lesión y, sin embargo sí se va a afectar a la indemnidad o libertad potencial del sujeto. Si además se produce un resultado típico de lesión, entonces sería apreciable un concurso, pues se habrían lesionado dos bienes jurídicos, la indemnidad y la salud individual y, como estamos hablando de sujetos cuyo consentimiento no es válido (art. 155.2), la atipicidad de la lesión no podría descartarse (71).

(71) La S. 27 de mayo de 1994 (Ponente Bacigalupo Zapater), tras un interesante análisis sobre el peligro abstracto y los delitos de mera desobediencia, dice que «... toda acción de difusión o favorecimiento de consumo de drogas prohibidas es típica y sólo en casos excepcionales en los que las circunstancias de los mismos excluyen ya inicialmente toda posibilidad de peligro para la salud pública, cabe excluir la subsumición bajo el tipo del artículo 344 CP», por eso algunas sentencias han entendido que «... cuando la entrega de la droga no supera la de una dosis que se consume por otro en el momento, dentro de un lugar cerrado, sin que el autor tenga en su poder mayor cantidad de droga, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido por el artículo 344 CP. Importante es destacar que los precedentes citados no se han llegado a pronunciar sobre si estos hechos deben de quedar totalmente impunes, pues en relación a ellos, de todos modos, cabría discutir, si el peligro generado para la salud individual podría ser considerado un delito de lesiones. Pero si la cuestión no ha sido objeto de consideración, ello obedece a barreras de naturaleza procesal, dada la ausencia de una acusación fundada en alguna de las hipótesis del delito o la falta de lesiones». En esta resolución se plantea que es posible el delito o la falta de lesiones en casos de entregas de pequeñas cantidades de droga que no afectan a la salud pública, pero que pueden afectar a la individual. Se señala que el obstáculo para esta posibilidad es de orden procesal, por falta de acusación (lo que podría soslayarse en algún caso acudiendo a la excepcional facultad del planteamiento de la tesis del artículo 733 de la LECrim). Pero puede haber otro obstáculo: la posible relevancia del consentimiento de quien consume la droga, si ese consentimiento alcanza a la producción de posibles lesiones como consecuencia de ese consumo concreto (pues no se trata de imputar a un acto de tráfico un resultado de lesión consecuencia del consumo reiterado). La cuestión sin embargo, no encontrará el escollo del consentimiento cuando se trate de lesiones de menores o incapaces o en algunos casos de resultado de muerte imputable al consumo de una dosis mortal (y no si la muerte es imputable a los devastadores efectos de un consumo reiterado, consecuencia de muchos actos de tráfico, que finalmente produce la muerte). Sobre las posibilidades de imputación dolosa o imprudente en caso de muerte ver ACALE SÁNCHEZ, *Salud pública...*, *op. cit.*, pp. 214 a 217.

Una solución de *lege ferenda* protectora de la indemnidad, al margen de la salud pública, permitiría castigar las invitaciones al consumo, el consumo compartido y la venta de cualquier cantidad de sustancia cuando el receptor fuera menor o incapaz y, aunque sólo fuese uno. Incluso se podría castigar la venta de cantidades inferiores a las tenidas como dmp, si su entrega estuviese encaminada al acercamiento o iniciación del sujeto al mundo del consumo. Piénsese en el suministro de 49 mg de cocaína pura a un adolescente de 15 años haciéndole ver que va a consumir cocaína y potenciando la emulación de un comportamiento propio de «mayores». Aun con la más reciente jurisprudencia del TS, este comportamiento es atípico, porque la cantidad no alcanza los 50 mg de una dmp; en cambio esta misma jurisprudencia nos dice que vender a un adulto cocainómano 51 mg de cocaína es típico y debe castigarse con una pena mínima de tres años que puede llegar a los nueve años. El despropósito me parece evidente. A lo que debe añadirse que, con la actual regulación, la venta al adolescente de 15 años de los 49 mg de cocaína no sólo no es punible, sino que además, no encuentra ninguna sanción, mientras que venderle a ese mismo adolescente un paquete de tabaco o una bebida alcohólica constituye un ilícito administrativo. Naturalmente, esto es consecuencia de que el tabaco y el alcohol son productos de tráfico lícito, pero sometido a importantes prohibiciones administrativas, entre las que destacan las dirigidas a proteger a los menores, mientras que las «drogas», por ser de tráfico prohibido, no pueden someterse a ninguna regulación administrativa.

