

Roj: **STS 5707/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5707**Id Cendoj: **28079120012002102526**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/07/2002**Nº de Recurso: **35/2001**Nº de Resolución: **1408/2002**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN DELGADO GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil dos.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por el Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de diez de noviembre de dos mil. Ha intervenido, en calidad de recurrido, el acusado absuelto Carlos José , representado por el procurador Sr. Aparicio Urcia y sido ponente el magistrado Joaquín Delgado García por realizar voto particular el ponente inicialmente designado.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de instrucción de Aoiz instruyó procedimiento abreviado número 164/2000 por delito contra la salud pública, a instancia del Ministerio fiscal contra Carlos José y abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Navarra que, con fecha diez de noviembre de dos mil, dictó sentencia con los siguientes HECHOS PROBADOS:

"A la 1,30 horas del día 5 de marzo del año 2000 al acusado Carlos José , mayor de edad y sin antecedentes penales, le fue dado el alto, por agentes de la Guardia Civil que se encontraban de servicio, cuando conducía el vehículo matrícula VU-....-UR a la altura del Polígono Areta de la localidad de Huarte (Navarra), siendo requerido a continuación junto con el acompañante Raúl para que sacaran todas las cosas que portaban, siendole ocupado a Carlos José dentro de una cartera 79 comprimidos, con peso de 24,6 gramos y riqueza del 33,2% de la sustancia estupefaciente MDMA-Extasis, que es de las que causan grave daño a la salud, así como un trozo de hachís con un peso de 17,5 gramos y una pureza del 10,6%, sustancia ésta que no causa grave daño a la salud.- La indicada sustancia MDMA- Extasis había sido adquirida momentos antes por Carlos José , en la ciudad de Pamplona, a una persona no identificada, adquisición que el referido acusado realizó para él y para unos amigos, quienes previamente le habían entregado la cantidad de 3000 pesetas cada uno de ellos para tal adquisición, con la finalidad de que momentos después y con ocasión de una cena que habían tenido y posterior asistencia a una fiesta les fuera entregada para consumirla. El trozo de hachís era propiedad exclusiva del acusado Carlos José para su autoconsumo".

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

"Absolvemos a Carlos José del delito contra la salud pública que le imputaba el Ministerio Fiscal, con toda clase de pronunciamientos favorables y declarando de oficio las costas procesales."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por EL MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurrente basa su recurso, por el cauce del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim), por inaplicación del artículo 368 del Código penal.

5.- Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto se opuso al mismo; la Sala lo admitió y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.





6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 16 de julio de 2002.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida absolvió al acusado Carlos José del delito contra la salud pública de que fue acusado por el Ministerio Fiscal, por considerar atípica e insubsumible en el artículo 368 del Código Penal -concretamente, en la conducta de "promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas"- la ejecutada por el acusado. La misma consistió en la adquisición, de persona no identificada en la causa, de 79 pastillas con peso de 24,6 gramos y riqueza del 33,2% de la sustancia estupefaciente MDMA-Extasis. Esto lo efectuó por encargo de sus amigos quienes, aunque en los hechos probados no se determina, en los fundamentos de derecho de la sentencia se afirma constituían un grupo de unas veinte personas. Se declara probado que cada uno de éstos le había entregado la cantidad de 3000 pesetas con destino a la adquisición de la sustancia mencionada para "momentos después, y con ocasión de una cena que habían tenido y posterior asistencia a una fiesta les fuera entregada para consumirla."

El Ministerio Fiscal ha recurrido esta resolución por el cauce del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que ha sido inaplicable el artículo 368 del Código Penal. Por su parte el recurrido, Carlos José, se ha limitado a realizar algunas alegaciones sobre la prueba practicada en el juicio y las conclusiones de la sentencia absolutoria solicitando la desestimación del recurso.

