Absolución por tenencia de ketamina para consumo propio

La historia clínica dio contexto a lo que la cantidad no explicaba

Delitos contra la salud pública · Sentencia absolutoria

El asunto y la defensa

Nuestro cliente afrontó una petición de varios años de prisión tras la intervención de ketamina durante un desplazamiento aéreo. La defensa sostuvo el destino al consumo propio y lo apoyó en documentación y prueba pericial sobre una adicción relevante.

El resultado

La Audiencia valoró la prueba documental y pericial, la condición de consumidor y las circunstancias de la intervención. Consideró que la cantidad, por sí sola, no bastaba para acreditar el tráfico y dictó la absolución. También acordó la devolución del dinero y de los efectos decomisados.

El valor del trabajo

El trabajo de la defensa consistió en hacer visible una realidad que el peso de la sustancia no podía contar por sí solo. La prueba permitió que la persona fuera juzgada desde sus circunstancias acreditadas, con la presunción de inocencia como medida de la decisión.

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

SENTENCIA

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

ANTECEDENTES DE HECHO

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

HECHOS PROBADOS

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

No queda acreditado que la sustancias intervenida en poder del acusado fuera para traficar con ella, sino que era para su consumo.

[redacted]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[redacted]

por carente de la autorización legal o reglamentaria de las sentencias en cuestión....".

El delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico ilegal de drogas, es pues un delito de peligro abstracto. Como tal sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de la lesión. La salud pública, como bien jurídico protegido, no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero, aun cuando resulte dificultoso conceptualmente, la consideración de ese bien jurídico, ha de referirse a una valoración relativa del conjunto de miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita científicamente que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que tal consumo afecta a la salud pública. Y es, finalmente, el legislador, a través de la norma penal, quien precisa qué conductas de las que puedan afectar a la salud pública, son constitutivas de delito.

El legislador ha entendido, en su infinita sabiduría, que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas es negativo para la indemnidad del bien jurídico y ha acordado su prohibición. Al tiempo, considera delictivas, en razón del riesgo que crean, apreciado con carácter general, las conductas que, de alguna forma, implican la promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal, lo que entiende que ocurre concretamente, cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico u otros, o incluso de posesión de aquellas sustancias con los referidos fines. Dentro de la conducta típica básica, se consideran como modalidades de tráfico: [redacted] los actos de producción de drogas, estupefacientes y psicotrópicos (cultivo, fabricación, elaboración), [redacted] los actos principales de tráfico (venta, permuta) y previos , como la tenencia y auxiliares, como el transporte y [redacted] los actos de fomento, como la promoción, intermediación y [redacted] la donación; quedando fuera de la sanción penal, como supuesto atípico, el autoconsumo. El objeto material del delito son las drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas, distinguiendo el legislador entre sustancias que causan grave dano a la salud y sustancias que no causan grave daño a la salud.

Acerca de los requisitos del tipo del artículo [redacted] del Código Penal es doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica la que recoge la STS de fecha [redacted] cuando señala que la figura del delito contra la salud pública consistente en conductas de tenencia, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que sanciona el artículo [redacted] del Código Penal [redacted] requiere:

a) La concurrencia de un elemento de tipo objetivo, cual es la realización de algún acto de producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico, transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de ofertas de dichas sustancias;

b) Que el objeto material de esas conductas sea alguna sustancia de las recogidas en las listas de los Convenios Internacionales suscritos por España, los que tras su publicación se han convertido en normas legales internas (artículo [redacted] CE [redacted]

[redacted]

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

c) El elemento subjetivo del destino al tráfico ilícito, que en ocasiones no será obtenible por prueba directa, sino deducible del conjunto de sus acciones.

Por lo demás, cabe recordar que la posesión de droga, en sí misma considerada, no constituye delito y es un acto atípico porque no es una de las conductas enumeradas en el art. [redacted] Código Penal. Dicha posesión sólo puede ser considerada delito cuando la intención del poseedor de la sustancia es destinarla al tráfico.

