

Resumen

El TS declara haber lugar al recurso de casación del Ministerio Fiscal y dicta segunda sentencia por la que condena a una de las procesadas como autora de un delito contra la salud pública. Estudia el TS la autoría y complicidad en el delito y considera que la conducta de mediación, con necesario acuerdo preexistente y reparto de papeles dentro de la trama criminal no puede reputarse una mera ayuda o favorecimiento al coprocesado. Asimismo, se estima un único motivo del recurso de un procesado, dejando sin efecto el TS el comiso del vehículo al no darse los requisitos del art. 48 CP73 ya que es necesario que tenga la condición de instrumentos, productos o ganancias del delitos del art. 344 y ss CP763, así como su no pertenencia a un tercero no responsable del delito, condiciones que han de estar acreditadas en autos. Se desestiman los demás motivos del recurso del resto de los procesados y considera que el ánimo tendencial se infiere de la condición de no consumidor y de la notoria importancia de la droga, 1.500 dosis de anfetaminas, reitera que en la agravación de notoria importancia ha de valorarse no sólo cuantitativamente sino cualitativamente y atendiendo a las posibilidades de difusión.

NORMATIVA ESTUDIADA

D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971
art.9.9 , art.14.1 , art.16 , art.48 , art.344 , art.344.bis.a.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	11
SEGUNDA SENTENCIA	11

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA
 - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES
 - Sustancias que causan grave daño a la salud
 - Anfetaminas
 - Actividades
 - Tenencia preordenada al tráfico
 - Apreciación
 - Modalidades agravadas
 - Cantidad de notoria importancia
 - Anfetaminas
 - Formas y grados de ejecución
 - Grados de ejecución
 - Consumación
 - Partícipes
 - Autor
 - Convivencia en mismo domicilio
 - Cómplice
 - Circunstancias modificativas
 - Atenuantes
 - En general
 - Penalidad
 - Comiso

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.9.9, art.14.1, art.16, art.48, art.344, art.344.bi.a.3 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.569 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.80 de Ley 25/1990 de 20 diciembre 1990. Medicamento

Cita LO 1/1988 de 24 marzo 1988

Cita art.5.4, art.11.1 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.3 de RD 1910/1984 de 26 septiembre 1984. Receta Médica

Cita LO 8/1983 de 25 junio 1983. Reforma Urgente y Parcial del Código Penal

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.24 de Ley 17/1967 de 8 abril 1967. Normas Reguladoras de los Estupefacientes

Cita art.1258 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

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

Jurisprudencia

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Intención de transmitir por SAP Castellón de 30 septiembre 2002 (J2002/101702)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 23 diciembre 2003 (J2003/252364)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Partícipes - Autor - Supuestos diversos por SAP Madrid de 9 julio 2004 (J2004/146466)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Tenencia preordenada al tráfico - Apreciación por SAP Badajoz de 8 octubre 2004 (J2004/148616)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Tenencia preordenada al tráfico - Apreciación por SAP Badajoz de 15 noviembre 2004 (J2004/185747)

Citada en el mismo sentido sobre AUTOR - COAUTORES por SAP Guadalajara de 12 noviembre 2004 (J2004/187491)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Venta y otros actos de tráfico y distribución - Apreciación por SAP Alicante de 15 diciembre 2004 (J2004/229808)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Tenencia preordenada al tráfico - Apreciación por SAP Alicante de 4 noviembre 2004 (J2004/238904)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 3 diciembre 2004 (J2004/278656)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 13 febrero 2004 (J2004/292513)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 30 septiembre 2004 (J2004/292912)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 16 abril 2004 (J2004/292923)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Tenencia preordenada al tráfico - Apreciación por SAP Barcelona de 1 julio 2004 (J2004/94666)

Citada en el mismo sentido por SAP Guipúzcoa de 30 mayo 2005 (J2005/120481)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Actividades - Tenencia preordenada al tráfico - Apreciación por SAP Asturias de 15 julio 2005 (J2005/121441)

Citada en el mismo sentido por SAP Córdoba de 13 junio 2005 (J2005/132147)

Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 15 diciembre 2005 (J2005/284416)

Citada en el mismo sentido por SAP Castellón de 12 diciembre 2005 (J2005/289309)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 8 febrero 2005 (J2005/329139)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 31 enero 2005 (J2005/329142)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 9 diciembre 2005 (J2005/331366)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 14 noviembre 2005 (J2005/331376)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 23 febrero 2005 (J2005/331433)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 21 noviembre 2005 (J2005/332214)

Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 16 mayo 2005 (J2005/332660)

Citada en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA - DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES - Intención de transmitir por SAP Alicante de 28 abril 2005 (J2005/90591)

Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 26 mayo 2006 (J2006/282511)

Citada en el mismo sentido por SAP Asturias de 19 octubre 2006 (J2006/316719)

Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 14 junio 2006 (J2006/337697)
Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 9 noviembre 2006 (J2006/359169)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 24 octubre 2006 (J2006/385548)
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 20 noviembre 2006 (J2006/417438)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 9 marzo 2006 (J2006/420949)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 17 mayo 2006 (J2006/421002)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 21 febrero 2006 (J2006/422941)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 11 abril 2006 (J2006/422961)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 20 diciembre 2006 (J2006/434541)
Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 15 marzo 2006 (J2006/43494)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 21 noviembre 2006 (J2006/454026)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 26 octubre 2006 (J2006/456755)
Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 21 septiembre 2006 (J2006/480139)
Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 31 marzo 2006 (J2006/53340)
Citada en el mismo sentido por SAP Asturias de 11 mayo 2006 (J2006/82305)
Citada en el mismo sentido por SAP Toledo de 16 junio 2007 (J2007/157223)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 5 julio 2007 (J2007/195272)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 12 febrero 2007 (J2007/223719)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 12 septiembre 2007 (J2007/243466)
Citada en el mismo sentido por SAP Vizcaya de 27 septiembre 2007 (J2007/273952)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 22 octubre 2007 (J2007/299844)
Citada en el mismo sentido por SAP Teruel de 14 diciembre 2007 (J2007/323338)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 25 abril 2007 (J2007/40222)
Citada en el mismo sentido por SAP Huelva de 15 marzo 2007 (J2007/74751)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 19 marzo 2007 (J2007/92643)
Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 1 julio 2008 (J2008/111604)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 22 mayo 2008 (J2008/134209)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 18 septiembre 2008 (J2008/224589)
Citada en el mismo sentido por SAP Las Palmas de 24 enero 2008 (J2008/23448)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 22 febrero 2008 (J2008/49084)
Citada en el mismo sentido por SAP Guadalajara de 18 enero 2008 (J2008/84033)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 7 octubre 2009 (J2009/327389)
Citada en el mismo sentido por SAP Cádiz de 13 abril 2009 (J2009/379022)
Citada en el mismo sentido por SAP Pontevedra de 1 abril 2009 (J2009/78944)
Citada en el mismo sentido por SAP Alava de 24 septiembre 2010 (J2010/254491)
Citada en el mismo sentido por SAP Jaén de 15 septiembre 2010 (J2010/315929)
Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 3 diciembre 2010 (J2010/353098)
Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 25 febrero 2010 (J2010/49251)
Citada en el mismo sentido por SAP Badajoz de 14 abril 2010 (J2010/92636)