En la propuesta de *lege ferenda* que aquí se hace, el tipo de protección de menores e incapaces sólo cedería por razones de adecuación social, es decir, cuando siendo dependientes, se les facilitase la droga en dosis decrecientes para lograr su deshabituación controlada; o para evitar, en tanto se consiga la rehabilitación, que buscasen la sustancia en ambientes peligrosos o que propician formas de administración insalubres –por ejemplo, compartiendo jeringuillas– o en los que la calidad de la droga puede incrementar el riesgo para su salud –por adulteración o por falta de control de las dosis–; o, finalmente para evitar el síndrome de privación de la sustancia. Todos estos casos responden a la idea de evitar los riesgos no inherentes, pero asociados, al consumo –sobredosis, contagios, marginalidad–, lo que no se enfrenta, sino todo lo contrario, a la protección del menor o incapaz ya adicto, por lo que la adecuación social haría atípico el comportamiento respecto del tipo propuesto de protección de la indemnidad frente a las drogas.

El tipo que aquí se propone, libre de las limitaciones interpretativas imprescindibles en el artículo 368, podría introducirse en el CP

sin necesidad de renunciar al actual marco represivo del tráfico de drogas y no tendría que convertirse en el único contenido punible de una regulación parcialmente despenalizadora (72). Las ventajas de un tipo independiente como el propuesto serían dos: primera, proteger efectivamente lo que ahora, o con la reforma operada por la LO 15/2003, el CP no alcanza a proteger, o sea, la indemnidad de menores e incapaces frente a las drogas cuando no hay peligro para la

(72) Para DÍEZ RIPOLLÉS la protección de la libertad personal de decisión de menores e incapaces frente a las drogas debería ser el único contenido del tráfico de drogas, sustituyendo a la salud pública, dentro de una propuesta parcialmente despenalizadora (*Los delitos relativos...*, *op. cit.*, pp. 70 y 126 a 132. Ver también Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre droga*.) La opción de futuro de despenalizar el tráfico entre adultos, para castigar el que se refiera a menores o incapaces y el que infrinja una posible regulación administrativa, con independencia de su conveniencia o no, me parece difícilmente alcanzable, pues encuentra obstáculos considerables en el marco internacional prohibicionista y represor que nos vincula y en el continuo incremento interno de la represión penal, imparable desde 1988. No hay nada que indique que esta escalada de la exacerbación penal vaya a ir a menos; incluso podría ir a más. Para comprobarlo, basta leer el Informe Anual de 2002 de la JIFE (Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes) de NU y reparar en el sentido de las advertencias que hace: a propósito de la apertura de una sala de inhalación de drogas en Zurich, insta a los Gobiernos a no «facilitar y secundar el uso indebido de drogas (y posiblemente el tráfico ilícito)» y a que no autoricen los locales de inhalación de droga por ser contrarios a los Tratados de fiscalización (p. 88); muestra su preocupación por los mensajes ambiguos de algún alto funcionario francés sobre cómo abordar los problemas de tráfico y uso, a pesar de que la normativa francesa respeta los Tratados (p. 91); alienta a la Santa Sede, a Liechtenstein y a Suiza a ser partes de la Convención de 1988 (p. 88); celebra que Reino Unido «haya descartado categóricamente la idea de legalizar o reglamentar el uso de drogas sometidas a fiscalización internacional con fines que no sean médicos» (p. 86); reitera sus reservas acerca de la prescripción médica de heroína en programas de mantenimiento en los Países Bajos (p. 87); muestra su preocupación por la intención de los Países Bajos de «autorizar la venta con receta de hierba cannabis en forma de preparados “magistrales” (hechos por el farmacéutico) y “extemporales” (hechos por el farmacéutico para cada paciente)» (p. 87); se lamenta porque Andorra no haya firmado las Convenciones de 1961 y 1971 (p. 88); reitera al Gobierno de Suiza que, caso de aprobar su proyecto de despenalización de los actos preparatorios del consumo de cannabis (cultivo, posesión y compra) estaría vulnerando las disposiciones fiscalizadoras, aunque la despenalización no alcanzase a la venta (pp. 31 y 32). Es evidente que la situación de España, que no castiga ningún acto preparatorio del autoconsumo de ninguna sustancia, sería mucho más grave. Por otro lado, se considera en este Informe que «en Europa el problema del uso indebido de las drogas no parece menguar en absoluto, lo que puede guardar relación con la actitud tolerante que predomina en algunos países de la región respecto del uso indebido de drogas» (p. 73). Las dificultades de una solución parcialmente despenalizadora aconsejan proponer, de momento, medidas más realistas y humildes en la línea de reducir el rigor exagerado del castigo del pequeño tráfico y de dar adecuada protección a la indemnidad de los menores e incapaces.

