

**Tribunal Supremo Sala 2ª, S 9-10-2002, nº1628/2002, rec.3322/2001.**

## **RESUMEN**

*La Sala estima el recurso de casación del Ministerio Fiscal y dicta segunda sentencia condenando al acusado por un delito contra la salud pública, señalando que la jurisprudencia, en los casos en que el portador de la droga sea consumidor, considera que está destinada al tráfico cuando la cuantía exceda del acopio medio de un consumidor; considerando, en relación a la cocaína, como dosis diaria de consumo la de dos gramos y ha presumido finalidad de tráfico en la tenencia que excediera de quince gramos. Por ello, en este caso en que la cantidad de droga intervenida al inculpado era de veinte gramos de cocaína pura, se afirma la finalidad de tráfico.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO DE INTERÉS**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 18 de Madrid, incoó Procedimiento Abreviado con el número 154 de 2001, contra Manuel, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 16ª, con fecha 3 de octubre de 2001, dictó sentencia que contiene los siguientes:

Hechos Probados: "Sobre las 15,30 horas del día 19-1-2001 funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, en las inmediaciones de la Estación de autobuses de esta capital, ocuparon a Manuel, que días antes había llegado a Madrid y se disponía a marcharse a Barcelona, lugar de residencia, una bolsa con 86 gramos de cocaína, con una riqueza del 23 por ciento, otra con 0,363 gramos de igual sustancia, con una riqueza de 27 por ciento y dos trozos de hachís con un peso total de 5,18 gramos.

No costa acreditado que la posesión de tales sustancias tenga otro destino que no sea el autoconsumo por parte del acusado, el cual presenta una dependencia a las mismas, de la que esta en la actualidad en tratamiento de rehabilitación".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Fallo.- Que debemos absolver y absolvemos libremente a Manuel del delito contra la salud pública de que venía acusado en este procedimiento. Dejando sin efecto cuantas medidas cautelares venía acordadas respecto del mismo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**PRIMERO.-** 1. La Audiencia Provincial de Madrid, en el Fundamento Primero de la sentencia recurrida estimó que la tenencia de droga ocupada a Manuel no integra el delito previsto en el art. 368 del CP., por entender que los estupefacientes no estaban destinados al tráfico, como lo revelaban diversos datos, tales como la drogadicción del acusado -acreditada por el informe del Forense obrante al folio 21 de las actuaciones y en el acto del juicio, y por el informe del Instituto de Reinserción Social- y la ausencia de una ocultación especial de la droga, ponderando también el Tribunal de instancia que los gastos hechos por Manuel por su desplazamiento a Madrid, estancia en esta capital y regreso a Barcelona difícilmente podían compensarse con las ganancias obtenidas por la venta de la droga. Finalmente, considera la Audiencia que el criterio estimatorio de que Manuel destinaba la cocaína al propio consumo no queda desvirtuada por la denuncia que contra él presentó Francisca, por no haber sido ratificada.

**SEGUNDO.-** El recurso del Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid se concreta en un único motivo, en el que, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., se denuncia la indebida inaplicación del art. 368 del CP.

Estima el ministerio publico que la cantidad de droga intervenida al inculpado, aproximada a los 20 gramos de cocaína pura, no obstante la drogodependencia de Manuel es bastante a fin de desvirtuar el principio de presunción de inocencia y afirmar la finalidad de tráfico, conforme a las reglas razonables de la lógica y al criterio generalizado de la jurisprudencia de esta Sala, pues el montante de estupefacientes poseído, excede de las dosis calculables para el consumidor medio a corto plazo.

Cítanse en el recurso sentencias de esta Sala que fijan la previsión del consumidor medio en diez o doce días como máximo y que han considerado preordenados al tráfico cantidades que excedían de 10 y 11,79 gramos.

