

EDJ 1993/4508

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 14-5-1993, nº 1129/1993, rec. 3097/1991

Pte: Vega Ruiz, José Augusto de

Resumen

El Ts desestima el recurso de los procesado, autores de un delito contra la salud pública, rechazando la alegación del recurrente como cómplice pues la complicidad es una actuación, después de consumada la infracción, para facilitar la impunidad o el aprovechamiento, por lo que al ser la actuación del acusado participación esencial por cooperación fundamental la excluye. De otra parte no procede la aplicación de la atenuante por analogía pues éstas deben estar tan probada como el hecho mismo.

NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.24.2

D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971
art.9.10 , art.344

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ATENUANTES

POR ANALOGÍA

Cuestiones generales

DECLARACIONES

APTITUD PARA ENERVAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Del acusado

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES

Actividades

Promoción, favorecimiento o facilitación del consumo

Apreciación

Partícipes

Cooperador

TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Facultades judiciales

Admisión de la prueba

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.9.10, art.344 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.9.10, art.12, art.14, art.16, art.344 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.849.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Versión de texto vigente null

En la villa de Madrid, a catorce de mayo de mil novecientos noventa y tres.

En los recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley que ante nos penden, interpuestos por los acusados Francisco y Manuel, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, que les condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al final se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz, siendo parte como recurrido el Ministerio Fiscal, y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. D. Rosch Nadal y D. Calleja García, respectivamente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Córdoba incoó procedimiento abreviado con el núm. 117 de 1990, contra Francisco y Manuel, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma capital que, con fecha 16 de septiembre de 1991, dictó Sentencia que contiene los siguientes hechos probados: "Este Tribunal da como probados los siguientes hechos: Sobre las veinte treinta horas del 16 de noviembre de 1990, por los policías con carnet profesional núms..... y... pertenecientes al Grupo de Estupefacientes de la Brigada de Seguridad Ciudadana, se procedió, por infundirles sospechas, a la detención del vehículo CO-....-W, propiedad de Bernarda Aranda Gutiérrez, en la confluencia de las avenidas de... y... de esta ciudad, proveniente de la Barriada de..., en el que viajaban los dos acusados, como conductor Francisco, hijo de la propietaria del vehículo, mayor de edad y ejecutoriamente condenado el 4 de junio de 1986 por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, a la pena de 30.000 ptas. de multa, antecedente que debe entenderse cancelado, y como usuario Manuel, mayor de edad y condenado con anterioridad por Sentencias firmes el 14 de octubre de 1983 por un delito de imprudencia con vehículo de motor a la pena de un mes y un día de arresto mayor, el 10 de marzo de 1984 por un delito de resistencia a la pena de tres meses de arresto mayor y 20.000 ptas. de multa, antecedentes que deben entenderse cancelados, y el 28 de noviembre de 1988 por un delito de tenencia de útiles para el robo a la pena de un mes y un día de arresto mayor, y al proceder a su cacheo y registro se les ocuparon a Manuel cuatro pastillas ocultas en los bolsillos de su pantalón y a Francisco, en el bolsillo interior de la cazadora, una pastilla y dos trozos de la misma sustancia, que analizada por la Unidad Administrativa, Gobierno Civil, Ministerio de Sanidad y Consumo, resultó ser "hachís "con un peso neto de 1.370 gramos. Francisco, consumidor habitual de "hachís "fue quien compró dicha sustancia, a persona desconocida en la Barriada de las Margaritas, lugar donde fue llevado por el otro acusado Manuel quien lo conocía por compras anteriores, pensando aquél destinar parte de ella a difusión a terceros.

En el momento de la detención se ocuparon a Francisco 85.000 ptas., cuya procedencia no consta.

