

**Jurisdicción:** Penal

**Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 1081/2009 de 11 noviembre.**

Recurso de Casación núm. 706/2009

## **RESUMEN**

**TRAFICO DE DROGAS: AUTOCONSUMO COMPARTIDO:** inexistencia: 178 comprimidos de MDMA adquiridos por un nutrido grupo de jóvenes para su consumo en una fiesta de una discoteca.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Alicante, incoó Procedimiento Abreviado con el número 51 de 2008, contra Ovidio y Segundo, y una vez concluido lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, cuya Sección Tercera, con fecha 22 de diciembre de 2.008, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: El día 23 de octubre de 2006, los acusados Ovidio y Segundo , mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de acuerdo entre sí y con un nutrido grupo de jóvenes, adquieren de un tercero cuya identidad no consta 178 comprimidos de MDMA (éxtasis ) para distribuirlos en el autobús que iban a fletar esa noche para desplazarse a Valencia y consumirlos en el autobús y en la discoteca Bananas, sita en dicha ciudad, donde tenían proyectado celebrar el cumpleaños de varios de los jóvenes que participaban en la expedición.

Sobre las 23 horas del mismo día, agentes de la Guardia Civil interceptaron el autobús en el que los dos acusados viajaban con unos cincuenta jóvenes más a Valencia, y en un cacheo ocuparon al acusado Ovidio los 178 comprimidos que habían adquirido. Analizada la sustancia resultó ser MDMA con un peso total de 43,72 gramos y un porcentaje de riqueza media del 5,5%. En el momento en que los agentes de la Guardia Civil accedieron al autobús los acusados estaban procediendo al reparto de la droga entre los participantes en la fiesta.

El precio de la droga en el mercado ilícito se calcula en 1.815 euros.

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Don Ovidio y a Don Segundo como responsables en concepto de autores de un delito contra la salud pública del art. 368 CP , en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por Ovidio y Segundo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

RECURSO INTERPUESTO POR Ovidio

## SEGUNDO.-

Cuestión distinta es si, reconduciendo la alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE ) a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por cuanto en la medida de que toda condena ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en sentencia de tal forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia, es de aplicación la **doctrina del consumo compartido impune**, en base a que la actividad probatoria producida no se compadece con el juicio de certeza exteriorizada por el tribunal "a quo", denunciándose, en definitiva, por el recurrente un vacío probatorio de cargo, o su insuficiencia, directamente relacionado con la errónea interpretación que efectúa la Sala de instancia de la teoría del consumo compartido.

La Sala de instancia desestima la alegación exculpatoria del "consumo compartido" por no concurrir los requisitos que jurisprudencialmente se han venido exigiendo.

Así esta Sala si bien ha venido desarrollando una doctrina que amplía la falta de punición de la tenencia para autoconsumo individual a algunos otros de autoconsumo en grupo, ante la presencia de casos en que, particularmente jóvenes se reúnen para compartir la droga que han adquirido con el dinero de todos, ha venido también requiriendo **para reputar atípica esa conducta consistente en el consumo conjunto por diversas personas, que concurren las siguientes circunstancias:**

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, 3 de marzo de 1995, veinte de julio de 1999, 13 de diciembre de 2001, si bien las sentencias 286/2004 de 8.3 y 408/2005 de 23.3, amplían el concepto y reputan adictos a los consumidores habituales de fin de semana, singularmente en los casos de drogas sintéticas (MDMA, MDA) en los que el patrón de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos. En este sentido la STS. 718/2006, recuerda que ha de tenerse en cuenta **que la condición del consumidor esporádico de fin de semana es la más típica y usual de los casos de consumo compartido.**

En efecto que la exigencia de que el grupo de consumiciones hayan de ser adictos, entendiendo esta palabra como drogodependientes no es exacta en la jurisprudencia de esta Sala y debe ser matizado, **interpretándose "adicto" como consumidor de fin de semana, un patrón de uso que no exige la condición de drogadicto.**

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.

c) **La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser – insignificante -** como correspondiente a un normal y esporádico consumo.

d) La **coparticipación consumista** ha de venir referida a un **pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales**, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder

calibrar su número y sus condiciones personales.

e) Ha de tratarse de un **consumo - inmediato** - de las sustancias adquiridas y sin contraprestación especulativa de las sustancias adquiridas al efecto.

