



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
GIJON**

SENTENCIA: 00183/2014

-

N11600

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA N° 1 (NUEVO PALACIO DE JUSTICIA) 3ª PLANTA.- GIJÓN

N.I.G: 33024 45 3 2014 0000159

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000157 /2014 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D: LOPD

Letrado: Dª. LOPD

Contra ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJON

Letrado: Dª. LOPD

Procurador D. LOPD

SENTENCIA

En GIJON, a trece de Noviembre de dos mil catorce.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Jorge Rubiera Álvarez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, los presentes autos de Procedimiento Abreviado núm. 157/2014, seguido ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante Don LOPD LOPD, representado y asistido por la Letrada Doña LOPD LOPD, y de otra como demandada el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador D. LOPD LOPD y asistido por la Letrada Doña LOPD LOPD; sobre Sanción.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la parte actora se presentó demanda en la que alegó los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la misma y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia anulando la resolución recurrida y subsidiariamente para el caso de que no se anule, se suspenda la sanción recurrida por cumplir el actor, los requisitos para ello, con expresa condena en costas.

SEGUNDO: La demanda fue admitida a trámite señalándose día y hora para la celebración de la vista, acordando reclamar de la Administración demandada el correspondiente expediente administrativo, el cual fue remitido, celebrándose la vista con el resultado que obra en autos.

TERCERO: En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO





PRIMERO: La parte actora interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 5-3-13 que le impuso una sanción de 302 euros por consumo, tenencia ilícita o abandono de útiles para el consumo de sustancia estupefaciente o sustancias psicotrópicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos.

Se señala en la demanda que en fecha 17-5-12 cuando el actor se encontraba en el bar "La Bodeguina" sito en el barrio de El Coto en Gijón, tomando una consumición, entraron en el lugar dos agentes de Cuerpo Nacional de Policía y sin motivo aparente procedieron a su cacheo y registro de sus bienes personales, encontrando en el interior de una cartera, una pequeña cantidad, supuestamente de hachís (0,36 gr) destinada a su consumo personal. Posteriormente llevaron a cabo la identificación del actor. Es incierto que D. ^{LOPD} estuviera en ese momento consumiendo sustancias estupefacientes y por tanto es incierto lo que se pone de manifiesto en la propuesta para sanción, este extremo no consta en la denuncia ni en la ratificación de la misma en las que simplemente se hace referencia a la tenencia de una sustancia estupefaciente, un trozo de hachís, que se incauta y supuestamente se analiza.

Se añade que el control, registro y cacheo efectuado por los agentes, no fueron legales. Las presuntas sustancias estupefacientes no estaban a la vista, estando guardadas en lugar íntimo, privado y no visible por nadie.

Sigue la demanda que los presuntos estupefacientes incautados, constituyen una cantidad mínima de dosis de abuso habitual según las tablas del Instituto Nacional de Toxicología de 18-10-01. Para el hachís se estima una cantidad de 0,3-0,5 grs., siendo la cantidad para una frecuencia de uso diario de 5 grs. Para el hipotético caso de que se le hubiese incautado una sustancia estupefaciente, la cantidad de por sí incautada, 0,36 grs. hace que la sanción que se deba imponer según lo dispuesto en el art. 28.1.c) de la Ley 1/92 de Protección a la Seguridad Ciudadana sea la mínima, esto es, simplemente la incautación de la sustancia. Se indica que el hecho de llevar una pequeña cantidad de hachís para su consumo en lugar privado no puede ser objeto de sanción. Se señala que la sanción por tenencia ilícita de pequeñas cantidades de drogas para el consumo personal debiera haberse regulado mediante Ley Orgánica, por tratarse de derechos fundamentales y libertades públicas, a tenor del art. 81.1 de la CE.

Alega el actor que en el momento de incautación éste se encontraba a tratamiento de desintoxicación de adicciones, acordando con los facultativos la abstinencia. Asimismo se indica que según lo dispuesto en el apartado segundo del art. 25 de la LO 1/92 de Protección de Seguridad Ciudadana el actor cumple los requisitos para que le sea suspendida la sanción impuesta en caso de que no sean estimados los pedimentos de anulación.

Como fundamentos de derecho se invoca el art. 24.2 CE, que establece la presunción de inocencia, y el art. 137.1 de la Ley 30/92.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Igualmente se alega la falta de cobertura legal del registro y cacheo practicado, por infracción del art. 20.1 de la Ley 1/92 y en cuanto a la suspensión de la sanción el art. 25.2 de la L.O 1/92. Respecto a lo que debe considerarse estupefaciente se menciona el Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes y el Convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas.

Por la Administración demandada se solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

SEGUNDO: Alega la parte actora la falta de cobertura legal del registro y cacheo practicado.