La ya muy muy clásica STS de fecha [redacted] ya enseñaba "*que de conformidad con doctrina jurisprudencial constante e invariable, los actos de autoconsumo de drogas tóxicas o estupefacientes, no se hallan sancionados en el artículo [redacted] del Código Penal [hoy art. [redacted]] y, por tanto, son atípicos e impunes, sucediendo lo mismo con los actos de producción - cultivo , elaboración, fabricación- y con los preparatorios -tenencia y transporte-, siempre y cuando, claro está, el destino de lo producido, poseído o transportado sea el propio consumo del productor, tenedor o porteador; pero antes al contrario, cuando los referidos actos se perpetren con intención de ulterior transmisión -directa o indirecta, onerosa o gratuita, total o parcial- a tercero, es decir, a otra u otras personas, los susodichos actos, por sí mismos, constituyen infracción subsumible en el antecitado artículo [redacted] ".*

En cuanto a la tenencia de droga preordenada al tráfico y a la atipiciad del autoconsumo la SAP de [redacted], de fecha [redacted] de la que fue ponente nuestro Muy estimado y siempre añorado compañero IGNACIO MARRERO FRANCES nos recuerda, con el laconismo que le era propio, la doctrina jurisprudencial sobre el particular al decir que: "*Al respecto del autoconsumo, cabe recordar que la posesión de droga, en sí misma considerada, no constituye delito, es un acto atípico porque no es una de las conductas enumeradas en el art. [redacted] Código Penal. Dicha posesión sólo puede ser considerada delito cuando la intención del poseedor de la sustancia es destinarla al tráfico. La sentencia del Tribunal Supremo de [redacted] de junio de [redacted] ya enseñaba "que de conformidad con doctrina jurisprudencial constante e invariable, los actos de autoconsumo de drogas tóxicas o estupefacientes, no se hallan sancionados en el artículo [redacted] del Código Penal [hoy art. [redacted]] y, por tanto, son atípicos e impunes, sucediendo lo mismo con los actos de producción - cultivo , elaboración, fabricación- y con los preparatorios -tenencia y transporte-, siempre y cuando, claro está, el destino de lo producido, poseído o transportado sea el propio consumo del productor, tenedor o porteador; pero antes al contrario, cuando los referidos actos se perpetren con intención de ulterior transmisión -directa o indirecta, onerosa o gratuita, total o parcial- a tercero, es decir, a otra u otras personas, los susodichos actos, por sí mismos, constituyen infracción subsumible en el antecitado artículo [redacted] ".*

En consecuencia, como destaca la SAP de [redacted], Sección [redacted] de fecha [redacted] "el auto-consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas resulta atípico y ello es algo pacífico. El problema surge cuando una persona es aprehendida poseyendo droga, pues surge la delicada y grave cuestión de distinguir, en cada caso concreto, entre la tenencia preordenada al autoconsumo -impune por exigirlo así tanto la literalidad de la norma como su propia "ratio" que no es otra sino la protección de la salud colectiva frente al riesgo genérico implícito en los actos de difusión o propagación de las drogas- y la posesión destinada al tráfico, modalidad comisiva de tipo pluriforme contenida en el art. [redacted] del vigente Código. Como antes se dijo, en nuestro ordenamiento jurídico, la mera tenencia preordenada al tráfico integra la conducta descrita en el art. [redacted] del Código Penal , como así lo sugiere la propia

descripción del tipo y lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, con la referencia "o las posean con aquellos fines", se está tipificando la conducta de tenencia de drogas preordenadas al tráfico, a través de un tipo que exige la concurrencia de dos elementos: el objetivo, o tenencia, acreditable por prueba directa al ser un hecho exterior perceptible por los sentidos; y el subjetivo, destino al tráfico a terceras personas, normalmente apreciable a través de un juicio de inferencia razonablemente basado en las circunstancias concurrentes que resulten acreditadas."

Ahora bien, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de [redacted] de septiembre de [redacted], la simple tenencia preordenada y no el atípico autoconsumo , merced a unos datos objetivos produce, como asimismo se afirma en la sentencia de [redacted] de febrero de [redacted], una eventual incidencia en la creación de un "tipo de sospecha" total y absolutamente incompatible con la función de garantía de la tipicidad penal como resultado técnico del principio de legalidad constitucionalmente establecido. Se trata de un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada y el resultado típico no se produce, por tanto, por la ejecución de fases que pertenecieron a la fase de agotamiento penalmente irrelevante, sino por la existencia real del ataque al bien jurídicamente protegido. Por ello que el ánimo o propósito de difusión y favorecimiento se deba deducir de datos probatorios periféricos e indirectos. Así, la conducta típica de tenencia preordenada al tráfico, que de por sí es algo que se vierte sobre datos multívocos, en cuanto proyectada sobre algo futuro, resulta imposible de acreditar mediante prueba directa, precisando de una serie de criterios, como los establecidos jurisprudencialmente para afirmarla, en virtud de la cual se deba atender a criterios como la clase y cantidad de sustancia aprehendida, forma de posesión, tenencia coincidente con material que facilite su distribución, medios económicos del acusado, aprehensión de cantidades de dinero en metálico de cuantía inusual, condición o no de toxicómano del acusado... (en este sentido STS de [redacted] de mayo de [redacted], [redacted] de diciembre de [redacted], [redacted] de octubre de [redacted], [redacted] de abril de [redacted], [redacted] de septiembre de [redacted]).

