

SENTENCIA Nº 80/2014

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FELICIANO TREBOLLE FERNANDEZ

D. FERNANDO PIZARRO GARCIA

D. MIGUEL ANGEL DE LA TORRE APARICIO

En VALLADOLID, a diez de Marzo de dos mil catorce.

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valladolid ha visto en grado de apelación, el presente procedimiento abreviado nº 262/2012 del Juzgado de lo Penal nº3 de Valladolid, por delito contra la salud pública, seguido contra . Han sido partes: como apelante el Ministerio Fiscal en la representación que le es propia. Y como apelado , el referido acusado, representado por la Procuradora y defendido por el Letrado. Es Ponente el Magistrado D. MIGUEL ANGEL DE LA TORRE APARICIO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Penal nº3 de Valladolid, con fecha 10-10-2013 se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este recurso declarando probados los siguientes hechos:

"UNICO.- Apreciando la prueba practicada en el acto del Juicio Oral se declara probado que la Guardia Civil en la localidad de Laguna de Duero, tras recibir llamadas ciudadanas que alertaban de un olor similar al de la marihuana en las inmediaciones de la C/ DIRECCION001 de Laguna de Duero, comprobaron la realidad de ese olor, por lo que se estableció un dispositivo aéreo, mediante una unidad en helicóptero que procedió a sobrevolar la zona y fotografiar la vivienda y patio en el que residía ... , apreciando signos de cultivo de plantas de marihuana. Solicitada autorización de entrada y registro en el domicilio de ... en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Laguna de Duero, esquina con la C/ DIRECCION001 , en el patio de la vivienda, y cubiertas por un mallazo verde, por cuyo uno de los laterales sobresalía una de las plantas, se incautaron tres plantas de marihuana, cuyo peso en la báscula del matadero municipal resultó ser de 40 kilogramos brutos. Recepcionadas en Sanidad el día siguiente, el peso bruto de las tres plantas verdes fue de 40 kilogramos, con un neto de 13,100 kilos según informe de 2 de noviembre, con una riqueza de THC del 4.09 % y de sustancia cannabis sativa. Ha quedado acreditado que el acusado sigue siendo consumidor de abuso de cannabis, y en la actualidad también de anfetamina, habiendo tenido periodos de politoxicomanía con consumo de heroína y cocaína, consumiendo estas últimas sustancias de manera ocasional actualmente."

SEGUNDO.- La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así:

"Que absuelvo a ... del delito contra la salud pública en sustancia de las que no causan grave daño a la salud, con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio las costas causadas.

Se acuerda el comiso definitivo de las sustancias aprehendidas ordenándose su destrucción, y la devolución del resto de los efectos que continúen a disposición de la autoridad judicial"

TERCERO.- Notificada mencionada sentencia, contra la misma se formalizó recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, que fue admitido en ambos efectos. Practicados los traslados oportunos se presentó escrito de impugnación por la representación y defensa del acusado.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se incoó el rollo de apelación, se turnó ponencia y en fecha 24-1-2014 recayó Auto acordando no haber lugar a la práctica de la prueba en segunda instancia y no considerar necesaria la celebración de vista en el presente recurso de apelación.

Tras ello quedaron los autos vistos para sentencia, previa deliberación.

HECHOS PROBADOS

Se admiten y esta Sala hace propios los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, completados con los aspectos fácticos recogidos en su fundamentación jurídica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia absuelve a ... del delito contra la salud pública de tenencia preordenada al tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, del que se le acusaba.

A través del recurso, el Ministerio Fiscal interesa la revocación de dicho pronunciamiento absolutorio y, en su lugar, se dicte nueva sentencia por la que se condene a ... como autor del referido delito, tipificado en el artículo 368 párrafo primero inciso segundo del Código Penal, a la pena de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 90.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada 100 euros impagados, acordándose el comiso de las sustancias aprehendidas y su destrucción.

SEGUNDO.- El motivo central del recurso consiste en impugnar la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador de lo Penal.

Al tratarse de una sentencia absolutoria, hemos de traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que establece serios límites a la posibilidad de rectificar sentencias absolutorias para llegar a una condena o a la posibilidad de agravar la respuesta penal contenida en la resolución de instancia.

