

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934646,914934645

Fax: 914934639

GRUPO 4

37051540

N.I.G.: 28.047.00.1-2015/0009063

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1447/2019

Origen: Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid

Procedimiento Abreviado 67/2018

Apelante: D./Dña.

Procurador D./Dña.

Letrado D./Dña. CESAR GARCIA-VIDAL ESCOLA

Apelado: MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 762/19

Ilmos/as Sres/as MAGISTRADOS:

D. JESÚS GOMEZ-ANGULO RODRÍGUEZ (Ponente)

D. JUAN BAUTISTA CANOVAS DELGADO

D^a. ANA ROSA NUÑEZ GALAN

En Madrid, a 26 de noviembre de 2019.

VISTO, en segunda instancia, ante la Sección 23ª de esta Audiencia Provincial, Juicio Oral 67/2018, procedente del Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid, seguido por un delito de contra la salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud, siendo apelantes _____, venido a conocimiento de esta Sección, en virtud de recurso de apelación, interpuesto en tiempo

y forma, contra la sentencia dictada por el referido Juzgado, con fecha 11 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la Sentencia apelada se establecen como **HECHOS PROBADOS** que: “El día 2 de Junio de 2015, aproximadamente sobre las 12,30 horas, _____, nacido el _____ en _____, con DNI _____, mayor de edad y sin antecedentes penales, conducía el vehículo marca _____ con matrícula _____, portando en el maletero una mochila con dos bolsas que contenían, en total, 340 gramos de marihuana, con una pureza del 15,2%. Sustancia destinada al tráfico a terceros.

La citada sustancia tenía un valor en venta de 1604,80 euros euros. _____ es consumidor de sustancias estupefacientes.”

Y el **FALLO** es de tenor literal siguiente: “Que debo condenar y condeno a _____ como autor responsable criminalmente de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud prevenido en el artículo 368 del Código Penal, con la concurrencia como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21,6 del Código Penal, imponiéndole la pena de 1 año de prisión y multa de 1.605 euros, con arresto sustitutorio de 10 días, y conforme con lo establecido en el artículo 56,2 del Código Penal, se le impone la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y con expresa imposición de las costas procesales.

Comiso de la sustancia intervenida en autos.”

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, en tiempo y forma y por la representación letrada de _____, se interpuso el

presente recurso alegando: 1/ Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 24 de la CE por el cauce que faculta el art. 790.2 de la L.E.Crim. Con carácter alternativo, error en la apreciación de la prueba, bajo la égida del mismo precepto de la L.E.Crim. Con carácter subsidiario, falta de motivación de la sentencia condenatoria, se interesa la declaración de nulidad de la sentencia por la infracción del art. 24.1 de la Constitución, derecho a la tutela judicial efectiva y a recibir una respuesta fundada en derecho. 2/ Por inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, alternativo, derecho a recibir una respuesta fundada en Derecho en un plazo razonable, previstas, respectivamente, en los artículos 21.5 y 21.7 del Código Penal. 3/ Por la aplicación indebida del art. 53 CP. vulneración del principio acusatorio

TERCERO.- Admitido el recurso, cumplido el trámite de alegaciones con la parte apelada y habiendo sido elevadas las actuaciones a esta Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid, se procedió a la deliberación y votación de la presente sentencia el pasado día 25 de noviembre.

CUARTO.- En la sustanciación de las dos instancias seguidas por el presente asunto, se observaron las formalidades legales.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gómez-Angulo Rodríguez que expresa el parecer de la Sala.

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, que se modifican en el sólo sentido de suprimir la última frase del primer párrafo que dice así “Sustancia destinada al tráfico a terceros.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del juzgado penal condena a
como autor de un delito contra la
salud pública de sustancias que no causan grave daño a la salud del Código Penal.
es sorprendido en un
control rutinario de seguridad ciudadana, y en una mochila que portaba en el maletero
se encuentran dos bolsas conteniendo 340 gramos de marihuana,

El motivo central de discusión del recurso es que la necesaria inferencia del destino al tráfico se verifica, exclusivamente, a partir de la cantidad de sustancia intervenida, sin ningún otra valoración añadida, siendo que la magistrada ha barajado las cifras propias del hachís, no de la marihuana y que no ha tenido en cuenta otras diversas consideraciones que permiten razonablemente sostener al menos la duda de que dicha cantidad estaba destinada al autoconsumo. El recurso será estimado.

SEGUNDO.- El Tribunal Supremo, al tiempo que establece que, efectivamente el peso de la sustancia es un dato indicativo de primer orden a la hora de establecer el juicio valorativo sobre el destino final, también llama la atención, cuando de cantidades límites se trata, que el solo dato del peso no puede sustentar la condena en casos límite o dudosos.