Bien entendido que esta Sala, partiendo de la concepción de los delitos contra la salud pública, como de infracciones de peligro en abstracto, tiene establecido que pueden existir supuestos en los que no objetivándose tal peligro se estaría en una conducta atípica, evitándose con ello una penalización sic et simpliciter, que pudiera tener efectos criminógenos y en la que no estuviese comprometido el bien jurídico que tales delitos tratan de defender, habiéndose señalado como indicadores que abonarían tal atipicidad, los acabados de exponer, en los que se trata de verificar si en el presente caso se está en un supuesto de los comprendidos en la doctrina de la Sala expuesta, debiendo añadirse que en todo caso, los indicadores citados deben de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, ya que no debe olvidarse que todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado y que lo relevante es si del análisis del supuesto se objetiva o no una vocación de tráfico y por tanto un riesgo para la salud de terceros.

Cada uno de los requisitos que se establecen para la declaración de concurrencia no pueden ser examinados es su estricto contenido formal, a manera de test de concurrencia pues lo relevante es que ese consumo sea realizado sin ostentación, sin promoción del consumo, y entre consumidores que lo encarguen, para determinar si por la cantidad puede establecerse un razonado juicio de inferencia de estar destinada al tráfico o de consumición entre los partícipes en la adquisición.

Pues bien la anterior descripción de lo acontecido revela el acierto de la Sala de instancia al no estimar concurrentes la totalidad de los requisitos para efectuar la impunidad a la conducta del recurrente.

En efecto con independencia de que la versión del recurrente de que todos los participantes en las fiestas de cumpleaños, habían puesto un **fondo común** para adquirir la droga -20 euros-, concertados para distribuirla y consumirla, y que el control policial fue rutinario, **no puede asumirse de forma total** pues ni el control fue rutinario: el Guardia Civil NUM000 declaró que tenían conocimiento del alquiler del autobús para ir a una fiesta a una discoteca en Valencia y que se llevaba drogas, y el número NUM001 , intervinieron porque había rumores de que en el autobús se podía portar droga.

**Ni está acreditado que todos los partícipes pusieran ese fondo común para adquirir la droga, sino lo probado es el acuerdo para la adquisición, pero las pastillas cada uno tenía que pagarlas en el autobús** (ver por ejemplo declaración del testigo Lázaro), lo cierto es que ni siquiera la versión del acusado se compadece con la doctrina jurisprudencial expuesta.

Así las personas entre las que se debe distribuir la droga han de ser adictas -al menos, consumidores de fin de semana- pues al no serlo se corre el riesgo de potenciarse en ellos la adicción y su habituación, supuesto subsumible en el delito. En el caso presente solo hay una referencia a "un nutrido grupo de jóvenes" y a los 50 jóvenes que viajaban en el autobús a Valencia, **sin más especificaciones en orden a su condición de consumidores** -en el juicio oral solo comparecieron seis testigos y las sustancias que a algunos de ellos les fueron intervenidas fueron hachís y cocaína, no MDMA. **Tampoco concurrirían los requisitos de ser pocos y determinados los consumidores y el consumo inmediato y en lugar cerrado o**

**privado.**

Así, de una parte, no solo no consta la identidad de aquellos jóvenes sino ni siquiera que el "nutrido grupo" lo constituyan la totalidad de los 50 viajeros del autobús, y de otra, los testigos que depusieron en el juicio oral apuntaron a **un consumo que se prolongaría tanto en el autobús como en la discoteca durante toda la noche y la lógica que impone el sentido común es pensar que cada uno de ellos se llevase las pastillas que les correspondieran (3 ó 4) y las consumiera a su discreción y voluntad de manera independiente del grupo.**

Lo razonado nos lleva, teniendo en cuenta la excepcionalidad de la atipicidad del consumo compartido, y que su impunidad sólo puede ser reconocida con suma cautela, a desestimar el motivo.

### **III. FALLO**

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Ovidio y Segundo**, contra sentencia de 22 de agosto de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, que les condenó como autores de un delito contra la salud pública; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. José Antonio Martín Pallín A LA SENTENCIA RESOLUTORIA DEL RECURSO DE CASACIÓN N° 706/2009 , sentencia n° 1081/2009.

1

Con pleno respeto a la opinión de la mayoría estimo que en el caso presente nos encontramos ante un autoconsumo compartido impune que daría lugar a la admisión del Recurso y la consiguiente absolucón de los condenados.

2

El hecho probado afirma, clara y rotundamente, que los acusados " puestos de acuerdo entre sí y con un nutrido grupo de jóvenes

" adquirieron 178 comprimidos de MDMA (Éxtasis). Antes de entrar en el análisis de los contenidos posteriores debemos admitir que la sentencia de forma inequívoca está relatando un acuerdo en el que participan los acusados y un nutrido grupo de jóvenes, lo que nos lleva, sin necesidad de tergiversar su sentido, a la conclusión de que los cincuenta jóvenes que viajaban en el autobús en su totalidad, -versión favorable a los acusados-, o en su mayoría, estaban implicados en el acuerdo de adquirir droga para el solo consumo personal, sin otro ulterior propósito o finalidad.

3

La sentencia recurrida admite que la versión de los acusados ha sido confirmada, con unos u otros matices, por varios testigos que han declarado en el juicio. Es decir, que se adquirió la droga para repartirla entre un grupo de cincuenta amigos, - directos o amigos de los amigos-, para consumirla el día de autos en el autobús que les llevaba a la discoteca, para celebrar una fiesta, de la que ya habían adquirido entradas para todos.

4

La Sala sentenciadora admite la atipicidad, según nuestra jurisprudencia, del consumo compartido o la tenencia destinada al mismo. Los sujetos concertados han de ser consumidores o bien haber decidido libremente realizar el consumo. Si se conciertan y dan su aquiescencia a la adquisición y reparto, se induce que todos eran potenciales consumidores.

No existe ninguna base para imputar a los acusados la intención de ser iniciadores en el consumo al resto de los concertados. El segundo punto radica en que el consumo ha de hacerse en lugar cerrado. La sentencia siempre ha dicho que se realizaba en el autobús para que surtiera sus efectos antes de llegar a la discoteca, por lo que no existe dificultad alguna de equiparar el vehículo a un lugar cerrado en el que nadie que no fuera ocupante, podía participar en el reparto o consumo. No existía el más mínimo riesgo de habituar a extraños que no se hubiesen previamente concertado. La cantidad de droga como factor para establecer el autoconsumo se obtiene de dividir el número de partícipes conscientes, entre el número de pastillas encontradas, lo que arroja una cantidad compatible con el consumo personal de cada uno de ellos. La acción no varía por el número de personas sino por las dosis que se consumen y no se trata de una difusión o promoción del consumo, por lo que sus efectos criminógenos, desde la perspectiva del tráfico son nulos.

5

La sentencia mayoritaria estima, en contra del sentido natural de las palabras que no existía acuerdo porque los jóvenes tenían que pagar las pastillas en el autobús. Esta afirmación o interpretación contraria a los acusados no refleja la realidad. Nada se opone a considerar conforme a parámetros de racionalidad el análisis de los conceptos, que el acuerdo masivo existió, resultando indiferente que algunos adelantasen el dinero o que después el resto entregase su cuota cuando recibieran lo que habían convenido.

6

Los hechos y solo los hechos y no las conjeturas deben marcar la decisión del conflicto. La sentencia es, en este punto, un tanto contradictoria ya que combina la afirmación de que uno de la Guardia Civil ocupó a uno de los acusados los 178 comprimidos, después de haber afirmado tajantemente que existía un concierto de voluntades previo y masivo. La finalidad inicial de consumo compartido se asume por la sentencia al declarar que " En el momento en que los agentes de la Guardia Civil accedieron al autobús los acusados estaban procediéndola reparto de la droga"

. Esto supone la confirmación plena de que la adquisición se había realizado para el autoconsumo sin que a ello afecte el número de los concertados ya que la modalidad típica exige la tenencia o adquisición con destino al tráfico, cuestión que no aparece en ningún pasaje del hecho probado. En estos casos, no existe la conducta típica y hay que dictar una sentencia estimatoria del recurso con la consiguiente absolución de los acusados.

José Antonio Martín Pallín