



Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 8 Jun. 2006, rec. 1921/2005

Ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio.

Nº de Sentencia: 632/2006

Nº de Recurso: 1921/2005

Jurisdicción: PENAL

TRÁFICO DE DROGAS. Atipicidad del consumo compartido entre varios adictos: requisitos para su apreciación. Conducta no atípica.
 PRUEBA DE PERITOS. Informe pericial emitido por laboratorio oficial sobre naturaleza, peso, cantidad y pureza de la droga.
 DROGADICCIÓN. No se estima la atenuante, al faltar el requisito de comisión del delito como medio de satisfacer la necesidad de la droga.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a ocho de Junio de dos mil seis

SENTENCIA

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden interpuestos por las representaciones de los acusados Carlos Antonio, Ramón y Gustavo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, que les condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por los Procuradores/a Sres/Sra. Martín Jaureguibeitia, de la Cuesta Hernández y del Rey Estévez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Oviedo incoó prodecimiento abreviado con el nº 1 de 2.003 contra Carlos Antonio, Ramón y Gustavo y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, que con fecha 7 de julio de 2.005 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Se declaran probados que el día 7 de diciembre de 2.001, en el curso de una intervención de la Guardia Civil de la localidad de Trubia, motivada por una denuncia efectuada por la persona que regentaba la peluquería llamada "Casino", de esa localidad, al que un joven cliente le había pagado sus servicios con un billete de 10.000 pesetas



aparentemente falso, y por cuyos hechos no se siguen las presentes diligencias, aquellos Agentes procedieron a la identificación de los acusados Carlos Antonio, Juan Luis y Jose Antonio, todos ellos mayores de edad sin antecedentes penales, ocupándose en su poder las siguientes sustancias y efectos relevantes para la causa: - A Carlos Antonio: 102 comprimidos de éxtasis (MDMA) con un peso de 20'51 gramos y riqueza en anfetamina base de 28'60%, teniéndolos guardados en la guantera del vehículo Seat Ibiza matrícula-KZG, propiedad de Jose Antonio y en el que los tres se habían desplazado desde la localidad de Quirós en la que se alojaban junto con las personas a las que luego se hará mención. También tenía un sobre con anotaciones de nombres y cantidades. - A Juan Luis: 14 comprimidos de éxtasis (MDMA) con un peso neto de 4,05 gramos y riqueza en anfetamina base de 28,60%; 6,08 gramos de hachís; 15,64 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza en anfetamina base del 10%; 3,88 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base del 32'70% y 2'21 gramos de M-Anfetamina con una riqueza en anfetamina base de 7,60%. Salvo el hachís que lo guardaba en un bolsillo del pantalón, el resto lo escondía en el interior de una zapatilla de deporte. Como los tres acusados estaban alojados en una casa de campo de la localidad de Quirós junto con otros jóvenes provenientes del País Vasco para pasar el fin de semana, y en prevención de que pudieran poseer entre sus equipajes y en el inmueble más sustancias estupefacientes o psicotrópicas así como efectos relacionados con su tráfico ilegal, por parte de funcionarios de la Guardia Civil adscritos al Grupo de Investigación Fiscal y Antidrogas de la Comandancia de Oviedo, se solicitó mandamiento judicial de entrada y registro en la vivienda, siendo expedido por el Juzgado de Instrucción número 9 de Oviedo, practicándose la diligencia entre las 23,05 horas del día 7 de diciembre y las 2 horas del día 8 de diciembre de 2.001, interviniéndose los siguientes efectos y sustancias relevantes para la causa: - En poder del acusado Ramón, mayor de edad sin antecedentes penales: 45 comprimidos de éxtasis (MDMA) con un peso neto de 9,05 gramos y riqueza en anfetamina base del 38,50%; otro comprimido de éxtasis (MDMA) con un peso de 0,28 gramos y riqueza anfetamínica base del 33'40%; 4,79 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base del 44,00%; distribuidos en ocho envoltorios; 6,79 gramos de hachís; 12,46 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza en anfetamina base del 11,3% y una báscula digital marca Inter Scale para peso máximo de 200 gramos, que iba a servir para el pesaje de la droga intervenida. - En poder del acusado Gustavo, mayor de edad con antecedentes penales no computables para esta causa, el cual hizo acto de presencia en el lugar del registro cuando la Guardia Civil lo estaba practicando, se intervino 0,34 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza en anfetamina base del 7,60%; 50 comprimidos de éxtasis con un peso neto de 12,48 gramos y riqueza en anfetamina base del 35,30%; 5,73 gramos de hachís; 6,25 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base de 55,00% y 24'05 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza en anfetamina base del 9,10%. Todas las sustancias las guardaba en su equipaje, en la maleta, en un calcetín y portándolo él en una riñonera así como en un paquete de tabaco en el interior del vehículo en el que había llegado al lugar, matrícula H-....-H, modelo Volkswagen Golf. Los acusados, a iniciativa de Carlos Antonio, se habían concertado para desplazarse desde el País Vasco hasta la localidad de Quirós donde se ubica el albergue o casa de campo en la que se alojaban, para pasar el fin de semana con otros jóvenes, entre los que se hallaban Casimiro, Jose Pablo, Jesús María, Asunción, Leonor, María Rosa e Eugenia -además de Luis Pablo y Carlos Manuel, los cuales no llegaron a la casa porque fueron avisados de la intervención de la Guardia Civil- destinando las drogas que les fueron intervenidas al consumo de todos ellos, los cuales las compartían, pagando su importe, junto con el alquiler de la casa, o las recibirían como invitación. Ese consumo no iba a ser inmediato, pues iba a tener lugar a lo largo del denominado puente de la Constitución del año 2.001, e iba a



