

**JUZGADO DE LO PENAL Nº 2 DE DONOSTIA**  
**DONOSTIAKO ZIGOR-ARLOKO 2 ZK.KO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª planta - C.P./PK: 20007  
**TELEFONO /TELEFONOA:** 943-000742  
**FAX / FAXA:** 943-004386

**NIG PV / IZO EAE:** 20.05.1-14/017811  
**NIG CGPJ / IZO BJKN:** 20069.43.2-2014/0017811

**CAUSA / AUZIA:** Proced.abreviado / Prozedura laburtua 282/2016

**Atestado nº/ Atestatu zk.:**ERTZAINZA DONOSTIA  
590A1401315

**Hecho denunciado/ Salatutako egitatea:**

Tráfico de drogas grave daño a la salud / Osasunari kalte larria egiten dioten drogekin trafikatzea

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 3 de Donostia /  
Donostiako Instrukzioko 3 zk.ko Epaitegia  
Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua  
3637/2014

Contra/Kontra:

Abogado/a / Abokatua: JON RAZKIN ENBIL

Procurador/a / Prokuradorea: SUSANA DIEZ ORUS

**SENTENCIA N º 25/2017**

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a treinta de enero de dos mil diecisiete

Vistos por D. Santiago Romero Buck–Arstad, magistrado-juez del Juzgado de lo Penal nº2 de San Sebastián, los autos correspondientes al procedimiento abreviado registrado al n 282/2016 dimanantes de las Diligencias Previas nº 3637/2014 del juzgado de instrucción nº 3 de San Sebastián, instruidas por un delito contra la salud pública, seguido contra Dña. con D.N.I.

asistida por el letrado D. Jon Razkin Enbil y representado por Dña. Susana Díez Orus, con la intervención del representante del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación pública, vengo a dictar, en nombre de S.M. el Rey, la presente sentencia atendiendo a los siguientes;

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Concluida la fase de instrucción, el ministerio fiscal formuló escrito de acusación por el que solicitó que se condenara a la acusada, como autora de un delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal, a la pena de 1 año y 10 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho al sufragio pasivo, así como la pena de multa por importe de 14.000 € con la advertencia del art. 53 del código penal para el caso de impago y el decomiso y destrucción de la droga.

**SEGUNDO.-** Abierto el juicio oral, el letrado de Dña. [redacted] presentó escrito de defensa, solicitando la libre absolución de su patrocinada.

**TERCERO.-** Citados a juicio, comparecieron el día 18 de enero de 2017 las partes celebrándose el juicio conforme quedó registrado en el acta de la grabación.

Como cuestión previa, el letrado de la defensa solicitó la admisión como prueba documental de unos informes médicos, así como la testifical de [redacted]. Solo se admitió como prueba documental, los informes de Osakidetza y la consulta efectuada por la acusada, en septiembre de 2014.

**CUARTO.-** Tras la práctica de las declaraciones testificales propuestas y admitidas, el Ministerio fiscal elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, emitiendo informe y solicitando la condena en los términos de su escrito de acusación.

Por su parte la defensa modificó su escrito de acusación y solicitó para el caso de recaer sentencia condenatoria, que se aprecie el error invencible o, en su caso, vencible.

**QUINTO.-** Satisfecho el derecho a la última palabra del que hizo uso la acusada, se declaró a continuación concluso el acto de la vista y los autos vistos para sentencia.

## HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara que el día 30 de agosto de 2014 [redacted] tenía, en su vivienda sita en el camino Alto [redacted] caserío [redacted], 14 plantas de marihuana plantadas al aire libre.

Probado y así se declara que el peso neto de la droga pesó 1.520,6 gr, que la sustancia era cannabis, riqueza 5,1 % de tetrahidrocannabinol y una valoración en el mercado ilícito de 7.070,90€.

Probado y así se declara que [redacted] nacida en 1939, utilizaba las plantas para macerarlas y utilizarlas para hacerse friegas así como a su marido, para paliar dolores.

registro practicada en el domicilio de la acusada a fin de que se les dé el destino que reglamentariamente proceda.

**QUINTO.- COSTAS.** En atención a lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se impondrán las costas a los acusados que fueren absueltos.

