

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-7-2002, n°1251/2002, rec. 3347/2000.

RESUMEN

La Sala estima el recurso de casación interpuesto por el acusado y le absuelve del delito contra la salud pública por el que fue condenado, señalando, entre otras cuestiones, que la jurisprudencia fija unas pautas orientativas sobre la cantidad de droga que puede estimarse destinada al consumo propio y de lo que puede considerarse destinada a la distribución a terceros, basadas en el cálculo del consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del máximo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor; pero tales pautas no pueden coartar la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del tribunal de instancia, ni impedir que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos. En este caso, se concluye que los cuarenta gramos de cocaína ocupada estaban destinados a aliviar la adicción del acusado, pues no existe prueba que acredite su destino al tráfico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Villafranca del Penedés, incoó Procedimiento Abreviado con el número 58 de 1999, contra Jorge, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Quinta, con fecha tres de julio de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: "El acusado Jorge, mayor de edad y carente de antecedentes penales, sobre las 23,55 horas del día 14 de junio de 1998, conducía el vehículo Ford Mondeo, matrícula B-...-OT, propiedad de su madre Dolores, cuando fue detenido por los componentes de una patrulla de la Guardia Civil a causa de la excesiva velocidad a la que conducía. Cuando la referida patrulla procedió al reconocimiento del vehículo que pilotaba el acusado encontraron en el maletero, escondidas bajo el portabotellas de terciopelo de una caja de licores, una serie de cinco bolsas y envoltorios conteniendo un total de 41,813 gr. de cocaína (con porcentajes de riqueza en base del 20%, 39,2%, 36%, 35,5% y 33,8% respectivamente), un trozo de hachís de 22,065 gr. de peso y un comprimido de Etil MDA, sustancias que poseía el acusado para su posterior distribución y venta a terceros. El acusado era, en el momento de los hechos, adicto a la cocaína desde años atrás."

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

Fallo.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Jorge, como criminalmente responsable en concepto de autor del delito contra la salud pública, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- 1. En el Fundamento Primero de la sentencia recurrida se pondera la adicción de Jorge al consumo de cocaína como dato indicativo de que poseía la que se le encontró en el coche, para esnifarla él mismo, pero entiende el Tribunal de instancia que, frente a tal

inferencia, **deben prevalecer las demostrativas de que el acusado destinaba la droga en parte a la venta a terceros**, basadas en:

- a) El dato de la importante cantidad hallada (41,813 gramos), que se estima preordenada al tráfico, según los baremos de la jurisprudencia.
- b) El dato de la diversidad de porcentajes de pureza apreciada en los distintos envoltorios en que estaba guardada la droga (cinco bultos), por entender el recurrente que para conseguir mejor precio y que le resultara más barato el consumo, la droga adquirida deberá de haber sido de la misma partida y no de cinco diferentes.
- c) El dato de la ocultación de la cocaína, que no es creíble en un poseedor de la droga, con finalidad de autoconsumo, y que sabe que tal conducta es penalmente atípica.
- d) El dato de la explotación por Jorge de un local nocturno -la "Discoteca S." de Igualada-, en cuanto suponía un medio apto para poder desarrollar el tráfico de la droga.

2. En el primer motivo del recurso de casación de Jorge, se alega la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 de la CE., del que es beneficiario el recurrente, en cuanto su voluntad de tenencia preordenada al propio consumo de la sustancia estupefaciente que le fue ocupada, no ha sido desvirtuada por prueba de cargo alguna legítimamente obtenida.

Se entiende en el recurso que de los indicios tenidos en cuenta por el Tribunal Provincial no se infiere la intención de Jorge de traficar con la droga que se le encontró.

No cabe inferir tal propósito del número de bultos hallados -cinco-, ya que pudo haberse adquirido la cocaína distribuida de tal forma.

Tampoco cabe inferir la intención de tráfico del peso bruto de la cocaína hallada, ascendente a 41,813 grs., ni del peso neto, que sería de 12,14 grs. ni de la variedad de sustancias ocupadas -cocaína, hachís- etil MDA-, puesto que las tres son drogas perfectamente consumibles al tiempo, según la doctrina de esta Sala en sentencia de 1.3.99. Cítanse en el recurso las sentencias de esta Sala de 8.11.91, 7.10.93 y 442/99, de 26.3.99, en las que, con cantidades de droga similares a las que se reflejan en la sentencia recurrida, se apreció finalidad de autoconsumo y se absolvió del delito del art. 368 del CP.

Entiende también el recurrente que no cabe inferir el propósito de destino de la cocaína a la venta a consumidores del hecho de que Jorge fuese dueño de una discoteca y la explotase.