En suma, la distinción entre la tenencia preordenada al tráfico y la destinada al autoconsumo está erizada de dificultades, como siempre que la calificación de una conducta como punible o no sólo depende de la consecuencia de un hecho de conciencia que, por no ser empíricamente aprehendible, ha de ser por fuerza deducido de actos exteriores a los que la experiencia y la lógica del criterio humano conceden una cierta significación. Consciente de ello la jurisprudencia ha elaborado en torno a este problema una matizada doctrina en la que sobre la base de considerar la estimación sobre el ánimo poseedor, deduce este propósito o ánimo de difusión y derivado favorecimiento de datos probatorios periféricos, indirectos o circunstanciales.

Como señala el Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo de [redacted] de febrero de [redacted], de [redacted] enero [redacted], de [redacted] abril [redacted], de [redacted] de Julio de [redacted], entre muchas otras), el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido en la constelación de circunstancias que rodean la tenencia; de manera que es una deducción o inferencia del Juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que el presunto culpable se proponía traficar con la droga o, por el contrario, consumirla. Así mismo, las sentencias del Alto Tribunal [redacted] de [redacted], [redacted] de [redacted] y [redacted] de [redacted], de conformidad con reiterada jurisprudencia, inducen 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 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.

En relación con la cantidad de droga aprehendida, se ha considerado jurisprudencialmente la posesión de una determinada cantidad de droga, que exceda de forma clara y manifiesta de la necesaria para tal autoconsumo , como preordenada al tráfico; y así el Tribunal Supremo ha considerado como predeterminada al tráfico la cantidad que excede de cincuenta gramos de hachís (sentencias de fechas [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted] y [redacted]), aunque otra línea doctrinal del mismo Tribunal eleva ese límite a cien gramos (sentencias de [redacted], [redacted], [redacted] y [redacted]), y la sentencia de [redacted] la fija en cien o ciento cincuenta gramos, si bien tal indicio puede ser desvirtuado por prueba en contrario que acredite o permita suponer razonablemente que toda la sustancia estaba destinada al autoconsumo . Para esta valoración, el Tribunal Supremo, como indica su sentencia de [redacted] de mayo de [redacted] (ponente, Sr. Martín Pallín) considera que "el módulo que podría ser considerado como destinado al autoconsumo que, como es doctrina pacífica de esta Sala, se considera que puede ser de unos cinco gramos diarios."

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, sala [redacted] de fecha [redacted] de diciembre de [redacted] , nos recuerda: ".En el caso presente se plantea, de nuevo, el grave problema de la distinción entre esa tenencia preordenada al autoconsumo , impune por exigirlo la literalidad de la norma y su propia "ratio" que no es otro que la protección de la salud colectiva, y la posesión destinada al tráfico, modalidad comisiva del tipo pluriforme del art. [redacted] CP , dado que no la simple tenencia sino solo la que incorporase el elemento intencional del ánimo de traficar seria merecedora de reproche jurídico- penal como creadora, esta sí, de esa situación de peligro, al menos abstracto, a que hemos hecho referencia, para el bien jurídico de la salud pública.

Se trata naturalmente dice la jurisprudencia, de una distinción erizada de dificultades como siempre que la calificación de una conducta como punible o no, dependa solo de la concurrencia de un hecho que, por no ser empíricamente aprehensible, ha de ser por fuerza deducido de datos exteriores a los que la experiencia y la lógica del criterio humano concede una cierta significación. La jurisprudencia por ello, viene expresando que el delito de referencia, delito de peligro y de consumación anticipada, se integra por dos elementos perfectamente diferenciados: uno objetivo consistente en la tenencia o posesión de la droga, susceptible de prueba directa, ya que es perceptible como tal por los sentidos; y otro subjetivo que se confirma por la justificación de que tal posesión está preordenado al tráfico, requisito este que sólo se residencia en la esfera anímica y que solo puede ser objeto de prueba indirecta o de presunciones.

