

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• ENUNCIADO:

El 25 de junio de 2004, Luisa Fernández Casillas acude al Centro Penitenciario II de Valdomero de San Juan, con la finalidad de visitar a su marido, Pedro Colimbres Zaldívar, condenado en tres ocasiones por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud y cumpliendo en el centro por dichas condenas. Aquélla, sin antecedentes penales computables, ya extinguida una antigua condena por tráfico de estupefacientes que no causan grave daño a la salud. Ya dentro, y antes de atravesar la zona de control que hay previa a la sala de locutorios, Pedro fue objeto de un cacheo personal completo, mientras Luisa tan sólo pasaba por un detector de metales. Sucedió que, terminada la entrevista, y al realizarse el segundo cacheo personal de Luis, a éste se le detectó entre sus ropas y en la boca sustancia estupefaciente que le había pasado su esposa: dos papelinas de heroína de peso neto 1,350 y 1,180 gramos respectivamente, con pureza del 18,44%; un trozo de heroína con peso neto de 2,224 gramos y pureza de 18,33% y un trozo de hachís con peso neto de 13,889 gramos y un índice de THC del 3,45%. El valor de la droga sería de 303,45 euros.

El juicio de inferencia que se realiza por la sentencia de los hechos expuestos dice que, no obstante ser Pedro un consumidor habitual de droga desde hacía 24 años, no padecía síndrome de abstinencia en esos momentos, pues nada se ha probado al respecto y nada se puede inferir en tal sentido con arreglo a la lógica y a las máximas de la experiencia por el mero hecho de que haya un informe médico en el cual se reconoce que no ha superado su adicción. Tampoco resulta acreditado que hubiera intención de destinar la droga a terceros dentro del centro penitenciario, razón por la cual se absuelve a Pedro de toda posible responsabilidad. Asimismo y teniendo en cuenta estas circunstancias, la conducta de Pedro no resulta punible, mientras la de su esposa sí constituyó sentencia condenatoria por un delito del artículo 368 (dejamos al margen el posible delito también del art. 369.1.º) del Código Penal, pues la inferencia dice que si no hay abstinencia de Pedro y la droga tal y como se entrega en papelinas y trozos es susceptible de dosificación, la donación a su marido es penalmente relevante, pues el posible consumo no se va a producir por inmediata necesidad en el locutorio sino después, en varias aplicaciones, por autoconsumo o autoadministración, quedando afectado el bien jurídico de la salud pública.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Juicios de indiferencia para la condena o absolución de la esposa. ¿Son posibles otros juicios de inferencia que lleven a la conclusión contraria, desde la máxima de la experiencia y la lógica del razonamiento?
2. Según el resultado de los juicios efectuados, ¿sería o no punible la conducta de la esposa?

• SOLUCIÓN:

1. En la primera cuestión se plantea el análisis del juicio de inferencia, por el cual se condena a la esposa y se absuelve al marido. Para ello, hemos de partir de las referencias proporcionadas por el supues-

to de hecho; de los tres criterios aportados, indicando, previamente, que toda revisión de una sentencia necesita la prueba de que el juicio de valor o el razonamiento ha sido ilógico, no con arreglo a las máximas de la experiencia o de la lógica, para así poder cambiar el fallo. Todo Tribunal superior debe analizar el razonamiento, pues de ser con arreglo a esas máximas de la experiencia, no cabe modificación del fallo, pues se respeta al máximo la inmediación y la valoración de la prueba por el Tribunal o Juez *a quo*.

Por tanto, veamos los tres criterios indicados para la condena en el supuesto fáctico, y demos respuesta en este apartado a la primera cuestión sobre otros posibles juicios de inferencia, que parte de los anteriores y llevan a una solución distinta, por tanto, de absolución de Luisa:

- a) Que la droga es susceptible de dosificación y se encuentra en las ropas y boca de Pedro en papeliñas y trozos, lo que hace presumir el tráfico de la esposa.
- b) Que no consta padeciera síndrome de abstinencia el esposo.
- c) Que, precisamente, como consecuencia de la dosificación de la droga y de que el marido no padecía el síndrome, lo normal es presumir también que el consumo no se va a producir a presencia de quien dona en el locutorio, sino después, pues, en ese acto de la visita no se puede agotar o consumir todo lo entregado.

Con estas premisas la sentencia condena a la esposa por no entender irrelevante penalmente su conducta, a diferencia de la del marido, que al demostrarse su dependencia a los estupefacientes desde tantos años atrás, es de presumir el consumo de él y no el tráfico dentro del centro penitenciario a terceros internos. Y ese consumo de él, por donación de la esposa, hace inane la conducta de Luisa.

Procedemos, ahora, ordenadamente a realizar otra inferencia distinta a la de la sentencia, contraria, por tanto, a la decisión de que no hubo síndrome de abstinencia en Pedro.

Las máximas de la experiencia nos deben llevar al criterio lógico-médico de que un toxicómano de 24 años de antigüedad, es un enfermo con grave adicción a la droga. Cabe, racionalmente, pensar por el saber empírico, obtenido a partir de la práctica clínica y criminológica, que el paciente debe padecer la necesidad de una fuerte inclinación a conseguir droga. Cabe, racionalmente, pensar que el afectado puede padecer un síndrome de abstinencia, pues a muchos que padecen un cuadro clínico de antigüedad como el indicado se les suministra metadona o dosis ínfimas del mismo estupefaciente que consumen a fin de proporcionarles cierto placebo, eludiendo en ellos un seguro sufrimiento psicofísico.