Bibliografía

Citada en "La reforma de los delitos contra la seguridad vial y especial referencia al comiso del vehículo"

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de mil novecientos noventa y siete. En los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y los procesados José Javier, Armando y María Angeles contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza que les condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, siendo también parte como recurridos, Alberto, Ignacio Joaquín, Luis Vicente y Jesús, estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Calleja García y la Procuradora Sra. Blanco Fernández y dichos recurridos por la Procuradora Sra. de Mera García, el Procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuellar y la Procuradora Sra. González Díez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Zaragoza instruyó sumario con el número 33/94 contra Luis Vicente, Armando, María Angeles, José Javier, Alberto, Ignacio Joaquín, Francisco y Jesús y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la citada Capital que, con fecha 15 de mayo de 1995 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Primero.- El procesado Francisco alquiló a su nombre el piso situado en el edificio núm....3 de la calle R. de esta ciudad, piso que era utilizado habitualmente por el mismo y por los también procesados Jesús, Luis Vicente e Ignacio Joaquín, quienes se reunían en el mismo para tomar diversas consumiciones de bebidas, grabar y escuchar música, sin que se haya determinado que en el mismo

llevaran a cabo actividades de elaboración o distribución de sustancias tóxicas. A la citada vivienda acudían también, en ocasiones, Armando y María Angeles.

Segundo.- En fecha no determinada, comprendida dentro del mes de enero de 1994, una persona cuya identidad se desconoce entregó al procesado Armando dos paquetes conteniendo sustancia en polvo que era sulfato de anfetamina, pesando uno de ellos 984,5 grms., con 4,6% de anfetamina base, y el otro 991 gramos con 3,3% de anfetamina base, paquetes que el procesado Armando guardó en su domicilio para la ulterior distribución a consumidores, en esta ciudad.

Tercero.- Hacia las 16 horas del día 25 de enero de 1994, la procesada María Angeles, novia de Armando, salió de su domicilio acompañada por el también procesado José Javier, dirigiéndose ambos al domicilio de Armando, donde María Angeles entregó a José Javier el paquete de sulfato de anfetamina primeramente descrito, que José Javier llevó hasta su propio domicilio, para guardarlo allí antes de proceder a su distribución entre consumidores. Ambos procesados conocían la naturaleza del contenido del referido envoltorio.

Cuarto.- Al haber vigilado funcionarios policiales a los procesados antedichos, procedieron a la detención de José Javier, quien voluntariamente autorizó el registro de su domicilio, donde fue encontrado el paquete conteniendo 984,5 gramos de sulfato de anfetamina, antes citado, lo que se produjo a las 20,45 horas del día 25 de enero de 1994.

Quinto.- Hacia las 22,15 horas del mismo día, funcionarios de policía practicaron otro registro en el domicilio de Armando, provistos para ello de mandamiento expedido por el Juez de Instrucción, hallando en la nevera el paquete conteniendo 991 gramos de sulfato de anfetamina, y en la cocina una balanza para uso doméstico.

Sexto.- Sobre las 23,30 horas del mismo día se practicó un registro en el piso sito en la calle R. núm....3, donde fueron encontrados 13,76 gramos haschish, cuya pertenencia no se ha determinado, ocupándose también un pasaporte a nombre de María Angeles.

Séptimo.- No ha quedado acreditado que Francisco, Jesús, Luis Vicente, e Ignacio Joaquín haya tenido intervención en actividad de venta y distribución de sulfato de anfetamina, o de otras sustancias tóxicas, a personas jóvenes en zonas de diversión: ni tampoco que Alberto entregase paquetes de anfetamina a Armando de la fuente.

Octavo.- Todos los procesados son mayores de edad y carecen de antecedentes penales."

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

Primero.- Condenamos a Armando, como autor responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión mayor y ciento cinco millones de ptas. (105.000.000.- de pts.) de multa, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y al pago de 1/8 parte de las costas.

Segundo.- Condenamos a María Angeles, como responsable en concepto de cómplice de un delito contra la salud pública, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión menor y cincuenta y un millón de ptas. (51.000.000.- de pts.) de multa, con seis meses de arresto sustitutorio caso de impago, y a las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y al pago de 1/8 parte de las costas.

Tercero.- Condenamos a José Javier, como autor responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años y un día de prisión mayor y multa de ciento un millón de ptas. (101.000.000.- de pts.), con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y al pago de 1/8 parte de las costas.

Cuarto.- Absolvemos a Luís Vicente, Alberto, Ignacio Joaquín, Francisco y Jesús, del delito contra la salud pública por el que son acusados, declarando de oficio 5/8 partes de las costas.- Procédase a la destrucción de la droga ocupada.- Se dará a los vehículos y efectos intervenidos a los acusados a quienes se condena el destino legal; y devuélvase a los absueltos los efectos de su pertenencia.- Devuélvase la pieza de responsabilidad civil al juzgado para ampliación de fianzas o embargos, respecto de María Angeles, hasta la suma de setenta millones de ptas. (70.000.000.- de pts.); y se aprueba la declaración acerca de la solvencia de los restantes.- Se decreta el comiso del automóvil Ford-Fiesta NA-...-I. Para el cumplimiento de las condenas que se imponen, abonamos a los procesados el tiempo que han estado privados de libertad por razón de esta causa.- Se levanta y deja sin efecto el procesamiento de Francisco, Jesús, Luís Vicente, Ignacio Joaquín y Alberto, así como las medidas cautelares derivadas de tal situación procesal."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley por el Ministerio Fiscal, Armando, María Angeles y José Javier 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 los recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basa en el siguiente motivo:

Unico.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr. EDL 1882/1 , se alega la aplicación indebida del art. 16 del C.P. EDL 1995/16398 y consiguiente inaplicación, también indebida, del art. 14.1 ó 3 en relación con los arts. 344 y 344 bis a) núm. 3 del mismo Código, en relación a la acusada María Angeles.

El recurso interpuesto por la representación de José Javier se basa en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por quebrantamiento de forma, con base en el art. 851.1 de la Lecr. EDL 1882/1 , por infracción del art. 851.1º de la LECr. EDL 1882/1 , en el inciso: "Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Segundo.- Con base en el art. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por infracción del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 de la C.E. EDL 1978/3879 , ante la ausencia de motivación de la sentencia impugnada, sobre la no aplicación de

los arts. 3.º, relativo a los delitos en grado de frustración, 16, relativo a la complicidad y 9.º, relativo a la atenuante de arrepentimiento espontáneo, todos ellos del C.P., tesis sostenida por la defensa del recurrente en grado alternativo, y que no es argumentada por la sentencia de instancia.