Lo primero que llama la atención en la extensa sentencia, es que no se haga valoración alguna sobre la condición de consumidor del acusado, pese a reconocerse como tal en el relato de hechos probados, pero tampoco a otros datos o circunstancias personales :la edad, la disponibilidad económica, la ausencia de antecedentes, o la inexistencia de algún otro dato en su contra, o datos de la incautación: control preventivo y aleatorio sin que existe ni investigación previa ni sospecha policial alguna sobre el conductor detenido. Por supuesto, tampoco hubo mayor indagación o investigación que hubiera podido determinar si disponía de utensilios, utillaje o instrumentos propios de la venta o distribución a terceros.

Pese a que la sentencia diga en un párrafo estereotipado del FD Primero que la

prueba esencial ha sido la testifical, o el Ministerio Fiscal incida en la correcta valoración probatoria efectuada por la magistrada “quien da prevalencia al relato de los agentes denunciadores sobre la versión ofrecida por el acusado”, lo cierto es que la versión testifical no aportó dato alguno incriminatorio, y el único dato tenido en cuenta para la inferencia de la sustancia al tráfico viene conformado por el peso, por la cantidad de droga hallada. Así se asume en el párrafo séptimo de la página 5 de la sentencia, dentro del extenso FD primero cuando afirma que “se considera acreditado que dicha cantidad de marihuana se halla preordenada al tráfico, dado el peso que arrojó la misma, infiriéndose del hecho de la cantidad intervenida, determinando la comisión del delito del que viene acusado”.

La distinción entre la atípica posesión para el autoconsumo y la preordenada al tráfico, lo que demanda es analizar los indicios objetivos que permitan probar la finalidad de esa tenencia. Mientras la cantidad no tenga tal entidad que suprima cualquier duda sobre su destino, ese elemento es uno más a considerar entre otros; tratándose de dosis moderadas, como ahora ocurre, hay que valorar la condición de drogadicto del imputado, la lógica posibilidad de hacer un acopio algo mayor del normal en evitación de desplazamientos y contactos, el dato de que la superación de una detención a la jurisprudencialmente establecida es una simple pauta interpretativa, y el sentido del tipo objetivo que incrimina la posesión para el tráfico y no la de una determinada cantidad. Sumadas todas estas circunstancias, entiende la Sala que procede confirmar la absolución decretada por el Juzgado.

TERCERO.- La STS 288/2017 de 20 de abril (ROJ: STS 1598/2017) nos indica que: “[D]ebemos recordar que el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que él presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla (STS. 724/2014 de 13 noviembre).

En este sentido es cierto que la cantidad de droga ocupada que permite por sí misma, excluir el destino **al propio consumo se ha venido modulando en la jurisprudencia** (SSTS 1032/2010 de 25 noviembre, 1312/2011 de 12 diciembre y 285/2014 de 8 abril) en el sentido de que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que puede estimarse destinada, exclusivamente, al consumo propio y de la que pueda considerarse destinada a distribución a terceros, fijan unas pautas o baremos basados en el cálculo de consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del mínimo de días de posesión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y en los datos facilitados por organismos declarados al estudio del fenómeno de la droga-así el Instituto Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.10.01 ... aun cuando **tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal**, sin impedir por tanto que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las SSTS. 492/99 de 26.3, 2371/2001 de 5.12, 900/2003 de 17.6, declara que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, **es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico**. No cabe, consecuentemente, considerar que la detentación de una determinada cantidad de sustancia tóxica, **evidencia, sin más su destino al tráfico**, 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. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS. 1262/2000 de 14.7 : "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....".

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad **una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades**, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo.

CUARTO.- Establecidos los anteriores criterios interpretativos, que, en gran medida, ya eran expuestos por la sentencia impugnada, hemos de valor las dos únicas circunstancias claves tenidas en cuenta por la sentencia impugnada, la cantidad de marihuana intervenida y por otro, la condición de consumidor habitual y patrón de consumo. A diferencia de lo establecido en la sentencia impugnada, creemos que al cantidad de 340 gramos de marihuana no excede de la cantidad que conforme a las referidas tablas y pautas valorativas puede considerarse que entra dentro del concepto de autoconsumo,