El motivo debe ser estimado por las razones que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- El artículo 368 del Código penal tipifica como delito las conductas que signifiquen favorecimiento, facilitación o promoción del consumo de drogas ilegales, en cuanto dichas conductas ponen en peligro el bien jurídico protegido por este tipo penal, que es la salud pública.

Precisamente por no implicar un riesgo, ni aun abstracto, para el bien jurídico protegido, la jurisprudencia de esta sala - aunque con prudencia y con carácter excepcional- viene considerando atípicas algunas conductas de consumo compartido de sustancias tóxicas ilegales o prohibidas en un ámbito que aunque desborda el del autoconsumo individual, se consideran equiparables a éste.

Para que pueda apreciarse la concurrencia de un supuesto de consumo compartido, deben concurrir los siguientes requisitos: a) los que se agrupan para la adquisición y ulterior consumo de la sustancia deben ser adictos, b) el consumo debe proyectarse para ser realizado en lugar cerrado, c) la cantidad de droga debe ser escasa, de manera que sea posible su consumo en el propio acto, d) el círculo de los drogodependientes que proyectan la adquisición conjunta para su ulterior consumo debe ser también reducido y deben ser personas ciertas y determinadas. (SsTS de 25 de noviembre de 1994, 21 de febrero de 1997 y las que en ella se citan y 21 de septiembre de 1999).

TERCERO.- El Fiscal, en su escrito de interposición, considera que no se cumplen los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para incluir la conducta enjuiciada en el ámbito del consumo compartido que haría atípica la acción. Y de las alegaciones que efectúa el recurrente y del relato de hechos probados hemos de concluir que, en efecto, en la conducta realizada por Carlos José se encuentran ausentes los elementos que harían su conducta irrelevante para el Derecho Penal.

No consta en la sentencia que el grupo que se concierta para la adquisición y ulterior consumo de las pastillas de éxtasis, y que efectúa el encargo de compra a Carlos José, estuviera integrado por adictos al éxtasis; así es, pues nada se expresa en los hechos probados y si bien en los fundamentos de derecho la sala de instancia hace referencia a que los que integran el círculo de amigos son consumidores, esta mención la efectúa exclusivamente en relación al acto de consumo proyectado y no a la circunstancia de que en ellos concurre la calidad de consumidor adicto que es el que viene exigiéndose jurisprudencialmente.

No se puede afirmar que el grupo de individuos fuera reducido ni que estuviera determinado, y prueba de ello es que la sentencia no expresa ni tan siquiera el número exacto de destinatarios de la sustancia anfetamínica (alrededor de veinte personas -dice la sentencia-). Tampoco se puede afirmar que la cantidad de droga adquirida fuera insignificante al punto de que pudiera ser consumida en el propio acto, o de inmediato. Así, la cantidad intervenida por la Guardia Civil a Carlos José ascendió a 79 comprimidos, peso de 24,3 gramos y riqueza en sustancia anfetamínica del 33'2%, es decir 8.167 miligramos de sustancia ilegal pura.

De otro lado, tiene razón el Fiscal cuando afirma que la indefinición del lugar en el que se pretendía el consumo de la sustancia tóxica le priva de la calificación exigida de "lugar cerrado". Es decir, no se deduce claramente si el consumo se efectuaría durante la cena que se iba a celebrar, al parecer en la bajera, o en la ulterior fiesta, y si ésta estaba cerrada al círculo de adquirentes o podría ampliarse a terceras personas ajenas al mismo. Sólo reduciendo el consumo a un espacio cerrado al que tuvieran acceso únicamente los que antes





se habían concertado para él y no terceras personas ajenas al concierto, y que pudieran llegar a acceder a la droga, onerosa o gratuitamente, se garantiza la ausencia de puesta en peligro del bien jurídico protegido. Es la privacidad del lugar cerrado la que evita que se consumen las conductas de favorecimiento, propagación o facilitación del consumo a terceras personas no adictas y no concertadas para la adquisición de la sustancia tóxica.