Tercero.- Con base en el art. 5.4 de la LECr. EDL 1882/1 , por infracción del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E. EDL 1978/3879 , al no existir prueba de cargo suficiente que, obtenida con las garantías legales exigibles, permita su valoración en contra de su defendido hasta desvirtuar la presunción "iuris tantum" que entraña el citado precepto constitucional.

Cuarto.- Basado en el art. 5.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , por infracción del art. 11.1 de la LOPJ EDL 1985/8754 , en relación con el 18.2 de la C.E. EDL 1978/3879 , al haberse producido la actuación policial contraviniendo las previsiones y exigencias del art. 569 de la Ley Procesal Penal EDL 1882/1 .

Quinto.- Por infracción de Ley del núm. 1 del art. 849 de la LECr. EDL 1882/1 , por indebida aplicación de los arts. 344, 344 bis a) 3º y 344 bis e) del C.P.

Sexto.- Por infracción de ley con base en el art. 849.1 de la LECr. EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 14 del C.P. EDL 1995/16398 y falta de aplicación del art. 16 de mismo texto legal.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr. EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 49 e indebida inaplicación del párrafo segundo del art. 3, en relación con el art. 53, ambos del C.P. EDL 1995/16398

Octavo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECr. EDL 1882/1 por indebida inaplicación de la circunstancia atenuante novena del art. 9 del C.P. EDL 1995/16398 de arrepentimiento espontáneo.

El recurso interpuesto por la representación de Armando y María Angeles se basa en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Respecto a la recurrente María Angeles se ha infringido su derecho constitucional a la presunción de inocencia -art. 24 de la C.E. EDL 1978/3879 -, pues el mismo no ha sido combatido en las presentes actuaciones a través de una suficiente actividad probatoria y de cargo en los términos previstos por nuestra Jurisprudencia.

Segundo.- Por infracción del derecho constitucional del art. 18/3 de la constitución Española EDL 1978/3879 , garantía del derecho de las comunicaciones telefónicas, al no cumplimentarse los requisitos procesales establecidos por la jurisprudencia patria en relación al art. 579/2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.2 de la LECr. EDL 1882/1 , al existir error en la apreciación de la prueba, en base a la pericia obrante en autos al no ser recogida en la sentencia de instancia, pues las conclusiones médico-psiquiatra y bioquímicas a la que llegaron los Doctores Poveda y Alvaro, médico-psiquiatra y químico, respectivamente, debieron plasmarse en los Hechos Probados a los efectos de la correspondiente calificación jurídica que más adelante se sostendrá.

Cuarto.- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr. EDL 1882/1 , error "iuris", en cuanto que se ha aplicado indebidamente el subtipo agravado de la notoria importancia respecto a la sustancia ocupada, cuando de la resultancia histórica de la sentencia debería llegarse a la conclusión que el tipo que se debe aplicar es el previsto en el art. 344 del C.P. EDL 1995/16398 , con la pena mínima a imponer la de prisión menor en grado medio, al resultar la aplicación jurídicamente correcta la del tipo básico, y no la del tipo cualificado del núm. 3º del art. 344 bis a) del Código Penal EDL 1995/16398 , tal como indebidamente se ha recogido en la sentencia contra la que se recurre. En consecuencia, Armando, destinatario de los efectos de esta vía casacional, debía ser condenado por el tipo básico del art. 344 del C.P. EDL 1995/16398 erradicando el subtipo agravado contemplado en la sentencia.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, impugnó los motivos de los dos recursos, excepto el quinto del formalizado por el procesado José Javier, que apoyó parcialmente. La Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento, se celebró la Vista el día 18 de abril. El Sr. Secretario da cuenta de la sustitución del Excmo. Sr. Areal por el Excmo. Sr. Cotta, sin objeción de las partes. La Letrada recurrente, Dª Carmen Cifuentes Cortés, por José Javier, renunció a los motivos primero y tercero, manteniendo los demás, informando. El Letrado recurrente, D. Enrique Trebolla, por Armando y María Angeles, defendió su recurso e impugnó el recurso del Ministerio Fiscal, informando. El Ministerio Fiscal, como recurrente, mantuvo su recurso, e impugnó los recursos de los demás recurrentes, informando.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Tres recursos se alzan contra la sentencia 213/95, de 15 de mayo de 1995, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza: el del Ministerio Fiscal, el del acusado, José Javier, y el recurso conjunto de los acusados, Armando y María Angeles.

La impugnación del Ministerio Fiscal se conforma en un único motivo de casación por infracción de ley, al amparo del núm. 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 y denuncia la aplicación indebida del artículo 16 del Código Penal EDL 1995/16398 , así como la inaplicación de los artículos 3º, 14,1º, en relación con los artículos 344 y 344 bis a) 3º del mismo cuerpo legal, con relación a María Angeles. El del condenado José Javier, recurso mixto de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, está articulado en ocho motivos, de los que el primero es pro forma, por el cauce del art. 851,1º de la Ley procesal penal EDL 1882/1 , se ha trocado en un recurso exclusivamente de infracción de ley al renunciarse en el acto de la vista a los motivos primero y tercero del recurso. De los seis motivos restantes, segundo y cuarto se acogen al cauce del artículo 5,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , denunciando el primero de ellos la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en

el artículo 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879 , por inaplicación de los artículos 3,2. 16 y 9,9ª del texto penal y el segundo, alegando la violación del artículo 18,2 del Texto fundamental y del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . El resto de los motivos no renunciados, quinto a octavo, todos por la vía casacional del núm. 1º del artículo 849 de la Ordenanza procesal penal, denuncian, respectivamente, la aplicación de los artículos 344, 344 bis a) y 344 bis e) del Código Penal EDL 1995/16398 , la inaplicación del artículo 16 de dicho texto, la aplicación indebida del artículo 49, e inaplicación del artículo 3,2, en relación con el artículo 53, del citado cuerpo legal y la no estimación de la circunstancia atenuante 9ª del artículo 9 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Finalmente, el recurso conjunto de los coacusados, Armando y María Angeles, se encuentra conformado en cuatro motivos, el primero referido tan sólo a esta acusada, aduce vulneración de la presunción de inocencia y el último, con relación a Armando, por el cauce casacional del núm. 1º del artículo 849 del texto procesal penal, combate la inaplicación del artículo 344 bis a), 3º. De los restantes, el segundo aduce infracción del derecho constitucional del artículo 18,3 del Texto fundamental, en relación con el artículo 579,2 del texto procesal penal y el tercero, por el cauce del error de hecho del artículo 849,2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , aduce las conclusiones del peritaje médico y bioquímico obrantes en la causa.

