



Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, Sentencia de 9 Dic. 2004, rec. 59/2003

Ponente: Vidal Marsal, Santiago.

Nº de Sentencia: 1173/2004

Nº de Recurso: 59/2003

Jurisdicción: PENAL

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. Sustancias nocivas para la salud o que puedan causar estragos. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. Presunción de inocencia. En el ámbito penal. Supuestos de violación de la presunción de inocencia. TRÁFICO DE DROGAS. Autoconsumo. Consumo compartido.

Normativa aplicada

TEXTO

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sección Décima Penal

Procedimiento Abreviado nº 59/03-C

Diligencias previas nº 423/03

Juzgado de Instrucción nº 5 de Sant Feliu de Llobregat

SENTENCIA Nº

Ilmos. Sres.:

D. Jose Maria PIJUAN CANADELL

D. Santiago VIDAL MARSAL

D. Daniel de ALFONSO LASO

VISTA en juicio oral y público ante la Sección 10ª de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la

presente causa tramitada por los cauces de Procedimiento Abreviado nº 59/03, por presunto delito

contra la salud pública por tráfico de estupefacientes, seguido contra los acusados Ana María , mayor de edad, con DNI NUM000 , nacida el día 8 de mayo de 1.984 en



Albacete, hija de Rosa y Francisco, sin antecedentes penales, solvente, en situación de libertad provisional por la presente causa, defendida por la letrada Sra. Espinosa Montoya y representada por el Procurador de tribunales Sr. Jordi Pich; contra el acusado Francisco , mayor de edad, con DNI NUM001 , nacido el día 6 de enero de 1.976 en Barcelona, hijo de Rosa y Antonio, sin antecedentes penales, en libertad provisional, solvente, defendido por el letrado Sr. Francisco Prieto y representado por la procuradora Sra. Silvia Martín; y contra el acusado Jose Carlos , mayor de edad, con DNI NUM002 , nacido el 27 de agosto de 1.983 en Barcelona, hijo de Manuel y Carmen, sin antecedentes penales, en libertad provisional, solvente, defendido por el letrado Sr. Joseph Piqué y representado por la procuradora Sra. Joana Menen. Ha comparecido el Ministerio Fiscal ejerciendo la acusación pública. Ha sido designado magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago VIDAL MARSAL, quien expresa la decisión del Tribunal.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- El presente procedimiento se incoó en fecha 16 de junio de 2.002 ante el juzgado de instrucción nº 5 de los de Sant Feliu LL., en virtud de denuncia presentada por atestado nº 674 de la comandancia de la Guardia Civil de St. Andreu de la Barca.

SEGUNDO.- Tramitadas las diligencias previas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y su autor, tras la práctica de la investigación que se consideró oportuna por el juez instructor, el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación en fecha 29.3.03, imputando a los tres acusados un delito contra la salud pública del art. 368 CP/95, al tiempo que solicitaba la apertura del juicio oral ante esta Audiencia. Mediante auto de la misma fecha se acordó haber lugar al mismo y se emplazó a las defensas de los acusados para que formalizaran el preceptivo escrito de conclusiones provisionales, trámite que consta evacuado en tiempo y forma. Por resolución de 25 de septiembre se remitió la causa a este tribunal, al ser el competente para su enjuiciamiento.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, en fecha 8.3.04 se dictó auto de admisión de pruebas y designa de magistrado ponente, convocando a todas las partes para la vista oral a celebrar el pasado 28 de septiembre, acto que hubo de ser suspendido por incomparecencia de varios testigos.

CUARTO.- Señalado nuevamente para el pasado 1 de diciembre, han comparecido todas las partes y se han practicado las pruebas en su día declaradas pertinentes, a saber, interrogatorio de los acusados, testifical, pericial y documental. Tras todo ello, el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto y penado en el art. 368 CP, concurriendo la atenuante de drogadicción del art. 21.1 en el coacusado Jose



Carlos , y sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los demás acusados, por lo que interesó se les imponga: A) A Jose Carlos la pena de 3 años y 1 día de prisión con su accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y multa de 966 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 90 días en caso de impago, y costas, así como el decomiso y destrucción definitiva de la sustancia estupefaciente intervenida. Para Ana María y Francisco interesó condena de 4 años de prisión y multa con idéntica responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, accesorias legales y costas.

La Defensa del acusado Jose Carlos mostró su conformidad con dicha acusación pública modificada, ratificándose en ella el propio afectado. Las restantes defensas solicitaron la absolución de sus respectivos representados con todos los pronunciamientos favorables, elevando sus conclusiones provisionales a definitivas.

