

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN
SEXTA**
**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - SEIGARREN
SEKZIOA**

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

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.04.1-15/031336
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48044.32.2-0150/031336

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 16/2016 - I

Atestado nº./ Atestatu-zk.: 904-16 - 46599-15

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

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 2 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 2 zk.ko

Epaitegia

Proced.abreviado / Prozedura laburtua 2739/2015

Contra / *Noren aurka*:

Procurador/a / *Prokuradore*: ANA CARMEN MARTINEZ RUIZ

Abogado/a / *Abokatu*: JULIO OTADUY ZUBIA

SENTENCIA Nº 35/2016

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. ANGEL GIL HERNÁNDEZ

D/Dª. JOSE IGNACIO AREVALO LASSA

D/Dª. MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ PUENTE

En BILBAO (BIZKAIA), a diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.

Vista en juicio oral y público ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial la presente causa de Rollo Penal- nº 16/16 procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Bilbao, y dimanante de Procedimiento Abreviado 2739/15 por delito contra la salud pública contra _____, NIE. _____, con antecedentes penales, y cuyos demás datos obran en autos.

Es 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 venta de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud previsto y penado en el artículo 368, en relación con los artículos 374 y 377 del Código Penal.

De los hechos que han quedado narrados responde el acusado en concepto de autor, conforme al artículo 28 del Código Penal el acusado.

Concurre circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal.

Procede imponer al acusado la pena 6 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 6000 euros, con la reponsabilidad personal subsidiaria en caso de impago equivalente a 6 meses de privación de libertad, y abono de las costas procesales.

Así mismo comiso de la droga, instrumentos y demás efectos aprehendidos a los que se dará el destino legalmente previsto.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 89 del Código Penal procede aprobar la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional de los acusados y la prohibición de entrada en el mismo por un periodo de 10 años desde la fecha de la expulsión.

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en idéntico trámite, solicitó la libre absolución de su defendido.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- [REDACTED], nacido el 18 de mayo de 1973 en Santo Tome Príncipe con número perpol [REDACTED] quien también utiliza las identidades [REDACTED] y en situación administrativa irregular, con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia al haber sido ejecutoriamente condenado en sentencia firme de fecha 7 de marzo de 2003 dictada por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya por un delito de tráfico de drogas a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, así como sentencia firme de fecha 15 de abril de 2002 por un delito de tráfico de drogas dictado por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, extinguidas ambas en el año 2013, se dedicaba a la distribución y venta a terceros de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud, tales como heroína y cocaína con intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito.

De esta manera el día 9 de septiembre de 2015, sobre las 13.30 horas, en las

inmediaciones de la calle Medina de Pomar en el interior de un todoterreno con matrícula entregó a dos envoltorios conteniendo 2,48 gramos de heroína con una pureza del 2,6 por ciento recibiendo a cambio dinero. Poco después en el momento de la detención el acusado portaba otros dos envoltorios conteniendo 4.839 gramos de heroína con una pureza del 2,6 por ciento y 5 euros provenientes de su actividad ilícita.

Por auto de fecha 9 de septiembre de 2015 se procedió a efectuar la entrada y registro con todas las garantías legales en el inmueble referido y sito en la calle en la localidad de Bilbao.

Como consecuencia de dicha entrada se localizó en la citada vivienda 4 envoltorios de plástico blanco conteniendo heroína en concreto uno de ellos 28,782 gramos de heroína con una pureza del 2,9 por ciento, otro 2,564 gramos con una pureza del 2,7 por ciento, otro 0,117 gramos con una pureza del 3,1 por ciento y otro con 0,487 gramos de heroína con una pureza del 12,6 por ciento, así como tres envoltorios de plástico blanco conteniendo 1,32 gramos de cocaína con una pureza del 23,5 por ciento, otro envoltorio con 0,747 gramos de cocaína con una pureza del 6,9 por ciento.

Las sustancias incautadas pertenecían al acusado y tenían como finalidad su transmisión a terceros.

