



Roj: **SAP MU 1336/2023 - ECLI:ES:APMU:2023:1336**

Id Cendoj: **30016370052023100253**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **16/05/2023**

Nº de Recurso: **14/2023**

Nº de Resolución: **122/2023**

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

Ponente: **JACINTO ARESTE SANCHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Cartagena, núm. 3, 21-10-2022 (proc. 48/2022),
SAP MU 1336/2023**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00122/2023

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 de CARTAGENA

-

Domicilio: C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (CARTAGENA)

Telf: 968.32.62.92. Fax: 968.32.62.82.

Correo electrónico:

Equipo/usuario: AP4

Modelo: 001200

N.I.G.: 30016 43 2 2020 0010965

ROLLO: RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000014 /2023

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 3 de CARTAGENA

Procedimiento de origen: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000048 /2022

RECURRENTE: Patricio , Pelayo

Procurador/a: MARIA DE LOS REYES AZOFRA MARTIN, IBAN MANUEL HERNANDEZ SANCHEZ

Abogado/a: JESUS CASAS AGUILAR, RAFAEL ROS CEREZO

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION 5ª - CARTAGENA

ROLLO Nº 14/2023 RP

Ilmos. Sres.



Don Jacinto Aresté Sancho

Don José Francisco López Pujante

Don Ángel Garrote Pérez

Magistrados

En Cartagena, a dieciséis de mayo de dos mil veintitrés.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, compuesta por los Ilustrísimos Señores citados

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 122

Vista, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilustres Sres. expresados, la causa procedente del Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, seguida en el mismo como Juicio Oral nº 48/22 dimanante del Procedimiento Abreviado 155/21 procedente del Juzgado de Instrucción N.º 5 de Cartagena seguido por un delito contra la salud pública contra Patricio defendido por el letrado Sr. Casas Aguilar y representado por la procuradora Sra. Azofra Martín, y contra Pelayo defendido por el letrado Sr. Ros Cerezo, y representado por el procurador Sr. Hernández Sánchez, interviniendo el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública, siendo partes en esta alzada, como apelantes, dichos acusados y, como apelado el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Jacinto Aresté Sancho, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena, con fecha 21 de octubre de 2022, dictó Sentencia en los autos de que este rollo dimana declarando probados los siguientes hechos: "Los acusados Patricio, sin antecedentes penales al momento de cometer los hechos, DNI NUM000 y Pelayo, sin antecedentes penales, DNI NUM001, mayores de edad, puestos de común acuerdo, desde fecha no determinada, pero entre el 13/01/20 y el 27/11/20, con ánimo de menospreciar la salud pública, llevaron a cabo una labor de cultivo y depósito de sustancia estupefaciente (cannabis), en la nave sita en calle Depósito, nº 1, del Polígono Industrial Cabezo Beaza, de Cartagena. Dicha nave fue arrendada, en virtud de contrato de 13/01/20, por Pelayo. Que el 27/11/20 se llevó a cabo la entrada y registro de dicha nave, con autorización de los acusados, habiéndose encontrado en una construcción anexa en el patio de la misma, los siguientes efectos: -cogollos de 100 plantas frescas de cannabis de sativa con peso total de 1.4119 gramos y valor de 2.54424 euros. -hojas de 100 plantas semifrescas de cannabis sativa con peso total de 28079 gramos valor 1.42922 euros. -caja de cogollos húmedos de cannabis de sativa con peso total de 6781 gramo y valor de 3.45152 euros. -5 focos con difusor de 600 w, dos extractores y un aparato de aire acondicionado".

Segundo: En el fallo de dicha resolución, expresamente se disponía: "Que debo condenar y condeno a Patricio y Pelayo como autores de un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 368 del CP, en relación con sustancias que no causan grave daño a la salud, concurriendo en el caso de Pelayo la atenuante analógica de drogadicción, a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 7.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses de prisión para Patricio y a la pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 7.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 2 meses de prisión para Pelayo, así como al abono de las costas procesales por mitad".

