



Roj: **SAP BU 1065/2022 - ECLI:ES:APBU:2022:1065**

Id Cendoj: **09059370012022100415**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2022**

Nº de Recurso: **134/2022**

Nº de Resolución: **404/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **FRANCISCO MANUEL MARIN IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Burgos, núm. 1, 20-09-2022,
SAP BU 1065/2022**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

BURGOS

SENTENCIA: 00404/2022

AUDIENCIA PROVINCIAL-SECCIÓN PRIMERA

ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 134/22.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM. 149/21.

JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 1. BURGOS.

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO MANUEL MARÍN IBAÑEZ.

D. LUÍS ANTONIO CARBALLERA SIMÓN.

D. ROGER REDONDO ARGÜELLES.

S E N T E N C I A NÚM. 404/2022

En la ciudad de Burgos, a cinco de Diciembre de dos mil veintidós.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente del Juzgado de lo Penal nº. 1 de Burgos, seguida por un delito de atentado contra **Fátima**, cuyas circunstancias personales constan en autos, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Marta Ruiz Navazo y defendida por la Letrada Dña. Pilar Pérez Díaz, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la misma y figurando como apelado el Ministerio Fiscal; siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Manuel Marín Ibáñez.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la primera instancia, expuestos en la sentencia recurrida.

El Juzgado de lo Penal del que dimana este Rollo de Sala dictó sentencia en cuyos hechos probados se establece que: el día 4 de Abril de 2.019, los agentes de Policía Nacional NUM000 y NUM001 fueron requeridos para acudir al bar La Latina porque una persona estaba causando problemas en el establecimiento.



Resulta probado que, al llegar al lugar, los agentes NUM000 y NUM001 requirieron a Fátima para que se identificase, negándose ésta en todo momento a entregar el DNI. o a proporcionar sus datos de filiación por lo que los agentes le informaron de que debía acompañarlos a la comisaria para proceder a su identificación.

Resulta probado que, al abandonar el bar La Latina, Fátima se agarró al marco de la puerta para evitar salir de allí y, al intentar los agentes que les acompaña al coche policial, arañó en el cuello al agente NUM000, le quitó las llaves del vehículo y las lanzó y comenzó a forcejear con los agentes, en actitud violenta y agresiva, propinándoles golpes y patadas que hicieron que cayeran los tres al suelo, siendo necesaria la presencia de otros dos agentes de Policía Nacional para ponerle los grilletes y trasladarla a dependencias policiales, manteniendo la misma actitud violenta y agresiva en el coche patrulla y en comisaria, donde fue imposible tomarle las huellas para identificarla.

Son hechos probados que el agente NUM000 sufrió lesiones consistentes en excoriaciones cara lateral de cuello, eritema en región malar izquierda y excoriaciones en ambas rodillas, que necesitaron para su curación una primera asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico, de las que tardó 3 días no impeditivos para su sanidad.

Son hechos probados que el agente NUM001 sufrió lesiones consistentes en contusiones en flaco derecho, región lumbrosacra y maléolo externo de tobillo derecho, que necesitaron para su curación una primera asistencia facultativa sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, de las que tardó 3 días no impeditivos para su curación.

Resulta probado que Fátima es consumidora de alcohol y cocaína desde los 16 años, con un consumo repetido de cocaína, anfetaminas y MDMA. en el periodo de Febrero a Agosto de 2.019 y un consumo repetido de cocaína, anfetaminas y cannabis en el periodo de Julio de 2.018 a Enero de 2.019, existiendo un consumo de forma simultáneo de alcohol, sin que se haya acreditado que tuviera afectadas de manera grave sus facultades intelectivas o volitivas en el momento de los hechos".

SEGUNDO.- El Fallo de la sentencia nº. 244/22 de 20 de Septiembre, recaída en la primera instancia, dice: "Que debo condenar y condeno a Fátima, como autora penalmente responsable de un delito de atentado, concurriendo la circunstancia atenuante de intoxicación alcohólica, a la pena de seis meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las costas procesales.

Que debo condenar y condeno a Fátima, como autora penalmente responsable de dos delitos leves de lesiones, a la pena, por cada uno de ellos, de un mes de multa con cuota diaria de 6,- euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del CP. en caso de impago.

