



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 542/2014, de 27 de junio de 2014*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 57/2014*

#### **SUMARIO:**

**Delitos contra la salud pública. Relativos a drogas tóxicas. Favorecimiento del consumo.** Persona que regenta un establecimiento abierto al público y permite que consumidores almacenen allí la droga para consumirla después. La absolución en instancia se basa en la consideración de que el depósito ni era retribuido ni era un acto de favorecimiento al consumo de sustancias prohibidas. Se casa la sentencia porque la conducta descrita supone un facilitamiento al consumo que tiene su encaje en los amplios márgenes del artículo 368 del Código Penal. Es decir, se favorece o facilita el consumo de las drogas por terceras personas, por mucho que éstas fueren ya consumidoras de las mismas o de que esa actividad no tenga una finalidad lucrativa para su autor. No procede en cambio, la apreciación del subtipo agravado de venta en establecimiento porque este precepto debe interpretarse de manera restrictiva y no puede acogerse a estos supuestos el mero depósito transitorio sin ánimo de valerse del local para vender la sustancia prohibida.

#### **PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.8 y [368](#).

#### **PONENTE:**

*Don José Manuel Maza Martín.*

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª) que absolvió a Jose Ángel del 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. Jose Manuel Maza Martin, siendo parte el Ministerio Fiscal, y habiendo comparecido como recurrido, Jose Ángel , representado por la Procuradora Sra. González Rivero.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

## I. ANTECEDENTES

### Primero.

El Juzgado de Instrucción número 5 de Vic, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 74/2013 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª que, con fecha 15 de noviembre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "ÚNICO.- Se considera probado y así se declara que el acusado Jose Ángel , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de 29 de octubre de 2011 firme el 13 de diciembre de 2011, de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el P.A. 38/2011 (ejecutoria 6/2012) como autor responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión y en prisión por esta causa desde el 24 de diciembre de 2012, desde finales de octubre de 2011 se hizo cargo en calidad de arrendatario del bar "Estel" sito en la calle Manlleu número 81 bajos de la localidad de Vic.

El acusado consistió que consumidores de tales sustancias depositaran en el establecimiento que regentaba determinadas cantidades de hachís y cocaína con la finalidad de las conservar y ocultara hasta que tales personas le solicitaran su total o parcial entrega con la finalidad de continuar su consumo adictivo.

Con ocasión del registro que tuvo lugar entre las 23 horas del 22 de diciembre y las 1 horas del 23 de diciembre de 2012 se intervinieron las siguientes sustancias y objetos que se hallaban escondidos entre cables eléctricos, aparatos de ambientación, caja de herramientas halladas en el local y toalleros de los lavabos del establecimiento:

- .-un envoltorio con 4,984 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 75%
- .- un envoltorio con 19,463 gramos de cocaína con una riqueza en base del 17%
- .- un envoltorio con 4,074 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 74%
- .- un envoltorio con 4,538 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 31%
- .- un envoltorio con 3,368 gramos netos de cocaína con una riqueza base del 42%
- .- cuatro piezas de hachís con un peso neto total de 28,756 gramos con una riqueza de tetrahidrocannabinol del 2,3 5 dispuestas en envoltorios.
- .- un envoltorio con 4,074 gramos de lidocaína y cafeína.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

- una caja con yeso
- Una cuchilla tipo cúter
- dos terminales móviles y un sistema de comunicación receptor-emisor Walky Talky
- un ordenador portátil con tres soportes de memoria externa

El gramo de cocaína alcanza en el mercado ilícito un precio aproximado de 60 euros y el de hachís un precio de 5 euros.

No consta suficientemente probado que, a cambio de dinero y otros efectos valiosos, el acusado llevara a cabo en el interior del local frecuentes transacciones con hachís y cocaína a clientes que allí acudían donde concretaba el acusado la entrega de la mercancía que guardaba en el bar a cambio de la previa contraprestación convenida. "[sic]

#### **Segundo.**

- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " FALLAMOS: Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Jose Ángel de la acusación formulada por el Ministerio Fiscal como presunto autor de un delito contra la salud pública precedentemente definido declarándose de oficio las costas procesales causadas.