### FALLO

Absuelvo a Dña. \_\_\_\_\_ con D.N.I. \_\_\_\_\_ del delito por el que venía siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables.

Procedase a la destrucción de la droga ocupada y el comiso de los instrumentos y del material intervenido a fin de que se les dé el destino que reglamentariamente proceda.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 790 de la LECr).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **DIEZ DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación.

Así por esta sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la mismo/a Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en DONOSTIA / SAN SEBASTIAN a 30 de enero de 2017, de lo que yo, el LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, doy fe.

para considerarlo indicio de especial significación probatoria. En casos parecidos, incluso cuando la aprehensión es de cantidades muy superiores, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales vienen dictando resoluciones absolutorias cuando a dicha aprehensión no se le une ningún otro dato que permita sostener una preordenación al tráfico. Así la SAP de Vizcaya en Sentencia de 19-05-05, absuelve a pesar de haberle intervenido al acusado-apelante 43 plantas con un peso neto de 1.211,10 gramos; la Audiencia de Badajoz en Sentencia de 4-10-2004 cuando las plantas intervenidas tenían un peso de "cannabis sativa" de 6.823,69 gramos; la Audiencia de Cuenca en Sentencia de fecha 14-10-03 absuelve, en supuesto similar, cuando el peso total, en seco, asciende a 5.027,27 gramos. Hay que añadir que las únicas partes de las plantas que contienen tetrahidrocannabinol (THC) son las hojas y flores, totalmente secas. (.....)".

Esta versión de los hechos dada por la acusada se ve corroborada por las declaraciones del Agente de la Ertzaintza con nº H33P5 quien alegó que habló con la acusada y que le comentó que usaba las plantas para alguna molestia que ella tenía, que no recuerda si les dijo que no sabía que era ilegal. Igualmente, el Agente de la Ertzaintza con nº K19K1 alegó que la señora les comentó que tenía tarros, que utilizaba la marihuana y la metía en frascos. Que las plantas eran suyas. Su hijo, el testigo

alegó su padre tiene fuertes dolores, tanto en la espalda como en las rodillas, que va a la unidad de dolor, y que a su padre le alivian las friegas que su madre le hace a su padre. Finalmente, el Agente de la Ertzaintza con nº 23160 alegó que recuerda que estuvo hablando con la señora, que le habló de marihuana terapéutica, que le habló de terapia.

Así pues, con estos mimbres, cabe concluir que no ha quedado probado que la acusada realizare actos de cultivo con las finalidades típicas del art. 368 del código penal, pues no hay ningún indicio que permitan sostener este extremo, pues, recordemos, los agentes no habían llevado a cabo ningún seguimiento de actividades supuestamente ilícitas llevadas a cabo en la vivienda que hiciere sospechar que algo ocurría (como suele ser el trasiego de compradores de la sustancia), en segundo lugar, porque las plantas estaban al aire libre y no ocultas en habitaciones con condiciones de luz y humedad creados artificialmente para optimizar la producción, en tercer lugar no se han hallado ningún elemento periférico corroborador de la actividad de venta como pueden ser las balanzas de precisión, las bolsas para la venta, cantidades de dinero en pequeños billetes para el cambio, etc., en cuarto lugar porque de las características de la acusada, nacida en el año 1939 (y no en el año 1967 como señala el escrito de acusación) que contaba con 81 años al tiempo de los hechos, y residente en el camino Alto de Zorroaga, caserío ' :cabe dar por verosímil su alegación respecto al uso medicinal de la marihuana, para aliviar los dolores de ella y su marido, como se deduce también del bote que fue entregado al juzgado de instrucción y cuya fotografía y análisis obra como prueba documental no impugnada.

En consecuencia, las plantas estaban destinadas para un consumo propio, distinto si se quiere en cuanto a su forma de consumir atendiendo a las circunstancias personales de la acusada, pero en todo caso, completamente desconectado de la finalidad de tráfico, por lo que procede dictar una sentencia absolutoria.

**CUARTO.- DECOMISO Y DESTRUCCIÓN.** Dispone el artículo 374 CP que serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el art. 127 de este Código. Así mismo, prevé la destrucción de las sustancias estupefacientes objeto del delito.