QUINTO.- En la tramitación de la causa y celebración del presente juicio se han observado las prescripciones legales exigidas por la vigente ley de enjuiciamiento criminal.

HECHOS PROBADOS

1º) .- Se declara expresamente probado que: sobre las 02 horas de la madrugada del 16 de junio de 2.002, el acusado Francisco , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, conducía el vehículo de su propiedad marca Volkswagen Golf matricula F-....-FX por la Avda. Montmany de la localidad de Corbera de Llobregat, cerca de la discoteca "La Cova", cuando le fue dado el alto por una patrulla de la Guardia Civil que efectuaba tareas de vigilancia preventiva aleatoria en aquella zona. En el interior del turismo viajaban su novia Ana María (en el asiento delantero derecho) y el acusado Jose Carlos (en el asiento posterior), ambos mayores de edad y sin antecedentes penales.

Como quiera que los Agentes observaron unos movimientos bruscos y sospechosos en este último pasajero, consistentes en agacharse como si quisiera ocultar algo, ordenaron a todos los ocupantes del vehículo que salieran al exterior a fin de llevar a cabo un registro. Al efectuar la inspección ocular, hallaron debajo del asiento del conductor una báscula plana de precisión, marca Tanita 1479, y en el citado asiento posterior una bandeja de metacrilato con restos de sustancia marrón. A la vista de ello, requirieron a los tres ocupantes del turismo que les exhibieran todo cuanto llevaban encima , entregando Jose Carlos una cartera de mano en la que portaba 12 bolsitas cuyo contenido - posteriormente analizado- resultó ser cocaína, con un peso neto total de 478 grs, sustancia estupefaciente que portaba para vender a terceras personas. El precio del gramo de dicha droga en el mercado ilícito es de 65 euros. No consta fehacientemente acreditado que los otros dos acusados hubieran intervenido material o económicamente en la compra de dicha sustancia, ni que conocieran su tenencia por parte de Jose Carlos , ni que hubieran acordado previamente con él participar en la ulterior venta a terceros.

2º) .- El acusado Jose Carlos era en aquella fecha consumidor abusivo de cocaína por vía nasal. No presenta esclerosis venosa ni signos de venopunción por vía ADVP. En el momento de ocurrir los hechos enjuiciados, tenía plenamente conservadas sus facultades cognitivas pero



moderadamente reducidas las volitivas en aquellos actos preordenados a obtener dinero con el que financiar su drogadicción. No padece ninguna psicopatología mental enajenante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos relatados son legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias que causan grave daño, previsto y penado en el art. 368 del Código Penal. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido considerando la compraventa ilícita de drogas tóxicas o estupefacientes como un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada, según recoge la STS de 29.05.00, lo que significa que la simple tenencia preordenada al tráfico con terceros ya cumple todos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal. Dicha punibilidad se fundamenta en el grave peligro objetivo para la salud humana que comporta cualquiera de los diversos actos de cultivo, elaboración, transporte, donación o venta que engloba la norma, siguiendo con ello las recomendaciones de la Convención de NNUU de 19.12.88, ratificada por España mediante el Instrumento de adhesión firmado el 30 de julio de 1.990.

De ahí, que queden comprendidas en dicha infracción penal todas las conductas de favorecimiento, promoción, donación o compraventa a terceros, y exceptuados únicamente los supuestos de autoconsumo personal del poseedor o incluso consumo compartido entre sujetos adictos, siempre y cuando no medie precio. Así lo han venido reconociendo las STS de 26.3.93 y 25.9.95. Habitualmente, el tránsito de la tenencia para autoconsumo impune a la conducta de tráfico típicamente antijurídica debe deducirse de distintos elementos de inferencia, como son la cantidad total poseída, su distribución en múltiples dosis ya preparadas para la venta, el lugar o modo de almacenamiento, las circunstancias económicas concurrentes sobre los medios de vida de los poseedores, e incluso los datos externos conductuales que revelen la potencial vocación de tráfico a terceros, ánimo tendencial subjetivo que debe aparecer como inequívoco y por ello merecedor de reproche penal. Cuando además de todo lo anterior se goza de pruebas testificales de cargo directas relativas a la transmisión a terceros o al transporte, sea o no mediante contraprestación económica, el principio constitucional de presunción de inocencia derivado del art. 24.1 CE, e incluso el subsidiario "in dubio pro reo" quedan debidamente destruidos, como acto seguido se analizará al examinar la autoría en el delito imputado.