Así en sentencias de esta Sala de [redacted], [redacted] y [redacted], 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

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia. Las mencionadas sentencias deducen el fin de traficar de las cantidades poseídas, más allá de los límites propios del autoconsumo , la condición o no de consumidor de la sustancia psicotrópica, pues, obviamente, quien no sea drogadicto podrá afirmarse, en principio, que tiene la droga para transmitirla, dado que en la vida real la droga se posee bien para consumirla, bien para difundirla, y por el contrario, de quien tenga el hábito de consumirla, será legitimo presumir, si la cantidad poseída puede reputarse módica o exigua, y otras circunstancias no demuestren lo contrario -es un fenómeno sociológico, cada vez más difundido, el poseedor que es simultáneamente consumidor y traficante, vendiendo una sustancia, para adquirir otra- que la posesión es el acto inevitable del consumo. Otros factores que en cada caso habrán de tenerse en consideración en el momento de decidir cual era el último propósito del poseedor serán: la modalidad y forma de tener preparada la misma, lugar en donde se encuentra, circunstancias de la aprehensión y conducta observada por el poseedor, capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, etc. (ss TS. [redacted] , [redacted]), enumeración que naturalmente no debe ser considerada exhaustiva, porque el conjunto que puede tenerse en cuenta por el Tribunal para desentrañar la intención del poseedor es tan vario como numerosos.".

La SAP de Vizcaya, sección [redacted] de fecha [redacted] de abril de [redacted] , nos recuerda que: "Cuando la prueba fundamental es la tenencia de droga, como en este supuesto, los criterios que se manejan para inducir el fin de traficar con ella, son: su cantidad, pureza, variedad de la droga, las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga, el lugar en que se encuentra la droga, la tenencia de útiles, materiales o instrumentación para propagación, elaboración o comercialización, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la ocupación de dinero en moneda fraccionada, la falta de acreditamiento de la previa dependencia, entendiendo como de lo más significativo la no constancia de la adicción al consumo de drogas; la actitud adoptada al producirse la ocupación; la forma de reaccionar ante la presencia policial, el instinto disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla; e incluso se ha aludido en alguna ocasión a las circunstancias personales del acusado. En todo caso, la jurisprudencia del T. Supremo, aún en los casos de que el portador de la sustancia estupefaciente sea consumidor, ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor durante [redacted] días, y para ello, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología recogido por el Pleno no jurisdiccional del T. Supremo de [redacted] se ha fijado el consumo medio diario de substancias diversas en el modo que se pone de manifiesto a continuación, relacionándolo así con las cantidades que permiten determinar la posesión predeterminada al tráfico: a) en el caso de la cocaína entre [redacted] y [redacted] gramos, presumiendo finalidad de tráfico en tenencias entre [redacted] y [redacted] gramos (SSTS. [redacted] de [redacted] , [redacted] de [redacted]); b) en relación al hachís ha considerado destinadas a la transmisión las cantidades que excedan de [redacted] gramos (SSTS. [redacted] , [redacted]), aunque otra línea jurisprudencia eleva dicho limite a [redacted] gramos STS. [redacted]), e incluso la STS [redacted] de [redacted] ha considerado que la sustancia que habitualmente puede acumular un consumidor para satisfacer su propio consumo puede llegar a un máximo de [redacted] a [redacted] gramos. En todo caso, se razona en las SS. [redacted] de [redacted] . [redacted] de [redacted] , [redacted] de [redacted] que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que pueda estimarse destinada exclusivamente al consumo propio y de la que puede considerarse

destinada a la distribución a terceras, 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 la enseñanza 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, sin impedir por tanto 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, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento (SSTS. [redacted] de [redacted] , [redacted] de [redacted] . [redacted] de [redacted]) y el criterio del exceso de las necesidades del autoconsumo , será orientativo, y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detentación de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc... a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS. [redacted] de [redacted] : "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...".

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de trafico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que puede deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo.".".

Recordando, la sentencia del Tribunal Supremo, sala [redacted] de fecha [redacted] de diciembre de [redacted] , respecto del dato de la cantidad de droga aprehendida que ".es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días (ssTS. [redacted] , [redacted] , [redacted]), pero también ha declarado la jurisprudencia (ssTS. [redacted] y [redacted]) que este criterio, el de las necesidades del autoconsumo , es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implicar de modo genérico, se hace preciso comprobar las circunstancias concurrentes entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador etc. a través de las cuales declarar razonable un destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. (.)Lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una cantidad determinada aunque sea para el propio consumo, en consecuencia, la cantidad de droga poseída es un elemento más para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es, el ánimo de destinarla al tráfico (.)".