Tercero: Contra la anterior Sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, Sección Quinta, sendos RECURSOS DE APELACIÓN por la procuradora Doña Reyes Azofra Martín, en nombre y representación del condenado Patricio y por el procurador Don Ibán Manuel Hernández Sánchez, en nombre y representación del condenado Pelayo, que fueron admitidos en ambos efectos, y por los que se expusieron por escrito y dentro del plazo que al efecto les fue conferido, la argumentación que les sirve de sustento, dándose seguidamente a la causa, por el Juzgado de primer grado, el trámite dispuesto por los artículos 803 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con traslado de los escritos de recursos a las demás partes personadas para impugnación y plazo común de cinco días, oponiéndose el Ministerio Fiscal y solicitando la desestimación, remitiéndose seguidamente los autos a este Tribunal, formándose el correspondiente rollo que ha quedado para Sentencia sin celebración de vista, habiéndose señalado la deliberación, votación y fallo en el día de la fecha.

Cuarto: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



HECHOS PROBADOS

Único: Se aceptan los hechos declarados probados por la Sentencia apelada, debiendo tenerse por reproducidos, con la excepción de la expresión "hojas de 100 plantas semifrescas de cannabis sativa con peso total de 28079 gramos valor 1.42922 euros" que se sustituye con la de "hojas de 100 plantas semifrescas de cannabis sativa con peso total de 28079 gramos y cuyo valor no consta, cuyo contenido en THC eran sólo de 1,2% frente al 13,8% de los cogollos de plantas frescas y 14,7 % de la caja de cogollos húmedos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El juzgado de lo Penal condena a los acusados como autores de un delito de contra la salud pública por su intervención en el cultivo de la marihuana. Los condenados presentan sendos recursos en los que, partiendo del hecho de haber cultivado la marihuana incautada, y con referencia a la presunción de inocencia y error en la valoración de la prueba, sostienen que su destino era el autoconsumo, exponiendo una serie de argumentos en apoyo de esa tesis frente a la de la resolución impugnada. Uno de los recurrentes, de forma subsidiaria, invoca la falta de motivación y proporcionalidad de la pena de multa.

Segundo : Antes de entrar en el fondo de los recursos, conviene referirse a dos puntos al que los recurrentes dan cierta importancia. La circunstancia de que el dictamen pericial analítico de 11 de febrero no venga materialmente firmado por su autora (aunque se envía digitalmente con un Código Seguro de verificación, al que se puede otorgar una garantía similar a la firma electrónica), pasa a ser completamente intrascendente desde el momento que fue personalmente ratificado por aquella, Dra. Delia , en el juicio, donde contestó a las cuestiones que se le preguntaron. Respecto a la valoración de la droga (acontecimiento 98), viene calculado el precio medio por gramo de esta sustancia en el mercado ilícito según la OCNE (y cuyas tablas, públicamente conocidas, no están sujetas a la exigencias propias de una prueba pericial, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias como las SSTS 73/2009 y 550/2010). En el caso de los cogollos o sumidades, es evidente que tienen un valor económico, y no habiendo aportado la defensa otra, se estará a la de las tablas. En cambio, en el caso de las hojas, es suficiente comparar su escaso contenido de TCH con el de los cogollos para concluir que no se puede aplicar el mismo precio por gramo.

Tercero : La sentencia impugnada concluye en su fundamento tercero que el cultivo se hallaba destinado al tráfico mediante argumentos que asumimos, damos por reproducidos, y no son desvirtuados por los argumentos de los recurrentes. Y queremos resaltar la importancia de dos datos de los que razonablemente se puede deducir sin duda razonable ese destino, excluyendo el de autoconsumo.

