Roj: STS 4090/2014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 782/2014
Nº de Resolución: 665/2014
Fecha de Resolución: 16/10/2014
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Salud pública. No hay fundamento para absolver al padre que facilita a su hijo drogodependiente hasta 105 grs. de coca a lo largo de seis meses.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Octubre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por**el MINISTERIO FISCAL** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4ª) que absolvió a Antonio y Matías 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 también parte el Ministerio Fiscal, y habiendo comparecido como recurridos, Antonio , representado por la Procuradora Sra. Santos Erroz y, Matías , representado por la Procuradora Sra. Fernández Prieto.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Lalín, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 219/2010 y, una vez concluso, fue elevado a laAudiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª que, con fecha 6 de marzo de 2014 dictó sentenciaque contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:"Se declaran probados los siguientes hechos:

El acusado Antonio , mayor de edad, de nacionalidad colombiana, con NIE NUM000 , en situación legal en España y sin antecedentes penales, cada 30/40 días viajaba desde Madrid hasta Lalín en autobús, portando en cada uno de estos viajes sobre 25/30 gramos de cocaína, en terrones prensados y duros envueltos en bolsas. Dichas sustancias, que adquiría en Madrid, eran entregadas a su hijo Matías para consumo de éste, puesto que en el momento de los hechos consumía cocaína y cannabis de forma regular. Hasta el 4 de Mayo de 2010, y durante un período de seis meses, le entregó un total de 105 gramos, repartidos en los mencionados viajes, sin que se haya demostrado que el acusado adquiriese tales sustancias para destinarlas al

tráfico con terceras personas.

El día 4 de Mayo de 2010 fueron incautados a Rosendo sendos paquetes que contenían, respectivamente, 49,616 gramos de cocaína con una pureza del 27,12 % y 0.724 gramos de cocaína con una pureza del 25,38 % y un valor, ésta última, de 22,83 euros, sin que se haya demostrado que tales sustancias fuesen suministradas a Rosendo , con ánimo de obtener un ilícito beneficio económico, por el acusado Matías ."[sic]

SEGUNDO. - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLAMOS:** En atención a todo lo expuesto, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra ha decidido:

PRIMERO.- Absolver al acusado Antonio del delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, del que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

SEGUNDO.- Absolver al acusado **Matías** del delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, del que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

TERCERO.- Dejar sin efecto las medidas cautelares que se encontrasen vigentes.

CUARTO.- Declarar de oficio las costas procesales causadas en el procedimiento.

QUINTO.- Acordar la destrucción de las sustancias intervenidas.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en elart. 855 y siguientes de la L.E.Criminal."[sic]

TERCERO. - Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley 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:

Primero y único.- Por infracción de ley, al amparo delartº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación delartº. 368, inciso primero, del párrafo primero, del Código Penal, respecto del acusado Antonio .

QUINTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, las Procuradoras Sras. Santos Erroz y Fernández Prieto, en escritos de fecha 23 de junio

de 2014, solicitaron la inadmisión del motivo 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 8 de octubre 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 elartículo 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 delartículo 368 del Código Penal, por considerar ese Tribunal que la conducta enjuiciada, a pesar de tratarse sin duda de un acto de posesión de substancias de tráfico prohibido destinadas a su entrega a tercero, en concreto de cocaína, la misma ha de resultar impune toda vez que el destinatario era un hijo del acusado, consumidor de la referida substancia.

En tal sentido el motivo alegado (art. 849.1º LECr) supone la comprobación, por parte de este Tribunal de Casación, acerca de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que 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, desde 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 le es propia con exclusividad.

Y así, en el presente supuesto, el Recurso del Fiscal respeta escrupulosamente la narración fáctica realizada por la Audiencia, sobre la convicción que alcanza tras el examen y la correcta motivación, en el Fundamento Jurídico Primero de su Sentencia, del material probatorio de que dispuso, llegando incluso ese mismo Tribunal a afirmar en su relato de Hechos Probados que, en efecto, la substancia poseída por el acusado tenía como destino la entrega a tercero, en concreto su hijo, consumidor de la misma.