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

Recordando, la sentencia del Tribunal Supremo, sala [redacted] de fecha [redacted] de diciembre de [redacted], respecto del dato de la cantidad de droga aprehendida que ".es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días (ssTS. [redacted], [redacted], [redacted]), pero también ha declarado la jurisprudencia (ssTS. [redacted] y [redacted]) que este criterio, el de las necesidades del autoconsumo , es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implicar de modo genérico, se hace preciso comprobar las circunstancias concurrentes entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador etc. a través de las cuales declarar razonable un destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. (.)Lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una cantidad determinada aunque sea para el propio consumo, en consecuencia, la cantidad de droga poseída es un elemento más para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es, el ánimo de destinarla al tráfico (.)".

Más recientemente, la STS, sala [redacted] de fecha [redacted] de noviembre de [redacted], significa: ".Ciertamente la concurrencia del elemento subjetivo del tipo del art. [redacted] CP . de que la sustancia intervenida estaba destinada, en todo o en parte, a su contribución a terceros, exigible para considerar delictiva la posesión de la droga, puede venir su probanza - decíamos en STS. [redacted] de [redacted] - de la mano de una prueba directa, como sucede en los casos de confesión del propio sujeto, o por testigos que compraron la sustancia prohibida o la vieron ofrecer en venta o de como conocieron tal intención de entrega a terceros y así lo declaran. Sin embargo, lo más frecuente es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios, por medio de la cual, a través de ciertos hechos básicos plenamente acreditados, a través de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia se infiere la existencia de aquel elemento subjetivo (STS. [redacted] de [redacted]).

[redacted]

El recurrente insiste en su condición de consumidor y que la droga que llevaba era para su propio consumo, ello hace necesario- conforme se expone en SSTS. [redacted] de [redacted] y [redacted] - efectuar dos precisiones previas:

Primera.- que la jurisprudencia tiene declarado que el ser consumidor no excluye de manera absoluta el propósito de traficar (STS. [redacted] de [redacted]), y aún en los casos de que el tenedor de la sustancia estupefaciente sea consumidor, debe ponderarse en la medida en que la droga aprehendida exceda de las previsiones de un consumo normal, y así ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor durante [redacted] días, y de conformidad con el criterio del Instituto

[redacted]

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de [redacted] ha fijado el consumo medio diario de cocaína, entre [redacted] y [redacted] gramos, de cocaína, presumiendo, por ello, la finalidad de tráfico en tenencias entre [redacted] y [redacted] gramos, (SSTS. [redacted] de [redacted], [redacted] de [redacted]).

Segunda.- que no obstante lo anterior, según se razona en las SS. [redacted] de [redacted], [redacted] de [redacted], [redacted] de [redacted], esta doctrina se ha modulado en un doble sentido: en primer lugar precisando que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que pueda estimarse destinada exclusivamente -al consumo propio y de la que puede considerarse destinada a 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 la enseñanza 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, sin impedir por tanto 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, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las SSTS. [redacted] de [redacted], [redacted] de [redacted], [redacted] de [redacted], declara que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo , es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detentación de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS. [redacted] de [redacted]: "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....".

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo.".

Ya hemos visto como la doctrina jurisprudencial se inclina por presumir el ánimo de traficar cuando el acopio y, en este caso también cultivo, de droga excede de la normal previsión para el propio consumo, para el cual no hay ciertamente cifras permanentes o inmutables, sino que está en relación con la importancia de la persona adicta -STS [redacted], pero que de

[redacted]

ordinario se ha fijado de [redacted] a [redacted] días como máximo -STS [redacted] - , con una dosis diaria de unos [redacted] gramos para el haschis – STS [redacted] – y de [redacted] a [redacted] gramos para la marihuana – Acuerdo del Pleno TS de [redacted] - ; y , así se ha venido estableciendo de forma aproximada que la sustancia que habitualmente puede acumular como máximo un consumidor para satisfacer su adicción es la de [redacted] gramos para el caso del haschís y de [redacted] gramos para el caso de la marihuana .

Todo ello con las dos precisiones previas a que se refiere la STS de fecha [redacted] cuando señala que:

"*Primera.- que la jurisprudencia tiene declarado que el ser consumidor no excluye de manera absoluta el propósito de traficar (STS. [redacted] de [redacted]), y aún en los casos de que el tenedor de la sustancia estupefaciente sea consumidor, debe ponderarse en la medida en que la droga aprehendida exceda de las previsiones de un consumo normal, y así ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor durante [redacted] días, y de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de [redacted] ha fijado el consumo medio diario de cocaína, entre [redacted] y [redacted] gramos, de cocaína, presumiendo, por ello, la finalidad de tráfico en tenencias entre [redacted] y [redacted] gramos, (SSTS. [redacted] de [redacted] , [redacted] de [redacted]).*

Segunda.- que no obstante lo anterior, según se razona en las SS. [redacted] de [redacted] , [redacted] de [redacted] , [redacted] de [redacted] , esta doctrina se ha modulado en un doble sentido: en primer lugar precisando que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que pueda estimarse destinada exclusivamente -al consumo propio y de la que puede considerarse destinada a 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 la enseñanza 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, sin impedir por tanto 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, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las SSTS. [redacted] de [redacted] , [redacted] de [redacted] , [redacted] de [redacted] , declara que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo , es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detentación de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS. [redacted] de [redacted] : "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....".