Señala la sentencia del TS (Sala 2ª) de 19-2-03 que la diligencia de cacheo personal no supone necesariamente una violación de derechos fundamentales siempre que la actuación policial cuente con amparo legal, esté racionalmente justificada y se mantenga en los límites de la proporcionalidad, añadiendo que el amparo legal se encuentra en el art. 19.2 de la L.O. 1/92 que autoriza su realización por la Policía Judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos y que la justificación racional supone la proscripción de toda arbitrariedad en la realización de la medida, que ha de apoyarse en fundadas sospechas o en indicios racionales y suficientes que fundamenten su adopción, lo cual debe relacionarse especialmente con la naturaleza del delito que justifica el establecimiento del control y la ejecución de las medidas que lo acompañan para su efectividad. El mencionado art. 19.2 de la LO 1/92 previene que para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En el presente caso obra en el expediente (folio 1) el oficio remitido por el Inspector Jefe, Jefe accidental de la Brigada de Seguridad Ciudadana en el que se señala que con ocasión de una intervención policial sobre el control de la delincuencia y el consumo de sustancias estupefacientes, en las zonas de ocio, efectuada a las 20 horas del día 17-5-12 en el local, bar la Bodeguina, sita en la calle Feijó, número 62 de Gijón, se sorprendió consumiendo sustancias estupefacientes a ^{LOPD} . En el cacheo a que fue sometido se le ocupó una sustancia, presuntamente hachís con un peso de 0,3 gramos.

En el acta-denuncia suscrita por los agentes intervinientes se consigna como hecho denunciado "tenencia de sustancia estupefaciente" (folio 2 del expediente).

Asimismo figura en el expediente (folio 17) el informe emitido por dichos agentes en el que los mismos se ratifican en todo lo referido a la actuación policial reflejada en el acta denuncia anteriormente mencionada.

En su comparecencia judicial el agente con clave 76199 al ser interrogado porqué motivo se personaron en el bar la Bodeguina (minuto 7,30 de la grabación) contestó que es un bar en el que es recurrente asistir por denuncias de vecinos, informaciones propias y es un local donde existe un alto grado de consumo y de tráfico de sustancias estupefacientes. Al preguntarle si tenían una finalidad concreta o si era un simple cacho rutinario, manifestó (minuto 7,50) que hay un Plan Nacional de Tráfico y Consumo minorista en locales y establecimientos, en base a ese Plan e informaciones propias y de asociaciones de vecinos, se consume y hay tráfico de drogas, entonces se accede a ese local con intención de comprobar estos hechos. Al ser preguntado porqué motivo cachearon a las personas que estaban allí contestó (minuto 8,45) que porque se sospecha que en ese local, por informaciones recibidas, hay consumo y tráfico de sustancias estupefacientes, se accede al local y se comprueba, lo que se puede encontrar allí. Añadió (minuto 9) que en el local se identifica a todo el mundo, se comprueba la identidad y se le hace un cacheo preventivo por si portan armas. Al ser preguntado si hicieron el cacheo con anterioridad a la identificación, señaló (minuto 9,30) que se hace a la vez. Al preguntarle si le constaba si el actor era una persona sospechosa de haber cometido algún delito, manifestó (minuto 9,45) que en concreto no sabe nombres, ni van a por ninguna persona en concreto. Al preguntarle si la sustancia incautada al recurrente estaba a la vista contestó (minuto 10,05) que no lo recordaba. Al ser preguntado en relación al informe oficio obrante al folio 1 del expediente en el que se dice que sorprendieron al actor consumiendo sustancias estupefacientes, sobre si se le cacheó porque estaba consumiendo en ese momento contestó (minuto 11) que no recordaba el caso pero que ellos hacían un informe después de cada intervención y si el Jefe de la dependencia en el informe que manda él lo pone, es que fue así. Posteriormente manifestó (minuto 15,15) que ellos iban a cachear a todo el mundo, ya esté consumiendo o no y en este caso concreto por la inmediatez temporal de que no se deshaga de esa prueba, va a ser que está fumando y que si dicen en el oficio que estaba consumiendo es que estaba consumiendo.