I.- RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO.- La Sala de instancia ha condenado a la acusada, María Angeles, como cómplice de un delito contra la salud pública de los artículos 344 y 344 bis a) 3º del Código Penal EDL 1995/16398 y entiende el recurso de la Fiscalía que debió ser sancionada como autora de tal delito. La vía procesal utilizada en el motivo, la del error "iuris", implica una sujeción absoluta a los datos fácticos de la sentencia impugnada. El relato de hechos probados la menciona como novia de Armando, que había recibido de un desconocido los paquetes de sulfato de anfetamina y los guardó en su domicilio, añadiendo, que el día 25 de enero de 1994 salió esta acusada de su domicilio, acompañada del otro coacusado, José Javier y se dirigieron ambos al domicilio de Armando y allí María Angeles entregó a José Javier el paquete de droga, conociendo ambos procesados la naturaleza de la sustancia.

En un registro domiciliario de un piso sito en la calle R. núm....3, se encontró a más de una cantidad de hachís un pasaporte a nombre de la acusada.

La razón esgrimida por el Tribunal "a quo" para estimar cómplice a esta procesada es tan sólo que nunca fue directamente detentadora o poseedora de la sustancia prohibida, sino que se limitó a ayudar al coacusado, José Javier, a la recogida de la misma. Sigue exponiendo el fundamento jurídico quinto de la resolución recurrida, que ambos procesados fueron vistos por los funcionarios policiales al salir del domicilio de Armando, llevando una bolsa en la que se contenía dicha sustancia.

En resumen, la Audiencia se apoya para tan benévola participación de María Angeles en los hechos, en la estimación de su actuación como propia de un "animus adiuvandi", generadora de la complicidad. El Ministerio Fiscal señala la existencia de un "pactum scaeleris" entre los coacusados, que si bien no se expresa en el "factum", aflora del relato, que implica, conocimiento de posesión de la ilícita sustancia por su novio, actividades de mediación para entregarla a José Javier y algo más, pues no se limita a la mera entrega de la bolsa a éste, sino que existe también una salida del domicilio de Armando, acompañando a José Javier y con la droga ambos coacusados, sin que se haya acreditado quien de ellos la portaba materialmente. Tal conducta de mediación, con necesario acuerdo preexistente y reparto de papeles dentro de la trama criminal no puede reputarse de mera ayuda o favorecimiento al coprocesado, José Javier, reducida tan sólo a la recepción de la droga porque con dicha argumentación podría sostenerse igualmente que ayudaba a Armando, su novio, a la entrega de la mercancía punible.

Existe, no sólo el acuerdo previo o "pactum scaeleris", sino, asimismo, la propia posesión o tenencia, en cuanto a la disponibilidad para la entrega, aunque se realice en ejecución de lo previamente acordado. La posesión se patentiza y proclama con su actuación de recoger la anfetamina del lugar en que se encuentra depositada para efectuar su entrega a otro de los partícipes para su posterior tráfico y distribución. A todo ello debe añadirse aún, que participa en el transporte desde la vivienda de su novio a la del otro procesado y, por último, realiza una actividad de intermediación entre traficantes de sustancias contrarias a la salud, no entre traficante y consumidor, como con notoria perspicacia señala el Ministerio Fiscal.

Todavía habría que adicionar, que la citada acusada poseía el dominio finalista del hecho y no cabe duda que con su conducta y su actuación voluntaria facilitó el consumo potencial de la anfetamina. Ha existido pues una aportación irremplazable, en el sentido de la moderna dogmática y ello convierte a la acusada en coautora o cooperadora necesaria -distinción irrelevante a efectos punitivos-. Como ha señalado la sentencia de este Tribunal de 15 de enero de 1991, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha venido de manera prácticamente continuada expresando que dada la redacción del artículo 344 del Código Penal EDL 1995/16398 dada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio EDL 1983/8149 , vigente al cometerse los hechos, resultaba prácticamente imposible admitir no sólo formas imperfectas de ejecución, sino grados de participación ajenos a los establecidos en el artículo 14 del Código Penal EDL 1995/16398 . Por lo general, las conductas en casos de no realización directa de la descripción típica venían residenciándose en la modalidad de cooperación necesaria establecida en el artículo 14 citado en su número 3º. Así ocurre respecto a los casos de ocultación de la sustancia en las sentencias de 28 de septiembre de 1987, 18 de abril de 1988 y 5 de junio de 1989. Con probabilidad máxima, la doctrina de esta Sala ha estado influenciada por el dato de la generalidad o amplitud semántica de los verbos nucleares "promover, favorecer o facilitar" (sobre todo este último), que ciertamente, y aisladamente considerados, pueden propiciar la eliminación de las conductas auxiliares y por ello de menor grado de reprochabilidad. dadas las exigencias propias del principio de legalidad y derivado de la taxatividad de los tipos penales: a la acción residenciada en tales verbos se sobreañade un plus descriptivo: que ello se realice "mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico o las poseyeren con este último fin". Con ello es obvio que la norma exige un dominio funcional del acto, lo que, aún de forma esporádica, ha sido admitido como viable por la doctrina de esta Sala -sentencias de 3 de marzo y 9 de julio de 1987-. La descripción típica no se agota en este caso con los verbos contenidos en ella, sino que contrariamente el morfema "mediante". Sólo así se cumple el tipo penal de modo pleno propio de la autoría jurídico-penal en sus distintas manifestaciones. Por lo demás, como ha apuntado la más reciente sentencia 1451/1994., de 15 de julio, la redacción vigente del art. 344 del Código Penal EDL 1995/16398 ha pretendido que todo

favorecimiento del tráfico con drogas prohibidas constituya autoría -en su caso, coautoría- del delito establecido en dicha disposición, sin distinguir diversos niveles de participación. Se trata indudablemente de un concepto extensivo de autor, previsto en forma específica en el delito de tráfico de drogas, que excluye la aplicación -al menos en principio- del art. 16 del Código Penal EDL 1995/16398. El texto del art. 344 del Código Penal EDL 1995/16398 al incluir a todo "otro modo" entre las acciones típicas es indudablemente un elemento decisivo, por su claridad, en la interpretación de los alcances de este delito. "De este modo", sin distinguir entre modos decisivos o meramente cooperativos, ni entre necesarios y no necesarios, pone de manifiesto que el legislador ha querido proteger el bien jurídico más intensamente, excluyendo la atenuación de la pena permitida por el art. 16 del Código Penal EDL 1995/16398 para quienes realizan aportes reemplazables en el delito. La jurisprudencia de esta Sala -sentencias de 3 de marzo y 19 de septiembre de 1987- ha mantenido con este punto de vista, al que sólo ha reconocido excepciones -sentencia 1269/87, de 9 de julio- en condiciones especiales.