salud pública y, segunda, evitaría las interpretaciones extensivas del artículo 368, que parecen ir encaminadas, sin conseguirlo, a proteger a menores e incapaces, y que son inaceptables desde un entendimiento correcto y admisible del bien jurídico salud pública.

IX. CONCLUSIONES

- 1.^a El autoconsumo, el consumo compartido, la invitación o donación a un sujeto concreto y la venta de cantidades indivisibles de droga, al no implicar riesgo de difusión entre indeterminados sujetos, son comportamientos atípicos porque no ponen en peligro la salud pública.
- 2.^a Las entregas de droga para lograr la deshabituación o para evitar el síndrome de abstinencia son comportamientos atípicos por resultar socialmente adecuados.
- 3.^a El peligro para la salud pública requiere que la droga sea susceptible de difusión entre varios e inconcretos sujetos no previamente elegidos y que la sustancia tenga idoneidad para dañar la salud individual.
- 4.^a Ausencia de precio y destinatario consumidor, adicto o dependiente no son requisitos de atipicidad, pues ni el precio ni tal condición del sujeto destinatario son elementos típicos.
- 5.^a El conocimiento de la cantidad y pureza de la droga es imprescindible para determinar si existe peligro para la salud pública y su gravedad.
- 6.^a La atipicidad del tráfico de drogas en cantidad inferior a la dmp obedece a la falta de objeto material por inexistencia de «droga».
- 7.^a La tesis de que la frontera entre la tipicidad y la atipicidad está en la dmp no es resultado de un Pleno de Unificación de Doctrina. Luego puede seguir manteniéndose la postura correcta que busca la constatación del peligro para el bien jurídico.
- 8.^a El principio de insignificancia, en su labor de limitar la tipicidad, tiene validez general y puede aplicarse a delitos graves cuando quepa graduar la importancia del ataque al bien jurídico.
- 9.^a El principio de insignificancia, como principio de interpretación conforme a la finalidad de la ley, es aplicable al tráfico de drogas, por lo que los casos de insignificancia son atípicos.

- 10.^a La pena mínima de tres años para los casos de tráfico de pequeñas cantidades de drogas que causan grave daño a la salud es desproporcionada y provoca una praxis contraria al principio de igualdad.
- 11.^a *De lege ferenda*: sería necesario introducir en el CP una atenuante para el tráfico de drogas «por las circunstancias del autor y del hecho», pudiéndose hacer referencia expresa a la «cantidad mínima».
- 12.^a La nueva tesis del TS que castiga a partir de la dmp consagra la seguridad jurídica del exceso y de la desproporcionalidad.
- 13.^a No puede confundirse el bien jurídico salud pública con el «interés dominante» o con las razones que condujeron a la represión del tráfico de drogas.
- 14.^a El tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, no de peligro presunto.
- 15.^a La salud individual es una referencia necesaria para dotar de contenido el bien jurídico salud pública.
- 16.^a La libertad para autodeterminarse en relación a las drogas es una preocupación de salud pública.
- 17.^a El CP no protege la indemnidad frente a las drogas de menores o incapaces cuando el comportamiento no alcanza dimensiones de salud pública.
- 18.^a *De lege ferenda*: sería necesario introducir en el CP un tipo de protección de la indemnidad frente a las drogas de menores o incapaces, cuyo bien jurídico fuese individual, no sometido a las exigencias de tipicidad de las conductas contra la salud pública y libre de las necesarias limitaciones en la interpretación del artículo 368.