

Roj: **STS 1547/2004 - ECLI:ES:TS:2004:1547**Id Cendoj: **28079120012004100292**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/03/2004**Nº de Recurso: **365/2003**Nº de Resolución: **286/2004**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por el acusado Constantino , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, que le condenó como autor de un delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.**José Ramón Soriano Soriano**, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Castro Rodríguez.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Paterna incoó Procedimiento Abreviado con el número 51/2000 contra Constantino , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección Tercera con fecha cuatro de diciembre de dos mil dos, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Sobre las 23,15 horas del día 19 de febrero de 1999, el acusado Constantino , mayor de edad y sin antecedentes penales, se hallaba en la Avda. del País Valenciano de Paterna, junto con otros jóvenes, cuando al percatarse de la presencia en lugar próximo de los agentes de la Policía Local, cruzó rápidamente a la acera de enfrente y se introdujo en el patio nº 26 de la citada Avda. donde se encontraba otro grupo de jóvenes. Ello infundió sospechas a los agentes que siguieron al acusado al interior del patio comprobando como había introducido en uno de los buzones de la casa, una bolsa conteniendo 42,82 gramos de cocaína con una pureza del 75 %. La bolsa conteniendo la citada sustancia se rompió al introducirla en el buzón perdiendo parte de su contenido, 0,52 gramos de cocaína de idéntica pureza.

Asimismo, los agentes hallaro en poder del acusado 3.000 pts. y una balanza electrónica digital de precisión que el acusado guardaba en uno de sus bolsillos.

La cocaína había sido adquirida por el acusado con dinero, concretamente 35.000 pts. por persona, que previamente le había sido entregado por un grupo de amigos, Luis Enrique , Cristina , Valentina , Gloria , Amanda , Eusebio y Rogelio , la mayoría de los cuales se encontraba en el interior del patio donde se introdujo el acusado, y que con la finalidad de celebrar una fiesta, habían encargado 5 gramos de cocaína cada uno, para consumirla esa misma noche en el domicilio de Luis Enrique , sito en el patio donde se encontraban.

Todas las personas que iban a compartir el consumo de cocaína eran consumidores habituales de dicha sustancia, no quedando acreditada su condición de drogodependientes".

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

"FALLAMOS: CONDENAMOS a Constantino como criminalmente responsable en concepto de autor del delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 años de prisión; con inhabilitación especial para



el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 1.000.000 pts. (6.010,12 euros) con responsabilidad personal subsidiaria de 30 días y al pago de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de la sustancia intervenida y la destrucción de la misma, así como del dinero y la balanza intervenidos.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Reclámese del instructor, debidamente terminada, pieza de responsabilidad civil del acusado.

3.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por infracción de ley por el acusado Constantino, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dicho recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Constantino se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Único.- con base procesal en el art. 849-1 de la L.E.Criminal, por indebida aplicación del art. 368 C.P.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto impugnó el único motivo alegado; la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos y pendientes de señalamiento para fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 25 de Febrero del año 2004.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, en motivo único, se alza contra la sentencia, entendiéndose se ha aplicado indebidamente el art. 368 C.P., lo que realiza por el cauce procesal que autoriza el art. 849-1º L.E.Cr. (corriente infracción de ley).

1. La razón que le coloca en situación discrepante con el tenor de la sentencia la halla el recurrente en la ausencia de antijuricidad material o incapacidad de la conducta enjuiciada de dañar el bien jurídico protegido por hallarse ante un supuesto de consumo compartido.

El Tribunal sentenciador analiza el caso y haciendo hincapié en el requisito de la condición personal de los que van a consumir conjuntamente (han de ser drogadictos) entiende que no concurre este dato en los componentes del grupo y, sin examinar o profundizar más en otros aspectos jurisprudencialmente exigidos para que la conducta se considere impune, condena al acusado, por cuanto con su proceder realizó un acto de favorecimiento o facilitación del consumo de otros, plenamente incardinable en el art. 368 C.P.

2. Antes de seguir adelante conviene recordar los condicionamientos que ha ido señalando esta Sala para que podamos calificar a una situación de consumo compartido (véase, por todas, sentencia 1105 de 24 de julio de 2003, y las que en ella se colacionan).

Los requisitos, para su apreciación son los siguientes (S. 376/2000, de 8 de marzo y 1969/2002, de 27 de noviembre):

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero y 3 de marzo de 1995.

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a <lugar cerrado> es frecuente en la jurisprudencia ( ss. de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995).

c) La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser <insignificante> (ver sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995).

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (ver sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

e) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.





f) Ha de tratarse de un consumo <inmediato> de las sustancias adquiridas. Al <consumo normal e inmediato> alude la jurisprudencia en las sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

3. El Tribunal faltando tal requisito no siguió analizando los demás elementos o circunstancias que deben concurrir para calificar el consumo de compartido.

Pero es inevitable hacer referencia a la necesidad de que los consumidores sean ciertos y determinados (apartado d. de los requisitos jurisprudenciales), y en la hipótesis que nos afecta de las distintas declaraciones, unos afirmaban que eran ocho, otros nueve y finalmente alguno hasta diez personas. La verdad, es que si la idea dominante es que eran ocho y todos ellos encomendaron al compañero que adquiriese cinco gramos de cocaína para cada uno, no cuadran los 50 gramos comprados para la ocasión.

En el apartado c) de las condiciones impuestas jurisprudencialmente se hace referencia a una cantidad insignificante de droga, y objetivamente hablando 5 gramos de cocaína, con una pureza de 75%, es discutible que pueda serlo, si partimos de que el consumo medio de un drogodependiente, según datos oficiales por el Instituto de Toxicología, es de 1,5 gramos al día, y los componentes del grupo no eran drogodependientes.