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

"Fallamos:Que debemos condenar y condenamos a los acusados Francisco y Manuel, como autores responsables de un delito contra la salud pública, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de un año de prisión menor y 1.000.000 de ptas. de multa con veinte días de arresto sustitutorio caso de insolvencia a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales. Se decreta el comiso de la droga intervenida, así como el embargo de las 85.000 ptas. intervenidas a Francisco a efectos de sus responsabilidades pecuniarias. Declaramos la solvencia parcial de dichos acusados aprobando el Auto que a este fin dictó el Juzgado, instructor y consulta en el ramo separado correspondiente. Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone les abonamos el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa. Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se les instruirá de los recursos a interponer contra esta Sentencia, y una vez firme, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes, y al Juzgado de Naturaleza de los condenados.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por los acusados Francisco y Manuel, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo las representaciones de los recurrentes formalizaron sus recursos alegando los motivos siguientes:

Motivo aducido en nombre de Francisco: Unico motivo. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , infracción por inaplicación del art. 9.10 del Código Penal EDL 1995/16398 en relación con los arts. 61.4 y 344, todos del mismo texto.

Motivos aducidos en nombre de Manuel: Motivo.

Primero.- Por vulneración de la presunción de inocencia recogida en el art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 . Al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 . Motivo.

Segundo.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 344 del Código PenalMotivo.

Tercero.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 12 y 14 del Código Penal EDL 1995/16398.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos los motivos presentados, quedando conclusos los Autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para fallo se celebra la votación prevenida el día 10 de mayo de 1993.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer recurrente se apoya en un único motivo, con base en el art. 849.1 procesal, para denunciar la inaplicación indebida del art. 9.10 en relación con los arts. 61.1 y 344 todos ellos del Código Penal EDL 1995/16398 .

Como quiera que la Sentencia recurrida, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, impuso la pena en el grado medio conforme a lo establecido, discrecionalmente, en el art. 61.4, el ahora impugnante pretende la apreciación de la atenuante analógica con objeto de propiciar la obligatoria imposición de la pena en el grado mínimo de acuerdo con lo que en tal sentido se indica por el antes citado art. 61.1.

La Audiencia que condenó por un delito de tráfico de drogas en referencia a sustancias no gravemente perjudiciales para la salud, estableció en el relato histórico de los hechos que el acusado era consumidor habitual de hachís, sin que en los fundamentos de Derecho exista ningún otro dato complementario en orden a las circunstancias personales o al estado anímico del referido impugnante.

El art. 9.10 del Código reseña una amplia atenuante por analogía si concurrieren hechos parecidos y semejantes a las circunstancias que como típicas se contienen en el texto penal, con una diferencia que se ha dicho no es cuantitativa sino cualitativa.

Tal facultad no alcanza nunca al supuesto en el que falten los requisitos básicos para ser estimada porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud absoluta con la establecida en la ley pues que ello equivaldría a hacer inoperante el precepto y apartado que aquí se cuestiona (Sentencia de 11 de mayo de 1992).

En cualquier caso el motivo se ha de desestimar, de un lado porque las circunstancias modificativas han de estar tan acreditadas como el hecho mismo, y de otro porque la vía casacional escogida obliga al respeto absoluto del factum asumido por la instancia.

Se hace así extremadamente difícil acoger, con el dato fáctico antes dicho, alguna clase de disminución en las facultades intelectivas y volitivas del repetido acusado.

SEGUNDO.- El segundo de los condenados (los dos a las mismas penas) plantea un primer motivo a través del cual, y al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que el art. 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 recoge.

Sólo el más legítimo derecho a la defensa puede justificar aquí la interposición del motivo.

Primero.- De un lado es conocida la distinción entre la presunción, como derecho a no ser condenado sino por una mínima actividad probatoria, legítima y constitucional, directa y suficiente, respecto al núcleo de la acción, por una parte, y el principio in dubio pro reo como regla interpretativa sólo a los Jueces atinente para absolver cuando no les sea dable subsumir el hecho enjuiciado en algún precepto penal, de otro, principio este ajeno por completo al ámbito casacional.