Por su parte el agente con clave 75581, manifestó que no recordaba esta intervención (minuto 17). Al ser preguntado porqué se personaron en el bar la Bodeguina contestó (minuto 17,15) que dentro de las funciones del grupo al que pertenecen está el control de establecimientos en los que se presume que se vende o consume sustancias estupefacientes siendo éste uno de los habituales. Al ser preguntado si era un control rutinario o aleatorio, contestó (minuto 17,25) que sí, ordenado por la superioridad en sitios donde se consume o trafica sustancias estupefacientes. Al ser preguntado si le consta que el actor era sospechoso de haber cometido algún delito, contestó (minuto 17,45) que en el procedimiento de control de establecimientos donde se consume o presume que puedan tener sustancias estupefacientes, se hace en principio aleatorio, no suele ser a clientes a casi todos, a veces sí,

dependiendo del número que esté en el bar y los efectivos que se personen y en principio tenía el perfil por el que se le identificó y se le cacheó añadiendo que no recordaba si primero se le cacheó y luego se le identificó. Al ser preguntado si el actor le constaba como sospechoso de algún delito contestó que no (minuto 18,45). Al ser preguntado si el recurrente estaba consumiendo algo, contestó (minuto 18,50) que no se acordaba y esto estaría reflejado en el acta que se levantó al efecto. Si el acta se levanta por consumo de sustancias estupefacientes, se refleja así, si es por tenencia se refleja de la otra forma, siendo el acta fiel reflejo de lo que hacen y que lo que esté en el acta es la actuación que se llevó a cabo, no recordando si esta persona tenía alguna sustancia a la vista u oculta entre sus pertenencias. Que el cacheo se hace a las personas que están allí donde se presume que pueden consumir o tener sustancias estupefacientes en un lugar donde habitualmente se hace este tipo de diligencias. Al ser preguntado en relación a la diferente redacción que de los hechos existe en el oficio remitido por el Jefe Accidental de la Brigada y en el acta denuncia suscrita por el testigo, en cuanto en esta última no se refleja la existencia de consumo de estupefacientes, contestó que no lo podía determinar (minuto 23) añadiendo que normalmente se suele poner en el acta, se suele poner tenencia y si (consume) se suele hacer referencia a consumo y tenencia. Y posteriormente señaló que el cacheo normalmente se hace, se justifica si se está consumiendo, o tiene una actitud huidiza o se ve que arroja algo.

Examinado este material probatorio ha de señalarse que no se ha justificado debidamente en el caso la proporcionalidad del cacheo realizado al actor. Ha de recordarse que el art. 19.2 de la LO 1/92 justifica la diligencia de cacheo en los supuestos de actividad dirigida al descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social.

En este sentido el agente con clave 75581 señaló que el actor no era sospechoso de la comisión de un delito y de los testimonios de ambos agentes cabe deducir que los cacheos en el local la Bodeguina se realizan a las personas que se encuentran en su interior, dependiendo de los efectivos que participen en la intervención, ya que se trata de un local en el que tienen diversas denuncias e informaciones sobre que en el mismo se consumen o trafican sustancias estupefacientes.

Existe una contradicción entre el oficio remitido al Ayuntamiento por el Jefe accidental de la Brigada, en el que se dice que el actor estaba consumiendo y que en el cacheo a que fue sometido se le ocupó presuntamente hachís y el acta-denuncia realizada por los agentes intervinientes que sólo se refieren a la tenencia de sustancia estupefaciente.

Dicha cuestión tiene relevancia en el presente caso, pues la apreciación visual por parte de los agentes de alguien consumiendo droga, constituye un indicio de posesión de sustancias estupefacientes que puede legitimar la diligencia de cacheo, mientras que si sólo hay tenencia, es necesario que se justifiquen aquellos indicios que llevan a los agentes a proceder a dicho cacheo.

En el caso de autos no está acreditado que el recurrente estuviera consumiendo estupefacientes en el momento de la intervención policial. En este sentido, ninguno de los agentes que comparecieron como testigos recordaban esta circunstancia y mientras el agente con clave 76199 señaló que si en el oficio remitido por el Jefe de la Brigada se hacia constar el consumo es que el actor estaba consumiendo, el agente con clave 75581 señaló que si estaba consumiendo normalmente se hubiera reflejado en el acta-denuncia, lo que no se verificó.

En estas circunstancias, no estando acreditado el consumo, sino sólo la posesión y no habiéndose aportado en el acta denuncia (ni en el acto de la vista) los indicios racionales y suficientes que los agentes apreciaron en el caso de autos para proceder al cacheo del actor, ha de considerarse éste como desproporcionado, de modo que procede estimar el recurso interpuesto, al no poder hacerse valer pruebas obtenidas con la realización de un cacheo que no se considera ajustado a derecho.

TERCERO: En materia de costas de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la LJCA no procede su imposición habida cuenta de la controversia fáctica y jurídica existente entre las partes sobre las cuestiones litigiosas de este proceso.

FALLO

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Letrada Doña ^{LOPD} en representación y asistencia de D. ^{LOPD} contra la resolución del Ayuntamiento de Gijón de 13-3-14 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 5-3-13, debo anular y anulo dicha resolución por no ser la misma conforme a derecho; sin costas.

La presente sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

NOTIFICADO Y
27 NOV. 2014
TRASLADO

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha; doy fe.