Por tanto, en aplicación de este precepto, procede acordar la destrucción de la droga ocupada así como el decomiso de los equipos y materiales que se encontraron con ocasión de la entrada y

casual, que olía fuertemente a marihuana, que desde la calle no se veían las plantas (...) y que no vieron bolsas, libretas, dinero en efectivo, no encontraron ningún indicio que fuese para trapichear.

Sobre la modalidad de actos de cultivo para su posterior venta, también acción típica del art. 368, cabe alegar que no se discute el hecho de estar la acusada en posesión de 14 plantas de marihuana con el resultado del análisis, pesaje y tasación que obra en autos. Así lo reconoce la propia acusada, su hijo y los Agentes de la Ertzaintza que intervinieron.

Ahora bien, de lo que se trata es de determinar si las plantas se destinaban al consumo propio o a la venta.

Como recuerda la sentencia de la AP de Guipúzcoa de 21 de marzo de 2006, distinguir la posesión destinada al consumo propio de la dirigida al tráfico constituye “una distinción rodeada de dificultades, como siempre que la calificación de una conducta punible o no, depende sólo de la concurrencia de un hecho, que por no ser empíricamente aprehensible, ha de ser por fuerza deducido de datos exteriores a los que la experiencia y lógica del criterio humano concede una cierta significación; pues en efecto, el elemento objetivo, consistente en la tenencia o posesión de la droga susceptible de prueba directa, ya que es perceptible como tal por los sentidos, si bien el elemento subjetivo, que se conforma por la justificación de que tal posesión está preordenada al tráfico, requisito éste que sólo se residencia en la esfera anímica y que sólo puede ser objeto de prueba indirecta o de presunciones (...); y en aplicación concreta del delito contra la salud pública, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992 viene a señalar que «la tenencia de drogas o estupefacientes con ulterior finalidad de tráfico ha de acreditarse bien de modo directo o bien inferirse merced a pruebas indirectas o indiciarias, acreditamiento más intelectual que real, sobre la base de la existencia de una multiplicidad de indicios convergentes en su significado último”.

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 de producirse la ocupación y su condición o no de consumidor.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2003 establece: “En relación al hachís, la doctrina jurisprudencial ha considerado destinados a la transmisión a consumidores los importes de la indicada droga que excedan de los 50 gramos. Por lo tanto, aunque el acusado consumiera tal sustancia, la cantidad que tenía, (...) supera con creces la destinada al propio consumo, por lo que sólo cabe deducir que estaba destinada al consumo de terceras personas mediante su venta”.

Así mismo, a la vista de las alegaciones que hizo la acusada, cuando afirmó que “las plantas las macera con alcohol para hacer friegas a su marido, que nunca pensó que hacía nada malo, que lo que quería hacer era romero, usando la marihuana y alcohol para frotarse, tanto a su marido como para ella”, conviene traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 14 de noviembre de 2006 que declara: “Estamos ante un supuesto donde se está penalizando un acto de cultivo. El cultivo es una de las actividades punibles prevista en el artículo 368 del CP. Sin duda no es una expresión acertada dado que no se cultivan drogas o estupefacientes sino las plantas o especies botánicas de las que pueden obtenerse aquellas. Por tanto será necesario la existencia de otros indicios que permitan conectar ese cultivo con la actividad ilícita de tráfico de drogas o con la intención preordenar al tráfico el producto del cultivo. También hay que tener en cuenta que quien cultiva para su propio consumo espera, lógicamente, una cosecha que sea suficiente para un autoconsumo dilatado en el tiempo. Por tanto, y como primera cuestión, hay que valorar si la posesión de ese cultivo es de entidad suficiente

lo recuerda bien, que no recuerda si vio botes. Que no vieron bolsas, libretas, dinero en efectivo, no encontraron ningún indicio que fuese para trapichear.

El Agente de la Ertzaintza con nº 14009, alegó que remitió la droga a sanidad. Que la droga se guardó en la caja fuerte y de ahí a sanidad. Que el proceso de secado se hace en la comisaria bajo llave.

**En cuanto a la prueba documental**, obra en autos:

El informe fotográfico de la Ertzaintza, (folios 6 y ss. del atestado).

