

Id Cendoj: 28079120012006100859
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1864/2005
Nº de Resolución: 901/2006
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Contra la salud pública. Presunción de inocencia. Eficacia testimonio funcionarios policiales que detuvieron al acusado Valor informes Gabinetes Oficiales no impugnados en momento procesal oportuno. Pleno Sala 25.5.2005. Falta análisis cualitativo. Irrelevancia cuando la cantidad total aprehendida excede en mucho las dosis mínimas psicoactivas. Pleno 24.1.2003.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Septiembre de dos mil seis.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por Alfredo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, que condenó al acusado, por un delito contra la salud publica; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Plaza Villa.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Málaga, incoó Procedimiento Abreviado con el número 98 de 2004, contra Alfredo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Segunda, con fecha 31 de mayo de 2005, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Del análisis en conciencia de las pruebas practicadas pueden declararse como tales y así se declaran los siguientes: En la tarde del 3 de marzo de 2004, agentes de la policía sorprendieron al acusado Alfredo , cuando en la calle Cigüela de Málaga vendía a otras personas papelinas de cocaína y heroína, de las que solamente pudo recuperarse una en poder del segundo acusado, interviniéndose también 132 euros en billetes arrugados y producto de ventas anteriores.

No ha quedado acreditado que el acusado Manuel , al ser detenido, resistiera a los Agentes, porque no conocía la condición de los mismos, sino solamente que forcejeara con uno de ellos para conseguir escapar.

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

FALLO: Que debemos condenar y condenamos al acusado Alfredo , como autor criminalmente responsable de un delito ya definido contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión y multa de diez euros, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, con el apremio de cinco días de arresto sustitutorio si no hiciere efectiva dicha multa en el termino de dos audiencias, y al pago de la mitad de las costas procesales, siéndole de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Así mismo, debemos absolver y absolvemos al acusado Manuel del delito de resistencia por el que se le acusa, con declaración de oficio de la otra mitad de las costas procesales.

Reclámese al instructor la pieza de responsabilidad civil debidamente concluida con arreglo a derecho.

Se decreta el comiso de la droga y dinero intervenido a los que se dará el destino legal, y comuníquese esta sentencia a la Secretaría de Estado para la Seguridad, a la Unidad Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo y a la Junta Electoral Central.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por Alfredo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la presunción de inocencia contenido en el *art. 24.2 CE*.

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 5.4 LOPJ*. por infracción de *precepto constitucional art. 120.3 CE*.

TERCERO.- Al amparo del *art. 849.1 LECrim*. por aplicación indebida del *art. 368 CP*.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día catorce de septiembre de dos mil seis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el *art. 5.4 LOPJ*. en relación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, *art. 24.2 CE*. por cuanto la sentencia condena al recurrente por un delito contra la salud pública en base a la detención realizada por funcionarios policiales, que no se identificaron como tales, y de sus declaraciones de las que se desprende que no intentó salir corriendo como el resto de personas presentes y que además a él no se le encontró cantidad de droga alguna, ya que la papelina le fue decomisada al otro encausado, papelina que solo consta el de 0,16 grs. de cocaína y heroína, pero sin determinar cantidad de cada una de las sustancias ni pureza de las mismas.

El motivo no puede tener favorable acogida.

El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro derecho con rango fundamental en el *art. 24 CE*., implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la *Ley (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 6.2 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*. Su alegación en el proceso penal obliga al Tribunal de casación a comprobar que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos.

También debe el Tribunal verificar que la valoración realizada no se aparte de las reglas de la lógica y no es, por tanto, irracional o arbitraria. Las posibilidades de realizar es revisión no suponen una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada. Hemos dicho en STS. 20/2001 de 28.3 que "el derecho a la presunción de inocencia, según la doctrina de esta Sala, alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales SS.TS 7.4.92 y 21.12.99". Cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la

credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo en casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria. Tiene dicho esta Sala en S. 146/99 que el juicio sobre la prueba producida en juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta en la observación por parte del Tribunal de los hechos, en las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y en conocimientos científicos. Por el contrario son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos en principio queda fuera de la posibilidad de revisión en el marco de la casación (STS. 22.9.92, 30.3.93, 7.10.2002).