llevarse a cabo entre las personas que se había puesto de acuerdo para venir desde el País Vasco hasta Quirós, sin que ninguna de ellas sea drogadicta. El valor de la droga intervenida asciende a las siguientes cantidades, que corresponden a su precio medio en el mercado ilegal durante el segundo semestre del año 2.001: - Cada comprimido de MDMA, 1924 Ptas., ó 11,56 euros. - Cada gramo de hachís, 637 Ptas., ó 3,83 euros. - Cada gramo de anfetamina y M. Anfetamina, 4.230 ptas., o 25,42 euros. - Cada gramo de cocaína 10.089 Ptas. ó 60,64 euros, y cada dosis, con un peso medio de 186 miligramos, 2.341 ptas o 14,07 euros.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos como autores de un delito contra la salud pública ya definido, sin concurrir circunstancias de la responsabilidad criminal, a las penas que se dicen para cada uno de los siguientes acusados: 1º) A Carlos Antonio, tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 1.300 euros con 130 días de privación de libertad como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, debiendo abonar una quinta parte de las costas procesales causadas. 2º) A Juan Luis, tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y multa de 900 euros con 90 días de privación de libertad como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, debiendo abonar una quinta parte de las costas procesales causadas. 3º) A Ramón, tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 1.200 euros con 120 días de privación de libertad como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, debiendo abonar una quinta parte de las costas procesales causadas. 4º) A Gustavo, tres años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 1.700 euros con 170 días de privación de libertad como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago debiendo abonar una quinta parte de las costas procesales causadas. Se absuelve, libremente y con todos los pronunciamientos favorables, a Jose Antonio del delito contra la salud pública del que era acusado, declarando de oficio la quinta parte de las costas procesales que corresponden a esta absolución y ordenamos, una vez firme esta sentencia, la cesación de las medidas cautelares, reales y personales, adoptadas durante la tramitación de la causa respecto de éste. Se acuerda el comiso de la droga intervenida, procediéndose a su destrucción una vez firme esta sentencia, si no se hubiera hecho ya, y se acuerda el comiso de la báscula de precisión marca Inter Scale. Se acuerda el embargo del dinero intervenido a los acusados que se condenan, a resultas de las responsabilidades pecuniarias declaradas en esta sentencia. Para el cumplimiento de las penas será de abono el tiempo que los condenados han estado privados de libertad durante la tramitación de la causa. Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo en término de cinco días.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Carlos Antonio, Ramón y Gustavo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Carlos Antonio, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Breve extracto de su contenido: por el cauce del art. 849.1º L.E.Cr., al violar la sentencia recurrida el art. 368 del C. Penal, por aplicación



