



Roj: **STS 1144/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1144**

Id Cendoj: **28079120012019100236**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/04/2019**

Nº de Recurso: **339/2018**

Nº de Resolución: **183/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 183/2019

Fecha de sentencia: 02/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 339/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid. Sección Sexta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 339/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 183/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de abril de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación 339/2018 interpuesto por Fabio Y Felix , representados por la procuradora DOÑA MARTA UREBA ÁLVAREZ-OSSORIO, bajo la dirección letrada de DON JOAQUÍN MÁRQUEZ DE PRADO NAVAS y DON JOSÉ RAMÓN LÓPEZ FANDO DE MIGUEL, respectivamente, contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta , en el Rollo del Procedimiento Abreviado 802/2017, en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsable de un delito contra la salud pública, de los artículos 368 -párrafo primero- inciso segundo y 369-3 ambos del Código Penal . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Pozuelo de Alarcón, incoó Procedimiento Abreviado 929/2015 por delito contra la salud pública, contra Fabio Y Felix , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta. Incoado el Rollo de Procedimiento Abreviado 802/2017, con fecha 27 de noviembre de 2017 dictó sentencia n.º 745/2017 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **SE DECLARA PROBADO** que: sobre las 17'15 horas del jueves día 24 de septiembre de 2015 los acusados **Fabio y Felix** , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, se encontraban en el interior de la zapatería sita en el nº 7 de la Avenidas Europa de la localidad de Pozuelo de Alarcón, de la que el primer acusado es el propietario y el segundo dependiente.

Sobre las 17'15 horas del indicado jueves entró en la zapatería Lázaro al que entregaron, por un precio no determinado, una sustancia marrón que posteriormente analizada resultó ser hachís con un peso de 6'596 gr, y riqueza del 22'8%, siendo interceptado al salir al exterior por los agentes de policía municipal que se encontraban realizando un operativo de vigilancia del local, y que intervinieron a Lázaro la indicada sustancia que portaba en un paquete de tabaco

Sobre las 20'00 horas del mismo día accedió a la zapatería Mariano , que al salir fue interceptado por los agentes de policía municipal que encontraron en su poder una bolsa transparente conteniendo una sustancia que posteriormente analizada resultó ser cocaína con un peso de 0'635 gr.- y con riqueza del 77'9%, que no consta adquiriera dentro de la zapatería. A continuación los agentes de la policía Municipal accedieron al interior de la zapatería entregándoles los acusados la sustancia que guardaban en el interior del local, y que consistía en: 6 tabletas de una sustancia marrón que posteriormente analizada resultó ser hachís con un peso de 58100 gr y riqueza del 21'6 %; una bolsita transparente que contenía 4 envoltorios de color azul con una sustancia blanca que posteriormente analizada resultó ser cocaína con un peso de: 0'761 gr, 0,801 gr, 0'793 gr, 0'882 gr las cuatro con riqueza del 77'4%, así como otra bolsa de plástico transparente que igualmente contenía cocaína con un peso de 1'61gr. y pureza del 77'4%. Así mismo se intervino en el local una balanza digital de pelaje de pequeño tamaño de la marca Tanita nº1".

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

"Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Fabio y Felix , del delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud de que vienen acusados.

Que debemos condenar y condenamos a los acusados Fabio y Felix , como autores responsables de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS Y CINCO MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cada uno de ellos; y al pago de las costas de este juicio por mitades iguales.

Para el cumplimiento de las penas impuestas, se abona al citado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa".

TERCERO. - En fecha 12 de diciembre de 2017, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta dictó auto complementario de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"Que procede completar la sentencia 745/2017 dictada el 27 de noviembre de 2017 en el presente rollo de sala, en los términos expresados la fundamentación de esta resolución".

La fundamentación del citado auto es del tenor literal siguiente:

"**ÚNICO.** - El artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras establecer en su nº1 que los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. Dispone en su número 5 que tratándose de sentencias



o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla. En iguales término el nº6 del citado artículo dispone que si el tribunal advirtiese, en las sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado.

SEGUNDO. - Se dice por la representación de los acusados en el escrito en que se solicita el dictado del auto complementario que en la sentencia no se ha pronunciado respecto del consumo compartido de la sustancia intervenida.