En todo caso la doctrina de este Tribunal ha estimado siempre constitutivas de autoría las conductas de mediación, incluso bajo la vigencia de la redacción operada en el artículo 344 por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio EDL 1983/8149, e incluso en la propia normativa anterior -ver sentencias de 15 de febrero y 17 de abril de 1985 y 26 de octubre de 1987- estimando que cualquier persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga con conocimiento de dicha actividad resulta coautor del delito, pero como recogió la resolución de 19 de diciembre de 1991, desde la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo EDL 1988/11313, se estiman autores del artículo 14,1 a los que de cualquier modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, lo que se repetirá en la de 12 de marzo de 1992. Por otra parte, la disponibilidad de la sustancia tóxica convierte en autor -sentencias de 30 de enero y 20 de septiembre de 1989 y 10 de julio de 1992- porque la autoría no alcanza tan sólo al autor material y así se recoge en un caso, casi precedente al traído ahora a la censura casacional, el de la sentencia de 9 de septiembre de 1992.

La sentencia 1858/1993, de 16 de julio, recoge al respecto que la coautoría presupone la resolución de varios individuos de llevar a término una concreta empresa o proyecto criminal, seguida de su realización conjunta. Junto al acuerdo previo o resolución común de dar cuerpo a la infracción delictiva, "pactum scaeleris", con unidad de conocimiento y de voluntad entre los intervinientes, se materializa la aportación individual del propio esfuerzo por cada uno de ellos, la dinámica incorporación activa y personal, al objeto de hacer realidad el plan ideado y aceptado, ostentando cada uno de los actos procedentes de los comunes protagonistas significación causal, entronque nuclear, operancia condicional, en relación con el resultado delictual perseguido. Ello sin perjuicio de la variedad y diversa entidad de los "roles" asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto criminal asumido. Condensándose la autoría directa definida en el artículo 14,1º del Código Penal EDL 1995/16398, en el concierto de voluntades entre los copartícipes, ya sea expreso o tácito, previo, simultáneo o sobrevenido, conciencia de ilicitud de lo pactado y realización personal, directa y material, de los actos realizadores, en la rica variedad con que se complementan y unifican dentro del entramado que condiciona y facilita la ejecución. Precizando la jurisprudencia que cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, todos los responsables han de ser considerados como autores del delito, no cabiendo segregar la responsabilidad de cada inculcado, cualquiera que sea la encomienda atribuida a cada uno, con tal de que sea necesaria para la realización del delito atendida la forma en que se realizó; los actos individualizados de cada copartícipe se erigen en accidentes de la acción común, lo que constituye a todos en responsables en concepto de autores de la infracción a tenor de lo prevenido en el artículo 14,1º, del Código Penal EDL 1995/16398 -sentencias, entre otras muchas, de 16 de enero y 14 de febrero de 1985, 12 de abril y 10 de diciembre de 1986, 27 de febrero de 1987, 21 de junio de 1988 y 21 de febrero de 1.990-. Deben ser reputados autores todos cuantos con acuerdo previo y unidad de propósito, con independencia del distinto pacto de papeles y cometidos tengan en los hechos, concurre a la realización de los hechos constitutivos de la infracción criminal.

Cierto es que esta Sala viene declarando la figura de complicidad en esta clase de delitos -sentencias de 30 de mayo de 1991, 14 de abril de 1992, 632/1993, de 15 de marzo, 967/1993, de 28 de abril, 2313/1993, de 20 de octubre, 2899/1993, de 23 de diciembre 2937/1993, de 21 de febrero de 1994, etc...- pero ha excluido siempre los casos que suponen posesión o tenencia de la droga, que se incardinan en la autoría -sentencia 32/1995, de 19 de enero- y ha comprendido tan sólo en la cooperación no necesaria, los supuestos de mínima colaboración en beneficio del verdadero traficante.

El recurso debe ser estimado por ello.

II.- RECURSO DE José Javier

SEGUNDO.- Como ha quedado expuesto, al renunciarse a los motivos primero y tercero en el acto de la vista, el primer motivo a examinar, el segundo, aduce infracción del artículo 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, por no haberse aplicado los artículos 3,2 16 y 9,9º del Código Penal EDL 1995/16398 y se hace asimismo una referencia de la obligación de motivación de las resoluciones judiciales y en especial las sentencias.

El reproche casacional es inexacto, porque la sentencia recurrida ha dado cumplida respuesta a las cuestiones planteadas, cosa diferente es que no las haya resuelto conforme a los deseos y pretensiones del ahora recurrente.

El cuarto de los fundamentos jurídicos señala la participación de este acusado como autor y no como cómplice de la infracción, con una argumentación que, aunque breve, resulta contundente, "ya que José Javier realizó directamente la actividad de posesión de la droga, con finalidad de tráfico, de forma que, tanto la realización de los actos nucleares del tipo como el ánimo del procesado determinan la imputación de la conducta como autor responsable de la misma, a tenor de los artículos 12 y 14,1º del Código Penal EDL 1995/16398".

Por otra parte, se añade que fue hallado el paquete conteniendo la droga en el domicilio de José Javier.

En el fundamento jurídico segundo in fine se señala la consumación del delito por la posesión con fines de favorecimiento o facilitación del consumo ilegal y, finalmente en el octavo se razona sobre la no apreciación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo.

El motivo carente del más mínimo fundamento y que mereció su inadmisión en anterior trámite procesal, ahora debe ser desestimado, porque se ha dado una respuesta motivada en Derecho a las pretensiones deducidas por el recurrente en la instancia, no existiendo vulneración constitucional alguna al respecto.

TERCERO.- El cuarto motivo, acogido a la vía casacional del art. 5,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , alega la infracción del artículo 11,1 de dicho texto legal, en relación con el artículo 18,2 de la Constitución EDL 1978/3879 y asimismo vulneración del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

Se dice en el desarrollo de este extraño motivo, que si bien el acusado firmó una declaración autorizando el registro de su domicilio, no existe ningún mandamiento judicial. El motivo, merecedor de una precedente inadmisión, ahora tiene que perecer. La protección constitucional del domicilio resulta de claridad meridiana y la alternativa es, o consentimiento del titular o resolución judicial, salvo los supuestos de flagrante delito, como se deduce del artículo 18,2 del Texto fundamental. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 señaló la alternativa del consentimiento a los casos previstos en las leyes, que exigen la resolución judicial.

El recurrente dio su autorización y ello hace innecesario cualquier otro requisito. El motivo debe ser desestimado inexcusablemente.

CUARTO.- El quinto motivo, por el cauce del núm. 1º del art. 849 de la Ordenanza procesal penal, denuncia la indebida aplicación de los artículos 344, 344 bis a) 3º y 344 bis e) del Código Penal EDL 1995/16398 .

