

RESUMEN

A los informes científicos realizados por especialistas de los Laboratorios Oficiales del Estado, con altos niveles de especialización técnica y dotados de costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga “prima facie” eficacia probatoria, salvo impugnación. En este caso, será preciso la comparecencia de los peritos al juicio oral para ratificar, aclarar o complementar su dictamen sometiéndose así la prueba a la contradicción de las partes.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción número 14 de Barcelona, incoó Diligencias Previas con el número 3177 de 2005, contra Oscar y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 6ª, con fecha 3 de noviembre de 2006, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: ÚNICO.- Se declara probado que sobre las 18 horas del día 12 de julio de 2005, el acusado Oscar, ciudadano sudafricano y residente ilegal en este país, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencias de fecha 18.11.1997 y de fecha 25.11.1997, dictadas ambas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, como autor de sendos delitos contra la salud pública a sendas penas de tres años de prisión y multa, habiendo extinguido ambas condenas en fecha 24.11.2002, se encontraba en la C/ San Rafael de esta ciudad, cuando entregó a Humberto, a cambio de una cantidad indeterminada de dinero que el acusado se guardó en el bolsillo del pantalón, una bolsita de heroína que se sacó de la boca, con un peso neto de 0,084 g. y una riqueza base de 37,04% a cambio de 60 euros, tras lo cual ambos se separaron.

A continuación el acusado fue detenido por agentes de la Guardia Urbana, quienes le intervinieron en su poder cuarenta euros y cuando le registraron en las dependencias policiales le encontraron siete envoltorios mas, en la boca, que pesaron un total neto de 1,775 g con riqueza base de 37,95 %, sustancia que poseía el acusado con la intención de destinarla al tráfico.

También inmediatamente fue interceptado Humberto por otro agente de la Guardia Urbana, al que se le ocupó la bolsita de heroína que acaba de comprar.

El gramo de heroína se valora en la fecha de los hechos a 60 euros en el mercado ilícito.

En la fecha de los hechos el acusado era consumidor habitual de heroína y cocaína sin que conste dosis ni frecuencias.

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Oscar como autor responsable de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo la agravante de reincidencia y la atenuante de drogadicción [...]

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por Oscar [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO

El motivo primero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 368 CP por haber tenido la Sala en cuenta para fundamentar la condena del acusado, el informe farmacológico sobre la sustancia estupefaciente, previamente impugnado por la defensa, no sometido a contradicción por la acusación y no leído en el acto del juicio oral.

El motivo no puede merecer favorable acogida.

[...]

"... como se expresa en sentencia de esta Sala 1642/2000 de 23.10, son **numerosos, reiterados y concordantes los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios Oficiales del Estado, que, caracterizados por las condiciones de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga "prima facie" eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado de la pericia o la competencia o imparcialidad de los peritos, es decir, que el Informe Pericial haya sido impugnado de uno u otro modo, en cuyo caso será preciso la comparecencia de los peritos al juicio oral para ratificar, aclarar o complementar su dictamen sometiéndose así la prueba a la contradicción de las partes, para que sólo entonces, el Tribunal pueda otorgar validez y eficacia a la misma y servirse de ella para formar su convicción. Pero cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de ésta, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita SSTS 1.12.95, 15.1 y 6.6.96 entre otras muchas.**

Este criterio ha sido avalado por el Tribunal Constitucional (SS. 127/90, 24/91) al declarar la validez como elemento probatorio de los informes practicados en la fase previa al juicio, basados en conocimientos especializados y que aparezcan

documentados en las actuaciones que permitan su valoración y contradicción, sin que sea necesaria la presencia de sus emisores, y ha sido seguido en multitud de sentencias de esta Sala que, al abordar el mismo problema suscitado ahora, ha dejado dicho que si bien la prueba pericial y cuasipericial en principio, como es norma general en toda clase de prueba, ha de ser practicada en el juicio oral, quedando así sometida a las garantías propias de la oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez que rigen tal acto, puede ocurrir que, practicada en trámite de instrucción, nadie propusiera al respecto prueba alguna para el acto del juicio, en cuyo caso, por estimarse que hubo una aceptación tácita, ha de reconocerse aptitud a esas diligencias periciales o "cuasi periciales" para ser valoradas como verdaderas pruebas, máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial SSTS 5.5, 30.12.95, 23.11 y 11.11.96".

SEGUNDO

En el caso presente el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación (folio 61), propuso como prueba pericial toxicológica al Jefe de Servicio de Química (Rodrigo) a fin de ratificar y en su caso aclarar los informes de droga obrantes en la causa, si bien en el otrosí III (folio 60), se precisó para el caso de que la defensa no impugnara en sus conclusiones la prueba pericial, la renuncia a su practica interesando expresamente que no fuesen citados los peritos a juicio.

Asimismo como prueba documental propuso, entre otros, los folios en los que constan los informes periciales toxicológicos

La defensa del acusado, hoy recurrente, en su escrito de calificación (folio 70), se limitó a impugnar la prueba pericial practicada en estos autos "por falta de integridad y por cuanto no expresa una conclusión fehaciente", pero en el apartado de su escrito relativo a los medios de prueba se solicitó la practica de la misma prueba interesada por la acusación.

Consecuentemente no hubo propiamente una impugnación del informe ya realizado, pues no se cuestionó la capacidad técnica de los peritos informantes, no se solicitó ampliación o aclaración alguna de éstos, ni se propuso un nuevo análisis contradictorio de aquél.

