



## Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, Sentencia de 21 Feb. 2003, rec. 125/1999

Ponente: Echarandio Herrera, Edorta Josu.

Nº de Sentencia: 25/2003

Nº de Recurso: 125/1999

Jurisdicción: PENAL

TRÁFICO DE DROGAS. Los hechos probados no son constitutivos de infracción criminal. La insignificancia de la cantidad de heroína incautada no permite acreditar su destino al tráfico ilegal. Posesión para el autoconsumo. La acción carece de antijuridicidad material por inocuidad para poner en riesgo el bien jurídico de la salud humana en general.

Normativa aplicada

### TEXTO

En Bilbao a 21 Feb. 2003

Vista en juicio oral y público ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, la presente causa, Rollo Penal núm. 125/99, seguida por los trámites de Procedimiento Abreviado, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Bilbao; por delito contra la salud pública; contra Pedro Francisco, natural de Guinea Bissau, nacido el día 15 Ene. 1972, hijo de Abelardo y Rosa, y domiciliado en Bilbao, CALLE 000, núm. NUM 000; cuya insolvencia consta en la pieza separada de responsabilidades pecuniarias, y sin antecedentes penales computables en esta causa, por la que se halla en libertad provisional; representado por la Procuradora de los Tribunales BEATRIZ AMANN QUINCOCES, y dirigido por la Letrada Ainhoa Txakartegi; siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EDORTA J. HERRERA CUEVAS, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.** El Ministerio Público calificó los hechos, en sus conclusiones definitivas, como constitutivos de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, previsto y penado en los arts. 368, 374 y 377 CP vigente, del que reputó autor al acusado, sin



conurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para el que solicitó la imposición al acusado de la pena de cuatro años de prisión, y multa de 27 euros, con la responsabilidad subsidiaria legal en caso de impago, y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de duración de la condena (art. 56 CP), así como la imposición de las costas causadas (art. 123 CP), y el comiso del dinero y de la droga incautados.

**SEGUNDO.** La defensa del inculpado, en este trámite de conclusiones definitivas, elevó la provisionales, alegando que procedía la libre absolución de su patrocinado con toda clase de pronunciamientos favorables.

### HECHOS PROBADOS

1. El acusado, Pedro Francisco, de veintisiete años de edad y sin antecedentes penales, fue detenido por agentes de la Ertzaintza sobre las 7.10 h del día 26 Dic. 1998, a la altura del núm. 41 la calle San Francisco de esta Villa, cuando fue inmediatamente antes interceptado por los mismos agentes en las cercanías Benito en posesión de un envoltorio que contenía 0,203 g de heroína con una pureza del 12,7% expresada en diacetilmorfina base, y que destinaba éste a su consumo.
2. El precio estimado, en la fecha de hechos y en el mercado ilícito, de una dosis de heroína ascendía a unos 9 euros.

La heroína es sustancia estupefaciente, que causa grave daño a la salud, incluida en la lista I de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 25 May. 1972.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Justificación de los hechos probados.

La versión judicial de hechos procede de la testifical de los agentes de la Ertzaintza, de números profesionales NUM 001, NUM 002 y NUM 003, y del Sr. Benito, así como del informe pericial del análisis de la sustancia ocupadas emitido y ratificado por el funcionario de la unidad administrativa del ministerio de sanidad competente, Sr. Alvaro (folios 63-5, ratificado el 8 Feb. 2001, al folio 77), medios de prueba respecto de fuentes directas, que se ponderan conforme a la soberanía valorativa del tribunal (arts. 117.3 CE y 741 LECrim).



El Ministerio Fiscal solicitó que el ertzaina testigo núm. NUM 004, regularmente citado, como prueba admitida, al no comparecer a la primera sesión del acto del juicio, el 14 Ene. 2003, fuera citado nuevamente por el tribunal, justificándose la interrupción del acto, a lo que se accedió, con renuncia expresa de la defensa al dicho testigo. En la segunda sesión, del 10 Feb. 2003, otra vez dejó de asistir el testigo, citado, y el Ministerio Fiscal solicitó una nueva interrupción, resolviéndose no suspender el proceso, ante la oposición a que se hiciera de la defensa. Consta una noticia referencial a la causa de la primera inasistencia, no justificada --vacaciones--, sin que conste ninguna para la segunda, por lo que se fijó sanción pecuniaria para el testigo.

La misma jurisprudencia del TEDH (por todas, Sentencia de 24 Oct. 2000) reconocen que el derecho a la práctica de la prueba en el juicio penal no es un derecho absoluto e incondicionado. Nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 149/1987, 155/1988, 290/1993, 187/1996, etc.) tiene declarado que no se produce vulneración del derecho fundamental a la prueba, cuando ésta es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y en este sentido se articula la diferencia entre prueba pertinente y prueba necesaria, estimando que sólo la prueba necesaria, es decir, aquélla que tiene aptitud de variar el resultado, que sea indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional.