La tesis inicial acerca de la atipicidad de la conducta que alegaba la defensa del poseedor de la citada sustancia estupefaciente (posteriormente retirada a la vista de la confesión en juicio del mismo afectado) por tratarse de consumo compartido entre adictos y sin mediar precio no puede ser en modo alguno atendida. Debemos recordar, que son continuas las llamadas de atención de la jurisprudencia acerca de compatibilizar la exigencia del principio de legalidad con la amplitud descriptiva del art. 368 del Código penal, siendo ineludible la inclusión en su ámbito de todas las conductas de donación o transporte, puesto que se engloban en el concepto "actos de favorecimiento" que expresa literalmente la norma. La STS de 28.6.91 ya matizó que el precio no es una condición esencial de la lesión al bien jurídico protegido ni del reproche penal de la conducta, por más que sea un elemento habitual en la transacción. Y ello es así, por cuanto que tomando como referencia que el bien tutelado es la salud pública -de ahí el carácter de delitos abstractos- debe adicionarse el



elemento subjetivo del injusto propio de todo delito de tendencia, como es el propósito y voluntad del autor de promover, facilitar o favorecer por cualquier medio el consumo ilegal de drogas tóxicas.

Es en tal contexto que la más reciente doctrina de nuestro Tribunal Supremo, entre otras las STS de 21.2.99 y 24.4.00, nos matiza que hay algunas conductas concretas que no se corresponden con una efectiva lesión al bien jurídico protegido, como son la congregación de consumidores habituales para la toma conjunta y puntual de la droga que entre ellos mismos se han sufragado. Se trata de supuestos especiales en los que la ausencia de riesgo para terceros ajenos al grupo es evidente, y para ello exige que se cumplan los siguientes requisitos: A) que conste indubitadamente acreditado que todos y cada uno de los consumidores agrupados son adictos. B) que el consumo compartido se realice en lugar cerrado y sin presencia de terceros. C) que la cantidad a consumir sea poca y proporcional al número de consumidores. D) Que la ingesta sea inmediata y no dilatada en el tiempo, pues ello ayuda a reducir el riesgo expansivo a eventuales desconocidos que aparezcan por el lugar.

Pues bien, aún cuando en su primera declaración tanto ante el juez instructor como en el juicio oral el acusado Jose Carlos sostuvo que la droga intervenida en su poder la habían comprado entre los tres ocupantes del turismo, y que su único destino era consumirla en la discoteca "La Cova" a la que se dirigían, la persistente negativa de los demás implicados a aceptar dicha versión autoexculpatoria le ha llevado a acabar reconociendo que, efectivamente, él fue el único en ejecutar la acción inicial de compra y en planificar la ulterior venta "al por menor", razón por la que la llevaba ya distribuida en varias dosis de medio gramo cada una, si bien sigue insistiendo en que los otros dos acusados conocían dicho porte e incluso en que iban a consumir parte de la droga, para lo cual habían aportado dinero.

Centrándonos pues -por ahora- en la conducta concreta de este primer acusado, del relato de hechos probados resulta evidente que no se dan ninguno de los requisitos que exige la citada jurisprudencia para hacer una interpretación excepcional "in favor reo" del art. 368 CP/95, ya que ni ha identificado nominalmente a los hipotéticos demás consumidores, ni la tenencia y transporte se realizó en lugar cerrado sin presencia de terceros, antes al contrario, el acusado admite que iba a una fiesta multitudinaria en la citada discoteca, donde es obvio que habría jóvenes ajenos a dicho hipotético autoconsumo, lo que significa en sí mismo una inequívoca vulneración de la norma. Ni se comprende el porqué portaba consigo una balanza de precisión para pesar cada dosis si no pretendía solicitar precio al comprador.

SEGUNDO.- Del anterior delito es responsable en concepto de autor el acusado Jose Carlos , conforme a lo previsto en el art. 28 del Código Penal. Su participación culpable en el mismo no ofrece la más mínima duda razonable al tribunal a la vista no solo de su confesión final en el juicio oral, con aceptación expresa de la imputación que formalizaba contra él el Ministerio Público, sino también vistas las pruebas testificales, periciales y documentales que acto seguido se analizarán y razonarán. En primer lugar, necesario es recordar que el acusado ha reconocido ser el poseedor de las 12 bolsitas de cocaína que llevaba escondidas en la bolsa de mano, de medio gramo cada una. Si bien niega que la báscula fuera suya, pues atribuye la propiedad al conductor del vehículo Francisco , dicha versión carece del más mínimo soporte probatorio y solo puede aceptarse en clave autoexculpatoria, pues resulta extraño que en tal caso los restos de la droga hubieran sido hallados por la patrulla policial en la plantilla de metacrilato ubicada en la parte posterior del coche, es decir, en el lugar que solo él



ocupaba. No debemos olvidar además que la báscula estaba precisamente debajo del asiento delantero, donde podía haberla dejado (este fue el movimiento evasivo que detectaron los Agentes) desde el asiento posterior.