A.- Con relación al primero de tales preceptos, se señala que no se ha probado que el recurrente fuera a destinar al tráfico tal sustancia que le fue aprehendida.

El submotivo, que al igual que los restantes debió ser objeto de un motivo específico y no aglutinar, ni amalgamar motivos diferentes en uno solo, unidos por la abrazadera del cauce casacional, no puede ser aceptado. Al recurrente se le ha ocupado la sustancia ilícita, un paquete conteniendo 984,5 gramos de sulfato de anfetamina, con 4,6% de anfetamina base. El destino y preordenación de la droga al tráfico, elemento anímico que, unido a la tenencia, genera la tipicidad del art. 344 del Código Penal EDL 1995/16398 , por tratarse de un elemento subjetivo, personal e interno, salvo el raro supuesto de la propia manifestación o reconocimiento de su autor, sólo puede ser inducido a partir de la cantidad poseída. Así, no constando que el impugnante sea consumidor de dicha sustancia, tal posesión de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica presupone el ánimo tendencial de la distribución, venta o donación. Mas aunque se aceptara la condición de consumidor -lo que se dice tan sólo a efectos discursivos- como la dosis para las anfetaminas es de 30 miligramos, y lo ocupado al recurrente 984,5 con una riqueza del 4,6%, alcanza 45,287 gramos que suponen un número de dosis que exceden notoriamente a lo razonablemente estimado para el autoconsumo.

B.- Igualmente merece rechazo la alegación de indebida aplicación del art. 344 bis a) 3º del Código Penal EDL 1995/16398 referido a la cantidad de notoria importancia como específica agravación del tipo básico.

La posibilidad de unas 1.500 dosis con la sustancia ocupada, determinan la notoria importancia. La cantidad de "notoria importancia" de la droga que el art. 344 bis a) 3º estima una agravación específica de la pena básica, constituye un concepto indeterminado, que se ha resuelto por esta Sala, atendiendo a las diversas sustancias y a la cantidad y riqueza en principio activo, señalando, con referencia a las anfetaminas, que su dosis tóxica es de 30 miligramos y puede alcanzar los 100 mgs. en otros compuestos de este bloque farmacológico, siendo la sal sulfato la forma más común de administración del fármaco y principio activo de lo que se conoce genéricamente como anfetamina -sentencia de 23 de octubre de 1991- estimándose la agravación en 343 gramos porque permitiría preparar más de 11.000 dosis -sentencia citada de 23 de octubre de 1991- y asimismo los 1.716,90 gramos con una riqueza del 7,4% -sentencia 292/93, de 8 de febrero-.

La sentencia de este Tribunal de casación de 14 de abril de 1992 destacó que el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia, se produce con todo acierto en este punto, al atender a la cantidad de comprimidos por separado y en su conjunto, y sigue la línea jurisprudencial seguida por este Tribunal de Casación respecto al "L.S.D.", en la sentencia de 22 de diciembre de 1987 y estimando que sobre 200 dosis es cantidad que debe reputarse de notoria importancia, lo que habría de multiplicarse por cuarenta, o sea, cuarenta veces más para alcanzar la dosis que le fue ocupada al recurrente. Esta Sala, atendiendo a la dependencia psíquica o compulsión a tomar la droga que producen determinadas sustancias y a sus efectos sobre el sistema nervioso y el psiquismo de los consumidores y teniendo en cuenta, además, el número de dosis como potencia difusora, ha estimado 30 mg. como dosis tóxica en las anfetaminas -sentencia de 23 de octubre de 1991- y la centramina ocupada al procesado es conocida en el argot del mercado ilícito como "Speed", cuyo principio activo es el sulfato de anfetamina. Pero dada la cantidad de comprimidos y atendiendo a la doctrina de este Tribunal plasmada en las sentencias de 7 y 10 de noviembre de 1983, 15 de noviembre de 1984, 29 de enero, 5 de abril y 6 de octubre de 1988, y 26 de junio de 1989 en que ha de valorarse la notoria importancia, no sólo cuantitativa, sino cualitativamente y atendiendo a la posibilidad de difusión, y teniendo en cuenta que todos estos productos se encuentran sujetos a rigurosos controles, tanto en su producción, como en su distribución y consumo, como se deduce de la normativa, no solo internacional, sino interna al respecto (art. 80 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento EDL 1990/15634 , 3 y 20 al 24 de la Ley 17/1967, de 8 abril, sobre actualización de normas vigentes en materia de estupefacientes EDL 1967/1927 , 12 y 13 de la Orden de 15 de julio de 1982, 3 del Real Decreto 1910/1984, de 28 de diciembre, sobre receta médica EDL 1984/9185 , etc.) que no se dictarían si la peligrosidad de tales sustancias no existiera.

Si bien la resolución de esta Sala 2867/1993, de 21 de diciembre, no estimó en el supuesto enjuiciado las 210 pastillas, fue porque no superaban de modo alguno los 30 miligramos por unidad, que es el baremo a tener en cuenta al respecto, pero no contradice la doctrina aquí recogida. No debe olvidarse que, como adocina la más reciente sentencia de esta Sala, de las citadas, la 477/1996, de 28 de mayo, el efecto de la droga sobre el bien jurídico depende ante todo de la cantidad de dosis que pueden llegar al público.

En todo caso, la cantidad de 200 dosis constituye el límite que vienen señalando la jurisprudencia de esta Sala para las sustancias del bloque anfetamínico -sentencias de 25 de junio de 1994 y 767/1995, de 2 de junio-.

C.- El último submotivo denuncia la indebida aplicación del artículo 344 bis e) del Código Penal EDL 1995/16398 , con relación al comiso del turismo NA-...-I, apoyado por el Ministerio Fiscal.

No comprende este Tribunal de casación como la Sala de instancia ha podido dictar tal medida, cuando tal vehículo no figura, ni en el relato histórico de hechos probados, ni en los otros datos fácticos que se recogen en los fundamentos jurídicos.

Como señaló la sentencia 1088/1993, de 18 de mayo, el comiso previsto genéricamente por el artículo 48 del Código Penal EDL 1995/16398 y en específica relación para el tipo de tráfico de drogas por el artículo 344 bis e) del mismo cuerpo legal se proyectan no sólo sobre los efectos propios del delito (monedas adulteradas, drogas aprehendidas, etc) e instrumentos comisivos, sino también sobre los bienes que "provinieren de los mismos", así como de las ganancias obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Mas en uno u otro caso las consecuencias son disímiles. En efecto, en tanto el primer grupo: instrumentos y efectos del delito, pueden ser estimados como consecuencia natural del delito y por ello encuadrables en la fórmula de la conformidad con la pretensión acusatoria en base a la norma contenida en el artículo 1.258 del Código civil EDL 1889/1 , los "frutos" del delito no integran tal condición de elemento natural y precisan de una declaración de existencia dada por el órgano jurisdiccional o de una expresa afirmación previa por la acusación en los casos de conformidad.