Asimismo se encontraron 170 euros provenientes de su actividad ilícita, así como básculas de precisión, film transparente, recortes de plástico todo ello útiles necesarios para la elaboración de dosis de droga.

La cocaína es una sustancia estupefaciente incluida en la Lista I de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por protocolo de 25 de mayo de 1972.

El precio medio de mercado de la cocaína con una pureza del 43 por ciento en el momento de los hechos era de 59,29 euros.

La heroína es una sustancia estupefaciente incluida en la Lista I y IV de la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 25 de Mayo de 1972.

El precio medio de mercado del gramo de heroína con una pureza del 31 por ciento era de 60,72 euros en la fecha de comisión de los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los anteriores hechos declarados probados resultan de la valoración en conciencia realizada por esta Sala de la prueba practicada en el acto del juicio oral con arreglo a lo dispuesto en el art. 741 de la LECr. en aplicación de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción que rigen el Derecho Penal, siendo así que se ha aportado y practicado prueba de cargo suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E.. En concreto en relación a los hechos objeto de acusación contra y frente a la expresa negativa formulada por el acusado de haber procedido el día de autos a la entrega, a cambio de precio, de sustancia estupefaciente alguna, al indicar como el día de su detención, 9 de septiembre de 2015, en efecto, se encontraba con a quien califica como

amigo, consumiendo juntos, esta Sala ha contado con el testimonio, de plena credibilidad subjetiva, de los Policías Municipales nº 953, 1052, y 676, según el cual la actividad ilícita que desarrollaba el acusado, ya condenado en otras ocasiones por hechos similares, montaron en el mes de septiembre un dispositivo de vigilancia, de modo que haciendo abstracción de los presuntos intercambios de droga por dinero que refirieron no haber constatado al no aprehender la sustancia transferida, si ha quedado plenamente probado (Policia Municipal nº 953 y 676) que el día de autos éstos vieron como a la altura de la calle Medina de Pomar, de esta Villa, se introdujo el acusado en un vehículo todoterreno verde Hyundai conducido por un varón de raza blanca y aspecto toxicómano emprendiendo la marcha. Son seguidos por el agente nº 676 quien declaró en la Sala haber observado con toda claridad, el pase de droga -envoltorio blanco- por dinero. Siguen al vehículo, una vez bajado el acusado, hasta Miravalles y allí el comprador les dice que acababa de comprar heroína a una varón de raza negra con el que solía contactar por teléfono ofreciéndoles el número que corresponde al móvil del hoy acusado.

Poco después, en el momento de la detención el acusado portaba otros dos envoltorios conteniendo 4,839 gramos de heroína con una pureza del 2,6 por ciento y 5 euros provenientes de su actividad ilícita.

Ante tales antecedentes, por auto de fecha 9 de septiembre de 2015 se procedió a efectuar la entrada y registro con todas las garantías legales en el inmueble referido y sito en la calle _____ en la localidad de Bilbao.

Como consecuencia de dicha entrada se localizó en la citada vivienda 4 envoltorios de plástico blanco conteniendo heroína en concreto uno de ellos 28,782 gramo de heroína con una pureza del 2,9 por ciento, otro 2,564 gramos con una prueba del 2,7 por ciento, otro 0,117 gramos con una pureza del 3,1 por ciento y otro con 0,487 gramos de heroína con una pureza del 12,6 por ciento, así como tres envoltorios de plástico blanco conteniendo 1,32 gramos de cocaína con una pureza del 23,5 por ciento, otro envoltorio con 0,747 gramos de cocaína con una pureza del 6,9 por ciento.

Las sustancias incautadas pertenecían al acusado y tenían como finalidad su transmisión a terceros, como se deduce de la cuantía y presentación de la sustancia.

Asimismo se encontraron 170 euros provenientes de su actividad ilícita, así como basculas de precisión, film transparente, recortes de plástico todo ello útiles necesarios para la elaboración de las dosis de droga.