Se distingue así nitidamente en la jurisprudencia (vid. STS de 8 y 16 Feb., 5 Abr., 26 May. o 12 Jun. 2000), entre la pertinencia, y necesidad de un determinado medio de prueba, de modo que el art. 659 LECrim, al regular el trámite de admisión de las pruebas propuestas por las partes, alude al concepto de pertinencia, mientras que el art. 746 de la misma Ley rituarial, al referirse a la suspensión del juicio oral, es más estricto, pues exige que el tribunal considere necesaria la prueba no practicada. Y así, lo pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario es lo indispensable y forzoso, es decir, cuya práctica resulta obligada para evitar que pueda ocasionarse indefensión. De ahí que haya de examinarse ponderadamente las circunstancias que concurren en cada caso, para decidir sobre la suspensión del acto del juicio oral, ponderando las posiciones procesales interesadas (acusación o defensa), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que también forma parte de la tutela judicial, y la suficiencia del elenco probatorio con que ya cuenta el Tribunal para resolver.

Sólo una caprichosa o indebida denegación de la prueba necesaria es la que quebranta las garantías constitucionales del proceso debido, y en el caso presente no lo es: El testigo, de una parte, resulta evidente que se desentiende de su deber de colaboración con la justicia, siéndolo de la acusación oficial, que arrostra la carga de probar y tiene medios para localizarle, sin que el Fiscal antes de abrirse la



primera sesión del plenario pidiera la suspensión del plenario sino que se arriesgó a lo que resultara de las declaraciones de los testigos comparecidos, aquietándose a la eventual interrupción a su instancia, lo cual es procesalmente excepcional; por otra, la interrupción por segunda ocasión del enjuiciamiento representaría invalidarlo (cfr.: art. 793.4 en relación con 746.3º LECrim), con lo que suspender el proceso podría conllevar no sólo una odiosa dilación sine die sino una celebración previa de todas las demás pruebas, éstas de signo netamente desasistido de cualquier carga incriminatoria real, por lo que un futuro enjuiciamiento daría paso al peligro de aleccionamiento contra reo; en fin, resulta a juicio del tribunal que el testigo no puede alterar el fallo absolutorio, según más adelante se expone.

#### **SEGUNDO.** Motivación fáctica.

La Sala, como mayormente, concede crédito al testimonio de los ertzainak, y nadie combate los datos periciales sobre la naturaleza de lo que es el objeto de tráfico prohibido, pero resulta evidente que no señalan que los hechos existieron como relata la acusación, sino que la reputación de inocencia, verdad universal interina de no ser partícipe de una infracción penal, que igualmente aprovecha a Pedro Francisco como a cualquiera, en este caso sólo se derriba en cuanto a la probable existencia de un hecho conminado --el Sr. Benito dijo que tenía estupefaciente para consumir que había obtenido previamente--, pero no en cuanto a la participación en ellos del acusado.

La versión del atestado policial, en el que fueron instructor y secretario los ertzainak testigos nos. NUM 002 y NUM 003, lógicamente no conforma una prueba válida de la realidad, ni por lo que declaran aquéllos, que reconocen nada saber directamente de los hechos históricos relativos a un intercambio de droga por dinero, ni tampoco por que se remita a sus constancias el ertzaina núm. NUM 001, y no ya porque quien comparece en el atestado es su compañero, agente núm. NUM 004, quien no ha acudido al acto del plenario, sino porque el atestado, en lo que no son informaciones preconstituidas oficiales acerca de datos luego irrepetibles, es decir, en lo que son manifestaciones personales de quienes pueden y deben testificar como genuina prueba --sujeta a contradicción e intermediación judicial, bajo principios de oralidad, concentración y publicidad--, no es más que una mera denuncia.

Y el agente núm. NUM 001 declaró en el plenario que no recordaba nada de estos precisos hechos, lo cual tiene su explicación en haber sucedido hace más de cuatro años, y ser algo repetitivo en su quehacer de aquel tiempo, pero en modo alguno está justificado para un testigo profesional, y desde luego, no sirve para edificar una condena penal. Pedro Francisco declaró que dos ertzainak le esperaron a la salida de un café en que se hallaba de la calle San Francisco, y que efectivamente tenía encima 7.000 ptas. que eran suyas, siendo detenido, pero no admitió haber entregado cosa alguna a una persona blanca. El Sr. Benito,



ya declaró en sede instructora (folios 60-1) admitiendo la posesión de droga para su consumo, sin embargo que la calidad, momento, y lugar, no se compadece con el relato del atestado, y en el plenario, se ha ratificado en que había comprado lo que le ocuparon los agentes policiales por precio que añade, mas no inmediatamente antes de ser interceptado, y no comprado al acusado.

Conforme a las reglas del criterio racional de que habla el art. 717 LECrim, si una transacción de estupefaciente hubo, como tantas en la zona del barrio de San Francisco, ante la negativa del acusado de ser el vendedor de este caso, ninguno de los testimonios recibidos puede llevar a la convicción técnica a los miembros del tribunal de la imputación, puesto que más que insuficiencia de la prueba de cargo debe hablarse de su cabal ausencia, ya que no puede motivarse en esta sentencia que de un testimonio único con falta radical de recuerdo el tribunal de enjuiciamiento obtenga asombrosamente una seguridad.