En segundo lugar, hemos gozado de la testifical de cargo relativa a las declaraciones de los funcionarios policiales que presenciaron dicho movimiento sospechoso, y que por ello decidieron detener el turismo, quienes nos confirman que el único portador de la sustancia estupefaciente era el pasajero ocupante del asiento posterior. No concurren razones espúreas que permitan inferir algún ánimo de incredibilidad subjetiva en tales Agentes policiales, ya que ni conocían al acusado con anterioridad ni tenían motivos de enemistad para perjudicarlo. Se limitaron a cumplir con su deber de identificar y detener a quien está cometiendo un delito "in fraganti", como ordena el art. 492 en relación con el 490.2 de la Lecrim.

Por último, la prueba pericial del laboratorio de Toxicología acerca del contenido de las bolsitas de cocaína, obrante al folio 42, debidamente ratificada por los autores del informe, y reproducida en el plenario mediante la remisión a la documental no impugnada, pone de manifiesto lo acertado de la apreciación visual de los funcionarios policiales intervinientes, convirtiéndose en prueba de cargo suficiente para destruir el principio constitucional de presunción de inocencia, como nos recuerdan las STS de 27.2.97 y 16.6.99.

En resumen pues, nos hallamos ante un número plural de pruebas de cargo, obtenidas con todas las garantías legales en el juicio oral, celebrado con estricto respeto de los principios de oralidad, contradicción entre acusación y defensa, e inmediación del tribunal sentenciador, cumpliéndose así todas las prevenciones que exigen las STC 137/88, de 7 de julio, y 153/97, de 29 de septiembre.

TERCERO.- Valoración distinta merece al tribunal el examen conjunto de las pruebas en orden a la hipotética coparticipación en el citado delito contra la salud pública de los coacusados Ana María y Francisco, lo que nos llevará a emitir un veredicto absolutorio por falta de pruebas de cargo suficientes para poder declarar probado -sin dudas razonables- que no solo eran conocedores del transporte de la droga por parte de Jose Carlos sino que incluso habían pactado previamente con él la adquisición de la misma para su ulterior reventa a terceros.

En efecto, en aplicación de la doctrina "in dubio pro reo", reiterada por nuestra jurisprudencia en las STC 13/87, 55/88, 14/91 y STS de 3.10.97, 27.10.99 y 3.3.00, siempre que existan dudas sobre la participación o no de alguno de los coacusados en el hecho nuclear del tipo penal (compra predestinada al tráfico), deberá optarse por la libre absolución. Necesario es recordar en este punto, que a toda persona acusada de la comisión de un hecho ilícito, se la presume inocente hasta que las pruebas en contrario presentadas en juicio oral ante el tribunal competente, demuestran de forma irrefutable su culpabilidad. Dicho principio constitucional -art. 24.1 CE- debe guiar siempre el análisis valorativo a efectuar por los órganos jurisdiccionales, pues comporta a su vez la carga ineluctable de la prueba sobre quien imputa tales hechos delictivos. Solo cuando se ponga a disposición del tribunal una o varias pruebas de cargo inequívocamente incriminatorias y plenamente fiables, podremos considerar desvirtuado el principio de presunción de inocencia, como nos recuerdan las STC 114/89 de 22 de junio y 49/96 de 26 de marzo. En el caso de autos tal conjunto probatorio no concurre, pues solo tenemos indicios aislados que en sí mismos nada nos permiten concluir más allá de meras hipótesis.



El indicio esencial sobre el que fundamenta su petición de condena el Ministerio Fiscal, a saber, la declaración incriminatoria del coacusado Jose Carlos , no merece plena credibilidad, pues ni es persistente en el tiempo (ha cambiado dos veces de versión) ni inicialmente era autoincriminatoria. En su primera declaración habla de que el dinero que permitió la adquisición de toda la partida de droga lo puso él, si bien los demás estaban de acuerdo en repartir posteriormente el coste. Más tarde, sin embargo, matiza que antes de bajar del coche para comprarla en la Zona Franca (mientras Ana María y Francisco permanecían en el vehículo) ya le habían dado el dinero, y que al regresar, los tres pesaron la droga en la balanza de precisión. En el juicio oral, primero se desdice - en continuas contradicciones- de todo ello y afirma que en realidad la querían para consumir los tres, no para venderla, para más tarde admitir que la droga era solo suya y que estaba predestinada a terceros a cambio de precio. En suma, una coimputación oscilante que en nada ayuda a descubrir cual fue la real intervención en el "iter criminis" de los otros dos coacusados.