Por si fuera poco, la Sala ha contado con el testimonio del comprador, quien sin genero de dudas reconoció al acusado como el vendedor de la sustancia decomisada el día 9 de septiembre, así como que era con quien contactaba por teléfono, cuyo número dió a la policia, cuando se acercaba a Bilbao a comprar heroína, testimonio que ha ofrecido plena verosimilitud al ser directo, franco y ausente de ánimo espureo alguno.

Por todo ello los anteriores testimonios prestados por los agentes de la Policia Municipal, del propio comprador, junto con la restante documental reproducida en Juicio

y la prueba pericial preconstituida obrante en la causa se considera suficiente a Juicio de esta Sala para enervar el principio de presunción de inocencia que rige en el Derecho Penal respecto a la participación en los hechos objeto de enjuiciamiento por parte del hoy acusado por lo que ha de dictarse Sentencia condenatoria con arreglo a la calificación jurídica que a continuación se mencionará.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados resultan legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de heroína y cocaína como sustancias estupefacientes que causan grave daño previsto y penado en los artículos 368, 374 y 377 del Código Penal, encontrándose incluida en la lista I aneja de la Convención Única y de estupefacientes de 30 de marzo de 1961, enmendado por los protocolos de 25 de marzo de 1972 y 8 de agosto de 1975 y de sustancias que no causan grave daño a la salud, toda vez que la cocaína, éter metílico de benzoilcegonina, se encuentra incluida en la lista I aneja al Convenio único sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1.961, enmendado por los Protocolos de 25 de marzo de 1.972 y 8 de Agosto de 1.975. El tráfico de tales sustancias se encuentra prohibido por el art. 15 de la ley 17/67, de 8 de abril, de estupefacientes, a la que se remite el art. 141 de la Ley 25/90, de 20 de diciembre, del Medicamento, y penalizado por el art. 368 del Código penal, en cumplimiento de la obligación internacional asumida por España en el art. 36.1 a) del citado convenio único. Se trata además, de sustancia que causa grave daño a la salud, ya que la intoxicación crónica conlleva una dependencia psíquica e incluso física, con alteración del conjunto de funciones intelectivas de muy difícil recuperación, todo lo cual constituye ya un conocimiento común del ciudadano medio y es, por tanto notorio, sin estar necesitado de prueba específica. Así lo ha manifestado de forma reiterada la jurisprudencia al sostener que " de todos es sabido el enorme quebranto físico y psíquico que su consumo produce" (STS 18 de Octubre 1991).

El criterio se ha ratificado por sentencias posteriores, como la de 18 de noviembre de dicho año y 10 de septiembre de 1.993. En esta última se precisa, además, que "la cocaína produce en su usuario unos importantes trastornos de orden primordialmente psíquicos, que ni quedan desvirtuados por la sustancia adulterante que ordinariamente le acompaña", por lo que ha de considerarse siempre gravemente perjudicial para la salud, cualquiera que sea su grado de pureza.

La heroína está incluida en la lista I aneja a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1.961 y enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1.972, y cuyo texto fue establecido en Nueva York el 8 de agosto de 1.975 de conformidad con el art. 22 del Protocolo. Por otra parte, no se ha puesto en duda en este proceso su capacidad para causar un grave daño a la salud debido a su gran dependencia, tanto física como psíquica, su tolerancia aguda, que obliga a aumentar para producir los mismos efectos y por la importantes secuelas orgánicas que produce su uso continuado, tal y como ha señalado una muy reiterada jurisprudencia (STS 8.7.90).

La reforma del Código Penal por LO 5/2010 de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas añade un segundo párrafo al artículo 368, que posibilita a los tribunales imponer la pena inferior en grado a las señaladas en el párrafo primero en atención a la

escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, impidiendo hacer uso de esa facultad si concurre alguna de las circunstancias agravantes previstas en los artículos 369 bis y 370.