indebida, por cuanto que de los hechos declarados probados no resulta que la actuación reprochada en ellos a mi representado se halla tipificada en el precepto sustantivo en cuestión; Segundo.- Breve extracto de su contenido: Por infracción de precepto constitucional, con base procesal en el art. 5.4 L.O.P.J., al haber infringido la sentencia que recurro los artículos de la C.E. 24.1 y 24.2 y 25.1, y del C.E.D.H. el art. 6.1 y 6.2, en lo referente a los derechos a no ser abocado a la indefensión y a la presunción de inocencia, ya que no existe actividad probatoria de cargo con entidad propia para desvirtuar el citado principio; Tercero.- Breve extracto de su contenido: por el cauce del nº 2 del art. 849 L.E.Cr., basado en documento que obra en autos, que demuestra la equivocación del juzgador en cuanto a la no apreciación de circunstancia modificativa de la responsabilidad penal alguna en relación a la drogadicción de mi representado.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Ramón, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º L.E.Cr. por indebida o errónea aplicación del art. 368 C.P. al no resultar afectado el bien jurídico protegido que es la salud pública. Error interpretativo en relación a la doctrina del consumo compartido. Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia contenidos en el art. 24 C.E.; Segundo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1º L.E.Cr., por falta de claridad de los hechos probados.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Gustavo, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 L.E.Cr. por violación de los arts. 24.1 y 2 de la C.E. en cuanto garantizan el derecho a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva sin indefensión y un proceso con todas las garantías, y ello en relación con el artículo 368 del C.P.; Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º L.E.Cr. por violación del artículo 368 del C. Penal y al amparo del art. 852 de la L.E.Cr. por violación del artículo 9.1 y 24.2 de la C.E.; Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 L.E.Cr., por violación del artículo 368 del C.P.; Cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art.849.1 L.E.Cr. por violación del artículo 368 del C.P.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos se opuso a la admisión de todos sus motivos, impugnándolos subsidiariamente, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de junio de 2.006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de León condenó a los acusados como autores de un delito contra la salud pública del art. 368 C.P. en su modalidad de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud.

De los cuatro condenados en la instancia, tres de ellos recurren en casación la sentencia condenatoria, articulan los tres recurrentes, entre otros, un motivo casacional común a todos ellos, cual es la indebida aplicación del precepto penal en que el Tribunal sentenciador subsume la actuación de aquéllos que se describe en la declaración de Hechos Probados, por cuanto - sostienen- tales hechos darían lugar a la figura del "consumo compartido" que resulta atípica e impune.



Pues bien, el "factum" nos dice que el día 7 de diciembre de 2.001, la Guardia Civil intervino a los acusados las siguientes sustancias: 1) A Carlos Antonio: 102 comprimidos de éxtasis (MDMA) con un peso de 20'51 gramos y riqueza en anfetamina base de 28'60%, teniéndolos guardados en la guantera del vehículo Seat Ibiza-KZG, propiedad de Jose Antonio y en el que los tres se habían desplazado desde la localidad de Quirós en la que se alojaban junto con las personas a las que luego se hará mención. También tenía un sobre con anotaciones de nombres y cantidades. 2) A Juan Luis: 14 comprimidos de éxtasis (MDMA) con un peso neto de 4,05 gramos y riqueza en anfetamina base de 28,60%; 6,08 gramos de hachís; 15,64 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza en anfetamina base del 10%; 3,88 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base del 32'70% y 2'21 gramos de M-Anfetamina con una riqueza en anfetamina base de 7,60%. Salvo el hachís que lo guardaba en un bolsillo del pantalón, el resto lo escondía en el interior de una zapatilla de deporte. 3) En poder del acusado Ramón, mayor de edad sin antecedentes penales: 45 comprimidos de éxtasis (MDMA) con un peso neto de 9,05 gramos y riqueza en anfetamina base del 38,50%; otro comprimido de éxtasis (MDMA) con un peso de 0,28 gramos y riqueza anfetamínica base del 33'40%; 4,79 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base del 44,00%; distribuidos en ocho envoltorios; 6,79 gramos de hachís; 12,46 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza en anfetamina base del 11,3% y una báscula digital marca Inter Scale para peso máximo de 200 gramos, que iba a servir para el pesaje de la droga intervenida. 4) En poder del acusado Gustavo, mayor de edad con antecedentes penales no computables para esta causa, el cual hizo acto de presencia en el lugar del registro cuando la Guardia Civil lo estaba practicando, se intervino 0,34 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza en anfetamina base del 7,60%; 50 comprimidos de éxtasis con un peso neto de 12,48 gramos y riqueza en anfetamina base del 35,30%; 5,73 gramos de hachís; 6,25 gramos de cocaína con una riqueza en cocaína base de 55,00% y 24'05 gramos de anfetamina (speed) con una riqueza en anfetamina base del 9,10%. Todas las sustancias las guardaba en su equipaje, en la maleta, en un calcetín y portándolo él en una riñonera así como en un paquete de tabaco en el interior del vehículo en el que había llegado al lugar, matrícula H-....-H, modelo Volkswagen Golf.

Especifica también el Hecho Probado que los acusados, a iniciativa de Ibón Goicoechea Hierro, se habían concertado para desplazarse desde el País Vasco hasta la localidad de Quirós donde se ubica el albergue o casa de campo en la que se alojaban, para pasar el fin de semana con otros jóvenes, entre los que se hallaban Casimiro, Jose Pablo, Jesús María, Asunción, Leonor, María Rosa e Eugenia -además de Luis Pablo y Carlos Manuel, los cuales no llegaron a la casa porque fueron avisados de la intervención de la Guardia Civil- destinando las drogas que les fueron intervenidas al consumo de todos ellos, los cuales las compartían, pagando su importe, junto con el alquiler de la casa, o las recibirían como invitación. Ese consumo no iba a ser inmediato, pues iba a tener lugar a lo largo del denominado puente de la Constitución del año 2.001, e iba a llevarse a cabo entre las personas que se había puesto de acuerdo para venir desde el País Vasco hasta Quirós, sin que ninguna de ellas sea drogadicta.

SEGUNDO.- Como hemos tenido ocasión de declarar en precedentes resoluciones, *el art. 368 C.P. declara típica y punible toda acción consistente en facilitar y favorecer el consumo ilícito de las sustancias que cita el precepto, en tanto que esas acciones vulneran el bien jurídico protegido por la norma, que es la salud pública. Como rigurosa excepción, la doctrina de esta Sala ha declarado impune el consumo compartido entre adictos, al que se equipara el caso en el que varios, asimismo adictos, aportan lo necesario para formar un*



fondo común destinado a la adquisición del producto prohibido para seguidamente consumirlo, al considerarse que en estos supuestos es mínimo el riesgo potencial para la salud pública (véanse SS.T.S. de 3 de marzo y 16 de julio de 1.994 y 28 de marzo de 1.995, entre otras).

La misma jurisprudencia ha alertado insistentemente advirtiendo que la citada impunidad sólo puede ser reconocida con suma cautela para que en ningún caso quede indefenso el bien jurídico que se quiere proteger (véase STS de 21 de septiembre de 1.999) y, a tales efectos, la atipicidad del consumo compartido o de la posesión de las drogas con esa finalidad, se encuentra sujeta a la estricta observancia de determinados requisitos que han sido reiteradamente exigidos por la doctrina jurisprudencial de esta Sala: 1) Los consumidores que se agrupan han de ser ya adictos, no meros consumidores más o menos ocasionales o habituales pero que no han caído en la adicción y drogodependencia, ya que, en otro caso, el favorecimiento del consumo genera un patente riesgo de traspasar la frontera que separa el simple consumo de la drogadicción; 2) El proyectado consumo compartido ha de realizarse "en lugar cerrado", de manera que quede garantizada la privacidad de la acción y absolutamente descartada la posibilidad de difusión a personas ajenas al grupo, razón por lo cual se subraya la exigencia de que el consumo de la droga se lleve a cabo por todos los miembros del grupo de manera conjunta y a presencia de quien la proporciona, que también ha de integrarse en el grupo; 3) La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser "insignificante", entendiéndose que quedan fuera de este concepto aquéllas que rebasen los límites de un consumo inmediato, es decir, de las que puedan ser consumidas "de una sola vez" (vid. SS.T.S. de 10 de febrero de 1.994 y la citada de 21 de septiembre de 1.999) por los copartícipes en acción conjunta e inmediata; 4) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño número de drogodependientes; 5) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, pues sólo así será posible evaluar su número y condiciones personales (véase, por todas, STS de 21 de febrero de 1.997 y las que en ella se citan) (véanse SS.T.S. de 24 de julio de 2.002 y 2 de marzo de 2.006, entre otras).

Cierto es que en lo que se refiere al primero de los requisitos relacionados, una moderna corriente jurisprudencial tiende a flexibilizar esta exigencia, permitiendo incluir en ella a quienes, siendo consumidores ocasionales, no han alcanzado aún el estadio de la adicción o drogodependencia. Esta interpretación se sostiene en SS.T.S. de 17 de febrero de 2.003, 8 de marzo de 2.005 y 25 del mismo mes y año y resulta plausible y fundada, dado que siendo atípica la adquisición y tenencia de drogas para el autoconsumo, cuando el detentador de la sustancia la ha adquirido con dinero propio y con el proporcionado por otro consumidor para pagar su parte con el fin de consumirla juntos con observancia del resto de los requisitos mencionados, esa adquisición y esa tenencia de sustancias prohibidas con la dicha finalidad carece de entidad penal.

No obstante, los datos fácticos que nos suministra el relato histórico de la sentencia impiden la inclusión de los hechos en la figura excepcionalmente atípica del consumo compartido. En primer lugar porque, como señala con acierto la sentencia, el consumo no iba a ser ni inmediato ni de pequeñas cantidades, sino a lo largo del llamado puente de la Constitución, es decir del jueves 6 al domingo 9. Además, resulta efectivamente llamativo la naturaleza, variedad y cantidad de las sustancias intervenidas, teniendo en cuenta que la incautación se produjo el día 7, por lo que sólo quedaba estrictamente el fin de semana que concluía el 9, lo que permite deducir, racionalmente que a las sustancias incautadas habría que añadir las ya consumidas anteriormente.



Resulta también sumamente relevante que la sentencia no declare probado que las drogas incautadas a los acusados las habían adquirido éstos con el dinero proporcionado por los componentes del grupo para su consumo proporcional a lo aportado, sino que, muy al contrario, especifica que las mencionadas sustancias estaban destinadas al consumo de los integrantes del grupo, "los cuales las comprarían pagando su importe o las recibirían como invitación" siendo muy significativo que a ninguno de los demás componentes del grupo se les interviniera ninguna droga. Claramente se advierte que la sentencia dibuja un escenario de tráfico de estupefacientes mediante la venta o la donación, que son manifiestamente delictivos por típicos y punibles, siendo a este respecto altamente significativo la incautación a IBON de un papel con anotaciones de nombres y cantidades y debiendo significarse que la transmisión de drogas tóxicas aún a título gratuito constituye de lleno una modalidad de la acción típica, de la que se excepcionan las donaciones de cantidades mínimas de drogas hechas por familiares cercanos a personas toxicómanas para aliviar su posible síndrome de abstinencia, interpretada como "dosis terapéutica", y de otras donaciones mínimas a personas íntimamente relacionadas con el poseedor para su consumo compartido en situación de privacidad que excluye la eventualidad de la presencia de terceros.

Este último extremo tampoco queda acreditado en el "factum", por cuanto el relato histórico no contiene datos que permitan admitir que estaba plenamente asegurada la exclusión de personas ajenas al grupo en el consumo de las drogas, siendo así que la sentencia subraya el hecho de que, según declaración de un testigo, la droga se llevaba también cuando salían del albergue para consumir fuera del mismo en condiciones de privacidad no acreditadas; debiéndose reiterar en este punto que todo hecho, circunstancia o situación impeditiva que excluya la aplicación del tipo penal, debe estar rigurosamente acreditado, correspondiendo esta tarea al acusado.

De cuanto antecede se desprende la falta de concurrencia de los requisitos fundamentales que determinan la excepcionalidad de considerar atípicas estas conductas, de suerte que lo estricto de tales excepciones exige el mayor rigor y escurpulosidad a la hora de verificar la existencia de los presupuestos en que se sustenta la excepción cuya ausencia refleja el riesgo de difusión de la droga entre personas no drogadictas y entre terceros ajenos al grupo de proyectados consumidores, que es el bien jurídico tutelado por la norma. Por ello, la actividad de los acusados que se describe en la declaración de Hechos Probados no es otra que la de facilitar y favorecer el consumo ilícito de estupefacientes, que constituye una de las acciones típicas sancionadas en el art. 368 C.P., inciso segundo, al tratarse de sustancias que causan grave daño a la salud.

Los motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Resuelta esta primera y fundamental cuestión, abordaremos ahora el resto de los motivos formulados por los recurrentes.

Así, el acusado Carlos Antonio reclama la indefensión padecida y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La censura se refiere a las anotaciones intervenidas, pero no a la falta de prueba del hecho, sino a la valoración que hace la Sala del mismo, cuestión ajena a la presunción de inocencia.

No aparece tampoco atisbo de indefensión por cuanto no se vierte censura alguna de que al acusado se le haya privado o restringido del ejercicio del derecho a la defensa en ninguna de las fases del proceso, ni tal situación se aprecia de ningún modo por esta Sala.



Finalmente se alega error de hecho en la apreciación de la prueba por no apreciarse en la sentencia la condición de drogadicto del acusado y la consiguiente aplicación de la atenuante 2º del art. 9 C.P.

El motivo (tercero del recurso) no puede ser estimado. En primer lugar porque aun cuando se admitiera la condición de toxicómano del acusado, no concurre la segunda condición requerida por el art. 9.2º C.P., cual es que el delito se haya cometido como medio de satisfacer la necesidad de la droga que su condición le reclama, exigencia ésta que en modo alguno aparece acreditada. Pero, además, la incidencia en la penalidad de esa atenuante resultaría nula, al haber sido impuesta la pena en la mínima extensión legalmente posible.

CUARTO.- Por lo que se refiere al acusado Ramón, denuncia quebrantamiento de forma por falta de claridad de los hechos probados prevista en el art. 851.1 L.E.Cr.

El vicio de forma denunciado tiene lugar cuando la elaboración del relato histórico incurre en imprecisiones, ambigüedades o imprecisiones que hacen incomprensible su contenido. Basta la lectura del "factum" para comprobar que tal deficiencia no concurre, resultando fácilmente inteligible e interpretable lo que el Tribunal plasma en la narración. Otra cosa es que ésta integre el tipo penal aplicado, pero ello queda fuera del marco del art. 851.1 para ser cuestión propia de un eventual "error iuris" impugnabile por el cauce de la infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr.

QUINTO.- Por último, el tercer recurrente, Gustavo, denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías del art. 24 C.E. porque "no existe prueba válida que asegure que era droga y que asegure el peso, pureza y unidades de lo que se dice incautado" al acusado.

La cuestión viene planteada por cuanto el informe pericial practicado en fase de instrucción sobre la naturaleza, peso, cantidad y pureza de los productos intervenidos al acusado, fue expresamente impugnado en el escrito de defensa y no comparecieron los especialistas al juicio oral para ratificar su contenido y someterse a la contradicción correspondiente.

El reproche carece de fundamento al tratarse en el caso de un Procedimiento Abreviado en el que la práctica de la prueba se rige por lo establecido en el art. 788 L.E.Cr., cuyo epígrafe 2º señala que el informe pericial emitido por laboratorios oficiales sobre los extremos mencionados de sustancias estupefacientes, tendrá carácter de prueba documental, y así fue valorado el dictamen obrante a los folios 139 a 141, elaborado por la Jefa de la Inspección Farmacéutica y Control de Drogas de la Delegación del Gobierno en Asturias, del que todos los acusados tuvieron cumplido conocimiento y sin que ninguno de ellos hubiera interesado la comparecencia de los peritos al plenario, ni ninguna otra prueba sobre tales extremos.

A esta respecto debe resaltarse que el precepto procesal citado, fue establecido por la L.O. 38/2002, de 24 de octubre, que entró en vigor el 28 de abril de 2003, es decir, más de siete meses antes de que se celebrara el juicio oral en el que se practicó la prueba de conformidad a la normativa procesal vigente. Dicho ello con independencia de lo asombroso que resulta que por la exclusiva y simple "voluntas legislatoris", se altere y transforme la naturaleza de una prueba pericial convirtiéndola en documental sin otra razón plausible



que la mera conveniencia de orden práctico de evitar la comparecencia de los peritos ante los Jueces y Tribunales, pero no obstante las razonables críticas que esta modificación legal ha suscitado, forma ya parte del derecho positivo español y debe ser aplicada.

Los motivos 2º y 3º formulados por este recurrente alegan infracción de ley por la vía del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 368 C.P. Pero, el absoluto respeto y acatamiento al contenido del "factum" impide la estimación de la censura, toda vez que la descripción efectuada por el Tribunal en el apartado de Hechos Probados, excluyen la tenencia de la droga para su autoconsumo o para una sesión de consumo compartido.

Finalmente, y por el mismo cauce del error de derecho del art. 849.1º citado se denuncia la vulneración del art. 368 C.P. en cuanto que se afirma que la ausencia de cantidades, peso, unidades y pureza de las sustancias incautadas, a tenor de la esperada estimación del motivo primero de nuestro recurso obliga a prescindir de la pena de multa.

Esta censura, como sostiene el propio recurrente, resulta vicaria y condicionada a la estimación del motivo que se indica, por lo que, desestimado éste, resulta inexorable la desestimación del dependiente.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados Carlos Antonio, Ramón y Gustavo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera, de fecha 7 de julio de 2.005, en causa seguida contra los mismos y otros, por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia 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

PUBLICACION.-

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Diego Ramos Gancedo , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.