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo.".

SEGUNDO: En el caso que enjuiciamos, de la prueba practicada en el acto del juicio, apreciada en conciencia, no se desprenden a nuestro parecer méritos bastantes incriminatorios para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia reconocida en el artículo [redacted] de la Constitución Española y condenar al acusado por el delito de tráfico de drogas imputado al acusado, por lo que procede su absolución, con todos los pronunciamientos favorables.

Con referencia a la presunción de inocencia, ya desde la STC [redacted] de julio [redacted] la jurisprudencia constitucional ha configurado el derecho a la presunción de inocencia desde su perspectiva de regla de juicio, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que supone que ha de existir una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales de tipo delictivo y que de la misma puedan inferirse razonablemente, los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC [redacted] de [redacted] de marzo, [redacted]; [redacted] de [redacted] de mayo, [redacted]; y [redacted] de [redacted] de marzo [redacted]) .

En relación al derecho constitucional de la presunción de inocencia, la STS de fecha [redacted] nos dice que: "*Sobre la infracción del principio de presunción de inocencia -decíamos en SSTS como las núm.* [redacted] *de* [redacted] *de enero* [redacted] *, ó* [redacted] *núm.* [redacted] *ex art.* [redacted] *CE* [redacted] *- que este derecho viene consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamente e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (art.* [redacted] *Declaración Universal de los Derechos Humanos; art.* [redacted] *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art.* [redacted] *Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos. Respecto de la presunción de inocencia, senala la STS* [redacted] *de* [redacted] *de diciembre, que "en el orden penal comporta:* [redacted] *La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.* [redacted] *Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de publicidad y contradicción.* [redacted] *De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituída y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se*

[redacted]

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción. [redacted] La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que este ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración."

En el mismo sentido, la STS de fecha [redacted] nos recuerda que "*Como ha señalado una reiterada doctrina de esta misma Sala y recuerda la sentencia núm. [redacted] de [redacted] de febrero, entre otras, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la sentencia condenatoria se fundamente en una prueba de contenido incriminatorio que cumpla con las exigencias de ser: [redacted] Constitucionalmente obtenida, a través de medios de prueba válidos; [redacted] Legalmente practicada, con respeto a los principios básicos de imparcialidad, contradicción y publicidad, y [redacted] Racionalmente valorada, canon de razonabilidad que exige que desde la lógica y las reglas de la experiencia los medios de prueba tomados en consideración justifiquen como objetivamente aceptable la veracidad del relato en el que se fundamenta la acusación formulada, pues de la motivación del Tribunal sentenciador debe deducirse la suficiencia de la prueba para justificar una convicción ausente de dudas razonables sobre la culpabilidad del acusado.*"

En definitiva, el derecho la presunción de inocencia reconocido en el art. [redacted] CE [redacted] exige que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley.

En relación a la aptitud de la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia y los requisitos exigidos para ello la STS [redacted] de fecha [redacted] destaca lo siguiente: "*Asimismo que la prueba indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia -hemos dicho en STS. [redacted] de [redacted] - es un principio, definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarando desde las sentencias [redacted] y [redacted] ambas de [redacted] la aptitud de la prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción, a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia, y la advertencia de que habría de observarse singular cuidado a fin de evitar que cualquier simple sospecha pudiera ser considerada como verdadera prueba de cargo. A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de prueba que ha adquirido singular importancia en nuestro Derecho Procesal, porque, como es obvio, son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial, o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios), llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de un juicio de inducción lógica conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos (SSTC. [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted] y [redacted]).*

Del mismo modo esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la fórmula de indicios (SSTS. [redacted] y [redacted], [redacted] y [redacted], [redacted], [redacted]) siempre que concurran una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

[redacted]

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. [redacted] LECrim . la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisible retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. [redacted] CE ., salvo cuando por su especial significación así proceda (STS. [redacted]).

