



Roj: **SAP VI 401/2017 - ECLI: ES:APVI:2017:401**

Id Cendoj: **01059370022017100153**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **31/05/2017**

Nº de Recurso: **32/2017**

Nº de Resolución: **174/2017**

Procedimiento: **Rollo apelación abreviado**

Ponente: **JESUS ALFONSO PONCELA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN SEGUNDA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. BIGARREN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18 2ª planta - CP/PK: 01008

Tel.: 945-004821 Faxe: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.1-13/023840

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2013/0023840

RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación abreviado / Prozedura laburtuko apelazioko erroilua 32/2017- - G

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 8/2016

UPAD Penal - Juzgado de lo Penal nº 2 de Vitoria-Gasteiz / Zigor-arloko ZULUP - Gasteizko Zigor-arloko 2 zenbakiko Epaitegia

Atestado nº/ Atestatu-zk.:

D/ NUM000 - A/ NUM001

Apelante/Apelatzailea: Jenaro

Abogado/a / Abokatua: MARTA ALDANONDO MARTINEZ

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA PILAR ELORZA BARRERA

Apelado/a / Apelatua: MINISTERIO FISCAL -

Apelado/a / Apelatua: IBERDROLA DE DISTRIBUCION ELECTRICA S.A.U.

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA MERCEDES BOTAS ARMENTIA

APELACION PENAL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los lltmos. Sres. D. D. Jesús Alfonso Poncela García, Presidente, Dª. Elena Cabero Montero y D. Raúl Aztiria Sánchez Magistrados, se ha dictado el día 31 de mayo de 2017.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 174/2017

En el recurso de apelación penal Rollo de Sala nº 32/2017, Autos de Procedimiento Abreviado nº 8/2016, procedente del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vitoria- Gasteiz, seguido por un delito contra la salud pública y un delito de defraudación de fluido eléctrico, promovido por D. Jenaro , representado por la procuradora Sra.



María Pilar Elorza Barrera y bajo dirección letrada de D^a Marta Aldanondo Martínez frente a la sentencia nº 38/2017 dictada en fecha 6 de febrero de 2017 . Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús Alfonso Poncela García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de lo Penal nº 2 de esta ciudad, sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que **debo CONDENAR Y CONDENO** a D. Jenaro como autor responsable de:*

1. un delito contra la salud pública (en relación a sustancias que no causan grave daño a la salud) , concurriendo la agravante de reincidencia, a las penas de 2 años y 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 9.000 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 10 meses de privación de libertad;

2. un delito de defraudación de fluido eléctrico a la pena de 9 meses de multa a razón de una cuota diaria de 8 euros (2.160 euros en total), con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago y previa acreditación de su insolvencia;

3. debiendo abonar una tercera parte de las costas procesales causadas.

*Que **debo ABSOLVER Y ABSUELVO** a D. Sabino y D^{ña}. Fátima de los delitos contra la salud pública y de defraudación de fluido eléctrico de los que eran acusados y que han sido objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento. Declarándose de oficio dos terceras partes de las costas procesales causadas.*

En concepto de responsabilidad civil el condenado D. Jenaro deberá indemnizar a IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U. en la cantidad de 12.954,23 euros; siendo de aplicación los intereses del artículo 576 de la LEC .

Se acuerda el decomiso de la sustancia estupefaciente incautada, así como la destrucción de la misma; y el decomiso de los efectos, elementos y objetos que fueron ocupados o incautados a los que se dará el destino legalmente previsto."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de D. Jenaro alegando los motivos que se examinarán en los fundamentos siguientes, recurso que se tuvo por formalizado mediante providencia de fecha 01/03/2017, dando traslado a las partes por diez días para alegaciones. El Ministerio Fiscal emitió informe en fecha 06/03/2017 con el resultado que hay que ver en las actuaciones y por la procuradora Sra. Mercedes Botas Armentia, en nombre y representación de Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U se presentó escrito impugnando el recurso interpuesto; elevándose seguidamente los autos a esta Audiencia, previo cumplimiento de los trámites legalmente previstos.

TERCERO.- Recibida la causa en la Secretaría de esta Sala, en fecha 29/03/2017 se formó Rollo registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Magistrado D. Jesús Alfonso Poncela García. Por providencia de 31/01/2017 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 29 de mayo de 2017.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La defensa del acusado condenado impugna la sentencia condenatoria recaída en la instancia que le sanciona por la comisión de un delito contra la salud pública y otro de defraudación de fluido eléctrico, y comienza su recurso reiterando el alegato formulado ante el Juzgado como cuestión previa, referido a la nulidad de la diligencia de entrada y registro por vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y de inviolabilidad del domicilio.