En efecto en relación a las exigencias del fundamento material de la impugnación existen, ciertamente, algunas fluctuaciones jurisprudenciales, pudiéndose detectar dos tendencias: una más laxa que otorga operatividad a la impugnación pura y simple y otra estricta que exige que la impugnación sea acompañada de una argumentación lógica.

Ejemplos de la tendencia laxa los encontramos en las SSTS 1281/2003 de 5.11, 1520/2003 de 17.11, 1511/00 de 7.3, que consideran que "no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del análisis efectuado" y que "el acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con la aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia". Siguiendo esta interpretación la STS 585/2003 de 16.4 afirma que: "basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba

realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal".

La jurisprudencia de esta Sala, tendente a una interpretación estricta ha declarado que se trata de un mero trámite formal que debe considerarse fraudulento, la mera impugnación sin una concreta queja no teniendo la indefensión un contenido formal, sino material (SSTS 31.10.2003 y 23.3.2000). A la impugnación como mera ficción también se refiere la STS 7.3.2001, cuando no se expresan los motivos de impugnación o éstos son generalizados. Así la STS 140/2003 de 5.2, dice textualmente:

"la impugnación tuvo carácter meramente formal, pues ni en el momento de llevarla a cabo, ni en Juicio ni, incluso, en este Recurso, se explican las razones materiales por las que tal impugnación se produce, los defectos advertidos, las dudas interpretativas, etc. que le hacen a la Defensa ver la necesidad de la solicitud de comparecencia de los peritos informantes para poder someterles al interrogatorio correspondiente, en cumplimiento del principio de contradicción que se alega...", añadiendo que "...de acuerdo con doctrina ya reiterada de esta Sala, en ese mismo sentido, SSTS 04/07/2002, 05/02/2002, 16/04/2002, la argumentación del recurrente, en este punto, no puede admitirse, ya que, como dicen las SSTS de 7 de marzo de 2001, y 1413/2003 de 31 de octubre, una cosa es que la impugnación no esté motivada y otra distinta que la declaración impugnatoria sea una mera ficción subordinada a una preordenada estrategia procesal, cuyo contenido ni siquiera se expresa en el trámite del informe subsiguiente a elevar las conclusiones a definitivas, pudiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 11.1 y 2 LOPJ... lo que permite corregir los abusos procesales como pueden ser las impugnaciones ficticias y meramente oportunas carentes de cualquier fundamento". En este sentido la STS 72/2004 de 29.1 exige que la impugnación "no sea meramente retórica o abusiva, como declaran algunas sentencias de esta Sala casacional, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuales son los temas de discrepancia, si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en esta la preservación de la cadena de custodia".

Interpretación ésta asentada en la jurisprudencia, tras la entrada en vigor de la LO. 9/2002 de 10.12, cuya disposición adicional 3ª modificó la Ley 38/2002 de 24.10, añadiendo un segundo párrafo al art. 788.2 LECrim a cuyo tenor: "**En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas**". Como ya ha anticipado la STS 97/2004 de 27.1, en relación con en relación con este nuevo precepto "**no significa que no exista posibilidad de contradicción y que las conclusiones de este tipo de informes resulten irrefutables. La defensa podrá someter a contradicción el informe solicitando otros de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe, pero lo que será necesario en cada caso es justificar que la diligencia que se reclama es necesaria y apta para satisfacer el derecho de contradicción, justificando el interés concreto a través de las preguntas que se le pensaba dirigir, alejando la sospecha de abuso de derecho prescrito por el art.11 LOPJ y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparecencia solicitada a tales fines**" (STS 279/2005).

No de otra forma se ha pronunciado esta Sala en el reciente Pleno no jurisdiccional de fecha 25.5.2005, que en relación al art. 788.2 LECrim adoptó el siguiente acuerdo: **"La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaboradas por Centros Oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 LECrim"**.

No otra cosa ha acaecido en el caso presente, en el que la Audiencia por auto de 28.4.2006 al examinar las pruebas propuestas, las declaró pertinentes, si bien no citó al perito que elaboró el informe de análisis de droga para comparecer a juicio - posiblemente por entender que sólo hubo una impugnación meramente formal-, sin que en el desarrollo de la vista oral en la practica de la prueba por la defensa se hiciera observación y protesta alguna por no haberse procedido a la practica de la prueba que le impedía someterla a contradicción.

Consecuentemente, habiéndose reconocido por el propio acusado que la sentencia que le fue intervenida era heroína, la Sala valorando los informes cuestionados, «ex» art. 788.2 LECrim., y no habiéndose instado por la defensa prueba contradictoria sobre aquellos, pudo fundamentar en los mismos los extremos facticos relativos a la naturaleza, pureza y cantidad de las sustancias intervenidas.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

TERCERO

El motivo segundo, al amparo del art. 849.2 LECrim por la existencia de error en la apreciación de la prueba, al apoyarse la sentencia en un informe pericial que como prueba de cargo es nulo.

El motivo supeditado que está a la prosperabilidad del anterior por entender que la prueba pericial de análisis de droga carece de eficacia probatoria, debe seguir igual suerte desestimatoria, sin que el repetido informe acredite equivocación alguna del Tribunal en cuanto a la naturaleza, peso y pureza de las sustancias intervenidas.

CUARTO

Destimándose el recurso, se imponen al recurrente las costas causadas en su recurso, art. 901 LECrim.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Oscar, contra sentencia de 3 de noviembre de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que les condenó como autor de un delito contra la salud publica; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.