El primero es que, con independencia del peso de la marihuana incautada, el número de plantas (100 en estado de floración, 36 en proceso de secado) es notablemente superior al que razonablemente cabría pensarse en un cultivo autoconsumo. En la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de octubre de 2020, mencionada en la resolución impugnada, que absuelve al acusado y señala que " *el cultivo de cannabis sativa es un ciclo cerrado, tanto de siembra como de recolección, consiguiéndose una sola cosecha al año, por lo que el acopio realizado por el acusado, debe ser entendido como referido a un año*", se habían incautado exclusivamente dos plantas. En cambio, en la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 14 de junio de 2022 (ROJ: SAP MU 1442/2022), en un caso en que se habían intervenido 28 plantas, con un peso de 1008 gramos de una riqueza de 19%, y por tanto mucho más parecido al aquí enjuiciado, confirmatoria de la condenatoria del juzgado de lo penal, se subraya " *la muy importante cantidad de droga incautada, a los efectos de poder considerar que es sólo para el consumo de una o dos personas, o de afirmar, en contrario y como sucede en este supuesto, la existencia lógica de un elemento subjetivo en ese 'plantar', como es su destino, siquiera en su mayor parte o una parte relevante del mismo, a la venta y consumo de terceros*", glosando " *la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera, de fecha 1-VII-2020 , en la que se dispone cómo: La STS 183/2019 de fecha 2 de abril de 2019 , expone lo siguiente: "como hemos indicado en multitud de resoluciones de las que exponente la STS 285/2014 , la cantidad de droga ocupada permite, por sí misma, excluir el destino al propio consumo (SSTS. 1.312/2011, de 12 de diciembre , 1.032/2010 de 25 de noviembre , 2.063/2002 de 23 de mayo). La jurisprudencia de esta Sala ha establecido unas pautas orientativas que permiten deslindar en qué casos la posesión de droga puede estimarse destinada al consumo propio y cuándo esta posesión puede considerarse destinada al consumo de terceros. Las pautas orientativas han sido fijadas por esta Sala teniendo en cuenta el consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del número mínimo de días de provisión cubiertos habitualmente por el consumidor , en base a criterios de experiencia y a los datos facilitados por el Instituto Nacional de Toxicología en tabla de 18 de octubre de 2001. El citado organismo informó que el consumidor suele cubrir un consumo de cinco días y en base a ello por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001 se fijó la cantidad de droga que normalmente se posee para cubrir el consumo habitual de cada una de las sustancias prohibidas. En relación al hachís, la doctrina jurisprudencial*



ha considerado destinados a la transmisión a consumidores los importes de la indicada droga que excedan de los 25 gramos (SSTS de 4 de mayo de 1990 , 8 de noviembre de 1991 , 12 de diciembre de 1994 , 20 de enero y 5 de noviembre de 1995 , 12 de febrero de 1996 y 281/2003 de 1 de octubre) .Es cierto que esta doctrina ha sido matizada al declarar que las cantidades a partir de las cuales se puede presumir que el acopio está preordenado al tráfico, son meramente orientativas, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes (entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de las sustancias, las pautas de consumo del detentador) para declarar como razonable . Como decíamos en la STS. 1262/2000 de 14 de julio , la cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el ánimo de destinarla al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito, pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detentada superaba el baremo legal que permite su acreditación. Por tanto, resulta necesario justificar por qué en el caso concreto se considera que la cantidad poseída está destinada al tráfico, valorando todas las circunstancias concurrentes y evitando meros automatismos por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito. Lo que se castiga es la tenencia para el tráfico y no la tenencia para propio consumo, por lo que la finalidad de tráfico debe quedar tan acreditada como cualquier otro elemento del tipo (En igual sentido, STS 492/99 de 26 de marzo , 2371/2001 de 5 de diciembre , 900/2003 de 17 de junio)." .. Lo cierto es que países como Holanda han permitido la producción máxima de cinco plantas de cannabis para uso personal y Uruguay en su Ley nº 19.972 tolera la plantación, cultivo y cosecha doméstica para el consumo personal, entendiendo como tal el de hasta seis plantas y el producto de la recolección hasta de un máximo de 480 gramos". Por tanto, hay que concluir que el cultivo de más de 100 plantas de marihuana, con un peso muy superior al que como criterio general se asigna la presunción de autoconsumo, y en un número de plantas mucho mayor que el permitido en las legislaciones en que expresamente se autoriza el cultivo para consumo propio, implica un poderoso indicio en favor del destino al tráfico, que se refuerza con las razones expuestas en la sentencia apelada.