#### **TERCERO.** Calificación jurídica.

Los hechos que se declaran probados no son constitutivos de la infracción penal que se imputa a Pedro Francisco, puesto que no se ha acreditado el ilícito, ni por ende, la participación del acusado, de manera que no surge responsabilidad criminal conforme a lo que pide el Ministerio Público, procediendo la absolución libre (cfr. Arts. 637.3º, 742 y 794.3 LECrim).

En cualquiera de los casos, la difusión de heroína por la que se formulaba acusación, en la línea que la Sala ha madurado sobre la doctrina que atiende a la insignificancia de la cantidad de sustancia de tráfico prohibido por el art. 368 CP, y de la que son ya exponentes varias sentencias recientes, tampoco sería punible. De suyo, atender a la pequeñez de la cantidad de droga es asumida por las directrices conocidas de esta Fiscalía en orden a formular acusación, si bien con un criterio de inferior umbral de insignificancia cuantitativa y que no atiende a las circunstancias de cada caso.

Divulgada está la jurisprudencia elaborada sobre las cantidades a partir de las que cabe inferir un propósito de tráfico o consumo por terceros, en los casos de posesión o tenencia preordenada como modalidad comisiva, pero también existe una línea de sentencias de la Sala II TS que aplica en los actos de efectiva ejecutada venta o transmisión de la droga parámetros de cuantificación de la misma, en el sentido de calibrar, puesto que no hay un subtipo de menor entidad, cuándo se alcanza el umbral del reproche, y cuándo la difusión del producto conminado es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud en abstracto, y por lo cual... la acción carece de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo por el bien jurídico protegido en el tipo.



Arando este surco conceptual, se relacionan las SSTs de 12 Sep. 1994 (0,04 g y 0,05 g de heroína), 25 Ene. 1996 (0,06 g de heroína, 0,16 g de cocaína y 0,15 g de hachish), 28 Oct. 1996 (0,06 g de heroína), 22 Ene. 1997 (0,02 g de heroína), 11 Dic. 2000 (0,02 g de crack), 9 Jul. 2001 (0,02 g de heroína con pureza del 45%), 15 Mar. 2001 (0,025 g de heroína mezclada con cocaína), 11 May. 2002 (0,48 g de heroína de pureza del 8,4%), y 19 Sep. 2002 (0,02 g de heroína de pureza del 34,7%).

Bien es verdad que en algunas de tales sentencias hay ausencia de reducción de las cantidades a su principio activo, por carecerse del dato de riqueza de la droga, pero ya en las últimas se reduce la sustancia a la droga pura, y se trata de una evidente reacción frente a la ampliación desmesurada del ámbito del tipo del art. 368 CP, por la cual se promociona, siquiera con prudencia, una lectura más adecuada a la protección del bien jurídico en su materialidad, y así, no debería alcanzar a la transmisión de sustancias que... por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carecen de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal.»

La Sala viene estimando, de una parte, que la consideración de la sustancia transmitida debe aquilatarse con criterio cualitativo y cuantitativo, como se hace para graduar la posesión destinada a autoconsumo y discriminar la preordenada al tráfico, de modo que se fije en miligramos de principio activo; de otra, que el máximo orientativo de inanidad se está llegando a colocar, en atención a las sentencias glosadas, hasta alrededor de 40 miligramos (0,04 g); y en fin, que en esa aproximación, para depurar las milésimas, deben valorarse otras circunstancias (primariedad delictiva, personalidad y conducta del suministrador, y del adquirente de la sustancia de toxicidad insignificante). Así, puesto que no existió acción típica, nada cabe valorar sobre circunstancias que jugaran en la antijuricidad, pero en la hipótesis de que hubiera existido una venta prohibida, la cantidad de droga, 0,203 g de heroína de una riqueza del 12,7%, son 0,025 g de principio activo del estupefaciente, por lo que se interpreta que, incluso si fuera formalmente antijurídica la hipotética acción, carecería de antijuricidad material por inocuidad para poner en riesgo el bien jurídico de la salud humana en general.

#### CUARTO. Costas.

A contrario de la regla del art. 123 CP, y por lo dispuesto en el art. 240.1º LECrim, quien resulta absuelto no puede ser condenado al pago de costas, y el pronunciamiento alternativo en este punto consiste en la declaración de oficio.

Vistos los preceptos y jurisprudencia que se han citado, junto con los demás de general y pertinente aplicación, ejerciendo la potestad jurisdiccional, que emana de la soberanía popular, en nombre de S. M.

El Rey,



### FALLAMOS

Que debemos absolver como absolvemos a Pedro Francisco del delito contra la salud pública de que venía acusado, decretando de oficio las costas procesales causadas.

Firme la presente, quede sin efecto el decomiso del dinero del acusado, que le fue efectuado a disposición de esta Audiencia.

Líbrese, y previo testimonio en el Rollo, inclúyase en el libro de sentencias, notificándose a las partes, con la advertencia de que no es firme, puesto que cabe interponer recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante presentación de escrito de preparación en esta Sala en el término del quinto día.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### PUBLICACIÓN:

Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado ponente que la redactó, estando constituido en audiencia pública el día de su fecha. Doy fe en Bilbao.