En conclusión, de los hechos probados no se deduce que esté excluida la posibilidad de que, realizado el reparto de la droga, pudiera ser ulteriormente trasladada por los adquirentes finales a otros lugares distintos de aquél en el que al parecer iban a consumirla y tampoco está garantizado, también por la cantidad de pastillas adquiridas, que éstas no llegaran a manos de terceros ajenos al círculo de consumidores inicial que pudieran participar en la fiesta en la que se realizaría el consumo.

Así, de lo expuesto hasta ahora se concluye, en consonancia con la doctrina de esta sala (STS de 24 de julio de 2002), que no puede apreciarse la existencia de un supuesto de consumo compartido que convirtiese en atípica la conducta del acusado en la presente causa y ello por ausencia en la acción enjuiciada de los requisitos fundamentales para su concurrencia. Pues de lo expuesto hay que concluir que existió favorecimiento y facilitación del consumo de éxtasis, y, en consecuencia, existió riesgo para el bien jurídico protegido -salud pública-, representado por la posibilidad de que el éxtasis fuera consumido por terceras personas, no adictas, e incluso, ni siquiera iniciadas en el consumo de esta sustancia, lo que, desde luego, fue abarcado por el dolo del autor en tanto en su inteligencia y voluntad necesariamente debió hallarse presente esta posibilidad que asumió realizando el acto de adquisición de las pastillas para su ulterior reparto en las condiciones referidas.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado, y procede la anulación de la sentencia recurrida para dictar otra en la que subsumiendo los hechos en el artículo 368 del Código penal, inciso primero, se imponga al acusado la sanción mínima, legalmente posible, a saber, pena de tres años de prisión. En cuanto a la pena de multa solicitada por el Fiscal, de conformidad con lo resuelto en otras ocasiones por esta sala (sentencia número 694/2002 de 15 de abril), si la mención al valor de la droga no ha sido incluida en los hechos probados de la sentencia recurrida, no existe elemento alguno para poder efectuar la individualización de esta pena, por lo que no procede su imposición.

III. FALLO

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, por estimación del único motivo, articulado por infracción de ley, y en consecuencia, anulamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha diez de noviembre que dos mil que absolvió a Carlos José del delito contra la salud pública de que había sido acusado y declaramos de oficio las costas de este recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Delgado García Perfecto Andrés Ibáñez Enrique Abad Fernández

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Julio de dos mil dos.

En la causa del Juzgado de instrucción número 1 de Aóiz número 164/2000, seguida por delito contra la salud pública contra Carlos José con D.N.I. NUM000, hijo de Marí Jose y de Casimiro, natural de Pamplona (Navarra) y vecino de Huarte (Navarra), la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia en fecha diez de noviembre de dos mil que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el Magistrado Sr. Delgado García.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia dictada en la instancia.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO





Se dan por reproducidos los de la primera sentencia de esta sala.

III. FALLO

CONDENAMOS a Carlos José , como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368 del Código penal, inciso primero, a la pena de tres años de prisión y a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de la condena.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Delgado García Perfecto Andrés Ibáñez Enrique Abad Fernández TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal _____ VOTO PARTICULAR FECHA:26/07/2002