Segundo.- Ha de tenerse además presente que la existencia de una prueba legítima, si es prueba, si es legítima y si se refiere al acto criminal enjuiciado (que todo eso puede ser estudiado por el Tribunal de casación) obliga a la Sala Segunda a respetar la valoración que solo a la Audiencia incumbe conforme a los arts. 741 procesal y 117.3 constitucional (ver la Sentencia de 11 de septiembre de 1992). Ello quiere significar, como tantas veces se ha dicho (Sentencia de 7 de abril de 1993), que el Tribunal Supremo actúa, a estos efectos, en función de vigilante de constitucionalidad.

Tercero.- Las actuaciones arrojan una prueba evidente, consistente, directa y auténtica. El cerca de kilo y medio de hachís fue encontrado, distribuido, entre los dos acusados, dato objetivo de singular transcendencia que viene reforzado por las concluyentes manifestaciones prestadas por los Policías y en particular por los propios acusados cuando reconocen que fueron a comprar la droga al lugar que este recurrente de ahora indicó aunque el anterior acusado fuera el que verdaderamente compró la mercancía. El motivo, pues, se debe desestimar en tanto la actuación de la Policía acertadamente, y por simples sospechas (ver a este respecto la Sentencia de 15 de abril de 1993), supo encontrar la prueba cierta del delito.

TERCERO.- La misma suerte desestimatoria ha de seguir el segundo motivo que, también por los cauces del error de Derecho, denuncia la aplicación indebida del art. 344 del Código, si se tiene en cuenta, para ello, que los hechos probados reflejan, no en fase de elaboración mas si en la de distribución, reflejan, se repite, una clara actividad encaminada a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal (droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica dice la norma) Cuestión distinta será si la intervención de este recurrente viene o no inmersa dentro de las características de la autoría, del encubrimiento o de la simple complicidad.

El tercer motivo, de acuerdo con el repetido art. 849.1 procedimental, alega la aplicación indebida de los arts. 12 y 14 del Código, también la inaplicación del art. 17.2 de igual norma.

CUARTO.- Aun cuando el Código no da una definición global de la autoría, es lo cierto que el texto penal establece la participación, y la consiguiente responsabilidad, sobre la base real de las formas, de la intensidad o de las maneras con que el agente actúa en cuanto a la consumación delictiva, si directa, si moral, si necesaria.

En el caso presente el ahora recurrente participó en virtud de una cooperación necesaria e imprescindible para el resultado (no se olvide se trata de una infracción de mera actividad, de resultado cortado o de consumación anticipada) puesto que, como señala el relato fáctico, fue quien llevó al otro acusado, que compró toda la droga, al lugar oportuno, además de distribuirse entre ambos la guarda de lo adquirido a efectos de una mejor ocultación, aunque luego ello de nada sirviera.

Al ser ello así, porque el factum es concluyente, no puede tampoco hablarse del encubrimiento, como último grado de participación post delictum, en actividad a posteriori Y no puede hablarse si se parte de la circunstancia, que es insoslayable, de una intervención "antes del delito "El encubrimiento es distinto de la autoría y de la complicidad, no es verdaderamente una participación en algo que se ha

hecho con anterioridad. Es una actividad, después de consumada la infracción, para facilitar la impunidad o el aprovechamiento, lo que es bien distinto. No constituye pues una verdadera participación.

El motivo se debe desestimar porque la actuación del acusado, como partícipe esencial por cooperación fundamental, excluye y repudia los condicionantes del art. 17 y, aunque no se cite de contrario, también del 16, ambos del Código Penal EDL 1995/16398 .

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a la estimación de los recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuestos por los acusados Francisco y Manuel, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha 16 de septiembre de 1991, en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública, condenando a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en los presentes recursos.

Comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa, que en su día se remitió, interesándole acuse de recibo.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en la COLECCION LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Augusto de Vega Ruiz- José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.- Roberto Hernandez Hernández.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.