Pone de relieve también el recurrente el informe del Médico Forense de 28 de marzo de 2000, en el que se dictamina que **Jorge es un toxicómano antiguo, dependiente de la cocaína por vía nasal, y cuya capacidad volitiva debió de esta muy disminuida en relación con actos dirigidos a la obtención de la droga, atribuyéndosele un consumo de hasta dos gramos diarios, y señalándose en el informe que Jorge presenta una atrofia muy marcada de ambas fosas nasales y esclerosis en saco y vías lacrimales**. Puntualiza el recurrente que en el acto del juicio el Médico Forense afirmó la compatibilidad de tales secuelas con el consumo de cocaína en gran cantidad.

Con base a tales informes, se llega en el recurso a la conclusión de que la cocaína ocupada, estaba destinada a aliviar la adicción de Jorge a tal estupefaciente, teniendo en cuenta que los cuarenta gramos intervenidos debían durarle unos veinte días y ponderando que la localidad donde residía el acusado -Igualada- distaba unos setenta kilómetros de la ciudad donde compraba la cocaína -Barcelona-, y que Jorge gozaba de un buen nivel económico, y que no existen indicios que, de alguna manera, señalen cualquier clase de actividad delictiva en el mundo de la droga por parte del acusado, ya que en el atestado inicial no se refiere por parte de la Guardia Civil más motivo de la detención de Jorge que el de circular a gran velocidad.

Considera finalmente irrelevante el recurrente el hecho, puesto de relieve en la sentencia, de hallarse la cocaína escondida bajo el portabotellas de una caja de licores guardada en el maletero del Ford Mondeo, pues la ocultación era necesaria, tanto si la cocaína era para el tráfico, como si lo era para el propio consumo, pues en cualquiera de tales supuestos, la policía aprehendería la sustancia estupefaciente, si la encontraba, y ello con independencia de los motivos que dio el acusado relativos a que escondió la cocaína en el coche para evitar que, estando en la vivienda, pudiera ser descubierta la sustancia por la madre de Jorge o por la asistenta.

Según se razona en la sentencia de esta Sala 1595/2000, de 16 de octubre, 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 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. En relación a la cocaína, la jurisprudencia ha señalado como dosis diaria de consumo la de dos gramos en las sentencias de esta Sala de 28.4.93 y 29.4.95, y ha presumido finalidad de tráfico en la tenencia que excediera de quince gramos (SS. 7.11.91, 22.9.92, 5.10.92, y 9.4.93).**

Ahora bien, según se razona en las sentencias de esta Sala 411/97 de 12.4, 422/99 de 26.3, y en la de 22.6.2001, **las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que puede estimarse destinada exclusivamente al consumo propio y de lo que puede considerarse destinada a la distribución a terceros fijan unas pautas o baremos orientativos basados en el cálculo del consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del máximo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y apoyados en las enseñanzas de la experiencia y en los datos facilitados por Organismos dedicados al estudio del fenómeno de la droga; y tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal de instancia, reconocida en el art. 741 de la LECrim., ni impedir por tanto que dicho Órgano Judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.**

Concretamente, en la sentencia 422/99, de 26 de marzo se consideraron destinados al autoconsumo 26 grs. de cocaína, con una pureza del 70%, que suponían 18 gramos netos del estupefaciente, y en la sentencia de 22.6.2001, se reputó destinado al consumo del tenedor un montante de 40 grs. de cocaína con una concentración del 77%, que daba un importe neto de estupefaciente de 30 grs. y ocho decigramos.

5. Partiendo de la doctrina expuesta en el precedente apartado, se llega a las siguientes conclusiones:

a) La impugnación por parte de Jorge del propósito de traficar con la cocaína, que se le atribuyó en la sentencia debería haberse formulado por el cauce del art. 849.1º de la

LECrim., por aplicación indebida del art. 368 del CP., y no por la vía de la vulneración de la presunción de inocencia, pero no obstante, las exigencias de tutela judicial efectiva impone que la impugnación sea examinada ponderando si cabe inferir el propósito de traficar de los datos indiciarios tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, y si por tanto es correcta la imputación del tipo del art. 368 del CP. a Jorge.

b) La impugnación formulada en el primer motivo debe prosperar, puesto que de los indicios y contraindicios tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador, no cabe inferir razonablemente que Jorge poseyera la cocaína para su ulterior comercialización ya que:

1) El Tribunal contó con un único indicio, consistente en el montante de cocaína detentada por el acusado, ascendente a 41,813 grs.. con una pureza oscilante entre el 20 y el 39 por ciento, que daba un peso neto de cocaína de 12,14 grs. debiendo de tenerse en cuenta que si la cuantía de cocaína supera los baremos fijados en general para el autoconsumo, en algunos casos, recogidos en el último párrafo del apartado anterior, se han estimado destinadas al propio consumo cantidades superiores a las señaladas en tales baremos.