Estimar lo contrario sería vulnerar el derecho al proceso legalmente debido que establece el artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 . No otro es el sentido de la más reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, que en las sentencias de 17 de septiembre de 1991 y en la 2473/1992, de 12 de noviembre, declara que "en definitiva se trata de una medida controvertible en juicio y de ahí la necesidad de que se someta expresamente a debate por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras cuando la estimen procedente, sin que baste la genérica petición de penas accesorias". Asimismo la sentencia 2389/1993, de 25 de octubre, ha destacado que tal precepto ha de interpretarse a la luz de dos matices:

Primero. El subrayado por esta Sala de que no puede desconcertarse la utilización del mismo del principio de aplicación libre por el Juez de todo o parte de esa pena accesoria, que fija el último párrafo del art. 48 del Código Penal EDL 1995/16398 , por lo que su interpretación, como la de toda norma punitiva y, por ende, odiosa, ha de ser restrictiva -véanse, por todas, las sentencias de 15 de noviembre de 1993, y las en ella citadas-; y.

Segundo. Que el condicionamiento para la procedencia del comiso de los efectos cuya ocupación y pérdida se impongan en la sentencia, es que tengan la condición de instrumentos, producto o ganancias del delito del art. 344 y siguientes del Código Penal EDL 1995/16398 , así como su no pertenencia a un tercero no responsable del delito, condiciones que han de estar acreditadas en autos.

Igualmente en dicha dirección la más reciente 391/1994, de 28 de febrero. Se refiere a las exigencias del principio de proporcionalidad.

El submotivo debe ser estimado.

QUINTO.- El sexto motivo del recurso aduce la aplicación indebida del artículo 14 del Código Penal EDL 1995/16398 y la falta de aplicación del artículo 16 del mismo cuerpo legal. Pretende el recurrente su condena como cómplice y no como autor de un delito de los artículos 344 y 344 bis a) 3º del citado Código Penal EDL 1995/16398 . Si bien se dice que la droga fue encontrada en el domicilio de este impugnante, no se explicita que fuera José Javier la persona que iba a destinar la droga al consumo de terceros.

Nuevamente hay que señalar que existe posesión y preordenación al tráfico y ello genera la autoría y no la complicidad, porque resultaba absurdo traspasar una parte de la sustancia del domicilio de Armando al del recurrente, si no tenía un destino de tráfico pues podría haber permanecido, como la otra parte en aquel lugar originario.

En todo caso y para evitar innecesarias repeticiones esta Sala se remite al motivo del Ministerio Fiscal y a la doctrina jurisprudencial allí recogida para dar condigna respuesta a este motivo y acordar su desestimación.

SEXTO.- El séptimo motivo del recurso señala la aplicación indebida del artículo 49, así como la impropia inaplicación del artículo 3,2, en relación con el artículo 53, todos del Código Penal EDL 1995/16398 .

Se pretende estimar el delito de este recurrente no como consumado, sino en grado de frustración.

Entiende el impugnante que no llegó a tener una disponibilidad libre y autónoma de la sustancia.

Como ha recogido la sentencia de 4 de diciembre de 1991, la anticipación de la fase consumativa propia de este delito de resultado cortado, dota de excepcionalidad a las figuras imperfectas de ejecución, esporádicamente reconocidas en los supuestos de no haberse llegado a poseer la droga, ni haber tenido sobre ella forma alguna de disponibilidad. Como indica una reiterada doctrina de esta Sala, el delito aquí enjuiciado, es de peligro abstracto, y su punibilidad trae causa de la creación de un peligro eventual, de quedar la droga a disposición de la voluntad del destinatario, aunque no exista posesión material ni por supuesto tráfico efectivo -sentencia de 26 de enero, 6 de julio y 5 de noviembre de 1990 y 4 de marzo de 1991-. En igual sentido se han pronunciado las de 31 de enero, 2 de junio, 29 de septiembre, 30 de octubre, 11 de noviembre y 5 de diciembre de 1992, 330/1993, de 19 de febrero, 1127/1993, de 14 de mayo, 1871/1993, de 16 de julio, 1155/1994, de 30 de mayo, 1477/1994, de 8 de julio, 355/1995, de 13 de marzo, 428/1995, de 24 de marzo, 886/1995, de 19 de julio, 954/1995, de 26 de septiembre, 313/1996, de 16 de abril y 497/1996, de 24 de mayo, entre otras-.

El recurrente realizó actos de intermediación, haciéndose cargo de la droga de la que tuvo disponibilidad por algún tiempo con la finalidad de destinarla al tráfico, por lo que concurrieron los elementos objetivos y subjetivos de la infracción.

El motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO.- El octavo y último motivo aduce la inaplicación de la atenuante 9ª del artículo 9 del Código Penal EDL 1995/16398 . Se dice que el recurrente pronto y espontáneamente confesó y guió a la policía al lugar donde se encontraba el paquete.

La sentencia de instancia excluye la atenuante porque, si en un principio colaboró, después su actuación se trocó negativa.

La única actuación de colaboración fue la de autorizar el registro de su domicilio, no consta en el "factum" que indicara donde se encontraba la droga y la relevancia del permiso de entrada en su morada y de la diligencia de registro es harto escasa, habida cuenta

que hubiera podido -en el estado de las investigaciones policiales y de detención de los imputados- haberse solicitado de la autoridad judicial recabando el oportuno mandamiento judicial al efecto.

En todo caso carece de practicidad tal cuestión al haberse impuesto la pena en su límite mínimo.

Además, nunca podría apreciarse como la genuina del art. 9,9ª, ya que su actuación fue posterior a conocer la apertura del procedimiento. Como señaló la sentencia de 18 de febrero de 1992 sólo realizó reparación al ser descubiertas las anomalías y al ser requerido al respecto, por lo que no debe apreciarse la atenuante.

Como antecedente hay que citar la de 21 de febrero de 1992, que no la estimó en la entrega de unas maletas a la policía sin dar más explicaciones. Tampoco puede decirse que haya realizado una prestación positiva en el sentido del orden jurídico que sirviera para saldar una parte correspondiente de su culpabilidad, como recoge la resolución de 21 de mayo de 1992.

El factor cronológico es fundamental -ver sentencias de 19 de mayo de 1986, 2 de julio de 1988, 15 de marzo de 1989, 20 de octubre de 1992, 2122/1994, de 30 de noviembre y 483/1996, de 23 de mayo-.

Motivo y recurso deben ser desestimados por ello.

III.- RECURSO Armando y María Angeles

OCTAVO.- El primer motivo, referido tan sólo a María Angeles, aduce la vulneración del principio fundamental a la presunción de inocencia.