El segundo dato para subrayar es que, como señala la juzgadora, en una valoración que no se puede tildar de ilógica, no se ha acreditado que uno de los acusados fuera consumidor de cannabis en el momento de los hechos, a lo que podemos añadir su comportamiento en la prueba forense que hubiera podido probarlo. Como indica la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 30 de septiembre de 2016, invocada en la de la antes citada de la Sección 2ª de Murcia " En concreto la STS de fecha 2 de julio de 2003 refiere: "De otro lado, una vez acreditada la posesión de la droga (en ese caso era MDMA) corresponde a la defensa introducir, al menos, la duda acerca de la condición de consumidor , respecto de lo cual no se ha aportado ningún indicio que se refleje en la sentencia. No se invierte con ello la carga de la prueba, pues no se puede pretender que la acusación demuestre la inexistencia de todos y cada uno de aquellos elementos que harían que la conducta no fuera delictiva . Basta, por el contrario, que la acusación aporte prueba de los elementos constitutivos del delito, debiendo la defensa acreditar los impeditivos ." La S.T.S. nº 680/2.006, de 23 de Junio , en cuyo fundamento de derecho primero, se dice: "cierto es que son las partes acusadoras las encargadas de probar que la droga poseída tiene como destino el consumo de terceros y no de su poseedor, pero no es menos cierto que, en alguna medida la carga del acreditamiento de la condición de drogadicto se traslada automáticamente al acusado, si este alega su condición de consumidor y el destino de la droga lo limita a ese fin ; en similar sentido la STS de fecha 17 de octubre de 2011 , o el ATS de fecha 20 de mayo de 2009 , que pone de manifiesto: "En cualquier caso, a lo largo de las actuaciones no encontramos prueba alguna que, más allá de las solas manifestaciones del recurrente, confirme esa condición de consumidor de grave adicción en la que insistentemente trata de justificar en esta instancia la tenencia de la cocaína, pese a que la acreditación de dicha situación no habría albergado gran dificultad a través de alguna de las diligencias de investigación habituales sobre estos extremos (v.gr. análisis capilares, informes médicos u otros similares que corroboren una ingesta de drogas o bien la presencia de síntomas de abstinencia a dicho consumo) , y que pudo solicitar sin dificultad la Defensa. Por tanto, su coartada exculpatoria queda huérfana del mínimo refrendo probatorio que resulta exigible, mientras que de contrario la propia entidad de la droga ocupada lleva acertadamente a la Sala de instancia a deducir esa vocación de venta". Pues bien, en el supuesto enjuiciado Patricio fue citado para análisis de tóxicos el 2 de febrero de 2021 para el 3 de marzo en que no se presentó, volviendo a ser citado para el 6 de abril en que médico forense informa que " Se solicita extracción de cabello para su análisis toxicológico. El informado acude a consulta con el cabello completamente rasurado. No obstante se intenta extraer una muestra de cabello, pero no se consigue alcanzar el peso mínimo necesario para poder realizar los análisis toxicológicos (acontecimientos 52 y 73) . Es decir, conociendo con bastante anticipación que se va a practicar una prueba susceptible de acreditar si ha sido o no consumidor de cannabis a lo largo del tiempo, y que consistía en la extracción de cabellos, se presenta en condiciones que impiden su práctica.

Por tanto, considerado acreditado el destino del cultivo procede la desestimación el recurso de Patricio y la del primer motivo del Pelayo los recursos en su pretensión absolutoria.



Cuarto : La multa impuesta es, conforme a los hechos probados, incluso inferior a la mínima posible, que sería el del valor de la droga, apreciada en aquellos en un total de 7.424,98 €, sin que la atenuante reconocida a uno de los acusados, al ser simple, permita la degradación. Sin embargo, con las modificaciones introducidas en esta resolución por los argumentos expuestos en el fundamento segundo, la pena mínima serían 5.995,76 €, por lo que se impondrá la de 6.000 € con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes, con estimación parcial del recurso de Pelayo y beneficio de ambos penados

Quinto : Procede declarar de oficio las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador el procurador Don Ibán Manuel Hernández Sánchez, en nombre y representación del condenado Pelayo y desestimando por la procuradora Doña Reyes Azofra Martín, en nombre y representación del condenado Patricio , contra la Sentencia de fecha 21 de octubre de 2022, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Cartagena en el Juicio Oral nº 48/22, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución en el único sentido de reducir las multas impuestas a los acusados a 6.000 € y la responsabilidad personal subsidiaria por su impago a 1 mes de prisión **CONFIRMANDO** dicha resolución en lo compatible con los anteriores pronunciamientos, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia haciendo saber que contra la misma se puede interponer recurso de casación por infracción de Ley del motivo 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se deberá preparar en la forma establecida en los artículos 855 a 857 de la misma Ley dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la presente.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos (**Rollo 8/2023**).