**TERCERO.-** En las sentencias de esta Sala 1595/2000 de 16.10, 1831/2001 de 16.10 y 1436/2000 de 13.3., 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, unido 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.**

La jurisprudencia de esta Sala, aún en los casos de que el portador de la sustancia estupefaciente sea consumidor, ha venido considerando que la droga esta destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor.

**En relación a la cocaína,** una línea jurisprudencial, manifestada en las sentencias de esta Sala de 28.4.95 y 29.4.95, **ha señalado como dosis diaria de consumo la de dos gramos, y ha presumido finalidad de tráfico en la tenencia que excediera de quince gramos (SS. de 7.11.91, 22.9.92, 5.10.92 y 19.4.93).**

**En las sentencias de esta Sala de 14.5.90, 15.12.95 y en la 1778/2000 de 21.11, se ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001.**

**Es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días.**

**Como sentencias mas recientes en materia de preordenación al tráfico parcialmente de la cocaína poseída por un consumidor, pueden citarse:**

La 1978/2000 de 26.11, que considera destino al tráfico en un alijo de 19,81 gramos de cocaína con una pureza del 74%, ocupado a un consumidor; la 242/2000 de 14.2, que estima preordenados al tráfico treinta gramos de cocaína, intervenidos a un consumidor esporádico; la 436 de 13.3.2002, que consideró que 24,22 grs. de cocaína superaban el acopio normal para el consumo; y la 74/2002 de 23.1, que consideró que aún probándose que el tenedor fuese consumidor habitual, la cantidad de 50 gramos de cocaína era excesiva para consumirla entre dos personas.

4.- En el recurso del Fiscal, aparte de impugnarse la indebida inaplicación del art. 368 del CP., se critica la inferencia que hace el Tribunal de instancia de los datos ponderados en el primer Fundamento y la conclusión que saca de ellos de que no se ha acreditado que la posesión de las drogas por Manuel tuviera otro destino que no fuera de autoconsumo por parte de dicho acusado, dada la dependencia que presenta el acusado a tales sustancias.

Y esta Sala, con apoyo en la doctrina expuesta en el precedente apartado, entiende que debe estimarse la impugnación de Fiscal, por ser incorrecta la inferencia hecha por la Audiencia, de la que indujo que Manuel no tenía propósito de traficar con la droga que portaba, ya que de los datos ponderados por la Audiencia se llega a la conclusión de que tal propósito existía, aunque fuera concurrente con la intención de destinar parte del estupefaciente al propio consumo, por lo que en suma debe estimarse indebidamente inaplicado el art. 368 del CP. La inferencia del Tribunal de instancia fue incorrecta por apartarse de las reglas de la experiencia, en materia de drogas, que enseñan que un montante de cocaína de más de ochenta y seis gramos, como la que portaba el acusado, no puede destinarse exclusivamente al consumo de éste, aunque se tratase de persona drogodependiente. **El dato de la deficiente ocultación de la droga, que pondera el Tribunal "a quo" en el primer Fundamento, no es significativo, para determinar si el propósito del acusado era de traficar o de consumo propio, ya que cualquiera que hubiera sido la intención de Manuel, lo normal es que hubiera tratado de esconder la cocaína lo más posible, para impedir la intervención de la sustancia por la policía. El dato de la falta de ganancia en la operación, puesto de relieve por la Audiencia, atendidos los gastos de desplazamiento de Barcelona a Madrid, y vuelta, y los de estancia en la capital, tampoco puede ser acogido, ya que por lógica debe entenderse que a Manuel le resultaba más barato comprar la droga en Madrid, que hacerlo en Barcelona, a pesar de los gastos derivados del viaje y estancia en la capital.**

### **FALLO**

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el 3 de octubre de 2001, y en consecuencia debemos casar y casamos la sentencia.

Que debemos condenar y condenamos a Manuel, como autor responsable de un delito de tráfico de drogas, relativo a sustancias estupefacientes que causa grave daño a la salud, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de grave drogodependencia.