La sentencia toma como patrón comparativo el consumo de hachís en lugar del de la marihuana, que, como bien expone el recurso y se refleja tanto en el cuadro anexo al repetido Acuerdo No Jurisdiccional del TS del año 2001, como en numerosas sentencias de la denominada jurisprudencia menor, es cuatro veces superior en el caso de la marihuana. Es decir si el acopio habitual de hachís se ha estimado en 50, 100 e incluso en 150 gramos, el de marihuana debe situarse en torno a los 200, 400 o incluso 600 gramos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 470/2017 sección 2 del 08 de noviembre de 2017 (ROJ: SAP CO 1437/2017 - ECLI:ES:APCO:2017:1437) con referencia algún precedente antiguo de esa misma Audiencia, de 15 de marzo de 2006, sitúa incluso en 650 gramos el límite para entender la sustancia destinada al autoconsumo y nos recuerda que "[E]l T.S. en sentencia de 12-1-2000 hace referencia a la doctrina jurisprudencial que considera destinados a la transmisión a la comunidad los importes de hachís que excedan de los 50 gramos - SS. 4-5-90 , 8-11-91 , 12-12-94 , 20-1 , 3 y 17-10 , 8-11-95 , y 18-1 , 12-2-96 , o de los 100 gramos -S. 20-6-97 - o de los 130 gramos (SS. 12-11-86 , 8-10-87 , 20-3-90 y 9-2-96).- En el presente caso no se trata de hachís sino de grifa o marihuana, y en este punto, para determinar si hay o no importancia notoria, también el T.S. -S. 6-6-2000- vino a decir que una consolidada doctrina jurisprudencial, de la que son exponentes, entre otras, las sentencias de 11-10 y 1-3-96 , 13-2, 3-3, 23-6 y 12- 9-97, estima que, para la apreciación de la agravante específica de notoria importancia en la sustancia derivada del "Cannabis sativa", ha de atenerse a la modalidad de la droga de que se trate, cifrándose aproximadamente en cinco kilos de grifa o marihuana, un kilo de hachís y 200 gramos para el aceite de hachís, topes éstos que han sufrido elevación tras el último pleno del T.S. de 2001; ello significa que la marihuana o griffa se considera sustancia que tiene una concentración del principio activo cinco veces menor que el hachís, y esta proporción también debe ser tenida en cuenta como destinada al consumo, y si, como se dice, se ha venido considerando que hasta 130 gramos de hachís puede tener la indicada finalidad, no hay razón para negarla en la tenencia de cinco veces más de griffa o marihuana si el principio activo de esta es precisamente cinco veces inferior al del hachís.”

Efectivamente la mencionada sentencia del Tribunal Supremo del 09 de febrero de 1996 (ROJ: STS 778/1996 - ECLI:ES:TS:1996:778) recuerda que la cantidad estimada normal o adecuada para el consumo propio se cifra en el entorno de los 100 a 150 grs de hachís. Si la marihuana debe considerarse cuatro veces más, tendremos que cantidades por debajo de los 600 gramos no son suficientemente indicativas de inferencia al tráfico.

En relación a la condición de consumidor dice la sentencia que solo se ha acreditado la condición de consumidor, a partir del informe del SAJIAD pero no ha podido determinar el grado de afectación o la existencia de un patrón de dependencia. Lo que obvia es que se trata de hachís cuyo patrón de consumo habitual no necesariamente provoca cuadros de afectación y dependencia física o psíquica como otras sustancias que si causan grave daño a la salud. Que se trata de una persona de edad avanzada, con más de 40 años, cuyos hábitos de adquisición y acopio difieren, con capacidad económica, y que obran otras pruebas documentales y testifical que abonan su condición de consumidor habitual de marihuana.

Articular la sentencia condenatoria a partir, exclusivamente, del dato de la cantidad de droga recogida como peso neto de sustancia vegetal en el informe de sanidad, es, por las razones expuestas, insuficiente. El tránsito del autoconsumo impune a la conducta típicamente antijurídica se produce a través de la vocación al tráfico de las sustancias intervenidas, inferencia que ha de apoyarse individualizadamente en las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. De la valoración conjunta de ambos datos, enmarcados con el resto de circunstancias personales y de la aprehensión antes examinadas, a la luz de los criterios jurisprudenciales expuestos, se comprenderá que en el caso analizado el simple dato de la cantidad de droga poseída no permite inferir, más allá de toda duda racional, el destino al tráfico, lo que obliga a revocar la sentencia impugnada, absolviendo al acusado del delito contra la salud pública del que venía siendo acusado.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el art 240.1º de la LECrim., procede declarar de oficio las costas de esta alzada

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de
contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2019 dictada en Juicio Oral núm. 67/2018 del Juzgado de lo Penal núm. 25 de Madrid, correspondiente al Procedimiento Abreviado núm. 871/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Collado Villalba, debemos revocar y **REVOCAMOS** dicha resolución, y en su lugar **ABSOLVEMOS** al acusado del delito contra la salud pública del que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas ambas instancias.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia, a los fines procedentes.

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

PUBLICACION. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia a _____
Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.