El acta de recepción de la droga incautada, nº de expediente 20/14/000209, (DP-3673/2014-1-1) que informa de un peso neto de 1.520,6 (Folio 37 y ss.).

Informe de análisis: cannabis, riqueza 5,1 %.(folio 44 y ss.).

Informe de tasación: valor en el mercado 7.070,90€. (folio 49 y ss.).

Providencia de 16 de marzo de 2015 requiriendo a la Ertzaintza todas las fotografías de la inspección ocular y la providencia de 10 de abril de 2015 requiriendo a la imputada para que aporte los tarros con la sustancia que mencionó en su declaración.

Fotografía del tarro nº 590B1501528 que fue entregado por el letrado de la acusada el 27 de abril de 2015.

Acta de recepción del bote, con peso 303,2 gr neto nº de referencia 20/15/000135 (DP-3637/2014-1 (folio 95 y ss.).

Informe de análisis; cannabis+etanol, riqueza 2,6%.

Mas documental aportada en el acto de la vista consistentes en los informes de Osakidetza de 11 de noviembre de 2015 y septiembre de 2014.

**TERCERO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.** Dispone el artículo 741 LECr que los jueces dictarán sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los testigos, peritos y procesados.

Valorando en conciencia la prueba practicada cabe alegar que la acusación no ha probado los hechos en los que fundamenta su pretensión.

En primer lugar, la Fiscalía acusa por la modalidad de venta de sustancias estupefacientes y psicotrópicas que no causan grave daño a la salud, del art. 368 del código penal.

Sobre esta modalidad típica de venta del art. 368 cabe decir que ninguna prueba se ha obtenido, pues la acusada alegó que no ha vendido las plantas o botes a nadie y el Agente de la Ertzaintza con nº 23160 alegó, al igual que el resto de los agentes, que el hallazgo de las plantas fue

El Agente de la Ertzaintza con nº J18A8 alegó que estaban patrullando con coche sin distintivos, y se comprobaron un fuerte olor a marihuana. Que llamaron a una patrulla y cuando llegaron entraron. Que hubo un señor que les abrió. Que había 14 plantas, en el terreno alrededor de la casa. Que el hombre no sabía nada de las plantas, que no sabían que estaban allí. Que no hablaron con la acusada. Que solo vieron las plantas, que no las incautaron.

Que no tenían ninguna sospecha de que se estuviese traficando con drogas. Que la persona que les abrió les dijo que no sabía nada de las plantas, que pensaba que eran de su hermano. Que para ver las plantas había que ir hasta la huerta. Que no se veían desde el camino o nada mas entrar en la casa.

El Agente de la Ertzaintza con nº H33P5 hizo el reportaje fotográfico y la retirada de las plantas. Que había 14 plantas, de metro y medio a dos metros. Que desprendían fuerte olor. Que había plantas en tiestos y otras plantadas. Que recuerda que pesaban mucho porque había algunas que iban en tiestos. Que habló con la acusada. Que le comentó que usaba las plantas para alguna molestia que ella tenía, que no recuerda si les dijo que no sabía que era ilegal. Que no se llevaron ningún otro objeto. Que no recuerda si había frascos con marihuana.

Que no accedieron a la vivienda. Que recuerda que había muchas personas por allí, que no sabe si eran vecinos o familiares.

El Agente de la Ertzaintza con nº K19K1 alegó que hizo la inspección ocular, que cuando llegaron les acompañaron a una zona de la vivienda, que había una huerta, que había 14 plantas, que la altura de las plantas eran como él, aproximadamente, que había algunas en tiestos, que olía muy fuerte a marihuana. Que no recuerda el peso. Que no recuerda de si cuando hicieron el registro si había tarros. Que la señora les comentó que tenía tarros, que utilizaba la marihuana y la metía en frascos. Que las plantas eran suyas. Que no recuerda que la señora dijese que supiese que eran ilegales.

Que no recuerda que tuviesen muchos cogollos las plantas. Que la actitud de la señora fue colaboradora, que no puso ninguna pega.

La perito , se ratificó en su informe, que analizó la sustancia e hizo el pesaje. Que el pesaje de la marihuana se hace en seco y libre de raíces, que solo pesan la sustancia útil para el consumo. Que el peso se corresponde con las 14 plantas que se incautaron. Que son los agentes de la Ertzaintza los que traen las plantas correctamente peladas y secas.