A este respecto ha de tenerse presente que la sentencia dictada en la presente causa se absuelve a los acusados por el delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, por la tenencia de las cinco bolsitas de cocaína, por lo que carece de trascendencia cualquier hipótesis sobre el consumo compartido de tal sustancia. Siendo condenatoria por la tenencia de 581 gr de hachís preordenado para el tráfico, como de hecho, así se declara probado, que se trasmite a Lázaro un trozo de hachís con un peso de 6'596 gr, y riqueza del 22'8%, basta para comprobarlo con leer el fundamento Primero de la sentencia

Este hecho probado de transmisión de un trozo de hachís a un tercero, por si solo desmonta cualquier tesis sobre un supuesto consumo compartido de dicha sustancia. En todo caso basta visionar el Dvd del juicio oral para comprobar que ambos acusados son concordantes en un todo al declarar, en su legítimo derecho de defensa, que todo el hachís intervenido en el local era el acopio que habían realizado para consumirlo entre los dos, más nunca dicen que lo fueran a consumir con terceros ajenos a ellos. Únicamente el acusado Ovidio manifiesta que la cocaína- no el hachís- que se interviene era para consumirla en las fiestas del pueblo con otras personas. En este estado de cosas no se entiende bien esta alegación sobre el consumo compartido del hachís intervenido, que ni siquiera es alegado por los dos acusados.

En todo caso ha de recordarse que la jurisprudencia considera impune el consumo compartido de estupefacientes (así en las SS. de 27.1, 28.3 y 23.5.95, en la núm. 367/98 de 31.3 y en la 846/99 de 21. 5.. etc.), siempre que concurren determinados requisitos, como son: a) que los consumidores sean drogodependientes; b) Que el consumo tenga lugar en sitio cerrado; c) Que la cantidad de estupefaciente destinada al consumo sea insignificante; d) Que el consumo tenga lugar entre un pequeño núcleo de drogadictos; e) Que los consumidores sean personas ciertas y determinadas; y f) Que el consumo sea inmediato. Siendo lo cierto que en el presente caso tales requisitos no se dan pues: el hachís intervenido 581 gr.-no es insignificante; por las defensas no se identifica a los supuestos consumidores de los 581 gr.- de hachís, únicamente se proponen dos testigos para ello de los que únicamente uno, Pedro Jesús , dice que aportó dinero para comprar el hachís, no así el otro, Victor Manuel , que únicamente se refiere a la cocaína, lo que en la mejor de las interpretaciones para los acusados daría 4 consumidores que divididos entre los 581 gr.- daría un consumo per capita, de 145 gr.-, en las fiestas del pueblo, lo que resulta increíble; como tampoco se pone de manifiesto el lugar en que el supuesto consumo iba a realizarse, por lo que no puede presumirse que fuera lugar cerrado; ni que el consumo fuera inmediato pues tampoco se dice la fecha de esas fiestas en que supuestamente se iba a realizar el consumo.

TERCERO. - Se solicita también complemento de la sentencia por cuanto no existe pronunciamiento sobre la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal .

Visto los escritos de conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del plenario se comprueba plenamente que ninguna de las defensas alego ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, no realizándose ninguna referencia a la concurrencia de la atenuante del artículo 20.2 del Código Penal , por lo que ninguna respuesta cabía realizar en la sentencia a una pretensión no ejercida. No debe confundirse, como se pretende en el escrito analizado, lo que son alegaciones de hecho con lo que es la pretensión instada de ellos. Así que se alegue que alguien es consumidor de hachís y de cannabis no constituye ninguna pretensión, constituyendo un hecho del que puede derivarse múltiples pretensiones, como es la de absolución- única que se postula en las conclusiones provisionales elevadas a definitivas por las dos defensas- por ser el sujeto consumidor de tales sustancias y estar destinadas las intervenidas al consumo propio. Más lo que no resulta de recibo es pretender someter a la contraparte y al tribunal a ejercicios de adivinanzas en torno a pretensiones no expresadas en debida forma. ¿Cómo puede saberse que las defensas instan la atenuante de drogadicción del nº 2 del artículo 20, si no lo dicen?, ¿en su mutismo ha de saberse si la pretenden como simple o como cualificada, o como analógica?, o ¿si han pretendido también en su mutismo la aplicación de la exigente incompleta del nº 1 del artículo 20?, o por qué no ¿la exigente completa del artículo 20-2 del Código Penal ?. No debe olvidarse que las dos partes procesales, acusación y defensa, están en igualdad de armas y tienen pleno derecho a conocer de forma clara y precisa las pretensiones de su contrario, para así poder