COMENTARIOS: Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 1408/2002, de 26 de julio, dictada en el recurso de casación núm. 35/2001. Mi discrepancia de la mayoría se cifra en que, en contra de lo que se sostiene en la sentencia de casación, que acoge los argumentos del Fiscal, entiendo que en el caso a examen sí se dan los presupuestos a los que la jurisprudencia de esta sala ha condicionado generalmente la estimación de que la droga incautada se destinaba a un consumo compartido, con la consecuencia de la atipicidad de la conducta por falta de riesgo para el bien jurídico. En primer término, hay que afirmar que la cantidad de droga aprehendida fue objetivamente escasa. En efecto, las dosis incautadas fueron 79, con un peso bruto de 24,6 gramos y una riqueza media en MDMA de 33,2 por ciento. Siendo así, el juicio sobre la significación de estas magnitudes en su dimensión de fuente de riesgo para el bien jurídico protegido, ha de hacerse tomando en consideración las indicaciones del Instituto Nacional de Toxicología relativas a la dosis de abuso habitual (480 mg) y al consumo medio diario (1440 mg). De donde resulta que el total de sustancia activa a considerar en este caso es de 8,16 gramos, lo que equivale a 17 dosis, que darían para el consumo de cinco personas adictas durante un día. Por lo que, a tenor de estos datos y a mi juicio, la apreciación del Fiscal sobre la relevancia cuantitativa de la droga debió haber sido consecuentemente relativizada. Lo mismo hay que decir por lo que se refiere al número de los destinatarios de aquella, si se tiene en cuenta otro dato empírico bien conocido sobre la pauta habitual de consumo del MDMA, que tiene lugar, por lo general, en los mismos grupos relativamente numerosos que los jóvenes forman para divertirse, esto es, y en el supuesto de referencia, en el marco de lo que en la sentencia de instancia se describe como cuadrilla. Y es, en fin, en este contexto en el que debe situarse la concreción del perfil del consumidor y la forma usual de consumo de esa sustancia. Con lo que la categoría de adicto que se maneja para otras drogas tiene aquí correspondencia en la figura del usuario de fin de semana o del asistente a la fiesta de que se trate. Tales son, pues, las coordenadas a las que hay que atenerse para valorar la trascendencia penal de la conducta enjuiciada. Salvo que se decida que la categoría jurisprudencial del consumo compartido atípico, acuñada por la jurisprudencia de esta sala, carece de aplicación en el caso de drogas cuya modalidad de abuso no guarda estricta relación con la que es propia de, por ejemplo, la heroína y la cocaína, elevada de este modo, implícitamente, a paradigma de referencia. Pues bien, a tenor de lo que acaba de expresarse, es de advertir que la sala tuvo la oportunidad de valorar directamente, merced a una nutrida testifical, la calidad de los testimonios de los implicados y, a través de esas manifestaciones, la adecuación de sus rasgos al perfil del consumidor estándar de MDMA. Y es evidente que lo hizo, dado el pormenor con que llevó a efecto su análisis de la prueba en la sentencia. Así resulta que sus conclusiones sobre los particulares aludidos, es decir, la verosimilitud de la hipótesis del consumo dentro del grupo por jóvenes con cierto hábito en la materia, como destino de lo incautado, aparte de ser inherentes al ámbito de la valoración probatoria, no fueron en modo alguno arbitrarias. La jurisprudencia de esta sala (por todas, SSTS de 8 de marzo de 2000 y de 31 de marzo de 1998) ha exigido, para que se dé el consumo compartido atípico, que los destinatarios sean personas ciertas y adictos, que el consumo proyectado esté previsto para un momento próximo, en lugar cerrado, y que la cantidad sea insignificante. Pues bien, los implicados en la situación pudieron ser vistos y oídos, y por tanto, identificados individualmente y como conjunto por el tribunal; el uso de la sustancia -según la sentencia- estaba previsto para un momento inmediatamente posterior al de la adquisición, que prácticamente acababa de producirse cuando tuvo lugar la intervención policial. Y la cantidad, ya se ha visto que era de escasa entidad objetiva y también, por ello, de escaso potencial lesivo concreto para la salud de los destinatarios, a tenor de la reducida significación porcentual de cada una de las unidades en que se hallaba dividida y del número total de éstas. A todo lo que hay que añadir que la ingesta iba a tener lugar en el ámbito delimitado del grupo de amigos y, por lo expuesto, prácticamente no habría dado para más. Es por lo que, en definitiva, no puede decirse que el caso contemplado no guarde una analogía esencial con los tratados en la jurisprudencia de esta sala a que se refiere la de instancia como fundamento de su decisión, que, por tanto, ha de entenderse correcta. Es por lo que entiendo que el recurso debería haberse desestimado. Fdo.: Perfecto Andrés Ibáñez.





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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