Así el Tribunal Constitucional, a raíz de la importante sentencia 167/2002 de 18 de septiembre, inicia una doctrina, reiterada posteriormente, señalando que " al órgano de apelación, cuando no se haya practicado prueba personal ante el mismo en la segunda instancia bajo los principios de la inmediación y contradicción, le está vedado condenar (frente a una sentencia absolutoria) o agravar el pronunciamiento emitido en la sentencia de primer grado, mediante la modificación o rectificación de la valoración de las pruebas personales realizada por el Juzgador en su sentencia, pues ello afectaría al derecho a un

proceso público con las debidas garantías.

En esta misma línea, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002 sostiene que se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el Tribunal que ha de resolver un recurso para agravar la sentencia de instancia, corrige la valoración y ponderación que de las pruebas personales contenida en la misma, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, de que sí dispuso el Juez a quo. (STC de 9 de febrero de 2004).

Por consiguiente, el tribunal de apelación puede valorar la prueba, coincidiendo o no con la apreciación del Juzgador de instancia, pero tratándose de la declaración del acusado, o de prueba testifical o pericial, que exigen inmediación, sólo puede llevar a cabo una nueva y distinta valoración de las mismas, en perjuicio del reo, si se cumplen las exigencias aludidas de haberse practicado tales pruebas en su presencia y en condiciones de inmediación y contradicción. Ni tan siquiera mediante el visionado de la grabación del acto del juicio, es posible revisar en segunda instancia la valoración de las pruebas de carácter personal efectuadas por el Juez a quo (STC de 18 de mayo de 2009).

No ocurre lo mismo cuando el debate planteado en el recurso sea de naturaleza estrictamente jurídica, o cuando la nueva apreciación de la prueba se reduzca a la de naturaleza documental, porque entonces no está en juego el principio de inmediación.

Aplicada esta doctrina jurisprudencial al caso de examen, como quiera que las declaraciones de las partes, de los testigos y de los peritos se han producido únicamente en la instancia, sin que estemos ante un supuesto legal de admisión de prueba en la apelación (artículo 790-3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), este tribunal no puede modificar, en contra del reo (es decir, para condenar), el juicio de credibilidad otorgado por el Juzgador a dichas pruebas personales, debiendo respetar su criterio valorativo reflejado en la sentencia así como la conclusión derivada de tal apreciación fáctica, considerando además que la misma no se aparta de criterios lógicos y racionales.

A este respecto, y refiriéndonos en particular a la determinación de la cantidad neta aprovechable de marihuana, cabe señalar que el Juez contrasta la opinión de perito Sr. con diferentes criterios adoptados también por peritos en otras partes del territorio nacional (y que han dado lugar a una determinada doctrina jurisprudencial), sobre lo cual se le interrogó a aquel en el plenario. Don. admitió esa diversidad de posturas indicando que no hay criterio científico fijo y que cada cual habla desde su propia experiencia. Así se abre la posibilidad de hacer la valoración por el Juez en la forma expuesta en la sentencia, tomando esos otros criterios que han sido plasmados en resoluciones judiciales y que resultan más favorables al reo. No vemos por tanto un error patente en la apreciación de dicha prueba pericial. Incluso, el propio perito Sr. , refiriéndose a su experiencia, dijo en términos genéricos que la sustancia neta aprovechable sería un 20% del total del peso de la planta, pero luego especificó que del peso bruto de las plantas de marihuana se solía perder un 70% de agua y luego hasta un 50% correspondiente a ramas, raíces y tallos. Bajo esta fórmula, en el presente caso, resultaría un peso neto de 6.000 gramos, cantidad que -como luego indicaremos- por sí misma tampoco sería claramente significativa de una preordenación al tráfico cuando se trata de una persona que es consumidora habitual de dicha sustancia, como el acusado.

Por consiguiente, hemos de mantener la apreciación de la prueba realizada en la sentencia de instancia.

TERCERO.- Partiendo de tales premisas fácticas, procede ahora analizar si estamos

ante el delito tipificado en el artículo 368 del Código Penal , de posesión de droga con destino al tráfico a terceras personas. El mismo exige la concurrencia de dos requisitos esenciales: uno de ellos objetivo, integrado por la material tenencia de tal sustancia tóxica, psicotrópica o estupefaciente; y el otro, subjetivo o anímico, consistente en el propósito de transmitir a terceros dichas sustancias que tenga en su poder o a su disposición.