refutarlas y combatirlas, lo que resulta del todo inviable si se ocultan las mismas y no se expresan en debida forma en su momento legalmente establecido, que, en último caso es el de las conclusiones definitivas. No siendo, sin embargo, ajustado a derecho que se pretenda aprovechar la vía de informes para introducir nuevas pretensiones no planteadas anteriormente en legal forma, cuando la contraparte carece de trámite procesal para rebatirlas, lo que constituye un claro fraude de ley prohibido por el artículo 11 L.O.P.J , que en su n°1 establece que *"En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe"*; y en su n° 2 dispone que *Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal"*

Finalmente ha de recordarse que ni ninguna atenuación deviene por el mero hecho de ser el sujeto consumidor de drogas de abuso, pues como enseña la sentencia del Tribunal Supremo n° 1351/2003 de 16 de octubre , con cita de la STS 1374/2002, de 18 de julio , el Código prevé la incidencia de la drogadicción bajo cuatro alternativas posibles. La eximente, cuando el sujeto actúa en una situación de intoxicación plena o bajo los efectos de un síndrome de privación y, consecuentemente, carezca de capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. La eximente incompleta, si no concurren los presupuestos de la exención, aunque sí una merma importante de las capacidades de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Las otras dos previsiones legislativas hacen referencia a la atenuante de grave adicción, con la posibilidad de su consideración de simple o muy calificada. Recordando, por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo n° 1873/2002 de 15 de noviembre que el artículo 21-2 del Código Penal incluye entre las circunstancias atenuantes la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2° del artículo anterior. Se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquélla. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto, Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la licitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

CUARTO. - Dispone el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su n°7 que no cabrá recurso alguno contra los autos en que se resuelva acerca de la aclaración, rectificación, subsanación o complemento a que se refieren los anteriores apartados de este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del tribunal".

TERCERO.- Notificada la sentencia y el auto de complementándola a las partes, la representación procesal de Fabio Y Felix , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional y por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. - El recurso formalizado por Fabio , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por entender vulnerado el artículo 24.1º. 2º de la Constitución .

Segundo. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 369.3 del Código Penal y su interpretación jurisprudencial.

Tercero. - Por infracción de ley, de conformidad con el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 368 párrafo segundo del Código Penal .

El recurso formalizado por Felix , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 369.3 del Código Penal y su interpretación jurídica.

Segundo. - Por infracción de ley, de conformidad con el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 368 párrafo segundo del Código Penal .

QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 28 de febrero de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo por providencia de fecha 18 de febrero de 2019, se celebró la votación prevenida el día 20 de marzo de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRELIMINAR. - En la sentencia número 745/2017, de 27 de noviembre, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid se ha condenado a los recurrentes por la comisión de un delito contra la salud pública, de sustancias que no causan grave daño a la salud, a la pena de tres años y cinco meses de prisión, accesorias y costas.

Censurando esa sentencia se han formulado recursos de casación por cada uno de los condenados, que van a ser objeto de contestación por el orden en que han sido interpuestos.

Recurso formulado por Fabio

PRIMERO. - 1. En el primer motivo del recurso y por el cauce de los artículos 852 de la LECrim . 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.1.2 de la Constitución .

En el desarrollo argumental del motivo se alega que en el relato fáctico de la sentencia impugnada se indica que los dos condenados entregaron a Lázaro una papelina de hachís a pesar de que los dos testigos de cargo, el agente de policía NUM000 y el propio Lázaro dijeron que quien hizo la entrega fue Felix . Se censura también que en la sentencia se infiera que por los objetos encontrados en la zapatería hubiera intención de transmitir la droga a terceros, pese a que en el relato fáctico nada se dice al respecto.

2. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

No insistiremos en describir el contenido de esta presunción y sólo indicaremos que el control del relato histórico de la sentencia de instancia a través del principio de presunción de inocencia no consiste en comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

3. En lo que hace referencia al caso que centra nuestro examen justo es reconocer que tiene razón el recurrente al afirmar que no hay prueba que acredite que el Sr. Fabio entregara la papelina de hachís a Lázaro ya que de las declaraciones prestadas en juicio por el agente policial que presencié a través del escaparate la entrega de la papelina de hachís y de las manifestaciones de los acusados se evidencia que quien hizo la entrega de la papelina fue Felix siendo, por tanto, inexacto que ambos acusados entregaran la papelina, tal y como se hace constar en el párrafo segundo del relato fáctico de la sentencia.

Sin embargo, esa errónea descripción fáctica carece de relevancia porque ese mismo relato indica que los acusados eran poseedores de una cantidad de hachís superior al medio kilogramo. Ambos acusados han reconocido que la sustancia era de ambos y para su propio consumo y lo que no ofrece duda es que el acopio de esa cantidad de hachís era muy superior a la que permite presumir que es para el propio consumo.

En efecto, como hemos indicado en multitud de resoluciones de la que es exponente la STS 285/2014, de 8 de abril , la cantidad de droga ocupada permite, por sí misma, excluir el destino al propio consumo (SSTS. 1312/2011 de 12 de diciembre , 1032/2010 de 25 de noviembre , 2063/2002 de 23 de mayo). La jurisprudencia de esta Sala ha establecido unas pautas orientativas que permiten deslindar en qué casos la posesión de droga puede estimarse destinada al consumo propio y cuándo esta posesión puede considerarse destinada al consumo de terceros. Las pautas orientativas han sido fijadas por esta Sala teniendo en cuenta el consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del número mínimo de días de provisión cubiertos habitualmente por el consumidor, en base a criterios de experiencia y a los datos facilitados por el Instituto Nacional de Toxicología en tabla de 18 de octubre 2001. El citado organismo informó que el consumidor suele cubrir un consumo de cinco días y en base a ello por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001 se fijó la cantidad de droga que normalmente se posee para cubrir el consumo habitual en cada una de las sustancias prohibidas. En relación al hachís, la doctrina jurisprudencial ha considerado destinados a la transmisión a consumidores los importes de la indicada droga que excedan de los 25 gramos (SSTS de 4 de mayo de 1990 , 8 de noviembre de 1991 , 12 de diciembre de 1994 , 20 de enero y 5 de noviembre de 1995 , 12 de febrero de 1996 y 281/2003, de 1 de octubre).



Es cierto que esta doctrina ha sido matizada al declarar que las cantidades a partir de las cuales se puede presumir que el acopio está preordenado al tráfico, son meramente orientativas, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes, (entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc.) para declarar como razonable. Como decíamos en la STS. 1262/2000 de 14 de julio, la cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el ánimo de destinarla al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito, pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detentada superaba el baremo legal que permite su acreditación.

Por tanto, resulta necesario justificar por qué en el caso concreto se considera que la cantidad poseída está destinada al tráfico, valorando todas las circunstancias concurrentes y evitando meros automatismos por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito. Lo que se castiga es la tenencia para el tráfico y no la tenencia para el propio consumo, por lo que la finalidad de tráfico debe quedar tan acreditada como cualquier otro elemento del tipo. (En igual sentido SSTs. 492/99 de 26 de marzo, 2371/2001 de 5 de diciembre, 900/2003 de 17 de junio).

En el presente caso la sentencia no sólo destaca la importante cantidad intervenida, cerca de medio kilogramo, sino también la ocupación de una báscula de precisión, apta para el pesaje y distribución de la droga por dosis, y también la entrega ocasional de una papelina a un consumidor. Este conjunto de indicios son más que suficientes para considerar que la sustancia intervenida estaba destinada a la distribución o tráfico a terceros, de ahí que no apreciemos que la valoración de la prueba haya sido manifiestamente errónea o arbitraria. Por el contrario, se ha ajustado a pautas de racionalidad lo que conlleva la desestimación de este motivo.