Por otra parte solo puede considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que reúna las siguientes condiciones:

a) que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente conforme requiere el *art. 11.1 LOPJ*.

b) que se practique en el plenario o juicio oral, o en los supuestos de prueba anticipada o preconstituida, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice al ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (STC 76/90, 138/92, 303/93, 102/94 y 34/96).

Si se cumplen las anteriores exigencias, en casación sólo hemos de verificar la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que, como ha hemos indicado, incumbe privativamente al Tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de lo dispuesto en los *arts. 117.3 CE y 741 de la LECrim*.

Doctrina esta asentada en la jurisprudencia de esta Sala (STS 16.4.03), precisando que en junto a la vulneración a la presunción de inocencia se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido incriminatorio, si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es si accedió libremente al juicio oral, si ha sido practicada con regularidad procesal, si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido razonadamente valorada por el Tribunal sentenciador. Más allá no se extiende nuestro control cuando la vulneración de presunción de inocencia se trata.

El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (STS 120/03 de 28.2).

Por ello el derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total carencia de prueba y no a aquellos casos en que los autos se halle reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las garantías procesales (STS 26.9.03).

En definitiva, el recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas), sino que, cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba al faltar el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional.

SEGUNDO: En el caso que se analiza la sentencia recurrida, Fundamento de Derecho segundo, valora el hecho objetivo de la aprehensión de la droga y las claras y terminantes declaraciones en juicio de los Agentes que intervinieron vertidas en el juicio oral, que con toda convicción y detalles narraron los hechos en la forma en que se declaran probados: como dicho acusado estaba rodeado de varias personas que le entregaban dinero y él a su vez, papelinas de las descritas.

Nos encontramos, por tanto, como recuerdan las SSTS. 3.12.2004, 29.4.2005 y 10.6.2005 , en presencia de los llamados "delitos testimoniales", que presentan como rasgo esencial la inseparable percepción directa del funcionario de la Policía Judicial y que se caracterizan por la presunción de veracidad en cuanto a los hechos cometidos o acabados de cometer, cuando se une la evidencia de la aprehensión o

de la misma comisión, cual sucedió en el caso presente, en el que en poder del comprador se intervino la sustancia.

En esta dirección el *art. 717 LECrim.* dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional. Así tiene declarado esta Sala S. 2.4.96, que las declaraciones testificales en el plenario de los Agentes de la Policía sobre hechos de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales del acto, constituyen prueba de cargo, apta y suficiente, para enervar la presunción de inocencia, en STS. 2.12.98 , que la declaración de los agentes de policía prestadas con las garantías propias de la contradicción, intermediación y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiendo su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo, el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios; y en STS. 10.10.2005 , que recuerda que las declaraciones de autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional. Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado Social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los *arts. 104 y 126 CE.*

Apreciadas por el Tribunal de instancia tales declaraciones policiales con racionalidad, y teniendo aptitud para enervar el principio de presunción de inocencia, el motivo debe ser desestimado.

TERCERO: El motivo segundo al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . por infracción de *precepto constitucional del art. 120.3 CE.* por falta de motivación en la sentencia de cómo ha llegado el Juzgador al convencimiento sobre la determinación de la sustancia supuestamente transmitida, como una de las que se integran entre las sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud, incluidas en los listados del Convenio Unico de Naciones Unidas y Tratado de Viena de 1971.

El motivo deviene inadmisibile.

Ciertamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, establecida en el *art. 24.1 CE* . comprende entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, y exige que las sentencias explíciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además venía ya preceptuado en el *art. 142 LECrim.*, está prescrito por el *art. 120.3 CE* . y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el *art. 9.3 CE. de la misma Supra Ley.*

El Tribunal Constitucional SS 177/94, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala, SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5, tienen establecido que el *art. 24 CE* . impone a los Jueces y Tribunales la obligación de dictar, tras el correspondiente debate procesal una resolución fundada en derecho y esta obligación no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de conocimiento o de voluntad del órgano jurisdiccional en un sentido u otro.