Póngase en inmediata libertad al acusado librando a tal efecto el correspondiente mandamiento con la mayor urgencia.

Notifíquese que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación en el plazo de Ley, por infracción de Ley y quebrantamiento de forma. "[sic]

#### **Tercero.**

- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

#### **Cuarto.**

- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Primero y único.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, al haberse inaplicado el artículo 368 del Código Penal .

**Quinto.**

- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Procuradora Sra. González Rivero, en escrito de fecha 4 de marzo último, solicitó la inadmisión del motivo único del recurso interpuesto y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 18 de junio de 2014.

**II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

El Ministerio Fiscal recurre la Resolución de instancia, que absolvió al acusado de un delito contra la Salud pública, y apoya su único motivo en el artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , alegando la infracción en que habría incurrido la Audiencia con la indebida inaplicación a los Hechos declarados probados del artículo 368 del Código Penal , por considerar ese Tribunal que la conducta enjuiciada no es constitutiva de la referida infracción penal pues no se ha constatado acto de venta alguno de sustancia estupefaciente y sí tan sólo una mera colaboración con quienes eran ya consumidores de las sustancias depositadas en el establecimiento del acusado, con lo que "...no se provoca el consumo de la sustancia pues éste se va a producir de cualquier forma ayude o no ayude temporalmente a guardarla tratándose por tanto de una colaboración en un auto de autoconsumo que resulta atípico".

El motivo alegado supone la comprobación, por este Tribunal de Casación, de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, reiteradamente citado en las Resoluciones de esta Sala, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que inicialmente le es propia.

Y en ese sentido, en el presente supuesto, el Recurso del Fiscal respeta escrupulosamente la narración fáctica llevada a cabo por la Audiencia, sobre la convicción que alcanza tras el examen y la correcta motivación, en los Fundamentos Jurídicos Primero a Tercero de su Sentencia, del material probatorio de que dispuso.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

No obstante lo cual, como ya se ha dicho, se produce la absolución de Jose Ángel , al entender que su conducta resulta impune toda vez que la colaboración prestada a los consumidores, permitiendo el depósito de la droga en su local, ni era retribuida ni suponía realmente un acto de favorecimiento de la extensión del consumo de sustancias prohibidas.

Los argumentos de los Jueces "a quibus" merecen plena confirmación, en principio, en lo que se refiere a la descripción de los hechos y a su debida acreditación, pero no ocurre lo mismo en cuanto a su calificación jurídica, habida cuenta de que, de conformidad con la amplitud con la que se configura en el precepto aplicable, el artículo 368 del Código Penal , el hecho de favorecer o facilitar el consumo de las drogas por terceras personas, por mucho que éstas fueren ya consumidoras de las mismas o de que esa actividad no tenga una finalidad lucrativa para su autor, es constitutivo de la infracción penal (por ej. SsTS de 5 de Diciembre de 2002 , 7 de Noviembre de 2005 o 22 de Febrero de 2006 , entre muchas otras).

Y no cabe duda de que quien posibilitaba el que en su establecimiento se depositaran las sustancias, máxime en la variedad y cuantía que en el presente caso concurren, estaba realizando una conducta facilitadora del consumo, puesto que por esa razón y con esa finalidad, y no por otra, los consumidores depositaban en aquel lugar no sólo las drogas sino también diversos efectos, tales como sustancias de "corte", cuchilla tipo cúter, etc. que, si bien son susceptibles de diversos usos, su ubicación en el lugar, escondidos junto a las drogas, resulta claramente indicativa del destino que se les daba, evidenciando que no sólo se trataba aquel de un lugar de depósito sino también de consumo, favoreciéndose así igualmente esa actividad, con el auxilio de quien allí la consentía, que no es otro que el acusado.

En este sentido, leemos en la STS de 28 de Octubre de 2004 que dentro de este tipo penal "Se comprenden todos los actos de favorecimiento del tráfico o del consumo ilegal de sustancias tóxicas, entre los que se cuenta indudablemente su almacenaje y custodia".