Debe recordarse que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala, han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (SSTS y 797/2015, de 24 de noviembre, así como las SST500/2015, de 24 de julio; 133/2014, de 22 de julio y 146/2014, de 22 de septiembre). A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

El control de la racionalidad de la valoración probatoria del tribunal de instancia en el caso de la prueba indiciaria, no sólo entraña hacerlo desde la solidez o cohesión lógica entre el hecho base y el acontecimiento deducido, sino desde su calidad concluyente, no siendo razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa (STS 500/2015, de 24 de julio). En todo caso, la doctrina constitucional refleja que solo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STC 229/2003, de 18 de diciembre FJ 4 y 23).

En este caso la inferencia probatoria obtenida a partir de los hechos acreditados es sólida, coherente y racional y la hipótesis alternativa del acopio para el consumo carece de toda cobertura o justificación probatoria.

En la sentencia y en los recursos se hace una referencia recurrente al grado de pureza del hachís para determinar su cantidad dando a entender que la cantidad no era muy relevante si se computa este criterio. Para concluir el desarrollo argumental de este primer fundamento jurídico no es ocioso recordar que tratándose de hachís se computa o toma en consideración el peso bruto de la droga y no el peso en función del porcentaje de concentración del principio activo, a diferencia de lo que ocurre con la heroína o la cocaína.

Hemos dicho en una línea jurisprudencial que ya es antigua y constante que es totalmente irrelevante la determinación de la pureza de la droga, pues tanto el hachís, como la grifa o la marihuana no son otra cosa que productos vegetales presentados en su estado natural y en los que las sustancias activas están incorporadas a la propia planta, -sin necesidad de proceso químico (se obtiene por el secado y prensado del cannabis). La proporción de la sustancia activa del hachís (tetrahidrocanabinol) es variable dependiendo de la calidad del cultivo y zona agrícola, a diferencia de otra clase de drogas, como la cocaína y la heroína, que se obtienen por procedimientos químicos y que su composición inicial se ve alterada por la mezcla con otros aditivos, lo que determina una menor concentración (SSTS de 15 de marzo de 2000, 6 de noviembre de 2000, 11 y 18 de marzo de 2002, 24 de octubre de 2002 y 9 de octubre de 2004). Por ello esta Sala ha establecido los límites mínimos para no estimar destinada al autoconsumo o para apreciar la agravante específica del art. 369.1.5 CP, no en consideración al porcentaje de concentración de la sustancia activa de cada uno de los derivados del cannabis (hachís, marihuana, grifa, aceite), sino en el peso bruto, cualquiera que fuese su grado



de concentración. Sin perjuicio y como quiera que la concentración del principio activo es creciente según se trate de grifa, marihuana, hachís o aceite, la jurisprudencia ha establecido cantidades distintas para presumir la intención de tráfico. En el caso del hachís se fijó en 25 gramos y en 100 para la marihuana.

El motivo se desestima.

SEGUNDO . - 1. De forma complementaria en el segundo motivo del recurso, esta vez por el cauce de la infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la errónea aplicación del artículo 369.3 del Código Penal .

Con cita de algunos precedentes de esta Sala (STS 24 de octubre de 2012 , entre otras) se señala que en el relato fáctico no se hace mención alguna a que la actividad de la zapatería donde supuestamente se produjo la transmisión de la papelina se hallara subordinada a la actividad clandestina de tráfico de estupefacientes. A juicio del impugnante no se justifica una mayor gravedad del injusto y, por tanto, carece de sentido la aplicación del subtipo agravado del artículo 369.3 del Código Penal .

2. Al recurrente le asiste toda la razón. Tal y como ha sido redactado el relato histórico de la sentencia los hechos declarados probados no pueden subsumirse bajo la específica agravación de venta en establecimiento abierto al público, contemplada en el artículo 369.3 del Código Penal . El relato fáctico se limita a describir la droga intervenida en el establecimiento sin hacer referencia alguna a la intencionalidad de los autores en relación con el acopio de droga, de forma que no puede precisarse si el almacenamiento de la droga estaba destinada a la venta en dicho establecimiento o simplemente a su depósito y posterior venta en otro lugar, cuestión de enorme relevancia pues, como argumentamos a continuación, en el relato fáctico se deben incluir necesariamente los datos que permitan la aplicación de la agravante de referencia.