Por otra parte, aunque los copartícipes pensarán consumir la sustancia de un sola vez, no significa que llegado el momento todos lo hicieran, si no querían arriesgarse a un desenlace no deseado, por razón de sobredosis. La cantidad objetiva de sustancia por persona, notoriamente alta, no excluye que hicieran partícipes a otros amigos, no quedando eliminado el riesgo expansivo de consumo con posible afectación a la salud de terceros.

4. La sentencia combatida, al cerrar toda posibilidad de debate sobre otros aspectos del tema del consumo compartido y por razón de la tutela judicial efectiva (motivación de las sentencias para fundar los recursos) y el derecho a utilizar los medios de defensa sin producir indefensión, argumentó exclusivamente sobre la condición personal de los consumidores.

Es cierto que la expresión "consumidor habitual no drogodependiente" que utiliza la sentencia se puede distinguir perfectamente del adicto, condicionado a un consumo morbosos casi diario, con dependencia física y tolerancia, con posibles estallidos de crisis de abstinencia ante periodos carenciales cortos; pero aun así, habría que partir de los estrictos términos del factum y desentrañar el alcance del término "consumidor habitual".

Excluidos los consumidores ocasionales o esporádicos, en esta Sala se va abriendo paso una tendencia jurisprudencial en la que, a efectos de consumo compartido, reputa adictos o drogodependientes a los habituales de fin de semana, que es el periodo de consumo ordinario o regular (asiduidad) de las personas que consumen drogas sintéticas o de diseño.

Exponente de esta doctrina es la sentencia nº 237 de 17 de febrero de 2003 que nos dice: "En relación a la condición de adictos, en la medida que la razón de ser de tal requisito es evitar la captación o integración en el grupo de quien no es consumidor, debe ser interpretado en el sentido de que las personas integrantes del grupo respondan a un patrón de consumo que, por lo que se refiere a los supuestos de consumo de drogas sintéticas, el modelo de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, generalmente en el marco de fiestas y celebraciones de amigos. Ello supone una matización o modulación importante de la condición de "adicto" que no debe interpretarse como drogadicto "strictu sensu", sino como un consumidor de fin de semana como ya se ha dicho".

5. En base a tal doctrina, con sujeción a los estrictos términos que denota la expresión "consumidores habituales", y la explicación que el Tribunal da en la fundamentación jurídica de que los integrantes del grupo de amigos tenían el hábito, costumbre o práctica de consumir droga una o dos veces al mes, a lo que debía añadirse la asiduidad en hacerlo en las discotecas a las que solían asistir los fines de semana, cuando se daba alguna fiesta y disponían de dinero, permite delimitar un concepto de consumidor habitual que, conforme a la ratio interpretativa sobre el fenómeno del consumo compartido, debe merecer la misma consideración que los adictos o drogodependientes propiamente dichos.

Con estos datos, podemos perfectamente incardinar a los componentes del grupo dentro de lo que la sentencia llama consumidores habituales, aunque no se den en ellos las notas de adicto, drogodependiente, drogadicto o toxicómano, como situación morbosa del consumidor, en la que por razón de la dependencia física y tolerancia, no puede prescindirse del consumo, prácticamente diario, si se quiere impedir una crisis de abstinencia segura.

Por último, hemos de destacar que el Tribunal de instancia, al tomar como referencia de sus argumentos la sentencia de esta Sala nº 1429 de 24 de julio de 2002, que excluía el carácter de drogodependiente a los que calificaba de consumidores más o menos ocasionales o habituales, no captó la idea de que si el Tribunal Supremo lo hacía así era precisamente por la indeterminación en la adicción del consumidor; sin embargo, la sentencia combatida en hechos probados calificó a todos y cada uno de los integrantes del grupo de amigos



de "consumidores habituales", expresión tajante, apodíctica e incontrovertida, muy distinta a la frase de más o menos habituales, que empleó la sentencia de esta Sala.

En conclusión, podemos afirmar que, a efectos de estimar el consumo compartido, debe ampliarse el concepto y reputar adictos a los consumidores habituales de fin de semana.

El motivo debe estimarse y dictar una sentencia más conforme a derecho. Las costas se declaran de oficio, conforme dispone el art. 901 L.E.Cr.

### III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Constantino , por estimación de su único Motivo, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera con fecha cuatro de diciembre de dos mil dos, con declaración de oficio de las costas ocasionadas en dicho recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, si se hubiere remitido en su día.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar **José Ramón Soriano Soriano**

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D **José Ramón Soriano Soriano** , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil cuatro.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Paterna con el número 51/2000, y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, contra el acusado Constantino , con DNI: nº NUM000 , hijo de Jesús y de Purificación, nacido en Valencia, el día 19 de mayo de 1979 y vecino de Meliana, con domicilio en CALLE000 nº NUM001 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. **José Ramón Soriano Soriano**, hace constar lo siguiente:

#### I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha cuatro de diciembre de dos mil dos, incluso su relato de hechos probados.

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Concurriendo la nota de la adición, y no siendo posible el análisis de los demás condicionamientos del consumo compartido, por darlos por concurrentes el Tribunal en un escueto y precipitado análisis, pero suficiente para no reabrir el debate (no indefensión), debemos concluir que el caso de autos integra un supuesto de consumo compartido, al reputar adictos a los consumidores habituales de fin de semana.

#### III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Constantino , del delito contra la salud pública del que fué condenado, con todos los pronunciamientos favorables al mismo, declarando de oficio las costas procesales de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar **José Ramón Soriano Soriano**

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