Razones por las que procede la estimación del Recurso, al hallarnos ante un delito contra la Salud pública del artículo 368 del Código Penal , en la modalidad de favorecimiento del consumo de sustancias que causan grave daño a la salud, y, en su consecuencia, deberá dictarse una nueva Sentencia que, sustituyendo a la recurrida, extraiga las consecuencias legales correspondientes a dicha estimación.

Habida cuenta, en todo caso, que no resulta de aplicación el tipo cualificado del artº. 369. 1. 3ª, comisión de los hechos en establecimiento abierto al público, que interesa también el Ministerio Fiscal, puesto que, como esta Sala ya tiene dicho para supuestos semejantes, desde el criterio restrictivo en el que debe contemplarse la aplicación de este precepto (vid. por



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

ejemplo, STS de 13 de septiembre de 2004 ), "si el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída, sin constar la intención de valerse del local para vender la droga a terceros o de traficar con ella..." , tal agravación específica no concurre ( STS de 1 de marzo de 1999 y otras posteriores en el mismo sentido).

Por otro lado, debiendo declararse la concurrencia de la agravante de reincidencia ( artº. 22. 8ª CP ) al venir descritos en el "factum" de la recurrida todos los elementos integrantes de la misma.

Conclusión condenatoria a la que, por otra parte, puede llegarse en esta sede ya que no nos hallamos ante una rectificación de las conclusiones probatorias alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de una mera adecuación de la calificación jurídica de lo declarado probado por aquel (vid. STS de 18 de Diciembre de 2013 , entre otras).

#### **Segundo.**

No es necesario pronunciamiento alguno en materia de costas, a tenor de lo previsto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al hallarnos ante un Recurso estimado al Ministerio Público.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha de 15 de Noviembre de 2013 , por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente segunda Sentencia.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco

### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil catorce.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 5 de Vic con el número 876/12 y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª por delito contra la salud pública , contra Jose Ángel , nacido el NUM000 de 1983, en Selouane (Marruecos), hijo de Ignacio y de Debora , y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de noviembre de 2013 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo , integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, hace constar lo siguiente:

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **Único.**

Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª.

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

##### **Primero.**

Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

##### **Segundo.**

Como ya se ha dicho en el primer Fundamento Jurídico de los de la Resolución que precede, los hechos declarados probados por la Audiencia, y que aquí íntegramente se acogen al apoyarse en pruebas válidas y plenamente eficaces, correctamente valoradas además en los Fundamentos de Derecho Primero a Tercero de la Sentencia de instancia, constituyen un delito previsto y penado en el artículo 368 del Código Penal , al integrar todos los elementos descriptivos constitutivos de la figura que ese precepto tipifica, para el supuesto de substancias que, como la cocaína, causan un grave perjuicio a la salud humana.

Siendo responsable de dicho delito el acusado, Jose Ángel , por la directa participación que tuvo, como autor, en el ilícito enjuiciado, según la descripción que del mismo se recoge en la narración fáctica anteriormente admitida, resultan de aplicación, al concurrir la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia debidamente descrita en el "factum" de la resolución de instancia, las penas mínimas previstas en el Código Penal para esta clase de conductas dentro de su mitad superior, por la concurrencia de la referida agravante ( artº. 66 CP ).



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

En concreto, por lo que se refiere al importe económico de las drogas objeto del delito, para la cuantificación de la sanción pecuniaria, teniendo en cuenta las valoraciones fijadas en el "factum" de la recurrida: 60 euros para el gramo de cocaína pura y 5 para el de haschis y que se ocuparon en torno a 15 gramos de la primera y 28 de la segunda, dicho valor ha de fijarse en un total de 1040 euros.

Debiendo, así mismo, acordar el comiso de las sustancias y efectos intervenidos por la Policía, con imposición al condenado de las costas procesales causadas en la instancia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Jose Ángel , como autor de un delito contra la salud pública, al concurrir de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de reincidencia debidamente descrita, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 2.100 euros, con treinta días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la misma, acordando, así mismo, el comiso de las sustancias y efectos intervenidos, a los que se dará el destino legal, y la imposición, al condenado de las costas ocasionadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.