La actual fórmula permite al tribunal mitigar el rigor punitivo, posibilitando degradar la pena en grado atendiendo a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, y con ello evitar el ingreso en prisión de aquellos traficantes primarios de pequeñas cantidades de droga a los que al ser condenados a penas no superiores a los dos años de prisión, se les podrá conceder el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de dicha pena. La escasa entidad del hecho vendrá motivada normalmente por la escasa cantidad de droga objeto de tráfico, mientras que las circunstancias personales del culpable pueden ser diversas; normalmente se referirán a la conducta del denominado consumidor-traficante, sobre todo cuando no presente una clara adicción que permita la aplicación de una circunstancia atenuante cualificada por su disminución de imputabilidad; pero las circunstancias personales pueden ser de otra índole, como por ejemplo, la relación familiar o de amistad existente entre quien efectúa la entrega de la droga y quien la recibe, siempre que tal acción no quepa ser considerada como un acto de consumo compartido.

Entiende la Sala que dicha atenuación no ha de ser apreciada en el presente caso al acusado, a tenor, en especial de la entidad de la sustancia objeto de la transacción y a las propias circunstancias personales del autor, respecto del cual se le conocen otros antecedentes en la venta de drogas con anterioridad a estos hechos, a los que se une un no acreditado consumo de tales sustancias estupefacientes.

TERCERO.- De los hechos anteriormente descritos se considera responsable en concepto de actor material a _____ por sus actos voluntarios de conformidad con lo dispuesto en los arts. 27 y 28 C.P., concurriendo en el presente supuesto circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal conforme a los arts. 20, 21 y 22 del C.P., de reincidencia, pues como se hace mención en los Hechos Probados de esta Resolución, ya había sido condenado en dos ocasiones anteriores (hoja histórico-penal a folios 116 y ss.) por igual delito, a penas de 4 años y 6 meses de prisión, extinguidas ambas en el año 2013.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el art. 66 y concordantes del C.P., concurriendo circunstancia agravante, y revistiendo los hechos gravedad tal que justifica la imposición de la pena en otra medida mas alta, se considera ajustada a derecho la pena de 5 años de prisión, pues el contenido de lo injusto de su conducta no se limitó a la venta al menudeo de droga, sino que en su domicilio fue ocupada toda la logística propia de quien trafica a mayor escala, siendo la tercera condena grave por tales hechos, en aplicación precisamente del principio de proporcionalidad a que apeló la defensa en su informe, multa de 6000 euros, teniendo en cuenta el tanto del valor de la ganancia obtenida por el vendedor en la transacción realizada, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme al art. 53 C.P. de 6 meses de privación de

libertad.

Finalmente, a tenor de lo dispuesto en el art. 374 C.P., se acuerda el comiso de la droga aprehendida y del dinero incautado al hoy condenado, con ulterior orden de destrucción definitiva en relación a la droga conforme al art. 338 L.E.Crim.; justificándose el comiso del dinero, al no constar acreditada mediante prueba documental o testifical fuente de ingresos lícita conocida por parte del mismo, por lo que unido a la transacción en que intervino el día de autos, todo apunta a considerar que procede de la ilícita actividad de venta de sustancias estupefacientes.

Asimismo, por aplicación lo dispuesto en el art. 89 del CP procede acordar la sustitución de la pena privativa de libertad por la de su expulsión del territorio nacional, con expresa prohibición de regresar al mismo en un plazo de diez años, al no haberse acreditado que le acusado tenga arraigo alguno en nuestro país.

QUINTO.- En materia de costas con arreglo a lo dispuesto a los arts. 123 del Código Penal y 239 y 240 (2º) Ley de Enjuiciamiento Criminal es procedente imponer el abono de las causadas a los condenados.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a
como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de 5 AÑOS de prisión, multa de 6.000 euros, con la responsabilidad personal legal en caso de impago de 6 meses, y abono de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de la droga aprehendida en la causa y del dinero incautado en su día al hoy condenado al que se le dará el destino legal. Firme la presente resolución librese oficio a la Unidad Administrativa para proceder a la destrucción de toda la droga decomisada en la causa.

Dicha pena privativa de libertad se sustituye por la de su expulsión del territorio nacional, al que no podrá regresar hasta transcurrido un plazo de diez años, y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena impuesta.

Pronúnciese esta Sentencia en Audiencia Pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que contra la misma se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley y/o quebrantamiento de ofrma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación.

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

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