La solución de la cuestión debatida depende de la valoración de pruebas personales, cuales son las declaraciones testificales de los agentes de la Policía Autonómica Vasca que intervinieron en el operativo policial, ya que debe dilucidarse si, cuando éstos penetraron inicialmente en el inmueble y descubrieron la plantación de marihuana, eran conscientes de que allí tenía radicado su domicilio el acusado. Si la respuesta es afirmativa, de nada vale la autorización judicial posterior, puesto que se fundamentaría en un conocimiento obtenido mediante una previa infracción de los mencionados derechos fundamentales.

Anticipamos que la respuesta del Tribunal es negativa, compartiendo la convicción del juzgador de instancia.



Para empezar, los agentes nada ocultaron a la Instructora en funciones de guardia que concedió la autorización, pues le informaron en su solicitud inicial de entrada de las circunstancias del hallazgo con sus incidencias. Esto es, no parece que trataran de esconder o maquillar una actuación ilícita.

Ciertamente, el inmueble no es una vivienda, sino una lonja o almacén, antiguo establecimiento de una empresa, por lo que no cabía presumir que allí radicara la residencia de una persona. La defensa alega que los policías debían saberlo, habida cuenta de que en los días previos habían efectuado seguimientos y la vigilancia del lugar. Sin embargo, no constan más vigilancia que las efectuadas en tres días durante lo que parecen unas pocas horas (exposición policial a los folios 17 a 21) y de esa actividad policial no cabe presumir que necesariamente hubieron de darse cuenta de que en el inmueble vivía alguien. De hecho, lo niegan los agentes, y el tránsito de personas en esas horas bien pudo ser irrelevante para obtener tal convencimiento.

Dice también el recurrente que, en la entrada inicial anterior a la autorización judicial, tuvieron que pasar por la zona destinada a habitación para llegar y descubrir la plantación ilegal, pero no obra en las actuaciones prueba objetiva y plena de que sea así, de que el acceso al piso donde estaba la plantación pasa por la zona destinada a vivienda; no hay fotografías del inmueble o un plano de la distribución de estancias y dependemos de la credibilidad de los testimonios depuestos.

Aduce la defensa que los agentes testigos incurrieron en incoherencias internas y en contradicciones entre ellos, pero, a pesar de que se esfuerza en señalarlas, no se extrae de ello una demostración objetiva de mendacidad sobre este extremo, pues destaca ciertas manifestaciones para hacer una valoración subjetiva y parcial. Algunas imprecisiones y ambigüedades en estos testimonios inculpativos hallan razonable explicación en los más de tres años que mediaron entre la intervención policial y la celebración del juicio oral y por ello no cabe restarles credibilidad en lo sustancial.

En la jurisdicción penal, los agentes de la autoridad no gozan de una presunción de veracidad, pero tampoco han de ver entorpecida su labor con sospechas de ilicitud a la menor incidencia extraña.

Poco importa si los dos detenidos y coacusados absueltos les franquearon el paso al edificio o les autorizaron a entrar, porque los almacenes no están protegidos por el artículo 18.1 y 2 de la Constitución y los policías no necesitaban del asentimiento de los detenidos para entrar al local.

Alega el apelante que, si éstos informaron a los agentes de que allí tenía su sede una sociedad de amigos, no podían penetrar lícitamente, porque también las personas jurídicas son titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio; a lo que puede responderse que una sociedad de amigos, sin más detalle, no es una persona jurídica ni de tal información cabe presumir que la agrupación tenga personalidad jurídica.

En definitiva, cuando los policías accedieron al inmueble no tenían constancia cabal de que hubiera un titular del lugar con derechos tutelables y afectados por su intervención. Cuando lo descubrieron, ya habían visto la plantación ilegal y no registraron nada, limitándose a precintar el inmueble y esperar la autorización judicial.

Consecuentemente, hacemos propias las consideraciones del Magistrado y rechazamos este motivo de recurso.

SEGUNDO.- Entrando a conocer de los argumentos impugnadores sobre el fondo sustantivo referido al delito contra la salud pública, todos ellos encuentran fundamento en la tesis de que la plantación de marihuana no era del acusado, sino de la Asociación de Usuarios de Cannabis Gushi, por lo que no concurría el elemento subjetivo del tipo penal de predestinación al tráfico. Sobre esta base, se alega la doctrina de la atipicidad por "consumo compartido" (vigente al momento de los hechos en relación a las asociaciones cannábicas) y el error de prohibición invencible.

Es un hecho incontrovertido que el acusado residía donde se encontraba la plantación y que se ocupaba de cultivarla, como lo es que la cantidad de plantas y de cannabis resultante excede con mucho el acopio medio para el autoconsumo de una persona. A partir de aquí, si el acusado sostiene que la plantación no era suya, sino de una agrupación de personas y estaba destinada al consumo de las mismas, deberá probarlo.

En efecto, la atipicidad por consumo compartido es de aplicación excepcional (vid. S.TS. nº 2023/2002, de 4 de diciembre) y la situación debe quedar rigurosamente acreditada (S.TS. nº 234/2006, de 2 de marzo), prueba que le corresponde al acusado (S.TS. nº 680/2006, de 23 de junio), una vez que la parte acusadora ha conseguido probar el elemento objetivo del tipo penal e indicios suficientes de la concurrencia del elemento subjetivo (en este caso, la cantidad de droga).

Es el que afirma un hecho el que está obligado a acreditarlo y el juzgador de instancia declara y razona que la mencionada versión del acusado "no aparece corroborada o avalada por ningún elemento probatorio" (fundamento jurídico tercero). Frente a ello, el recurrente no destaca ante el Tribunal alguna prueba de descargo que se le haya pasado por alto a aquél, o alguna que, considerándola, haya valorado erróneamente,



sino que se limita a combatir el análisis judicial de los elementos probatorios que, a mayor abundamiento, señala el Magistrado para desmentir la versión del acusado. En un meritorio esfuerzo argumentativo, el juzgador no se detiene en constatar la ausencia de pruebas acerca de una titularidad compartida de la plantación y de un destino de las plantas igualmente compartido entre unos plurales titulares, sino que da el cierre a la tesis exculpatoria apuntando los indicios que la contradicen. Limitar los argumentos de la apelación a combatir estos indicios resulta ineficaz, porque persiste carente de prueba el hecho fundamento de la tesis exculpatoria. Aunque admitiéramos como prueba para la segunda instancia los documentos que adjunta a su recurso (ajenos, por otro lado, a los tasados supuestos previstos en el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), seguiría sin prueba alguna que la mencionada Asociación cannabica permanecía activa en 2013 y que tuviera algo que ver con la plantación hallada en el domicilio del acusado.

Así pues, ningún hecho probado sostiene la atipicidad del acto enjuiciado y tampoco el error de prohibición.

TERCERO.- Respecto del delito de defraudación de fluido eléctrico, dice la defensa que no concurre "un ánimo doloso, de tener la voluntad de proceder a llevar a cabo el fraude" (alegación cuarta del recurso), alegato que sostiene en que "su precaria situación económica en el momento de los hechos propició el que "hiciera la vista gorda" y habitara la vivienda sin proceder a solucionar el problema de suministro de fluido eléctrico" (idem). También aduce que no hay pruebas de que el elemento objetivo (ha de entenderse, el enganche ilegal a la red eléctrica) pueda achacarse al acusado.

Aseveraciones ciertamente desesperadas. Es un hecho incontrovertido que el inmueble se nutría de electricidad con el citado enganche ilegal y que allí vivía y cultivaba una plantación de marihuana el recurrente. Poco importa quien hizo el enganche, puesto que quien disfrutaba de él y defraudaba fluido eléctrico era el acusado, que consumía electricidad sin pagarla. El suministro de fluido eléctrico no es un problema, como dice el apelante, es cuestión de contratarlo, y si sus dificultades económicas le llevaron a no hacerlo (a "hacer la vista gorda" con el enganche), había dolo de consumir sin pagar, de defraudar, por supuesto. La cosa es tan evidente que no merece más argumentos.

CUARTO.- De acuerdo con los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer al recurrente las costas de la alzada, incluidas las de la acusación particular, por ser ésta la regla general y no haber motivos para hacer salvedad de la misma.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Elorza, en nombre y representación de Jenaro, contra la sentencia nº 38, de 6 de febrero de 2017, dictada en el procedimiento abreviado nº 8/2016 del Juzgado de lo Penal nº 2, y, en consecuencia, confirmamos la resolución impugnada y condenamos al apelante al pago de las costas de la segunda instancia, incluidas las de la acusación particular.

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase.

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia doy fe.