

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-3-2005, nº 408/2005, rec. 1747/2003. Pte: Giménez García, Joaquín

RESUMEN:

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación presentado por el condenado por un delito contra la salud pública. La Sala considera que no puede descartarse el consumo compartido por el hecho de haberse encontrado una balanza de precisión así como varios alambres para cerrar papelinas. Además en segunda sentencia se precisa que, en relación al consumo compartido, debe entenderse por adicto no el que ofrece un patrón de drogodependiente “strictu sensu” sino también aquéllos que de una manera habitual consumen droga en fines de semana o con periodicidad semejante respondiendo a lo que también se suele llamar “patrón de consumo en esas circunstancias”.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sueca, incoó Procedimiento Abreviado núm. 20/01, seguido por delito contra la salud pública, contra Marco Antonio, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, que contiene los siguientes hechos probados:

“El acusado Marco Antonio, mayor de edad, sin antecedentes penales, al llegar al parking del Club de alterne “El Romani”, [...] fue cacheado por agentes de la Guardia Civil ocupándole en el interior del bolsillo delantero pequeño del pantalón una papelina que contenía cocaína, así como otras dos papelinas de idéntica sustancia, en el bolsillo delantero derecho de dicho pantalón.

Posteriormente, de forma voluntaria, otorgó su consentimiento para que fuera registrado su domicilio [...] encontrándose en el bolsillo interior de la cazadora negra, una bolsita de plástico que contenía cocaína, una báscula de precisión marca tanita, modelo 1.479, un total de 16 alambres destinados a confeccionar papelinas así como recortes con idéntico fin. Dicha droga encontrada tanto en al vivienda como en al ropa del acusado estaba destinada a su posterior venta, y los objetos hallados asimismo no tenían otro fin que preparar la venta al menudeo.

Según informe analítico de farmacia la totalidad de la droga decomisada asciende a 7,95 gramos de cocaína, sustancia sujeta al control de estupefacientes y psicotrópicos, de circulación prohibida en España, y que causa grave daño a la salud”.

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

“Fallamos: **CONDENAMOS** a Marco Antonio 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, [...]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Marco Antonio [...].

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso de casación alegando un único motivo:

Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por aplicación indebida del art. 368 del C.P., inaplicación del art. 24.2 de la C.E. en relación ambos con el art. 20.1 del C.P.

[...]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE INTERÉS:

PRIMERO.- [...] Se ha formalizado por el condenado recurso de casación que lo desarrolla formalmente a través de un único motivo que por la vía del error iuris denuncia como indebidamente aplicado el *art. 368 del Código Penal* en la medida que se estaría en presencia de un supuesto de consumo compartido lo que llevaría a la consecuencia de la atipicidad de la acción enjuiciada.

[...]

Analizaremos en primer lugar la denuncia referida la inaplicación de la doctrina del consumo compartido.

La sentencia sometida al presente control casacional, en su Fundamento Jurídico primero con una evidente honestidad intelectual analiza en profundidad toda la prueba practicada, tanto la de cargo y la de descargo, valorando una y otra y rechaza la tesis del consumo compartido porque a pesar de que la droga ocupada es “insignificante” -7’95 gramos de cocaína, sin saber el neto por no existir tal dato-, insignificancia que anuda al hecho de ser apta para ser consumida de una vez por varias personas, a pesar de reconocer que dicho consumo iba a ser sin ostentación, al efectuarse en el domicilio de uno de los consumidores, y a pesar de haber comparecido dos de ellos al Plenario, declarando de forma coincidente con el recurrente, rechaza, decimos, la aplicación de tal tesis porque no se trataba de adictos, esto es, de drogadictos “...la mayoría de los testigos afirman ser personas habitualmente consumidoras de cocaína una o dos veces al mes, o cuando disponen de dinero suficiente, condición cualitativamente bien distinta de la adicción en la que la persona se encuentra ya atrapada por los efectos nocivos de la drogas....”.

Es decir, en la motivación se reconoce que existen todos los datos fácticos que deberían desembocar en la existencia de un consumo compartido a excepción de la condición de adictos, término que asimila el drogodependiente.