En concepto de responsabilidad civil, Fátima deberá indemnizar al agente de Policía Nacional NUM000 en la cantidad de 200,- euros y al agente de Policía Nacional NUM001 en la cantidad de 300,- euros, en ambos casos, con los intereses legales correspondientes".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por Fátima, alegando como fundamento lo que a su derecho convino, que, admitido a trámite, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal que se opuso a su estimación, remitiéndose las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos, turnándose de ponencia y señalándose fecha para examen de los autos.

II.- HECHOS PROBADOS.

PRIMERO.- Se consideran como probados los hechos recogidos como tales en la sentencia recurrida y que en la presente sentencia se dan por reproducidos.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Recaída sentencia condenatoria con los pronunciamientos recogidos en los antecedentes de hecho de la presente sentencia, se interpuso contra la misma recurso de apelación por Fátima, fundamentado en: a) concurrencia de erros en la apreciación que de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral incurre la Juzgadora de instancia y que provoca la vulneración del principio de presunción de inocencia y del principio de "in dubio pro reo"; b) vulneración de precepto legal por indebida aplicación del artículo 550 del Código Penal; y c) vulneración de precepto legal por inaplicación de la eximente de embriaguez, prevista en el artículo 20.2 del Código Penal.

SEGUNDO.- Sostiene la parte apelante en su escrito impugnatorio que "en el presente caso solo contamos con la versión de los hechos de los policías nacionales que, presuntamente, fueron agredidos y que, por ende, son



víctimas del presunto delito y, por tanto, tienen interés en el mismo, no existiendo otras pruebas periféricas (como por ejemplo otras testificales o cámaras de seguridad que corroboren su versión).

Establece el Tribunal Constitucional, entre otras en sentencia nº. 229/91 de 28 de Noviembre que "conviene recordar que este Tribunal ha declarado reiteradamente que la presunción de inocencia, desde su consagración constitucional en el artículo 24.2 de la Norma fundamental, tiene la condición de derecho fundamental que vincula a los Tribunales penales en el ejercicio de su jurisdicción, exigiéndose para su desvirtuación la existencia de una actividad probatoria, practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, que contenga elementos incriminadores respecto a la participación de los acusados en los hechos ilícitos enjuiciados. Ello no supone desconocer, por una parte, que, como es doctrina continua de este Tribunal, cuya reiteración excusa de concreta cita, es inherente a la función de los órganos jurisdiccionales el principio de libre valoración de la prueba por tales órganos, y, por otra, que el recurso de amparo es, por su propia naturaleza, una vía inadecuada para revisar la ponderación que aquéllos hayan efectuado de las pruebas practicadas.

En sede constitucional, por tanto, con base en las exigencias del derecho invocado a la presunción de inocencia, sólo cabe constatar si se ha practicado actividad probatoria suficiente con las garantías debidas que pueda entenderse de cargo; pero, de ningún modo, resulta posible a este Tribunal Constitucional sustituir a los Tribunales ordinarios en la función que les es exclusiva de examinar aquélla con inmediatez para formar la convicción precisa al adoptar su fallo.

4. Partiendo de la doctrina expuesta, después de examinar las actuaciones remitidas y las alegaciones efectuadas por el recurrente y por el Ministerio Fiscal en el correspondiente trámite, debe concluirse que no se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia en que se basa la pretensión de amparo formulada.

En efecto, de acuerdo con las actas de 30 de Septiembre y 27 de Noviembre de 1.987, en el juicio oral declararon como testigos distintos policías nacionales, que atribuyeron al acusado una actitud de resistencia a los agentes de la autoridad, actitud que causó erosiones en la mano de uno de ellos, según testimonio del mismo. Esta versión es distinta y contradictoria con la mantenida en sus manifestaciones en la vista por el entonces acusado y hoy recurrente: pero tal contradicción y desacuerdo no priva de valor probatorio a dichas declaraciones testificales de los agentes de la Policía Nacional, pudiendo por ello lícitamente los Tribunales penales inclinarse por la versión que –en una valoración necesariamente subjetiva– les ofreció una mayor verosimilitud. Como hemos manifestado reiteradamente (así en sentencias del Tribunal Constitucional nº. 201/89 y 160/90) en ausencia de otros testimonios, la declaración del perjudicado –en este caso, los policías nacionales–, practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, tiene consideración de prueba testifical, y, como tal, puede constituir válida prueba de cargo, en lo que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos del caso: hechos de los que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

Debe, por consiguiente, concluirse que la convicción judicial respecto de la culpabilidad del recurrente en relación con el delito por el que se le condena se ha formado sobre la base de una actividad probatoria suficiente, libremente valorada mediante un razonamiento que no cabe calificar de arbitrario y que este Tribunal no puede sustituir. Sin que, por consiguiente, quepa observar vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia.

