

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación núm. 1186/2002.

TRAFICO DE DROGAS: Actos de tráfico: existencia; Tenencia preordenada al tráfico: actividad probatoria requerida en el elemento tendencial; acreditada mediante un acto de tráfico.

PRESUNCION DE INOCENCIA: Declaraciones de testigos: declaraciones de miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad: existencia de prueba: en delito de tráfico de drogas.

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTIAS: Vulneración: inexistencia: suspensión del juicio oral para la citación de tres testigos policías debido a un error material en la identificación de los mismos: falta de protesta por las defensas e indefensión.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 18-02-2002, condenó a don Felipe y a don Luis Manuel, como autores de un delito de tráfico de drogas, a la pena de tres años y seis meses de prisión, para cada uno de ellos.

Contra la anterior Resolución recurrieron en casación los acusados.

El TS declara haber lugar parcialmente al recurso y dicta segunda Sentencia en la que les reduce la condena a tres años de prisión.

En la Villa de Madrid, a ocho de junio de dos mil cuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Elche, instruyó sumario 6/01 contra Felipe y Luis Manuel, por delito contra la salud pública, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, que con fecha 18 de febrero de dos mil dos dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

«Los acusados Felipe y Luis Manuel, mayores de edad y sin antecedentes penales, sobre las 2 horas del día 18 de noviembre del año 2000 cuando se encontraban juntos en la Zona de Ocio del Polígono de Altabix de Elche, fueron observados por diversos agentes de la Comisaría de esta Ciudad, que se hallaban vestidos de paisano, a una distancia entre siete y diez metros de los mismos, en labor de vigilancia, por ser lugar habitual de venta de drogas al menudeo, y tras apercebirse los agentes de que en un momento dados se les acercaba una tercera persona que recibía una bolsita de Luis Manuel y a su vez entregaba algún billete a Felipe, no pudiendo detener a este tercero no identificado puesto que la operación de intercambio se realizó a tres metros de la entrada de una discoteca en la que éste se introdujo y se perdió, decidieron intervenir, ocupando a Luis Manuel dos bolsitas que mantenía ocultas dentro de los guantes, así como otras cinco más en su ciclomotor, todas ellas, menos una, de cocaína, con un peso neto de 11,810 gramos. Igualmente se le ocupó a Felipe un trozo de hachís con un peso de 1,60 gramos y 9.930 pesetas producto de las ventas efectuadas por ambos acusados, siendo el precio aproximado de la cocaína en el mercado ilícito de 9.950 pesetas el gramo».

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

« **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a los acusados en esta causa, Felipe y Luis Manuel, como autores responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Felipe y Luis Manuel, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- La sentencia objeto de la impugnación casacional condena a los dos recurrentes por un delito contra la salud pública al declararse probado, en síntesis, que los dos acusados fueron sorprendidos

cuando entregaban, a cambio de dinero, una bolsita. Al proceder a la detención se intervino al acusado Luis Manuel 7 bolsitas con 11,810 gramos de cocaína y al acusado Felipe dinero fruto de transacciones.

Los dos motivos son absolutamente coincidentes por lo que los analizamos conjuntamente. Formalizan un primer motivo en el que denuncian el error de derecho por la indebida aplicación del art. 368 del Código Penal, discutiendo el juicio de valor que el tribunal declara para afirmar el destino al tráfico de la sustancia intervenida.

El motivo se desestima. El destino al tráfico, elemento esencial del delito contra la salud pública, requiere de una actividad probatoria que acredite, bien de modo directo, bien indirecto, que la sustancia tóxica intervenida estaba preordenada al tráfico y no al propio consumo, supuesto éste último que no sería típico según resulta de la propia estructura típica del delito.

En el supuesto de la censura casacional se afirma la realización de actos concretos de tráfico lo que hace innecesario analizar la racionalidad de la inferencia sobre el destino, no siendo preciso indagar si la deducción que realiza el tribunal para afirmar ese destino típico resulta racional, por su acomodación a las reglas de la lógica o su sujeción a criterios de ciencia o de experiencia.

En este sentido esta Sala, en una constante jurisprudencia, ha examinado impugnaciones similares a la presente y ha atendido a los criterios expresados en la motivación de las sentencias de instancia para comprobar lo adecuado de la inferencia. Fruto de esa constante jurisprudencia es la determinación de unos criterios que, sin carácter exhaustivo, se han proporcionado. Así el criterio de la cantidad de sustancia intervenida, cuando este exceda de un consumo proporcionado del tenedor; el de la variedad de las sustancias; la condición de adicto o de consumidor; la tenencia de objetos normalmente relacionados con el tráfico de sustancias tóxicas; la división de la sustancia en unidades de distribución; etc.

El tribunal de instancia da por acreditado un acto de tráfico, lo que exonera de analizar la inferencia sobre el destino de la sustancia intervenida, pues acreditado el acto de tráfico resulta acreditada la realización del tipo penal.

SEGUNDO.- En el motivo segundo de la formalización interpuesta por ambos recurrentes denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia que concreta en la falta de acreditación del destino al tráfico.

El motivo es mera reiteración del anterior, desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Como hemos declarado la acreditación del destino al tráfico es afirmada en la sentencia desde la testifical de los funcionarios de policía que percibieron de forma directa la transacción de la sustancia tóxica y por la tenencia de la sustancia en condiciones que permitan afirmar la declaración fáctica. En este sentido, el tribunal, desde la percepción inmediata de la prueba, analiza las declaraciones de los acusados y las contradicciones que detecta.

TERCERO.- Denuncia en el tercer motivo la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías que entiende se ha vulnerado porque el tribunal suspendió el juicio oral y citó para el juicio a tres policías «sin que esta parte haya tenido cauce procesal para poder proponer y practicar prueba que pudiese contradecir la propuesta».

El motivo se desestima. Analizada el acta del juicio oral se constata la existencia de un error en la identificación de los testigos en el escrito de acusación que fue puesto de manifiesto por el Ministerio fiscal al tiempo de la celebración del juicio oral, en la primera sesión, solicitando la suspensión con citación de los testigos a los que se refería y que fue acordada por el tribunal con citación de los funcionarios policiales efectivamente intervinientes en la detención de los acusados y que fueron testigos de la entrega de la sustancia tóxica. La defensa de los recurrentes, presentes en el enjuiciamiento no plantearon ninguna objeción a lo realizado por el tribunal y participaron en el desarrollo de la testifical que se practicó en la continuación del juicio suspendido.

Ninguna irregularidad se ha producido y, menos aún, ninguna situación de indefensión, por lo que el motivo se desestima.

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de los acusados Felipe y Luis Manuel, contra la sentencia dictada el día 18 de febrero de dos mil dos por la

Audiencia Provincial de Alicante, en la causa seguida contra ellos mismos, por delito contra la salud pública, que casamos y anulamos.

Que debemos condenar y condenamos a los acusados Felipe y Luis Manuel como autores responsables de un delito contra la salud pública .