El perito 95425 se ratificó en su informe (folios 49 y ss.) que valoró el peso neto, que la comisaría general les remite unas tablas y él hizo la valoración en base a dichas tablas.

El testigo alegó que cuando llegaron los Agentes le dijeron que creían que había una plantación porque olía fuertemente a marihuana. Que no sabía que había allí esas plantas. Que su padre tiene fuertes dolores, tanto en la espalda como en las rodillas, que va a la unidad de dolor. Que a su padre le alivian las friegas que su madre le hace a su padre. Que vive en el mismo edificio que sus padres.

El Agente de la Ertzaintza con nº 23160 alegó que fue casual, que olía fuertemente a marihuana, que desde la calle no se veían las plantas. Que les abrió una persona. Que recuerda que estuvo hablando con la señora, que le habló de marihuana terapéutica, que le habló de terapia, pero no

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- CALIFICACIÓN.** Los hechos fueron calificados por la acusación como un delito contra la salud pública, en su modalidad de venta de sustancias estupefacientes y psicotrópicas que no causan grave daño a la salud, del art. 368 del código penal.

**SEGUNDO.- PRUEBAS.** Han sido pruebas propuestas por la acusación, admitidas y practicadas la declaración de la acusada, la testifical del Agente de la Ertzaintza con nº 23157, nº J18A8, nº H33P5, nº K19K1y las periciales de , del perito 95425, y por la defensa la testifical de y de los Agente de la Ertzaintza con nº 23160 y nº 14009.

alegó que tenía 6 plantas en un tiesto, que se le secaron, luego plantó 6 y se le quedaron 2. Que cuando se le secaron le salieron a la planta unos hijos. Que ella tiene plantas en casa, y como su marido tiene dolores y vio en la televisión que una señora decía que con esas plantas se aliviaba decidió plantarlas. Que en el 2013 también había plantado marihuana. Que pensaba que para uso propio se podía tener, que compró en la calle Íñigo, de la parte vieja, donde hay una tienda que vende. Que ella lo macera con alcohol para hacer friegas a su marido. Que nunca pensó que hacía nada malo. Que lo que quería hacer era romero, usando la marihuana y alcohol para frotarse, tanto a su marido como para ella. Que tenía botes para todo el año. Que la policía hizo fotos a los botes, que también estaba su hija. Que la doctora le dijo que no era malo usar dichos ungüentos. Que al meterse en todo este follón fue cuando habló con la doctora para informarse. Que no sabía lo que pesaban los cogollos, que nunca los pesa.

Que sabe que es una droga, pero pensaba que más bien era una planta medicinal, como otras plantas que hay también en el bosque, que pensaba que podía plantar, que en la tienda donde las compró no le dijeron que era ilegal.

Que cuando fue la ertzaintza no se llevaron los botes. Que ella les explicó para qué eran los botes. Que pensaba que para consumo propio sí podía plantar. Que las plantas no se ven, que ella vive en el monte, en una casa apartada, que hay una valla de acceso, y desde el camino no se ven. Que no ha vendido las plantas o botes a nadie. Que ella hace berbenas, pasmoveladas con aloe vera, que su padre y su madre hacían remedios caseros para todo, que ella nunca ha ido al médico, solo de mayor.

El Agente de la Ertzaintza con nº 23157 alegó que estaban patrullando por el alto de Zorroaga y comprobaron un fuerte olor a marihuana. Que llamaron a una patrulla uniformada. Que les abrió un caballero y les dijo que pasasen. Que dentro había unas plantas de marihuana. Que no recuerda cuantas plantas había. Que no estuvo presente cuando hubo una incautación.

Que fueron allí por el olor, no porque tuvieron sospechas de estar traficándose con marihuana. Que desde la calle no se pueden ver las plantas. Que una vez que entraron a la casa, la huerta la tenían enfrente de la casa, que no había que hacer mucho rodeo. La actitud del caballero fue en todo momento colaboradora. Que cuando vio las plantas su actitud fue de sorpresa, que no sabía de quien eran las plantas, que pensaba que eran de su hermano.