2) La distribución de la droga ocupada al acusado en cinco bultos -según los términos de la sentencia recurrida-, con purezas de 20%, 33,8%, 35,5%, 36% y 39,2% y la distribución de uno de los bultos en papelinas, según refleja el informe de sanidad de los folios 25 y 27 no son reveladoras de la finalidad de tráfico, puesto que la cocaína podía estar dispuesta en dichos cinco envoltorios y 6 papelinas, cuando la adquirió Jorge, y en todo caso la cocaína contenida en cada envoltorio (20,68 grs., 10,603 grs., 9,068 grs., 5,84 grs. y 1,230 grs.), y en cada papelina (92 centigramos) excedían de los dosis que suelen venderse a los minoristas. En todo caso, las explicaciones dadas por Jorge sobre la adquisición de la droga han sido lógicas y se han mantenido en sus distintas declaraciones.

3) Tampoco constituye indicio incriminatorio la ocultación de la droga en una caja de whisky, en el maletero del turismo Ford Moneo B-...-OT, de la madre del acusado, Dolores, puesto que, aunque la tenencia de la droga no fuese delictiva, por estar destinada al autoconsumo, la cocaína no dejaba de ser una sustancia ilícita, como gravemente dañina para la salud, que no podía quedar a la vista de las personas y menos de los Agentes de la Autoridad.

4) Tampoco puede calificarse de elemento incriminatorio el hecho de la explotación por Jorge de una discoteca en Igualada, puesto que no se han aportado datos complementarios integrantes de indicios de que el acusado vendiese cocaína en el local nocturno.

5) Y finalmente, tampoco es indicio incriminatorio la pluralidad de drogas encontradas al acusado -cocaína, hachís, etil MDA- puesto que es posible el consumo conjunto o simultáneo de las tres, y por ser aceptables y persistentes las explicaciones dadas por Jorge sobre la adquisición del hachís y de la pastilla.

Y frente al único indicio de cargo contra Jorge, consistente en el montante de la droga por él poseída, deben prevalecer los contraindicios que desvirtuar el propósito de tráfico de cocaína, y que son:

1.- La grave adicción de Jorge a la cocaína, reflejada en los hechos probados, y cuyas manifestaciones físicas y psíquicas se señalan en los informes del Médico Forense mencionados en el apartado 2 de este Fundamento, de los que resultan que la droga ocupada al acusado podía servirle para el autoconsumo durante veinte o cuarenta días, según se acepte que consumía 2 grs. ó 1 grs. al día.

2.- El alto nivel económico de Jorge y de su madre Dolores, que vivía con él, que demuestran las copias de las declaraciones de renta y patrimonio de ambos, aportados a las

actuaciones, y que revelan que Jorge no precisaba vender droga para financiar su adquisición.

3.- Otro dato exculpatario es la falta de actuaciones policiales derivadas de sospechas de que Jorge se dedicase al tráfico de drogas en su domicilio o en la "Discoteca S." de Igualada, distintas de las seguidas a consecuencia del descubrimiento de la droga en el "Ford Mondeo", y la cierto es que en estas tampoco se acordó el registro de la vivienda del acusado, y del mencionado local nocturno, ni fueron encontrados ni aprehendidos instrumentos o elementos de los empleados para la venta de drogas -como balanzas, papel para la confección de papelinas, sustancias para el corte de la droga-. Por todo lo expuesto, el primer motivo del recurso debe ser estimado.

SEGUNDO.- Estimado el primer motivo, que comportará la absolución de Jorge del delito de tráfico de drogas del art. 368 del CP., no procede entrar en el examen del segundo motivo, por el que al amparo del art. 849.2º de la LECrim. se pretende la aplicación al acusado de la eximente incompleta de drogadicción del art. 21.1º del CP., en relación con el art. 20.2 del CP., o en todo caso, la atenuante del art. 21.2 del CP.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el motivo primero del recurso de casación, interpuesto por Jorge contra la sentencia dictada el 3 de julio de 2000, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en las Diligencias Previas 588/98 tramitadas por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Villafranca del Penedés; y en consecuencia debemos casar y casamos la sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado Jorge del delito contra la salud pública de que fue acusado, con declaración de oficio de las costas.