En segundo lugar, la Sala debe tener en cuenta que tanto Francisco como Ana María han negado desde un principio (ante la policía y ante el juez de instrucción) que ni tan siquiera supieran que Jose Carlos llevaba droga alguna encima, aclarando en el plenario que la báscula la debió colocar él debajo del asiento del conductor, desde la parte trasera. En este punto, constatamos que mientras en el atestado uno de los Agentes (folio 2) hace constar que la báscula fue hallada debajo del asiento del copiloto, el otro matiza (folio 6) que estaba debajo del asiento del conductor. En el juicio oral, dado el tiempo transcurrido han precisado que no pueden afirmar con plena seguridad ni una ni otra tesis, lo que introduce en el tribunal la duda razonable de quien -aún aceptando la hipótesis de que no fuera Jose Carlos quien escondió la báscula portátil- ejecutó la acción ocultativa de la pieza de convicción, si Ana María o Francisco .

Por último, la prueba documental aportada por ambos coacusados acredita que en la fecha de los hechos tenían ingresos salariales propios suficientes para no tener que vender "al por menor" la sustancia intervenida, procedentes de su trabajo por cuenta ajena, al tiempo que consta nunca han sido consumidores de droga, lo que añade una duda razonable más a su hipotética coparticipación en el delito, por ausencia de móvil alguno que lo haga explicable.

CUARTO.- Concorre en el acusado Jose Carlos la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante simple de drogadicción, aceptada tanto por el Ministerio Fiscal como por la defensa, en sede del art. 21.6 en relación con el 21.2 del Código Penal. Preciso es reseñar en este punto, que tanto la prueba pericial forense sobre dicho extremo como la documental del IES acreditan que el acusado era persona adicta al consumo de drogas por vía nasal, y que se ha sometido ya voluntariamente al preceptivo tratamiento terapéutico de deshabitación, con resultados hasta ahora satisfactorios.

En este contexto, habrá de apreciarse la atenuante simple del art. 21.2 en relación con el 20.2 conforme a la doctrina sentada por las STS 766/95 de 9 de junio, la STS de 23.6.99 y la STS 17.1.01, pues la disminución de la imputabilidad se produce cuando el acto delictivo se consuma bien bajo supuestos de ansiedad extrema provocada por el síndrome de abstinencia, o bien cuando la drogodependencia genérica se asocia a la afectación de la capacidad volitiva . Será por consiguiente de aplicación el art. 66.2 CP/95 y se impondrá la pena dentro de los límites de la mitad inferior de la prevista en el art. 368, como acertadamente y de forma ponderada han solicitado tanto la acusación pública como la defensa.



QUINTO.- A tenor del art. 109 y sgts del Código penal, todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente. No existiendo en este caso daños ni perjuicios a terceros, debe obviarse cualquier pronunciamiento en este ámbito civil.

SEXTO.- La responsabilidad criminal comporta la condena en costas del culpable y la exoneración de aquellos a quienes se absuelve, por imperativo legal de lo dispuesto en los arts. 123 del CP/95 y 240 de la Lecrim.

SÉPTIMO.- Por imperativo legal del art. 127 en relación con el 374 del Código Penal, deberá decretarse el decomiso definitivo de la sustancia estupefaciente intervenida y su ulterior destrucción.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S

Que debemos condenar y condenamos al acusado Jose Carlos como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes que causan grave daño, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de drogadicción, y le imponemos la pena de 03 AÑOS y 1 DÍA DE PRISIÓN Y MULTA de 966 euros, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y 90 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al abono de 1/3 de las costas procesales devengadas.

Decretamos el decomiso definitivo de las sustancias estupefacientes intervenidas, y demás efectos procedentes del delito incautados, a los cuales se dará el destino legal.

Debemos absolver y absolvemos a los coacusados Ana María y Francisco , de toda responsabilidad criminal derivada del anterior delito del que asimismo venían acusados, por falta de pruebas de cargo suficientes sobre su efectiva coparticipación , con declaración de oficio de las 2/3avas partes de las costas.

Notifíquese la presente Sentencia a todas las partes procesales comparecidas, con expresión de que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley y/o por quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días, a anunciar ante esta Sala y para su substanciación ante el Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.

PUBLICACION.-

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo., Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública celebrada el día de la fecha. Doy fe.