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. [redacted] Cc . "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. [redacted] CE . los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional y determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos [redacted] CE y [redacted] LECrim . (SSTS. [redacted] y [redacted] y [redacted]).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS. [redacted]). En este sentido, debe

[redacted]





























COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

En este sentido la STS de fecha [redacted] nos recuerda que *"En relación a la invocación que se hace del derecho a la presunción de inocencia, cuando lo que se cuestione es si la droga poseída estaba destinada al tráfico o consumo de terceras personas, tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia [redacted] de [redacted] de junio , 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 concurran en el hecho que se enjuicia. Hemos dicho con reiteración que puede inducirse el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unida a otras circunstancias, como podían 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, y como en relación a la cocaína, el consumo medio diario se fijó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de [redacted] de octubre de [redacted] de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, en [redacted] gramos y que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de droga de cinco días, y en este sentido la jurisprudencia, por ejemplo Sentencia de [redacted] de junio de [redacted] , ha suministrado criterios que contribuyan a la acreditación del elemento subjetivo, la intención de destinarlo al trafico, expresando la racionalidad de las inferencias basadas en cantidades detentadas, bien cuando ésta excede de las necesidades de autoconsumo, incluso expresando que la tenencia de una cantidad superior al consumo durante cinco días, permite declarar razonable una inferencia sobre el destino ilícito que exige el tipo penal."*

Como destaca la STS [redacted] de fecha [redacted] la Jurisprudencia de la Sala [redacted] viene induciendo el "fin de traficar" con la droga a partir de la sustancia aprehendida, unido a otras circunstancias como pueden ser: la cantidad, pureza y variedad de la droga, las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga, el lugar en que se encuentra la droga, la tenencia de útiles, materiales o instrumentos para la propagación, elaboración o comercialización, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de droga, la ocupación de dinero en moneda fraccionada, la forma de reaccionar ante la presencia policial, el intento disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla y como no, su condición o no de consumidor, bien entendido que el ser consumidor no excluye de manera absoluta el propósito de traficar, y aun en los casos de que el tenedor de la sustancia estupefaciente sea consumidor, debe ponderarse en la medida en que la droga aprehendida exceda de las previsiones de un consumo normal y así ha venido considerando que la droga está destinada en parte al tráfico. Acreditada la posesión de la sustancia estupefaciente, acompañada de alguna de las circunstancias expresadas, permite alcanzar la deducción razonable, según los casos, de que la tenencia del estupefaciente está destinada al tráfico (STS [redacted] de [redacted] de noviembre).

En efecto, debemos recordar que el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que él presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla (STS. [redacted] de [redacted] noviembre).

Por su parte, el ATS de fecha [redacted] subraya que: "*conviene recordar que en relación a la invocación que se hace del derecho a la presunción de inocencia, que cuando lo que se cuestione es si la droga poseída estaba destinada al tráfico o consumo de terceras personas, tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia [redacted] de [redacted] de junio , 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 concurran en el hecho que se enjuicia. Hemos dicho con reiteración que puede inducirse el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unida a otras circunstancias, como podían 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 (STS [redacted] de [redacted] de marzo , entre otras).*"

Y, la STS de fecha [redacted] pone de manifiesto lo siguiente: "*En cualquier caso, lo cierto es que los patrones ordinarios de autoconsumo a los que la jurisprudencia se refiere no constituyen reglas fijas, casi meros mecanismos aritméticos, para determinar indefectiblemente el destino de la droga, de manera que, superadas determinadas magnitudes, hubiera de concluirse siempre que su destino es el tráfico; y, cuando no se alcanza, que estuvieran destinadas al propio consumo. Se aporta con dichas reglas generales un criterio de valoración, de utilidad para determinar la existencia del aspecto subjetivo del tipo penal (el propósito del tenedor de la sustancia), que debe ser ponderado, junto a otros eventualmente concurrentes, con dicho fin. En este sentido, y por todas, conviene recordar lo que al respecto se observaba en nuestra sentencia número [redacted] de [redacted] de diciembre : <<Con respecto a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo (STS [redacted] de [redacted] de noviembre), sobre la finalidad de facilitar a terceros las sustancias estupefacientes, este ánimo tendencial -en la posesión de droga- se exige para considerarla delictiva como un elemento subjetivo, cuya probanza puede venir de la mano de una prueba directa, como sucede en los casos de confesión del propio sujeto, o testigos que compraron la sustancia prohibida o la vieron ofrecer en venta y conocieron tal intención de entrega a terceros, y así lo declaran. Sin embargo, lo más frecuente es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios, por medio de la cual, a través de ciertos hechos básicos plenamente acreditados y de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia, se infiere la existencia de aquel elemento subjetivo.*