En la misma línea, como ejemplo de la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales, cabe reseñar como más reciente la sentencia nº. 513/22 de 14 de Octubre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid, al decir que "con referencia al valor de los testimonios de agentes de autoridad, en sentencias del Tribunal Supremo nº. 1227/06 de 15 de Diciembre o nº. 767/09 de 16 de Julio, hemos recordado que el artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales apreciables, como éstas, según las reglas del criterio racional, Así tiene declarado esta Sala, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Abril de 1.996, que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes de la. Policía sobre hechos de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales del acto, constituyen prueba de cargo, apta y suficiente, para enervar la presunción de inocencia; sentencias del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1.998, que la declaración de los Agentes de Policía prestadas con las garantías propias de la inmediatez, contradicción y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiente su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios; y en sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 2.005 que precisa



que las declaraciones de autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional. Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los artículos 104 y 126 de la Constitución Española.

Ahora bien, cuestión distinta es los supuestos en que la Policía esté involucrada en los hechos, bien como víctima (por ejemplo, atentado, lesiones, homicidio...) bien como posible sujeto activo (delitos detención ilegal, torturas, contra la integridad moral etc.). En estos casos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta de la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad, de las mismas. Y no puede ser así porque cualquier sobreestimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los agentes de la autoridad no deberían merecer más valoración que la que objetivamente derive, no de la a priori condición funcionaria de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación con los restantes materiales probatorios-aportados al juicio".

En el presente caso comparecen en el acto del Juicio Oral los agentes de la Policía Nacional nº. NUM000 (momentos 18:15 y siguientes de la grabación del juicio que como acta audiovisual del mismo se incorpora al expediente digital) y nº. NUM001 (momentos 32:17 y siguientes de la misma grabación), ambos relatan que fueron agredidos por Fátima ; que se negó a identificarse; que, al intentar sacarla del Bar La Latina para llevarla a Comisaría a efectos de proceder a su identificación, la acusada se volvió contra el agente nº. NUM000 , arañándole en el cuello; como agredió con patadas al agente nº. NUM001 ; manteniendo en todo momento una actitud violenta y de gran agitación, amenazándoles y lanzándoles patadas y puñetazos, llegando a caer los tres al suelo en el forcejeo posterior para lograr su detención.

Frente a dichas manifestaciones, la acusada niega los hechos, indicando que no agredió a los policías, sino que se limitó a oponerse a ser llevada detenida por no entregar su DNI. (momentos 02:44 y siguientes de la citada grabación del juicio).

La Magistrada-Juez "a quo" valora, al amparo de lo previsto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las diligencias probatorias personales practicadas en el Plenario, la declaración de la acusada y las de los testigos/víctimas referenciados, valoración que debe ser íntegramente respetada por este Tribunal en Apelación. Nos encontramos ante pruebas de carácter personal practicadas ante la Juzgadora de instancia bajo los principios de inmediación y contradicción, de los que carece este Tribunal. Todo ello con la excepción de que el razonamiento emitido sea irracional, ilógico o arbitrario, circunstancias que no concurren en el presente caso, sin que pueda subsanarse la falta de inmediación del Tribunal de Apelación por la mera visión de la grabación del acto del juicio celebrado en primera instancia, pues ello impide a dicho Tribunal intervenir en las declaraciones personales (testificales, periciales y declaración de denunciantes y denunciados) formulando preguntas o solicitando aclaración de las respuestas emitidas.

Así nuestra jurisprudencia establece que es cierto que el Tribunal de apelación está en la misma posición que el juez a quo para la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, para examinar y corregir la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia y para subsumir los hechos en la norma (sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional nº. 167/02 de 18 de Septiembre y nº. 184/13 de 4 de Noviembre).

Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional en muchas sentencias de la que destacamos por su claridad la sentencia del Tribunal Constitucional nº. 157/95 de 6 de Noviembre, afirmando sobre el recurso de apelación que "existen varias modalidades para los recursos y entre ellas la más común es la apelación, cuya naturaleza de medio ordinario de impugnación está reconocida por todos y conlleva, con el llamado efecto devolutivo que el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido hemos explicado muchas veces que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium" (sentencias del Tribunal Constitucional nº. 124/83; 54/85; 145/87; 194/90 y 21/93)".

Pero también establece que el único límite a esa función viene determinado por la inmediatez en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral, lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal y cómo lo dice, esto es las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos (sentencia del Tribunal Supremo nº. 107/05 de 9 de Diciembre). Es decir, la potestad revisora de la apelación encuentra su límite en la valoración de pruebas personales (declaración del acusado, de los testigos y de los peritos) practicada en primera instancia bajo la inmediatez, sin que el Tribunal de Apelación pueda realizar una nueva valoración de una prueba que no presencié. Así, practicada la prueba personal en el acto del Juicio Oral de acuerdo a las normas procesales, el dar una mayor credibilidad a unos testigos sobre otros o a la declaración de los denunciantes sobre los denunciados, queda al margen de la revisión probatoria, salvo que dicha valoración de instancia se fundamente en un razonamiento irracional, ilógico o arbitrario, circunstancia que, como antes hemos dicho, no concurre en el presente caso.

Todo ello es así, máxime cuando las declaraciones de los agentes policiales se encuentran corroboradas por pruebas periciales médicas documentadas y no impugnadas por la defensa en las que se acredita que el agente nº. NUM000 presentó lesiones consistentes en escoriaciones en cara lateral del cuello, eritema en región malar izquierda y escoriaciones en ambas rodillas, mientras que el agente nº. NUM001 presentó lesiones consistentes en contusiones en flanco derecho, región lumbosacra y maleólo externo del tobillo derecho, lesiones que establecen un nexo causo-temporal entre las mismas y el acometimiento que los agentes relatan haber sufrido.

Por todo lo indicado procede desestimar el motivo de apelación esgrimido y ahora objeto de examen.

TERCERO.- La apelante sostiene en su recurso que, subsidiariamente, los hechos serían constitutivos de un delito de resistencia leve del artículo 556.2 del Código Penal, existiendo únicamente un pequeño forcejeo.

El delito de resistencia aparece regulado en el artículo 556 del Código Penal, castigando a los que resistieren o desobedecieren gravemente a la Autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

Tras la reforma del Código Penal por LO. 1/15 de 30 de Marzo, en lo que a la resistencia se refiere, siguen incorporados al artículo 556.1 CP los supuestos de resistencia pasiva grave y los de resistencia activa que no alcancen tal intensidad. Así esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos ha indicado, entre otras, en sentencia nº. 91/22 de 14 de Marzo que "en lo que a la resistencia se refiere, siguen incorporados al artículo 556.1 del Código Penal los supuestos de resistencia pasiva grave y los de resistencia activa que no alcancen tal intensidad.

En el mismo sentido sentencias del Tribunal Supremo nº. 44/16 de Febrero; 899/16 de 30 de Noviembre; 141/17 de 7 de Marzo; 338/17 de 11 de Mayo; 652/17 de 4 de Octubre. En consecuencia, cabe concluir lo siguiente:

1) La resistencia activa grave sigue constituyendo delito de atentado del artículo 550 del Código Penal.

En la nueva redacción del precepto se incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendido como aquella que se realiza con intimidación grave o violencia.

2) La resistencia activa no grave (o simple) y la resistencia pasiva grave siguen siendo subsumibles en el delito de resistencia artículo 556 del Código Penal.

Aunque la resistencia del artículo 556 del Código Penal es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad.

3) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra la autoridad supone un delito leve de resistencia.

4) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada (y puede ser aplicable la LO 4/15)".

Con respecto al atentado, objeto de acusación y final condena en el presente caso, nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo nº. 352/2020 de 25 de Junio que el atentado abarca, pues, tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas, requiriendo la realización de un acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave.