Esta Sala en innumerables resoluciones (STS 831/2007, 5 de octubre , por todas) ha reiterado " [...] que el escenario en el que se comete el delito sólo puede ser tomado en consideración para fundamentar la aplicación de un tipo agravado cuando, por sus circunstancias, añade una mayor intensidad de injusto. Se trata, en fin, de evitar que un local adscrito a otras finalidades, sea puesto al servicio de la clandestinidad, facilitando así la impunidad y haciendo más rentable la ofensa al bien jurídico tutelado. La mayor agravación de la pena exige que los presupuestos fácticos que la explican se hallen plenamente acreditados. La existencia misma del establecimiento público y la actividad que en él se desarrollan, han de hallarse subordinadas a la clandestina distribución de estupefacientes. Por regla general, será necesario que la ocupación comercial de quienes regentan el establecimiento sea, en realidad, una fingida excusa para facilitar la difusión de la droga. La agravación, en fin, aparecerá plenamente justificada cuando la actividad principal esté plenamente subordinada a la labor clandestina de favorecimiento del consumo ilegal de drogas[...]" .

En esa misma dirección la STS 889/2008, de 17 de diciembre afirmó que el fundamento de esta agravación se encuentra en el incremento del peligro para el bien jurídico, en cuanto posibilita al consumidor una mayor facilidad de acceso a la droga y permite al vendedor aprovecharse de las condiciones del establecimiento, que hace posible la presencia indiscriminada de clientes. No es ajena a esta consideración la exclusión de actos puramente esporádicos y aislados en los que no se aprecian las razones agravatorias que se acaban de expresar, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico (SSTS 783/2008 de 20 de noviembre , 1153/2009 de 12 de diciembre , 920/2013, de 11 de diciembre).

Y la STS 542/2014, de 27 de junio entre otras muchas, recordaba que la aplicación de la agravante específica del artículo 369.3 CP , no puede fundamentarse en meras consideraciones formales, sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la *ratio legis* de la agravación. En fin, como señaló la ya antigua STS de 10 de febrero de 2000 "la modalidad de posesión que conlleva un mayor contenido injusto no es la mera posesión en el local con destino al tráfico, sino la posesión con destino al tráfico en el local".

A todo lo anterior debe añadirse una precisión muy importante y de especial relevancia en el presente caso, que tiende a garantizar el control en la correcta aplicación de la agravante: Venimos exigiendo que en los hechos probados de la sentencia de instancia se hagan constar las circunstancias que justifiquen la apreciación de la agravante (SSTS 987/2004, de 13 de septiembre , 820/2012, de 24 de octubre , 542/2014, de 27 de junio) y en la sentencia impugnada no se ha cumplido con esta fundamental exigencia, lo que conduce a la estimación del recurso.

En efecto, en la redacción de los hechos probados únicamente se ha incluido el hallazgo de la droga en la zapatería, pero se ha omitido toda referencia al hecho determinante de la agravación, esto es la utilización habitual del establecimiento para la distribución de la droga a terceros. El relato fáctico, tal y como ha sido expresado, no permite la apreciación de la agravante dado que ésta sólo procede en los casos en que el establecimiento abierto al público es el cauce o instrumento de la distribución.



En consecuencia, el motivo debe ser estimado.

TERCERO . - También por la vía de la infracción de ley y con apoyo en el precepto citado en el motivo anterior se denuncia la inaplicación del subtipo atenuado del artículo 368, párrafo segundo, del Código Penal . Se argumenta que se dan las circunstancias exigidas por la jurisprudencia de esta Sala para la aplicación del subtipo atenuado. Desde el parámetro objetivo, la escasa entidad del hecho, se destaca que la droga incautada fue 6,596 gr de hachís con un grado de pureza de 22,8%, lo que totaliza la cantidad de 1,504 gramos netos. Desde el parámetro subjetivo, relativo a las circunstancias personales del culpable, se enfatiza que el recurrente carece de antecedentes penales y está sometido a tratamiento de deshabituación de la adición al consumo de drogas, como así lo han ratificado las tres doctoras que comparecieron en el plenario.