Por ello se concluye diciendo que “...no se cumple el primero de los requisitos exigidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo....”.

Consecuencia de esta interpretación es el rechazo de la tesis del consumo compartido y la aceptación de la tesis de la vocación de tráfico que tenía la droga ocupada, tesis acusatoria que quedaba reforzada por la ocupación en su domicilio de una balanza de precisión Tanita, así como 16 alambres para cerrar la papelina y recortes de esta hallada en su domicilio, rechazando que se tratase de restos de papelinas ya consumidas.

De entrada hay que declarar que la exigencia de que el grupo de consumidores hayan de ser adictos, entendiendo esta palabra como drogodependientes no es exacta en la jurisprudencia de esta Sala, o por decirlo más exactamente, debe ser matizado.

En efecto, ya la sentencia 983/2000 de 30 de mayo, en un supuesto semejante al actual operando con un gramo de anfetamina, cuatro comprimidos de MDMA y 0'4 gramos de cocaína, todo ello destinado para el consumo de varios amigos afirma que:

“...Sobre la condición de consumidores esporádicos de las cuatro personas, precisamente la figura que se comenta del consumidor esporádico de fin de semana es la típica y más usual de 6 años de consumo compartido, de suerte que si por no presentar un patrón de consumo los partícipes, quedaron excluidos del supuesto que se comenta, se produciría el efecto perverso de hacer de peor condición a los consumidores esporádicos que a los adictos, y precisamente por esta vía se llegaría a la inaplicabilidad de la doctrina que se comenta del consumo compartido...”.

Por su parte la STS 237/2003 de 17 de febrero, en un supuesto de aprehensión de cien pastillas de MDMA desconociendo porcentajes de pureza, destinados a una celebración de ampliación entre 25 personas declara, en sintonía con la anterior sentencia que “...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 responden a un patrón de consumo que por lo que se refiere a los supuestos de drogas sintéticas responde al consumidor de fin de semana, generalmente en el marco de fiestas o 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...”.

En fin, la más reciente STS 286/2004 de 8 de marzo insiste en la misma línea de interpretación de “adicto” como consumidor de fin de semana, un patrón de uso que no exige la condición de drogadicto.

Desde esta doctrina, hay que concluir que en la medida que de la fundamentación de la sentencia se reconoce que los testigos de descargo “...afirman ser personas habitualmente consumidoras de cocaína, una o dos veces por semana, o cuando disponen de dinero suficiente, condición cualitativamente bien distinta de la adicción en la que la persona se encuentra ya atrapada por los nocivos efectos de la droga...”, se ha efectuado una interpretación que por su rigidez está alejada de la doctrina antes referida. **Un consumidor habitual puede ser aquél que consume los fines de semana con habitualidad aunque no responde al patrón de drogadicto, como tampoco respecto al patrón del consumidor esporádico o episódico. Aquí hay una continuidad de**

consumo, sólo que este se efectúa de forma intermitente, preferentemente los fines de semana.

[...]Procede en consecuencia estimar esta primera parte del motivo, **declarando expresamente el error interpretativo en que ha incurrido el Tribunal de instancia en relación a la doctrina del consumo compartido, que, reiteramos, debe incluir a los consumidores habituales de fin de semana dentro del concepto de “adictos” que viene exigido por la doctrina de esta Sala.**

Procede la estimación del motivo. [...]

FALLO:

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Marco Antonio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia

- SEGUNDA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE INTERÉS:

ÚNICO.- Por los razonamientos incluidos en la sentencia casacional debemos estimar que los hechos declarados probados carecen de tipicidad por integrarse dentro de lo que la doctrina de esta Sala califica como supuesto de consumo compartido entre adictos, bien entendido que por adicto debe de entenderse no el que ofrece un patrón de drogodependiente *strictu sensu* sino también aquéllos que de una manera habitual consumen droga en fines de semana o con periodicidad semejante respondiendo a lo que también se suele llamar patrón de consumo en esas circunstancias.

FALLO:

Que debemos absolver y absolvemos a Marco Antonio del delito contra la salud pública, con imposición de las costas de oficio, procédase al comiso y destrucción de la droga ocupada.