Acometer equivale a agredir y basta con que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad (a sus agentes o a los funcionarios) advirtiendo la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo nº. 544/18 de 12 de Noviembre) que el atentado se perfecciona, incluso cuando el acto de acometimiento no llega a consumarse. Lo esencial es la embestida o ataque violento. Por ello se ha señalado que este delito no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, que si concurre se penará independientemente, calificando el



atentado como delito de pura actividad, de forma que se consuma aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo.

En cuanto al dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad va ínsito en los actos desplegados, entendiéndose que quien agrede conociendo la condición del sujeto pasivo acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado (o de consecuencias necesarias)".

En el presente caso, queda acreditado que la actuación de Fátima frente a los agentes de la Policía Nacional nº. NUM000 y nº. NUM001 configura una actividad que supera la mera resistencia activa no grave (forcejeo para evitar una detención) y alcanza el acometimiento directo a los agentes que integra el delito de atentado, al constituir entidad o gravedad importante la resistencia y acometimientos desplegados por la acusada. Como hemos indicado anteriormente, el agente nº. NUM000 relata como la acusada se volvió hacia él y le arañó en el cuello, mientras que ambos agentes refieren que Fátima les dirigía puñetazos y patadas, llegando a causar lesiones a los dos policías, tal y como se acredita a través de la prueba pericial médica documentada en autos, siendo, por ello, totalmente correcta la calificación penal realizada por la Magistrada-Juez de instancia como delito de atentado, yendo por otro lado los agentes uniformados y encontrándose en el ejercicio de sus funciones.

Por todo lo indicado procede desestimar el motivo de apelación esgrimido y ahora examinado.

CUARTO.- La apelante sostiene en su recurso la concurrencia de una eximente completa de embriaguez del artículo 20.2 del Código Penal y así nos dice que "mi representada, el día de los hechos, se encontraba gravemente afectada por la ingesta de drogas y alcohol, siendo drogadicta y consumidora de larga duración, y no era consciente de sus actos, no existiendo una voluntad clara y consciente de desobedecer a la Autoridad, al encontrarse en un estado de intoxicación plena, por lo que ha de aplicarse la eximente completa del artículo 20.2 del CP".

La Juzgadora de instancia aborda la alegación en su sentencia y en el fundamento de derecho cuarto indica que "concorre la atenuante de intoxicación alcohólica del artículo 21.7 en relación con el artículo 20.2 y 21.2 del CP. Resulta acreditado por el informe del SOAD que la acusada es consumidora de alcohol y cocaína desde los 16 años y que tuvo un consumo repetido de cocaína, anfetaminas y MDMA en el periodo de Febrero a Agosto de 2.019 y un consumo repetido de cocaína, anfetaminas y cannabis en el periodo de Julio de 2.018 a Enero de 2.019, existiendo un consumo de forma simultáneo de alcohol y por ello resulta aplicable a la atenuante de intoxicación etílica como atenuante genérica. No cabe apreciar la intoxicación etílica como atenuante cualificada o como eximente al no poder determinarse si en el momento de los hechos se hallaba en estado de intoxicación plena o bajo el síndrome de abstinencia".

Cita la sentencia del Tribunal Supremo nº. 844/22 de 26 de Octubre que "señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia nº. 265/15 de 29 de Abril, Rec. 10496/14 que: "Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo 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. 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, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal".

Sigue indicando la referida sentencia que "hemos declarado que el mero consumo o la mera adicción a esas sustancias no implica, por sí mismo, atenuación alguna. Para ello sería necesario que la adicción pudiera considerarse grave y que se acreditara algún efecto causal en relación con el delito cometido o bien que quedara probada la existencia de alguna perturbación mental relevante a consecuencia de la adicción (sentencias del Tribunal Supremo nº. 877/05 de 4 de Julio; 1101/05 de 30 de Septiembre; 1321/05 de 9 de Noviembre; 912/06 de 29 de Septiembre; 1071/06 de 8 de Noviembre; 444/08 de 2 de Julio). En definitiva, no basta con ser drogadicto, cuando no alcanza una gravedad que le compele a la conducta delictiva, 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 sus facultades intelectivas y volitivas del sujeto y esa afectación de la capacidad de culpabilidad del acusado ha de constar suficientemente probada (sentencias del Tribunal Supremo nº. 1167/04 de 22 de Octubre; 842/05 de 28 de Junio; 223/07 de 20 de Marzo; 524/08 de 23 de Julio; 16/09 de 27 de Enero)".