Por lo que se refiere a la dosificación (segundo de los criterios a analizar en la inferencia, diremos, razonadamente, también, que no puede darse infalibilidad acusatoria y condenatoria al argumento de que la dosificación de la droga demuestra, lógicamente, que se tiende a la distribución. Puede razonarse con la misma lógica de criterios, admitidos todos ellos por la jurisprudencia, que lo importante es la entidad y calidad del consumo diario, no así la dosificación, pues ésta, aisladamente considerada, no preordena al tráfico. Y así, si se sabe que la dosis de consumo medio diario de heroína se estima en 600 miligramos de sustancia pura, y la de hachís se sitúa en torno a los 5 gramos, lo indicado por el caso práctico (léase) daría para dos o tres días, lo cual hace compatible pensar que Luisa entregaba droga a su marido para mitigar los efectos de un síndrome de abstinencia más que probable, reforzando esta apreciación con lo expuesto en el apartado anterior (primera inferencia sobre esa abstinencia que niega la sentencia).

Finalmente, destruimos la argumentación del tercer elemento de razonamiento incriminatorio: que el consumo no puede tener lugar a presencia del donante. Si la dosis no impide que sea para el solo consumo del familiar; si se acepta la abstinencia, que no se pueda consumir a presencia de la donante no es especialmente relevante, cuando lo que sí importa es la referencia a la salud pública. O sea, que lo trascendental no es que el consumo sea dentro o en otro lugar, sino la lesión al bien jurídico protegido con este tipo de delitos. Y si concluimos en el autoconsumo, esta autoadministración de quien es un enfermo no tiene entidad como para entender afectada la salud pública, por encima del destino de unas sustancias, nunca para terceros. En conclusión, la lesión al bien jurídico que puede producir la autoadministración es de escasa entidad y no sobrepasaría los mínimos de intervención del derecho penal.

2. Es evidente que, según el juicio (o los juicios expuestos) la sentencia mantendrá la condena o absolverá a Luisa. No obstante, nos inclinamos por la condena con base en la argumentación que se va a exponer. Debe quedar claro que lo que pretende el caso es demostrar que si los argumentos son adecuados las sentencias pueden contener fallos distintos; de ahí que el conocimiento de la materia y la destreza de las acusaciones o las defensas, nos permitirán uno u otro resultado, o incluso los votos particulares de los magistrados que no tienen por qué coincidir y sí permitir sentencias falladas por mayoría de comunidad de voluntades. Lo que demuestra, a su vez, la falibilidad del criterio humano, o la solidez de los argumentos, o la dificultad para encontrar una única solución o decisión, inexistente por la esencia o naturaleza de la acción delictiva o no cometida.

Es evidente que tras la sentencia absolutoria estaría la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de que, en este tipo de delitos, el bien jurídico protegido es la seguridad colectiva. «No existiendo peligro o riesgo a la salud de terceros no habrá necesidad de protección penal y, por tanto, no habrá antijuridicidad de conducta».

Este delito es también un delito de peligro abstracto, de mera actividad, permanente. Ha habido una donación por parte de Luisa a su marido de drogas de carácter prohibido. No se puede aplicar la tesis de que las cantidades sean mínimas, más inferir que no habrá difusión o que no habrá contraprestación o que se hace altruistamente. No se puede aplicar la conocida jurisprudencia de que, en supuestos de escasas cantidades a familiares para ayudarles a deshabituarse, las conductas sean atípicas, pues no hay riesgo de difusión, que, en el presente supuesto, siempre está ahí, pues nada demuestra que no fuera esa la intención, como por la misma lógica de los argumentos expuestos de contrario, nada demuestra que no vaya a haber contraprestación. Además, los antecedentes penales algo indicarán tanto en Pedro como en Luisa, se supone que son indicios de la homogeneidad delictiva durante el tiempo que reflejen las sentencias ya firmes.

Argumentaba en el apartado anterior para absolver a Luisa, que no importaba tanto la dosificación cuanto la calidad o la esencia del consumo diario que, en todo caso, para Pedro no superaría los dos o tres días, según las cantidades suministradas. Pues bien, es sabido que la jurisprudencia sobre la insignificancia de la cantidad de droga es excepcional, y no creo que a esta excepcionalidad se le puedan seguir añadiendo otras, que eliminen el pensar tradicional único y mayoritario sobre la naturaleza de este tipo de delitos. Lo argumentado para absolver es lógico desde las máximas de la experiencia; pero desde esas máximas y desde el principio de la seguridad jurídica que debe impregnar toda actuación judicial, será más adecuado concluir el caso condenando a Luisa por los siguientes y definitivos criterios: Las dosis de heroína -más de cinco gramos- y las de hachís -casi dieciséis- no pueden calificarse de insignificantes o de pequeñas cantidades; la jurisprudencia al respecto es excepcional. No puede afirmarse categóricamente que no haya riesgo de distribución a terceros o de contraprestación. No podemos olvidar los antecedentes penales de ambos. No podemos eludir que una de las finalidades de la pena es la rehabilitación o reinserción, que no se conseguirá suministrando droga a un drogadicto.

Es sancionable la conducta de Luisa; pero no así la de Pedro por la mera posesión, pues su conducta no permite inferir la difícilmente admisible forma imperfecta de ejecución en el delito de tráfico de estupefacientes, a los efectos de una posible tentativa.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTC de 14 de marzo y 11 de abril de 1991.**
- **SSTS de 19 de septiembre de 1985, de 5 de febrero, 4 de abril y 4 de diciembre de 1991, 2 de junio de 1992, 22 de junio de 1993, 21 de febrero de 1995, 11 de marzo de 1996 y 22 de septiembre de 2000.**
- **Auto del TC 154/1992, de 25 de mayo.**