Cuando la *Constitución art. 120.3* y *la Ley* exigen que se motiven las resoluciones judiciales imponen que la decisión judicial esté precedida por una exposición de los argumentos que la fundamentan.

Este reconocimiento expreso permite a las partes conocer los motivos por los que un pretendido derecho puede ser restringido o negado, facilitando al tiempo y, en su caso, el control por parte de los órganos judiciales superiores.

Pero la exigencia de una motivación suficiente es sobre todo una garantía esencial del justiciable mediante la cual sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exegéris racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. Dada la trascendente finalidad de esta obligación, una sentencia que en nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que puede inferirse tampoco cuales son las razones próximas o remotas que justifican aquellas, es una resolución que no solo viola la Ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial consagrado en el *art. 24.1 CE* ., por cuanto las resoluciones judiciales han de venir apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos

esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su rati decidenci (SSTC. 196/88, 215/98, 68/2002, 128/2002, 119/2003).

En efecto la exigencia indudable de una resolución debidamente fundada o motivada, *arts. 24.1 y 120.3 CE* , traducción de la tutela judicial efectiva, se halla entroncada de modo directo con los principios imperantes y propios de un Estado de Derecho (*art. 1.1 CE*), y con el carácter vinculante que para los Jueces y Tribunales tiene la Ley a cuyo imperio se hallan sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (*arts. 111.1 y 5.3 CE*). De ahí que, constituye un mandato trascendente del puro formalismo para erigirse en componente esencial de las decisiones judiciales.

La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. Pero esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta a los efectos de su control constitucional con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos. Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso ilogístico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad.

Sin olvidar finalmente, que el Tribunal Constitucional interpretando los *arts. 24 y 120 CE* . ha señalado reiteradamente que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87, 152/87 y 174/87), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado (STC. 196/88), y tampoco la tutela judicial efectiva implica que los Tribunales accedan a todas las pretensiones interesadas por las partes.

En definitiva, la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, frente a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se la condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial.

Cuando se trata de la llamada motivación fáctica, recuerda la STS. 32/2000 de 19.1 la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico. En este sentido debe advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces, es de todo punto necesario la expresión de los razonamientos que han permitido al Tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos, pero no es precisa una detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate, pues, en tal caso, el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas (STS. 1228/2005 de 24.10).

La motivación fáctica -insiste la STS. 1488/2001 de 4.10, exige decir la prueba utilizada como de cargo con los razonamientos oportunos. No es necesario examinar todos y cada uno de los hechos de prueba que se practicaron. Basta con expresar lo necesario para dejar de manifiesto que la condena se hizo en base a una prueba justificadora de la realidad de los hechos que se declaran probados.

CUARTO: En el caso presente ya hemos señalado en el motivo anterior como la sentencia de instancia valora la prueba obrante en las diligencias en orden a desvirtuar la presunción de inocencia y en orden a la naturaleza de la sustancia intervenida obra al folio 28 análisis practicado por la Dependencia Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, siguiendo las Normas dictadas por Naciones Unidas para los Laboratorios Naciones de Estupefacientes, que identifica aquella como heroína y cocaína, con un peso neto de 0,16 grs. El resultado de tal análisis fue unido a las diligencias pro providencia de 12.4.2004 (folio 30) con posibilidad de conocimiento, por tanto, desde tal fecha para las defensas, sin que por la

defensa del hoy recurrido se formulase alegación alguna tendente a contradecir sus conclusiones en orden al peso y naturaleza de la sustancia, ni instó la comparecencia de los peritos para rebatir sus conclusiones, con lo que no puede ahora en este trámite casacional cuestionar tal dictamen, al que tácitamente prestó su aquiescencia.

En el mismo sentido la jurisprudencia tiene declarado que si la prueba pericial no ha sido expresamente impugnada por la defensa, en principio, no necesita su ratificación en el acto del juicio oral.

Por ejemplo la STS 31,1,2002 afirma que:

" La doctrina de esta Sala, nos viene diciendo que los dictámenes y pericias emitidas por Organismos o Entidades Oficiales, dada la imparcialidad, objetividad y competencia técnica de los miembros integrantes, ofrecen toda clase de garantías técnicas y de imparcialidad para atribuirles, "prima facie", validez plena SSTS 10.6.99, 23.2.2000, 28.6.2000, 18.1.2002=. Igualmente en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 21.5.99 , se acordó (punto 2º) la innecesariedad de ratificación

del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en momento procesal oportuno, señalando la STS de 31.10.2002 el momento procesal en el que ha de producirse tal impugnación cuando dice que:

"... la impugnación de la defensa debe producirse en momento procesal adecuado, no siendo conforme a la buena fe procesal la negación del valor probatorio de la pericial documentada si fue previamente aceptado, expresa o tácitamente. Aunque no se requiere ninguna forma especial de impugnación, debe considerarse que es una vía adecuada la proposición de pericial de los mismos peritos o de otros distintos mediante su comparecencia en el juicio oral, pues nada impide hacerlo así a la defensa cuando opta por no aceptar las conclusiones de un informe oficial de las características ya antes expuestas. Esta prueba, en principio cuando sea propuesta en tiempo y forma, debería ser considerada pertinente". En el mismo sentido la STS. 16.4.2001 citando jurisprudencia anterior, afirma con carácter general que:

"... 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 TC. (SS. 127/90 de 5.7 y 24/91 de 11.2) al declarar la validez como elemento probatorio de los informes practicados por la fase previa al juicio basado 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 proseguido 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, y conocida así por las partes al darles traslado de la causa para calificación, nadie propusiera al respecto prueba alguna para el acto del juicio, en cuyo caso por estimarse que hubo una aceptación tácita para ser valoradas como verdaderas pruebas, máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial SSTS 5.5, 14 y 30.12.95 y 23.1 y 11.11.96).

QUINTO: 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 proscrito por el *art. 11 LOPJ* y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparecencia solicitada a tales fines".

En igual sentido la STS. 27.9.2005, que recuerda que no de otra forma se ha pronunciado esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 25.5.2005 que en relación al *art. 788 LECrim.* adoptó el siguiente acuerdo:

"La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados 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.*"

En el caso presente, el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación no propuso la prueba pericial de la comparecencia al plenario de los funcionarios que llevaron a cabo el análisis, pero si propuso como documental la expresa mención de los folios 28, 29 y 35 relativos a aquel análisis (folios 40 y 41).

La defensa del recurrente, no obstante conocer el resultado del informe, en su escrito de defensa presentado el 7.2.2005, no formuló impugnación alguna de la documental al proponer todos los folios de las actuaciones (folio 84), consecuentemente el repetido informe fue incorporado al juicio oral en condiciones de ser valorado por la Sala.

El motivo por lo expuesto se desestima.

SEXTO: El motivo tercero al amparo del *art. 849.1 LECrim.* por infracción de Ley por indebida aplicación del *art. 368 CP.*

Argumenta el motivo, que en los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia recurrida no concurren los elementos del tipo del delito contra la salud pública, pues los informes sobre la sustancia solo determinan que se trata de cocaína y heroína con un peso de 0,16 grs., sin determinar la pureza y cantidad de ninguna de ambas sustancias; y que tales informes, que tienen el carácter de pericial, no fueron ratificados en el juicio oral, por lo que en principio, y al no tener el carácter de prueba documental, no deberán ser tenidas en cuenta para fundamentar la condena, y en todo caso, al no constar la pureza de aquellas es imposible determinar si tenían capacidad en si mismas o no para causar daño a la salud en el sentido de integrar el elemento objetivo del tipo del *art. 368 CP.*

La primera impugnación relativa al valor probatorio de los informes sobre las sustancias ya han sido objeto de estudio en el motivo precedente, remontándonos a lo ya razonado para evitar innecesarias repeticiones.

Con respecto a la segunda cuestión, su desestimación deviene necesaria.

Sabido es que cuando un motivo de casación por infracción de Ley se funda en el *art. 849.1 LECrim.* es obligado respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, *art. 884.3 LECrim.*, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre los hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el *art. 849.2 LECrim.* o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Siendo así, la desestimación del motivo primero implica la improsperabilidad del presente por cuanto el relato fáctico describe como el acusado vendía a otras personas papelinas de cocaína y heroína de las que solamente pudo recuperarse una en poder del segundo acusado, interviniéndose también 132 euros en billetes arrugados y producto de ventas anteriores. Esto es, nos encontramos ante un acto de tráfico comprendido en la descripción de la conducta básica recogida en el *art. 368 CP.*

Cantidad la de autos de 160 mgs. que aunque no conste el análisis cualitativo, supera por mucho la dosis mínima psicoactiva establecida por el Instituto Nacional de Toxicología a raíz del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24.1.2003, que para la cocaína se fijó en 50 mgs. y para la heroína 0,66 mgs, y que hace inaplicable la doctrina de esta Sala, SS. 13.2.2004, 24.9.2004, que se pronunció por la absolución cuando se desconocía la composición o grado de pureza de la sustancia que en cantidades tan pequeñas no permitía una presunción contra reo.

Esta Sala Casacional (hemos dicho en Sentencia 1081/2003, de 21 de julio) ha aplicado siempre con carácter restringido el tema objeto de autos desde la doble consideración del análisis de la estructura típica y del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Tratándose de un delito de peligro -aún cuando sea abstracto - dicho peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidos aquellas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro -aún potencialmente- la salud pública (Sentencia de 29 de Mayo de 1.993).

Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, como dice la Sentencia 977/2003, de 4 de julio , razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. En este ámbito se ha hecho referencia en sentencias de esta Sala al principio de insignificancia: cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo (Sentencias de 12 de septiembre de 1994 (0'05 grs. de heroína); 28 de octubre de 1996 (0'06 grs. de heroína); 22 de enero de 1997 (0'02 grs. de heroína); 22 de septiembre de 2000, núm. 1441/2000, (0'03 gramos de heroína y 0'10 gramos de cocaína, sin poder concretarse el grado de pureza), 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, (0'02 gramos de cocaína), 10 de diciembre de 2001, núm.1591/2001 (una sola pastilla de buprex, sin constancia de su peso), 18 de julio de 2001, núm. 1439/2001 (compartir una dosis del tratamiento con metadona), y 11 de mayo de 2002, núm. 216/2002 (0,037 gramos de cocaína).

El objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la Sentencia de 28 de octubre de 1996 "el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal".

Esta doctrina se ha aplicado ocasionalmente en supuestos de tráfico. Como señala la sentencia de 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000 , "esta Sala Segunda viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo".

Ahora bien esta doctrina ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva, (Sentencias 527/98 de 15 de abril, 905/98 de 20 de julio, 789/99 de 14 de mayo, 1653/2001 de 16 de julio), y concretamente en casos de tráfico como el que aquí se enjuicia, debe limitarse a supuestos de absoluta insignificancia que determinan la atipicidad por falta de objeto, en supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que ésta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. Es decir, cuando por dicha absoluta nimiedad la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.

En el caso y teniendo en cuenta la cantidad transmitida en la papelina, 160 miligramos de heroína-cocaína peso neto, a la vista de la doctrina jurisprudencial citada, integra el tipo por el que ha sido condenado el recurrente, (SSTS. 10.6.2005, 7.4.2005).

Por cuanto nos encontramos ante una cantidad neta, 160 mgs. que, supera en más de 250 veces en el caso de que la sustancia fuese heroína y más de tres veces si toda ella fuera cocaína, la necesaria para alcanzar los términos de absoluta pureza, el efecto psicoactivo, sin olvidar que el relato fáctico refiere otras ventas anteriores de papelinas similares, siendo el dinero ocupado al recurrente producto de aquellas ventas.

SEPTIMO: Desestimándose el recurso las costas se imponen a la parte, *art. 901 LECrim.*

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, por infracción de Ley y precepto constitucional interpuesto por Alfredo contra sentencia de 31 de mayo de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, que le condenó como autor de un delito contra la salud pública; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su respectivo recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Delgado García D. José Manuel Maza Martín D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.