"La atenuación de grave adicción no se basa en las alteraciones que produzca la adicción en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, como ocurría en aquéllas, sino en la incidencia que ha tenido la adicción en la motivación para cometer el delito como causa que es de ella, por tanto, lo que se pretende regular con esta



atenuante son los estados intermedios en que el drogodependiente no se halla en situación de intoxicación por el consumo de drogas, ni en una situación de síndrome de abstinencia al tiempo de cometer el delito".

En el presente caso, queda acreditado el consumo habitual de drogas y alcohol por parte de la acusada Fátima, en virtud del informe emitido por el SOAD. El 4 de Abril de 2.019 en el que se refiere el consumo de alcohol y cocaína todos los fines de semana y 2/3 días entre semana, consumo ratificado por el informe del Instituto Nacional de Toxicología (análisis del cabello) y por el informe médico forense obrante al acontecimiento 141 del expediente digital, pero no queda suficientemente acreditado que en la producción de los hechos sometidos a enjuiciamiento Fátima tuviera gravemente y mucho menos totalmente anuladas sus capacidades intelectivas y volitivas.

Al acto del Juicio Oral comparece la médico forense y, tras ratificar su informe obrante en autos (acontecimiento nº.141 del expediente digital), nos dice que los resultados del informe del Instituto Nacional de Toxicología son cualitativos no cuantitativos, el consumo abusivo de drogas y alcohol debe examinarse clínicamente y en el momento, no puede determinarse en el examen de toxicología porque habían pasado muchos meses desde los hechos a la extracción del cabello para analizarlo, lo que se puede constatar en un consumo repetido en las drogas que el estudio recoge, no puede determinarse en que cantidad en cada momento del consumo; el consumo de varias drogas a la vez (cocaína y alcohol) lo que puede hacer es obnubilar la consciencia, puede alterar las capacidades intelectivas y volitivas, pero es imposible determinar en qué medida, dependiendo de las cantidades consumidas y de la tolerancia de cada persona (momentos 40:30 de la grabación del juicio)

La acusada manifiesta en el acto del Juicio Oral que algo había bebido; que en esa época consumía cocaína esnifada, pero que probablemente el día de los hechos (jueves) no la había consumido; que consumía cocaína cuando disponía de dinero o cuando alguien le invitaba a ello; en el momento de los hechos se encontraba nerviosa, agitada, pero no se encontraba mal (momentos 10:45 y siguientes de la grabación del Juicio Oral).

Ninguna prueba existe, pues, que acredite que en la realización de los hechos por parte de Fátima, ésta hubiera actuado con sus capacidades volitivas e intelectivas anuladas, ni aun gravemente alteradas, por lo que es correcta la aplicación por la Magistrada-Juez "a quo" de una simple atenuante analógica en virtud del reconocimiento de los consumos habituales de alcohol y drogas que se recogen en el informe del SOAD.

Por ello, debemos desestimar y desestimamos el motivo de apelación alegado y ahora objeto de examen.

QUINTO.- Desestimándose como se desestima el recurso de apelación interpuesto por Fátima, procede imponer a la apelante las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase producida, y ello en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento aplicable a la interposición de recursos (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por todo ello, este Tribunal, administrando justicia en el nombre del Rey, dicta el siguiente:

FALLO.

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por Fátima contra la sentencia nº. 244/22 de 20 de Septiembre, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº. 1 de Burgos, en su Procedimiento Abreviado nº. 149/21, y **confirmar** la referida sentencia en todos sus pronunciamientos, con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en la presente apelación, si alguna se acreditase devengada.

Esta sentencia no es firme por caber contra ella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en virtud de lo previsto en el artículo 792, 4º, en relación con el artículo 847, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Únase testimonio literal al rollo de Sala y otro a las diligencias de origen para su remisión y cumplimiento al Juzgado de procedencia, que acusará recibo para constancia.

Anótese la presente sentencia en el **SIRAJ**.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. D. Francisco Manuel Marín Ibáñez, Ponente que ha sido en esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta capital en el día de su fecha. Doy fe.