Para acreditar este elemento subjetivo del injusto, es decir la peordenación al tráfico de la sustancia ocupada, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, tales como la cantidad de droga poseída, los medios o instrumentos utilizados para la comercialización en poder del acusado, existencia de productos adulterantes, condición o no de drogodependiente del mismo, posesión de sumas de dinero o bienes incongruentes con su posición económica, la ubicación de la droga y circunstancias de la aprehensión y, en definitiva, cualquier otro dato revelador de la intención del sujeto (STS 10 de julio de 2003 y 15 de diciembre de 2006 entre otras).

En el caso enjuiciado, la sentencia determina que la cantidad de cannabis sativa aprovechable es de 3.200 gramos. Dicho dato resulta insuficiente para inferir de modo inequívoco y seguro su preordenación al tráfico, teniendo en cuenta que el citado acusado es consumidor habitual de marihuana, como se recoge en el informe del médico forense (folios 223 y 224) así como en los de Aclad (254 y 255) y en el informe del centro penitenciario, al que alude el Juzgador.

En el cultivo de cannabis sativa se consigue una cosecha al año, por lo que el acopio realizado por el acusado debe ser entendido como referido a un año. Pues bien, la tenencia de 3.200 gramos netos recogida en la sentencia (o incluso la de 6.000 gramos netos que resultaría de la opinión del perito Don. Daniel) no representa una cantidad que supere de forma clara las necesidades del autoconsumo del acusado a lo largo de un año, considerando que el consumo diario de abuso de marihuana puede cifrarse en 20 gramos (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de enero de 2001) o en 25 gramos (atendiendo a los criterios de la STS 1 de marzo de 2007). Véase que en la sentencia de esta Audiencia Provincial de Valladolid Sección Cuarta, de fecha 5-12-2011 , se estimó el recurso de apelación y se absolvió al acusado del delito contra la salud pública en un supuesto de plantas de marihuana con cantidades netas consumibles de 6.600 gramos, aprehendidas también a un consumidor habitual.

Por otro lado, como se razona en la sentencia recurrida, ni el número de plantas (tres) ni su ubicación en el patio permiten deducir una finalidad de transmisión. No se han observado actos dirigidos a la distribución de la sustancia estupefaciente. No se le han encontrado útiles u objetos (por ejemplo, balanzas, picadora, envoltorios o anotaciones) que sean indicativos de una vocación de transmisión de la sustancia contenida en las plantas, ni efectos preparados para su difusión a terceros. Tampoco se ha ocupado al acusado dinero ni bienes incongruentes con su posición económica, ni se ha constatado que el mismo llevase un ritmo de vida impropio de las actividades a las que se dedica.

En consecuencia, solo concurre el dato objetivo de las tres plantas de marihuana intervenidas con la cantidad neta consumible indicada, sin ningún otro elemento significativo que venga a confirmar que el acusado fuera a destinar la droga al tráfico; dato que ha de entenderse, a favor del reo, para el propio abastecimiento y autoconsumo, en atención a lo anteriormente razonado; por lo que se coincide con el criterio del Juez de instancia en el sentido de que no hay prueba suficiente para obtener la segura convicción de que las plantas de marihuana (cannabis sativa) que se hallaron en la casa del acusado estuvieran destinadas a la venta, distribución o transmisión a

terceras personas, moviéndonos en un terreno de la duda o incertidumbre acerca del elemento subjetivo del tipo previsto en el artículo 368 del Código Penal , con lo que debe operar el principio "in dubio pro reo" manteniendo el pronunciamiento absolutorio establecido en la sentencia impugnada.

CUARTO.- Todo cuanto se ha expuesto conduce a la desestimación del recurso, debiendo declararse de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Mº Fiscal, se confirma la sentencia de fecha 10-10-2013 dictada en el Procedimiento Abreviado 262/2012 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valladolid , declarándose de oficio las costas de esta alzada.

No tífiquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que

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

PUBLICACION.- Leída y publicada la presente resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha de lo que doy fe.