No obstante lo cual, como ya se ha dicho, se produce la absolución al entender que la tenencia y ulterior entrega de la cocaína no sólo no suponía intención de tráfico ni ánimo de lucro, sino que estaba destinada en exclusiva a un consumidor ya habitual y elevado, que no era otro que el hijo del propio acusado y para su exclusivo y particular consumo, con lo que nos encontraríamos ante un supuesto de los que esta misma Sala, en Resoluciones anteriores, como la de 28 de Junio de 2004, califica en términos de "actividad altruista y compasiva de sustancias estupefacientes sin contraprestación económica" (FJ 2º).

Y si bien es cierto que esta misma Sala, en las Sentencias mencionada en la Resolución de instancia y en otras anteriores y posteriores a esas, ha venido acogiendo, en efecto, la tesis de la ausencia de antijuridicidad, en ciertos supuestos de entrega de drogas a parientes o allegados, no debe olvidarse que siempre se ha tratado de casos de facilitación de pequeñas

cantidades destinadas a aliviar los padecimientos propios del síndrome de abstinencia que sufre el destinatario de la misma y no, como en el propio "factum" de la recurrida se refiere, de un suministro continuado en el tiempo, de una elevada cantidad de droga (105 grs.), lo que no puede en modo alguno aceptarse, en el caso que nos ocupa, ya que ello supone facilitar el mantenimiento de la situación de consumidor del destinatario, existiendo, como existen, otras opciones o alternativas terapéuticas tendentes, a medio o largo plazo, a la superación del trastorno por consumo abusivo de substancias tóxicas de ilícito tráfico que el hijo de Antonio sufría.

Argumentos por los que procede la estimación del Recurso, al hallarnos ante un delito contra la Salud pública de dichoartículo 368 del Código Penal, en su modalidad de posesión para el tráfico de substancias que causan grave daño a la salud, y, por consiguiente, procede el dictado de una nueva Sentencia que, sustituyendo a la recurrida, extraiga las consecuencias legales correspondientes a dicha estimación.

SEGUNDO.- No es necesario pronunciamiento alguno en materia de costas, a tenor de lo previsto en elartículo 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 laSentencia absolutoria dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, el 6 de Marzo de 2014, 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 Joaquin Gimenez Garcia Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Carlos Granados Perez

Encabezamiento

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Octubre de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Lalin con el número 35/2012 y seguida ante la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª por delito**contra la salud pública** , contra Matías con NIE número NUM001 , nacido el NUM002 de 1983, en Bucaramanga (Colombia) y Antonio con NIE número

NUM000 , nacido el NUM003 de 1938 en Versalles Valle (Colombia), en cuya causa se dictósentencia por la mencionada Audiencia con fecha 6 de marzo de 2014, 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 Pontevedra, Sección 4ª.

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 el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia de instancia, constituyen un delito previsto y penado en elartículo 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 Antonio , por la directa participación que, como autor del mismo, tuvo en el ilícito enjuiciado, según la descripción que se recoge en la narración fáctica anteriormente admitida y resultando de aplicación, en ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las pena mínima de prisión prevista en el Código Penal para esta clase de conductas, sin posibilidad de imponer, por otra parte, la multa correspondiente al carecer los hechos declarados probados de la cuantificación económica de la droga objeto del delito, elemento esencial para el cálculo de la sanción de carácter proporcional.

En tanto que deben serle impuestas al ahora condenado la mitad de las costas procesales causadas en la instancia, por imperativo de losartículos 123 del Código Penaly240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarando de oficio la otro mitad de las mismas como consecuencia de la absolución del otro acusado, que aquí se mantiene al no haber sido recurrida por el Fiscal.

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

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Antonio , como autor de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de

la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la imposición al condenado de la mitad de las costas ocasionadas en la instancia, manteniendo los pronunciamientos de la Audiencia respecto de la absolución del otro acusado así como el referente a la destrucción de la droga ocupada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Carlos Granados Perez

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.