



Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, Sentencia de 24 Oct. 2002, rec. 42/2002

Ponente: Castro Feliciano, Antonio Juan.

Nº de Sentencia: 153/2002

Nº de Recurso: 42/2002

Jurisdicción: PENAL

TRÁFICO DE DROGAS. Absolución. Posesión para el consumo compartido. Ausencia de riesgo para el bien jurídico protegido. La sustancia fue adquirida para su consumo en lugar cerrado por un grupo de personas determinado, que aportaron dinero para su compra.

TEXTO

En Puerto del Rosario a 24 Oct. 2002

Vista en Juicio oral y público ante esta Audiencia Provincial, Sección Primera, la causa procedente del Juzgado de Instrucción núm. UNO de Puerto del Rosario, seguida por delito contra la salud pública, contra otro y contra ÁNGEL JOSÉ L. R., hijo de Juan y de Ángeles, nacido el 6 Ago. 1969, natural y vecino de Ribaroja de Turia (Valencia), con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, con DNI. y en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado los días 15 y 16 Oct. 1999; y contra JACOBO DA C. L., hijo de Emilio y de María Gloria, nacido el 3 Feb. 1979, natural de Baiona (Pontevedra) y vecino de Morro Jable, con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, con DNI., y en libertad provisional por esta causa, de la que estuvo privado los días 15 y 16 Oct. 1999; en la que han sido parte el Ministerio Fiscal y dichos acusados, representados por la Procuradora Sra. Moche Gil y defendidos respectivamente por los Letrados D. Pedro Díaz Llaveró y D. José Luis Vallejo Cabrera; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Antonio Juan Castro Feliciano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 368 del Código Penal, estimando responsable del mismo en concepto de autores a los referidos acusados, sin la concurrencia circunstancias modificativas



de la responsabilidad criminal solicitando se les impusieran las penas de TRES AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA DE CINCUENTA MIL PESETAS, CON DIEZ DÍAS DE ARRESTO SUSTITUTORIO EN CASO DE IMPAGO, así como el pago de costas.

SEGUNDO. Las defensas de los acusados, en sus conclusiones también definitivas, solicitó su libre absolución, al considerar que los hechos no podían ser calificados como delitos contra la salud pública por el que son acusados; todo ello por las causas que expusieron oralmente en el Juicio Oral.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO. Sobre las 16,15 h del día 5 Oct. 1999 los acusados, ÁNGEL JOSÉ L. R. y JACOBO DA C. L., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, junto con otra persona cuya conducta no se enjuicia ahora, se encontraban en el parque «Tagoror», de la localidad de Morro Jable (Municipio de Pájara), habiendo adquirido con anterioridad Jacobo una determinada cantidad de cocaína (unos dos gramos) con la finalidad de preparar boliches de «crack» para consumirlos, solicitando la colaboración de la persona cuya conducta no se enjuicia ahora para que le ayudara a prepararlos, y cuando se encontraban los tres consumiendo dicha sustancia surgió una discusión y forcejeo entre Ángel y Jacobo motivada porque aquél pretendía continuar consumiendo más droga de la que éste le había proporcionado para consumirla en aquel momento, siendo entonces sorprendidos por miembros de la Guardia Civil.

No se ha probado que los acusados --personas adictas al consumo de estupefacientes en el momento en que ocurren los hechos-- pretendieran vender los boliches de crack que les fueron ocupados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos declarado probados no son legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal que se imputa a los acusados ÁNGEL JOSÉ L. R. y JACOBO DA C. L., que no realizaban actividad alguna destinada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas o poseyeran la sustancia aprehendido con dicha finalidad; antes al contrario, los acusados lo que estaban realizando era acto de consumo que puede considerarse dentro del concepto de consumo compartido, que la jurisprudencia considera atípico.

SEGUNDO. A partir de la STS de 25 Mar. 1993 la jurisprudencia comienza a considerar impune el consumo compartido, supuesto que se adapta al que enjuiciamos. La finalidad de la norma penal es la tutela del bien jurídico de la salud pública mediante la represión y evitación del peligro general o común de facilitación del



consumo de drogas para personas indeterminadas (STS de 25 Mar. 1993), y ese peligro no ocurre cuando son personas concretas las que deciden realizar el consumo, exclusión de peligro que excluye la existencia de un elemento del tipo del delito. A la vista de los hechos probados, debemos considerar que no nos encontramos ante un supuesto típico de difusión, promoción o facilitación del consumo de estupefacientes y ni que la actitud de los acusados descrita en los hechos declarados probados, provoque una situación de peligro para la salud pública entendida como un bien generalizado y abstracto que protege el ordenamiento jurídico. El legislador ha salido al paso de todas aquellas conductas que favorecen la difusión de estupefacientes con el objetivo de proteger la salud general y evitar los riesgos del consumo de drogas. En su ámbito comprende todas aquellas acciones que tengan una potencialidad adecuada para conseguir los fines que se trata de evitar, quedando fuera de las previsiones de la ley los supuestos en que este peligro general queda excluido, como es el caso que analizamos.

No obstante, la propia jurisprudencia (por ejemplo, STS de 16 Jul. 1994) se cuida de puntualizar que habrán de extremarse las precauciones para evitarse la impunidad de hechos realmente delictivos como sería el caso de que, por la importante cantidad de droga poseída, se pudiera lógicamente inferir su destino al tráfico generalizado, o cuando no se pudiera excluir el riesgo de ser destinada a su consumo general o indiscriminado, por lo cual, se ha recogido en sentencias del Tribunal Supremo la precisión de que las cantidades de droga destinada a un uso compartido, no rebasen el límite de un consumo inmediato y que no medie remuneración por los partícipes al suministrador por la entrega de la droga o por el uso del local donde se consuma (STS de 3 Jun. 1993), entendiéndose, en el caso de compra de droga por un consumidor para él y otros a la vez, que el comprador es un mero tenedor o detentador temporal de la misma droga que ya es poseída en realidad, a través del adquirente, por quienes la van a consumir (STS de 7 Jun. 1993) constituyendo así una modalidad de autoconsumo (STS de 3 Mar. 1994).

Los requisitos que ha construido la jurisprudencia del Tribunal Supremo para su apreciación son los siguientes, según la STS de 31 Mar. 1998

1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento.

2.º El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado o, al menos, apartado de la vista de otras personas; 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.



3.º La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante», es decir, la adecuada para un consumo inmediato entre adictos.

4.º La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

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

6.º Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas.

En el presente caso resulta, pues, que concurren en el hecho plasmado como probado los requisitos que, para entender el «consumo compartido», exige la jurisprudencia; y así los acusados consumidores eran adictos al consumo de estupefacientes, como ha podido comprobarse; el proyectado consumo se va a realizar en un lugar o círculo cerrado; la cantidad de droga programada para su consumición es insignificante a compartir entre ellos y entre personas conocidas y determinadas; y, en fin, el consumo estaba produciéndose en ese momento.

TERCERO. Por ello, y careciendo de trascendencia penal los hechos que se han declarado probados, procede la libre absolución de los acusados ÁNGEL JOSÉ L. R. y JACOBO DA C. L., dejando sin efecto cuantas medidas cautelares, personales o reales, se hubieren adoptado, y declarando de oficio las costas procesales (artículos 239 siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dando a la droga incautada el destino legal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Absolvemos libremente a los acusados ÁNGEL JOSÉ L. R. Y JACOBO DA C. L. del delito contra la salud pública que se les imputaba, dejando sin efecto cuantas medidas cautelares, personales o reales, se hubieran adoptado, y declarado de oficio las costas procesales causadas; dando a la droga intervenida el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de cinco días.



Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.