En este sentido la STS [redacted] de [redacted] de septiembre , declara que es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, como son que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; y que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la

[redacted]

convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, motivación que, aun cuando pueda ser sucinta o escueta, se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. Es decir, es necesario que el órgano judicial precise cuáles son los indicios y cómo se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso, pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

Así, los criterios que se manejan para inducir el fin de traficar con la droga son: la cantidad, pureza, variedad de la droga, las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga, el lugar en que se encuentra la droga, la tenencia de útiles, materiales o instrumentación para propagación, elaboración o comercialización, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la ocupación de dinero en moneda fraccionada, la falta de acreditamiento de la previa dependencia, entendiendo como de lo más significativo la no constancia de la adicción al consumo de drogas; la actitud adoptada al producirse la ocupación; la forma de reaccionar ante la presencia policial, el instinto disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla; e incluso se ha aludido en alguna ocasión a las circunstancias personales del acusado.

En los casos de que el portador de la sustancia estupefaciente sea consumidor, esta Sala Casacional ha venido considerando que la droga está destinada al trafico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor durante [redacted] días, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de [redacted] En este sentido, ha fijado el consumo medio diario de cocaína entre [redacted] y [redacted] gramos, presumiendo finalidad de tráfico en tenencias entre [redacted] y [redacted] gramos (SSTS [redacted] de [redacted] de mayo y [redacted] de [redacted] de octubre), y en relación al hachís ha considerado destinadas a la transmisión las cantidades que excedan de [redacted] gramos (SSTS [redacted] , [redacted]), aunque otra línea jurisprudencia eleva dicho limite a [redacted] gramos (STS [redacted]), e incluso excepcionalmente la STS [redacted] de [redacted] de marzo , ha considerado que la sustancia que habitualmente puede acumular un consumidor para satisfacer su propio consumo puede llegar a un máximo de [redacted] a [redacted] gramos>>. “.

En relación al consumo de ketamina, la antes mencionada STS de fecha [redacted] pone de manifiesto que si bien el Pleno de la Sala no ha establecido, a diferencia de otros supuestos en que sí lo ha hecho, cuál es la dosis de consumo diario de esta sustancia psicotrópica [...] atendiendo a su elevada nocividad, la dosis de abuso habitual pudiera ser de unos [redacted] miligramos.

[redacted]

[redacted]

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

[redacted]

El juicio de inferencia de la preordenación de la droga al tráfico no puede fundarse pues solo en la cantidad de droga aprehendida en poder del acusado, ciertamente superior a la que de ordinario se establece para justificar el acopio para autoconsumo, dado el nivel de adicción racionalmente presumible del acusado y demás circunstancias objetivas que en este caso concurren en la tenencia.

En definitiva, en el caso de autos, la simple posesión de la droga por el acusado puede, por su cantidad, resultar en principio ciertamente sospechosa pero no indica inequívocamente que aquella estaba necesariamente destinada a su distribución a terceros, con lo que a la Sala se le plantea cuanto menos una duda metafísica al respecto de su preordenación al tráfico y no resulta descartable la alternativa de su acopio para el autoconsumo, con lo que se entiende que no ha quedado debidamente desvirtuada la presunción de inocencia del acusado, habida cuenta que la prueba contra el mismo no se estima, por las razones dichas, con virtualidad incriminatoria suficiente para fundamentar un pronunciamiento de signo condenatorio, de suerte que su conducta no es subsumible en el tipo del artículo [redacted] del CP y procede, por tanto, la absolución del mismo por el delito de tráfico de drogas imputado por la Acusación Pública.

Llegados a este punto, vemos que la prueba contra el acusado, no se estima, por las consideraciones dichas, lo suficientemente consistente y conclusiva en nuestro siempre modesto entender para fundamentar con la exigible rotundidad y certeza un pronunciamiento de signo condenatorio y no logra en definitiva desvirtuar la presunción de inocencia de aquél.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLO

Debemos absolver y absolvemos al acusado [redacted] del delito de tráfico de estupefacientes imputado, con todos los pronunciamientos favorables; y, costas de oficio.

Y, se decreta la destrucción de la droga intervenida a dicho acusado y la devolución al mismo del dinero y efectos decomisados.

Y, costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, que habrá de presentarse ante esta Sala en el plazo de [redacted] días.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales.

[redacted]

[redacted]

[redacted]

COPIA PARA DIVULGACION | Datos y circunstancias suprimidos