El artículo 368, párrafo segundo, del Código Penal permite la imposición de la pena inferior en grado, respecto de las sanciones previstas para el delito de tráfico de drogas, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Para apreciar esta atenuación debe ponderarse la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, que la cantidad intervenida esté cercana a la dosis mínima psicoactiva, es decir, cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

Las circunstancias personales del autor obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal, en el bien entendido de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del artículo 67 CP , las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el Código Penal.

El artículo 368, párrafo segundo, del Código Penal utiliza la conjunción copulativa "y" para referirse a estos dos parámetros, escasa entidad del hecho y circunstancias personales del autor, lo que ha sido interpretado en el sentido de que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje la apreciación del precepto, el párrafo segundo del artículo 368 CP no podrá aplicarse. Pero en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico o neutro, se debe realizar una ponderación conjunta de ambos parámetros. Por tanto, es posible la aplicación de la atenuación cuando concorra uno de ellos y el otro sea inexpresivo.

En el presente caso no es posible la apreciación del subtipo atenuado porque la cantidad intervenida por su importancia excluye la posibilidad de aplicación de esta atenuación. Dejando al margen la puntual entrega de una papelina, hecho que sirve de justificación al motivo, se omite que la cantidad incautada en el establecimiento y que pertenecía a los dos acusados superó en 20 veces la cantidad admitida jurisprudencialmente como acopio para uso personal, lo que revela la posesión con vocación de destino al tráfico a terceros. Se intervino una cantidad que superaba el medio kilogramo de hachís por lo que no se trató de una cantidad de insignificante entidad y con escasa afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal aplicado. El motivo se ha construido destacando el hecho puntual de la entrega de una papelina, pero omitiendo el hecho más relevante, la ocupación de una cantidad muy importante de hachís dentro del establecimiento, junto con una báscula de precisión apta para la distribución de la sustancia ilícita por dosis.

El motivo se desestima.

Recurso de Felix

CUARTO . - En este recurso se reproducen con similares argumentos los motivos de impugnación segundo y tercero del anterior recurso, que ya han sido debidamente contestados, por lo que nos remitimos a los fundamentos anteriores para evitar inútiles reiteraciones.

QUINTO . - A la vista de la nueva calificación efectuada en la presente sentencia, procede la condena de los dos recurrentes exclusivamente por la comisión de un delito de tráfico de drogas, de sustancias que no causan grave daño a la salud, sin la aplicación de la agravante prevista en el artículo 369.3 del Código Penal .

En orden a la penalidad que se deriva de este nuevo pronunciamiento, teniendo en consideración, por un lado, la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y, por otro, ponderando la cantidad y relevancia de la droga intervenida, procede imponer, al igual que hacía la sentencia de instancia, la pena



prevista para el tipo aplicado, en su mitad inferior y con una extensión ligeramente superior al mínimo legal. Se fija la sanción para cada acusado en una pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, accesorias y costas.

SEXTO . - Estimándose parcialmente los recursos, procede declarar de oficio las costas procesales causadas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.ESTIMAR parcialmente los recursos de casación interpuestos por Fabio y Felix contra la sentencia número 745/2017, dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de noviembre de 2017, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2 º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que se seguidamente se dicta a la mencionada Sala, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 339/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de abril de 2019.

Esta sala ha visto la causa 339/2018, seguida contra la sentencia de 27 de noviembre de 2017, dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el Procedimiento Abreviado 802/17 por un delito contra la salud público contra Fabio y Felix . La citada sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO . - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO . - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación y dado que no resulta procedente aplicar la agravante de "realización del delito en establecimiento abierto al público", prevista en el artículo 369.3



del Código Penal , procede condenar a los acusados por la comisión de un delito del artículo 368 del Código Penal , relativo a sustancias que no causan grave daño a la salud.

En orden a la penalidad y utilizando el mismo criterio valorativo de la sentencia de instancia, en consideración a la cantidad intervenida y no concurriendo circunstancias atenuantes o agravantes procede imponerse la pena prevista en el tipo en su mitad inferior y con una extensión superior al mínimo legal. Debe, en consecuencia, imponer a cada acusado una pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN con imposición de las costas procesales causadas en dicha instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ÚNICO. - Debemos condenar y condenamos a Fabio y Felix como autores responsables de un delito contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, condenándoles al pago por mitad de las costas procesales causadas en la primera instancia. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina