

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEXTA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - SEIGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta - CP/PK: 48001
Tel.: 94-4016667
Fax / Faxe: 94-4016995

NIG P.V. / IZO EAE: 48.04.1-17/002470
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2017/0002470

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 18/2018 - E

Atestado nº./ Atestatu-zk.: 40-17

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: CONTRA LA SALUD PUBLICA /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 10 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 10 zk.ko
Epaitegia

Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 174/2017

Contra / *Noren aurka*:

Procurador/a / *Prokuradorea*: IKER LEGORBURU URIARTE

Abogado/a / *Abokatua*: LUIS MIGUEL MENICA LANDABASO

SENTENCIA Nº 32/2018

ILMOS/AS. SRES/A.

D. ANGEL GIL HERNANDEZ

D. JOSE IGNACIO AREVALO LASSA

Dª. MARIA CARMEN RODRIGUEZ PUENTE

En BILBAO (BIZKAIA), a siete de junio de dos mil dieciocho.

Vista en juicio oral y público ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, el presente Rollo Penal procedente del Juzgado de Instrucción nº 10 de Bilbao, por un delito contra la salud pública contra _____, nacido e' 23 de diciembre de 1974, con DNI _____ y representado por el Procurador Sr. Iker Legorburu Uriarte y bajo la dirección letrada del Sr. Luis Miguel Mendika Landabaso, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANGEL GIL HERNANDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias previsto penado en los artículos 368.1 y 2, 374 y 377 del Código Penal en concepto de autor del art. 28 del CP, concurriendo en el encausado la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 C.P.

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en igual trámite solicitó la libre absolución de su patrocinado, con toda clase de pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara que el acusado, nacido el 23.12.74, con D.N.I n° con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y en prisión provisional por esta causa desde el 18.3.17 hasta el 22.3.17, desde mediados del mes de diciembre de 2106 hasta mediados del mes de marzo de 2017 se estableció un dispositivo policial de vigilancia sobre la persona del acusado para la investigación de su actividad dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes. Durante ese periodo numerosas personas acudieron a su domicilio sito en el n° 5 del barrio Bakiola de Arrankudiaga para tras permanecer escasos minutos, abandonan el lugar. En concreto, sobre las 14:00 horas del día 16 de marzo de 2107 el acusado, en las inmediaciones del indicado domicilio, entregó a 3,236 gramos de anfetamina con una pureza de 20,2 %.

El día 17 de marzo de 2017, tras la oportuna autorización judicial concedida mediante auto de la misma fecha, se efectuó una entrada y registro en el inmueble donde fueron hallados:

Evidencia 1: en el congelador de la despensa se encontraron 2 bolsas termoselladas, conteniendo una 4 envoltorios con sustancia blanca y la otra 3 envoltorios y 2 envoltorios conteniendo sustancia en polvo blanca. Dicha sustancia, tras los correspondientes análisis periciales resultó ser anfetamina con un peso de 244,5 gramos y una pureza de 16,3 %.

Evidencia 2: en la despensa, sobre una mesa, 6 tarros de vidrio conteniendo cogollos de una sustancia vegetal de diferentes tipos, un tarro de plástico con una nota en su interior y un bote metálico conteniendo sustancia vegetal. La sustancia vegetal, tras los correspondientes análisis periciales, resultó ser cannabis con un peso de 544,9 gramos.

Evidencia nº 3: Una báscula de precisión.

Evidencia 4: un rollo de alambre.

Evidencia 5: un bote de plástico conteniendo una sustancia blanca que resultó ser cafeína con un peso de 13,486 gramos.

Evidencia 6: bolsas de Chane hermético.

Evidencia 7: caja de caudales conteniendo 370 euros y 2 tacos de papel.

Evidencia 8: caja de plástico blanca conteniendo una navaja impregnada en sustancia de color blanco, unas tijeras y una cucharilla impregnada, otra navaja con mango amarillo todo ello impregnado en sustancia de color blanco.

Evidencia 9: un carrete de alambre vacío.

Evidencia 10: una cartera de plástico morada conteniendo 485 euros.

Evidencia 11: un trozo de plástico conteniendo sustancia prensada de color marrón, que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser resina de cannabis con un peso de 10,139 gramos.

Evidencia 12: recortes de plástico.

Evidencia 13: 4 bolsas de plástico con cierre.

Evidencia 14: 3 cajas de cartón conteniendo sustancia vegetal verde, que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis con un peso de 42,5 gramos.

Evidencia 15: 1 bolsa de plástico vacía con restos de sustancia blanca.

Evidencia 16: dos bolsas con cierre hermético conteniendo sustancia vegetal verde, que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis con un peso de 14,903 gramos.

Evidencia 17: una pistola de aire comprimido con puntero láser.

Evidencia 18, 19 y 20: Teléfonos móviles.

Evidencia 21: caja de cartón conteniendo sustancia vegetal verde, que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis con un peso de 5,206 gramos.

Evidencia 22: portatarjetas SIM.

Evidencia 23: agenda conteniendo anotaciones y tarjetas.

Evidencia 24 caja de caudales verde con 28 euros.

Evidencia 25: cartera conteniendo 3.350 euros y fotocopias del DNI del acusado.

Evidencia 26: Cartera con 45 euros.

Evidencia 27: libreta pequeña verde con anotaciones.

Evidencia 28: un grindet-metálico.

Evidencia 29: caja metálica conteniendo sustancia vegetal verde, que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser resina de cannabis con un peso de 1,26 gr y 0,741 gramos.

Evidencia 30: Bolsa con cierre conteniendo sustancia vegetal verde, que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis con un peso de 2,861 gramos.

Evidencia 31: pistola de gas.

Evidencia 32: caja con tarjeta de orange. - Evidencia 33: teléfono Nokia.

Evidencia 34: 36 plantas de cannabis con un peso de 99,5 gramos.

Evidencia 35: semillero con 23 plantas de una sustancia que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis con un peso de 14,862 gramos.

Evidencia 36: medidor de ph.

Evidencia 37: caja con una sustancia preparada, que tras los correspondientes análisis periciales, resultó ser cannabis con un peso de 4607,2 gramos.

Evidencia 38: 146 plantas de una sustancia, que tras los correspondientes análisis periciales, resultó ser cannabis con un peso de 1141,8 gramos.

Evidencia 39: medidor de temperatura.

Evidencia 40: 16 tarros y 4 cajas de sustancia vegetal, que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis con un peso de 2662,0 gramos.

Evidencia 41: 4 tarros conteniendo sustancia vegetal verde, que tras los correspondientes análisis periciales, resultó ser cannabis con un peso de 16,266 gramos.

Evidencia 42: 2 bolsas de cierre hermético.

Evidencia 43: navaja con restos de sustancia blanca.

Evidencia 44: Tarjeta SD.

Evidencia 45: 10 lámparas de las que se toman dos como muestra.

Evidencia 48: centrifugador para extraer polen, un sobre con polen, y un tambor conteniendo sustancia vegetal verde que, tras los correspondientes análisis periciales, resultó ser resina de cannabis con un peso de 14,796 gramos y cannabis con un peso de 70,2 gramos.

En el exterior de la vivienda, con anterioridad al registro, se ocuparon las bolsas de basura tres botes conteniendo sustancia verde, que tras los correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis con un peso de 416,0 gramos, una caja de plástico y otra de cartón conteniendo sustancia vegetal verde, que tras los correspondientes análisis periciales, resultó ser cannabis con un peso de 452,1 gramos.

Dichas sustancias era poseídas por el acusado para su distribución a terceros. El dinero ocupado procedía de dicho tráfico.

En el garaje fueron hallados numerosos útiles para el cultivo de las plantas de cannabis.

El precio estimado de un gramo de cannabis, de resina de cannabis y de anfetamina en la fecha de comisión de los hechos y en el mercado ilícito era de 4,86 euros, 6,22 euros y 27,02 euros, respectivamente.

El cannabis se considera sustancia estupefaciente y psicotrópica (las hojas) sometida a control internacional incluida en la Lista I y IV del Convenio Unico de 1961 y Lista II del Convenio de Viena de 1971. La anfetamina se considera psicotrópico sometido a control internacional e incluido en la Lista IV del Convenio de Viena de 1971.

En el momento de cometer los hechos el acusado padecía un síndrome de dependencia a cocaína que disminuía ligeramente su capacidad volitiva y determinaba que mediante esta actividad atendiera, además de ser un medio de vida, a su propio consumo de estupefacientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos comenzar indicando que en la específica órbita de la presunción de inocencia, es conocida la línea de jurisprudencia del Tribunal Supremo y del intérprete supremo de la Constitución según la cual esta garantía constitucional, además de constituir un principio o criterio ordenador del sistema procesal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita dicha condena cuando haya mediado una actividad probatoria, que,

practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda considerarse de cargo (vid. SSTC núms. 137/1988 o 51/1988, entre otras muchas). El ámbito del derecho a la presunción de inocencia, como ha declarado repetidamente esta Sala -dice la STS de 5 de julio de 1996- se concreta sustancialmente a los hechos imputados y a la participación del acusado en los mismos.

En cuanto a la prueba necesaria para poder desvirtuar aquella presunción, según conocida y consolidada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, es menester que el Juzgador haya dispuesto, al menos, de un mínimo de actividad probatoria de cargo, obtenida con las debidas garantías legales y constitucionales, con suficiente entidad inculpatória. La prueba, como es igualmente sabido (vid., entre otras, STS de 22 dediciembre de 1997), puede ser tanto directa como indirecta, debiendo el Juzgador, en este último supuesto, explicitar el razonamiento, que partiendo de los indicios, acreditados por prueba directa, le haya permitido estimar debidamente acreditado el extremo que se declare probado, con objeto de permitir el ulterior control de las resoluciones judiciales, que en ningún caso pueden ser arbitrarias (art. 9.3 CE) ni contrarias a las exigencias de la lógica, de la ciencia o de la experiencia (art. 1253 CC).

En los delitos contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, por su propia naturaleza, la obtención de pruebas directas es generalmente muy difícil; sin embargo, tanto la reiterada doctrina jurisprudencial (del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional) -vid. S STS de 24 de mayo de 1996, con cita de las de 7 de octubre de 1986, 10 de enero de 1992, 6 de marzo y 31 de mayo de 1993, 4 de octubre de 1994, 19 de abril y 18 de octubre de 1995- viene declarando que el derecho reaccional a la presunción de inocencia queda enervado a través de una prueba indirecta o derivada siempre que concurren las siguientes condiciones:

A) Pluralidad de los hechos-base o indicios. Como se ha señalado jurisprudencialmente, la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de virtualidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el artículo 741 LECrim., la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter.

B) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo. No otro sentido cabe dar a la exigencia contenida en el art. 1249 CC de que estén plenamente acreditados. Y ello es obvio, por cuanto la admisión de lo contrario comportaría una especie de creación ex nihilo y por ello mismo incurso en el área o ámbito de la arbitrariedad.

C) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar. No todo hecho puede ser relevante así. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de

"circum y stare", implica "estar alrededor" y esto supone onticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella.

D) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados - es decir, como notas de mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino de esta imbricación.

E) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos, plenamente acreditados- por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 CC, un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan inferencias contrarias igualmente válidas.

F) Expresión en la motivación de cómo se llegó a la inferencia en la instancia. Pues sólo cuando se contienen en la motivación de la sentencia, exigida por el art. 120.3 CE los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante el TS o, en su caso, por el de amparo subsidiario ante el TC, determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria

SEGUNDO.- Pues bien, conforme a las directrices jurisprudenciales que se han expuesto, y partiendo de la consideración de que en el proceso pueden evidenciarse una pluralidad de indicios inculpativos y frente a ellos la existencia de algunos otros que pudieran serle favorables al acusado, no es necesario ni que todos los indicios confluyan en la misma dirección o que afloren todas las pruebas posibles susceptibles de acreditar un hecho. Es suficiente que concurran las necesarias para llegar a una convicción fundada.

De cualquier forma, la existencia de algún indicio discordante es compatible con el predominio de otros de mayor contundencia disuasoria.

Así, en el presente caso debemos partir del parcial reconocimiento de los hechos objeto de acusación que realizó en el acto del juicio oral el acusado, toda vez que se le puso en su conocimiento como desde mediados del mes de diciembre del año 2016 hasta mediados del mes de marzo del año 2017 por parte de la policía autónoma se estableció un dispositivo policial de vigilancia sobre su persona, toda vez que habían tenido conocimiento de la posible existencia de una actividad dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes. En concreto, en su domicilio sito en el número cinco del barrio Bakiola de la localidad de Arrankudiaga. Así, a preguntas de la acusación respecto a las numerosas personas que se veían entrar y salir de su domicilio tras transcurrir

escasamente un minuto, (por ejemplo, el día 19, cuatro personas vistas o el día 24, seis citas). El Sr. _____ reconoció que a los amigos solía suministrarles droga, y en concreto preguntado por la anfetamina que tenía en su poder indicó que la tenía para vender por menudeo si bien la gran cantidad de marihuana encontrada, cercano a los diez kilos, señaló el ser destinada a su consumo toda vez que es consumidor habitual de marihuana desde la lejana edad de los dieciséis años y en cantidad importante, que cifró en unos quince gramos día.

En todo caso la actividad de venta que desarrolló el acusado ha quedado suficientemente acreditada, no sólo por concurrir el reconocimiento antes indicado, sino por la expresa declaración efectuada en el plenario del testigo _____ quien reconoció como sobre las 14:00 del día 16 de marzo del año 2017 adquirió al acusado en las inmediaciones de su propio domicilio, la cantidad que se lo ocupó en el acta policial correspondiente, y que resultó ser 3,236 gramos de anfetamina, con pureza del 20,2%.

Comparecieron al plenario igualmente los policías autónomos números 7242 y 7572, instructor y secretario respectivamente del atestado policial, quienes ratificandose en todas las actuaciones policiales llevadas a cabo y documentadas en el sumario relataron la incautación efectuada dicho día 16 de marzo en la persona de _____. Así, se ocuparon dos dosis de aproximadamente un gramo de speed, en una caja de seda dental que portaba en su poder y que preguntado expresamente sobre si lo había adquirido del acusado así lo reconoció en sede policial y lo mismo ha efectuado en el acto de la vista.

Con ello, sería suficiente para considerar los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de sustancias que causa un grave daño la salud previsto y penado en los artículos 368,374 y 377 del código penal, pero resulta que al día siguiente de dicha incautación y con la oportuna autorización judicial concedida mediante auto de la misma fecha, se efectuó entrada y registro en el inmueble antes citado propiedad del acusado donde se encontraron, con pleno respeto de las garantías constitucionales las evidencias que se reflejan en los hechos probados de esta resolución, y que no han sido objeto de impugnación.

En efecto, el Tribunal Supremo (véase, por todas, la Sentencia de 18 de noviembre de 2005) ha consolidado un criterio, reiteradamente declarado, según el cual, el art. 18.2 C.E. consagra el artículo 18.2 de la Constitución consagra el derecho fundamental a "la inviolabilidad del domicilio", prohibiendo la entrada en el mismo (salvo caso de "flagrante delito"), sin consentimiento de su titular o resolución judicial y el Tribunal Constitucional al referirse a dicho derecho, ha indicado que la protección constitucional del domicilio lo es de carácter instrumental y que defiende "los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona", con la imbricación que así existe entre dicha norma que, como se ha dicho, prohíbe la entrada y registro en un domicilio, y la que conlleva la defensa y garantía del ámbito de "privacidad" e "intimidad" en el número 1º de referido artículo 18 de la Carta Magna (Cfr. S. del Tribunal Constitucional 22/1.984,

de 17 de Febrero), lo que implica las garantías procesales establecidas para la práctica de las diligencias de "entrada" y "registro" en un "domicilio" (Cfr. artículos 545 y siguientes de la Ley rituarial penal).

Consecuencia de dicha doctrina y en una interpretación ajustada al espíritu de nuestra Constitución, la Sala entiende como "domicilio" "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar" (Cfr. SS., entre otras, de 14 de Enero, 3 de Julio y 5 y 24 de Octubre de 1.992, 14 de Noviembre de 1.993 y 18 de Febrero, 23 de Mayo y 15 de Octubre de 1.994), o lo que es lo mismo, que "sirva de habitación o morada a quien en él vive", estimándose que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulotes, etc., comprendidas las habitaciones de un hotel u hospedería en la que se viva (Cfr. SS. de 26 de Junio y 17 de Septiembre de 1.993 y las precedentemente citadas de 18 de Febrero, 23 de Mayo y 15 de Octubre de 1.994).

En esta línea, debe señalarse que el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.) se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad. De ellos se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho en la S.TC. 22/84 (Fº Jº 5) que el derecho a la inviolabilidad del domicilio «constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente -continúa la S.TC.-, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello --concluye--, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella».

En el presente caso, la droga intervenida se encontró en el interior del domicilio antes de referenciado y utilizado habitualmente por el acusado, en lugares dispersos que van desde el congelador de la despensa, en la propia despensa en el interior de un bote de plástico, en el interior de cajas de cartón, en el interior dos bolsas con cierre hermético, en una caja metálica, en una bolsa con cierre, en tarros, en una caja de plástico, y en definitiva en lugares escondidos y dispersos del propio domicilio unido a gran número de utensilios dedicados habitualmente a la preparación corte o dosificación y distribución de sustancias estupefacientes (bolsas de plástico, básculas de precisión, rollos de alambre, bolsas de cierre hermético, carretes de alambre vacíos, recorte de plástico, etc.), así como

gran cantidad de plantas y semilleros de una sustancia que tras correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis. De las 48 evidencias antes referidas, debe excluirse las números 46 y 47 recogidas en el atestado toda vez que como expresamente reconoció el policía autónomo número 7242 se trata de un tres botes conteniendo sustancia verde en bolsa de plástico y otra de cartón conteniendo sustancia vegetal igualmente verde, que tras correspondientes análisis periciales resultó ser cannabis, en la cantidad de 416 y 452 gramos, respectivamente, pero que se recogieron de las bolsas de basura que extraía fuera de su domicilio y con destino al basurero, aprendidas antes de la práctica del oportuno registro domiciliario, lo que nada obsta a la calificación de delito contra la salud pública su modalidad de tenencia de sustancias que no causa un grave daño la salud pública preordenada al tráfico .

Y es que, según según se razona en la sentencia del TS 1595 de 2000, de 16 Oct., es preciso acudir a la prueba indiciaria para alcanzar la inferencia acerca del destino que pretende darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona, en cuanto entraña un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra manera que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas que concurren en el hecho que se enjuicia. Y reiterada jurisprudencia viene induciendo el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unida a otras circunstancias, como pudieran ser la modalidad de la posesión, el lugar en que se encuentra, la existencia de material o instrumentos adecuados al fin de traficar, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada por el mismo al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor.

En las sentencias de esta Sala 1595/2000 de 16 Oct., 1831/2001 de 16 Oct. y 1436/2000 de 13 Mar., se señala que es preciso acudir a la prueba indiciaria para alcanzar la inferencia acerca del destino que pretende darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona, en cuanto entraña un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra manera que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas que concurren en el hecho que se enjuicia. Y las mencionadas sentencias, de conformidad con reiterada jurisprudencia, inducen el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unida a otras circunstancias, como pudieran ser la modalidad de la posesión, el lugar en que se encuentra la droga, la existencia de material o, instrumentos adecuados al fin de traficar, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada por el mismo al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor.

Y es que en el presente caso, con respecto a la capacidad económica que pudiera tener el acusado, no se le conoce otro medio de vida que aquel por el cual se le acusa de delito en el presente procedimiento, la variedad de utensilios dedicados habitualmente a esta actividad es abrumadora, como ya se ha hecho referencia, y la cuantía total de la sustancia aprehendida, rayana a los nueve kilos respecto a la marihuana, lo que no excluye

la tipificación antes indicada por el hecho acreditado de que el Sr. sea consumidor en efecto el propio escrito de acusación del ministerio público reconoce que en el momento de cometer estos hechos el acusado padecía un síndrome de dependencia a cocaína, respecto del cual preguntado oportunamente en el plenario, así lo reconoció al igual que consumidor de marihuana indicando que las cantidades aprendidas eran destinadas a su propio auto consumo, que cifran un periodo aproximado unos cuatro meses, lo cual no puede ser acogida por esta sala, un toda vez que aun dando por válida su referencia de ser consumidor de unos quince gramos al día de dicha sustancia, la cantidad rayana a nueve kilos a las que antes hemos hecho referencia, excede con creces de la cuantía propia de dicha auto dependencia y revela, junto con el resto de indicios también referidos y del propio reconocimiento que hace el acusado de que junto con la anfetamina ocupada estaba destinada en gran parte a la venta a terceros.

Respecto a las plantas de cannabis ocupadas, el TS ha declarado frecuentemente (véase por todas STS de 6 de junio de 2.000 y 12 de junio de 2.002), que, "a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo indico o "cannabis sativa", son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite)". Es decir, que toda planta "cannabis sativa" o "cáñamo indico", por propia naturaleza, contiene el tetrahidrocannabinol, que es su principio activo estupefaciente, principio activo que, con mayor o menor riqueza está presente en cualquier parte de la planta (raíz, tallos, hojas) y, naturalmente en sus derivados, Por eso hemos reiterado que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo Indico o cannabis sativa por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroína o la cocaína, sino de causas naturales como la calidad de la planta.

Por otro lado, es doctrina reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como es exponente la Sentencia 1486/1999, de 25 de octubre, o las más recientes de 25 de junio de 2004, 5 de julio de 2004 ó 17 de septiembre del mismo año de que los derivados de las anfetaminas (como speed ó centramina, mdma ó éxtasis, mdma ó droga del amor) se han estimado sustancias que causan grave daño a la salud por concurrir en ellas los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para tal calificación: por ser en sí lesiva para la salud, por el nivel de dependencia que crea en el consumidor, por el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y por el grado de tolerancia. En concreto y por lo que se refiere al mdma y a todas las llamadas "drogas de síntesis" se trata de sustancias semejantes que son variaciones de las anfetaminas, que producen parecidos efectos alucinógenos con un potencial tóxico añadido derivado de la ausencia de controles terapéuticos pudiendo ser fabricada con facilidad dada la escasa complicación que exigen los laboratorios.

TERCERO.- Los hechos declarados probados resultan legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas y sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud previsto y penado en los arts. 368.1, 374 y 377, todos ellos del Código Penal; habiendo quedado adverbada la naturaleza de la transacción desarrollada en aras a la prueba valorada en el fundamento de derecho segundo, y que integra una de las conductas típicas sin exigencia, ante su obviedad de una mayor explicitación.

CUARTO.- De los anteriores hechos deviene responsable en concepto de autor por su participación personal, directa y material el acusado (arts. 27 y 28 C.P.)

QUINTO.- Concorre circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de drogadicción, del art. 21.2 y 20.1 CP.

En efecto, el artículo 21.2 CP (RCL 1995, 3170; RCL 1996, 777) incluye entre las circunstancias atenuantes la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º 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. Esta circunstancia atenuante de nuevo cuño se configura con la combinación de dos elementos: la existencia de una grave drogodependencia del sujeto que proyecta sus efectos negativos en la voluntad del sujeto reduciendo la capacidad de éste de resistir la tendencia a ejecutar el delito para satisfacer la necesidad de consumo que esa «grave adicción» le exige. La drogadicción opera, pues, sobre la voluntad del toxicómano reduciendo los frenos inhibitorios del individuo cuando se trata de procurarse la droga o de conseguir el dinero para su adquisición, de suerte que si el delito cometido por el drogadicto no ha tenido la finalidad de satisfacer su adicción, o si ésta no ha menoscabado la facultad volitiva del agente, que realiza la conducta típica sin un verificado déficit de su libertad de hacer, no resultará legalmente posible la aplicación de la atenuante.

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.

Esa adicción grave debe condicionar su conocimiento de la licitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

La Sentencia del TS de 5 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4609) declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos

hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible. Este móvil está ausente en los casos del gran narcotráfico en los que el elemento determinante de las acciones delictivas radica exclusivamente en la obtención de sustanciosos beneficios económicos. En estos casos, el impulso delictivo, no está desencadenado por la drogadicción del sujeto activo sino por el ánimo de enriquecimiento.

Es asimismo doctrina reiterada de aquella Sala, -cfr. SSTs de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7392), 5 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4609), 9 de febrero de 1996 (RJ 1996, 814) y 31 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3966)-, que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite la aplicación de una atenuación, no se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación, ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas.

En el caso que nos ocupa no sólo el escrito de acusación presentado por la representante del Ministerio Fiscal reconoce en la primera de sus conclusiones que en el momento de cometer los hechos el acusado padecía un síndrome de dependencia a la cocaína, aunque matizando, sin que se haya podido acreditar la relación de causalidad con el delito que se le imputa, sino que la Sala, contado con la propia declaración del acusado, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, en la que indicó ser consumidor de marihuana desde los dieciséis años, con un consumo actual de unos quince gramos día y especialmente ser adicto a la cocaína, sino que los testigos traídos a juicio como presuntos compradores, han coincidido en el carácter de dependiente a dicha sustancia que tiene el Señor En concreto cuya declaración se considera de cargo al reconocer que adquirió una sustancia intervenida por la policía autónoma el día dieciséis, que resultó ser anfetamina, también indicó ser conocedor de que es consumidor importante de cocaína de hachis e incluso de marihuana. Del mismo modo, los testigos y este último quien reconoce el compra de marihuana de vez en cuando, cifrandolo en dos o tres ocasiones al mes, también reconocieron la calidad de consumidor que tiene el acusado. Por otro lado el informe forense ha sido contundente al respecto, ya que habiéndose recogido una muestra de pelo el día 5 de octubre, el resultado acredita que al menos desde marzo del año 2017 es consumidor de dichas sustancias con una leve disminución de su capacidad de querer y entender; es decir, de su capacidad volitiva respecto a esta tipología delictiva.

Por la acusación se niega que dicha adicción tenga relación de causalidad con la actividad llevada a cabo por el acusado, y ciertamente se trata de una actividad importante en cuanto a las cantidades de sustancias estupefacientes que manejaba el acusado para la venta a terceros. Pero también lo es la adicción que padece, de tal modo que actualmente

ha iniciado consulta con fecha cinco de mayo del año 2017 en el centro de salud mental de Basauri habiendo llevado durante estos meses de tratamiento la dejación del consumo de cocaína y desde el 23 de mayo del año 2017 los análisis tóxicos que realiza regularmente es negativo para todo tipo de drogas, salvo respecto a la marihuana que va en pauta descendente.

La acreditación de la importante adicción que padece el acusado hace aconsejable la estimación del atenuante solicitada de drogadicción por cuanto no cabe duda que parte importante de la actividad de venta a terceros de sustancias estupefacientes tenía como objeto subvenir al consumo propio, sin que excluya dicha conclusión el hecho de que también completara su necesidades económicas ordinarias mediante dicha venta a terceros.

SEXTO.- En aplicación de lo dispuesto en los artículos 368 y 66.1º, ambos del C.P. así como de los principios de proporcionalidad, justicia y seguridad que informan el ordenamiento jurídico penal, la Sala, valorando la entidad de la respuesta penal, estima oportuno imponer la pena dentro de su mitad inferior de tres años y seis meses de prisión, multa de 73.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria, caso de insolvencia de un mes, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se acuerda el comiso de la droga, dinero y demás efectos intervenidos.

SEPTIMO.- Procede imponer al condenado las costas por ministerio de la Ley (art.º 123 C.P.).

Vistos además de los citados los artículos 2, 5, 10, 13, 15, 16, 27, 28, 32, 33, 38, 54, 55, 56, 61, 66, 79, 123 y 124 del Código Penal, y los artículos 142, 239 al 241, 742 y 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a

como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico, posesión preordenada al tráfico de drogas y sustancias estupefacientes que causan y no causan grave daño a la salud ya definido, concurriendo la atenuante de drogadicción, a la pena de **TRES AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN, MULTA de 73.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria, caso de insolvencia, de un mes, a las accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales.**

Se acuerda el comiso de la droga, dinero y demás efectos aprehendidos en la causa.

Pronúnciese esta Sentencia en Audiencia Pública y notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra la misma puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 846 ter de la LECr).

El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por abogado/a y procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de **DIEZ DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

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

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