Se pone el acento en que las manifestaciones inculpatorias del atestado no se ratificaron después a presencia judicial. La imputación fue la declaración prestada por José Javier en sede policial con asistencia letrada, que luego no ratificó. Esta Sala ha negado el valor de prueba preconstituida o anticipada por no producirse en presencia judicial y otorga tan sólo el valor de mera denuncia o atestado -ver sentencia de 15 de febrero de 1996- exigiendo que sean ratificadas en el acto del juicio otra las declaraciones allí contenidas. Ello es lo acontecido en este caso, donde los funcionarios policiales números 1...1 y 6...5 acudieron al plenario y ratificaron el atestado.

Por si ello no fuera bastante, no sólo éstos, también los números 6...6 y 4...1 encargados del seguimiento y vigilancia de María Angeles y el recurrente confirmaron lo expuesto.

Por ello no puede decirse que falte la prueba suficiente y el motivo debe perecer por ello.

NOVENO.- El motivo segundo alega infracción del artículo 18,3 de la Constitución EDL 1978/3879 al no cumplirse los requisitos señalados en el artículo 579,2 de la Ley procesal penal EDL 1882/1 respecto a las intervenciones telefónicas.

El propio desarrollo del motivo señala que la sentencia de instancia no se ha apoyado para dictar su fallo condenatorio en las conversaciones intervenidas.

En todo caso, el motivo tiene que perecer inexcusablemente, porque esta Sala ha podido comprobar motivación, congruencia y proporcionalidad de la medida y el control judicial permanente. Así la motivación resulta de la congruente respuesta o aceptación de la solicitud policial, suficientemente motivadora y en su lógica remisión.

La entrega de las cintas al Juzgado de Instrucción y la transcripción ante el Secretario -folios 155 a 176- ponen de relieve el posterior control.

Finalmente, se señaló a las partes que podían solicitar la audición de las cintas.

El motivo debe ser desestimado.

DECIMO.- El motivo tercero aduce error de hecho en la apreciación de la prueba por no haberse recogido la pericia en los autos de los doctores Poveda y Alvaro sobre la escasa concentración de sulfato de anfetamina.

La Sala de instancia ha acogido el dictamen de la Dirección Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo.

A este respecto conviene destacar que una constante y pacífica doctrina jurisprudencial tan conocida, cuya cita resultaría ociosa por ello, ha señalado que los dictámenes periciales para que puedan tener la consideración de documento a efectos casacionales requieren la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre aquellos datos fácticos, los haya tomado como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario o rutinario;

b) Cuando contando solamente con dicho dictamen y no concurriendo otras pruebas sobre tal punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con la de los citados informes, salvo razones que lo justifiquen, siempre que no se disponga de otras pruebas.

Aquí no concurre tal situación. Razonablemente la Sala de instancia ha preferido por su carácter técnico oficial y mayor imparcialidad el informe de Sanidad y Consumo. Por otra parte no se discute el porcentaje de anfetamina.

El motivo tiene que perecer por ello.

UNDECIMO.- El cuarto y último motivo alega la aplicación indebida del art. 344 bis a) 3º del Código Penal EDL 1995/16398, señalando que tan sólo debiera haberse aplicado el tipo básico. Cita algunas sentencias y señala que tan sólo existen 78 gramos de la sustancia.

Para evitar innecesarias repeticiones esta Sala se remite al fundamento jurídico cuarto B, donde se da la adecuada respuesta en la doctrina jurisprudencial sobre dicho punto.

Ello determina la desestimación del motivo y recurso.

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos por el Ministerio Fiscal y el procesado José Javier, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 15 de mayo de 1995, en causa seguida a Luis Vicente, Armando, María Angeles, José Javier, Alberto, Ignacio Joaquín, Francisco y Jesús por delito contra la salud pública, estimando el motivo único del Ministerio Fiscal y el quinto del recurso del procesado José Javier, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por dicha Audiencia, declarando de oficio las costas correspondientes a dicho procesado.

Asimismo, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por los procesados Armando y María Angeles contra la sentencia anteriormente referenciada, condenándoles al pago de las costas correspondientes ocasionadas en el presente recurso. Y comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que remitió en su día, interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Montero Fernández-Cid.- José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.- Fernando Cotta y Márquez de Prado.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Abril de mil novecientos noventa y siete. En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Zaragoza (Sumario 3/94) y seguida ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Rollo 24/1994) por delito contra la salud pública contra los acusados Luis Vicente, nacido en Zaragoza el 23 de julio de 1969, con D.N.I. núm. 25...5, hijo de Lucio y de Marta y vecino de dicha ciudad, soltero, autónomo, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional por esta causa, de la que estuvo privado desde el 26 al 28 de enero de 1994, Armando, nacido en Zaragoza el 21 de junio de 1970, con D.N.I. núm. 17...0, hijo de Eugenio y de Teresa, vecino de Zaragoza, soltero, representante, con instrucción, solvente, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, de la que ha estado privado desde el 25 de enero de 1994 al 4 de noviembre de dicho año, contra María Angeles, natural y vecina de Zaragoza, nacida el 9 de diciembre de 1971, con D.N.I. núm. 25...2, hija de Antonio y de Manuela, soltera, estudiante, con instrucción, sin antecedentes penales, ignorada solvencia y en libertad provisional por esta causa, de la que ha estado privada desde el 25 de enero al 3 de febrero de 1994, contra José Javier, nacido en Barcelona el 6 de diciembre de 1967, con D.N.I. núm. 25...6, hijo de Juan y Josefa, con domicilio en Zaragoza, soltero, peón, con instrucción, sin antecedentes penales, ignorada solvencia y en libertad provisional por esta causa de la que ha estado privado desde el 25 de enero de 1994 al 4 de noviembre de dicho año. Contra Alberto, nacido en Versalles el 2 de agosto de 1963, hijo de Fausto y de Concepción, con D.N.I. núm. 5.3...7, con domicilio en Zaragoza, soltero, representante, con instrucción, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, de la que ha estado privado del 27 al 29 de enero de 1994, contra Ignacio Joaquín, natural y vecino de Zaragoza, nacido el 29 de diciembre de 1973, hijo de Julian y Dolores, con D.N.I. núm. 17...5, soltero, estudiante, con instrucción, sin antecedentes penales, insolvente y en libertad provisional por esta causa, de la que ha estado privado del 27 al 28 de enero de 1994, contra Francisco, natural y vecino de Zaragoza, nacido el 26 de marzo de 1969, con D.N.I. núm. 25...8, hijo de Miguel y de Paulina, soltero, albañil, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente parcial y en libertad provisional por esta causa, de la que ha estado privado del 25 al 28 de enero de 1994, y contra Jesús, natural y vecino de Zaragoza, nacido el 5 de agosto de 1969, con D.N.I. núm. 25...4, hijo de Jaime y de Rosa, soltero, comerciante, con instrucción, sin antecedentes penales, solvente parcial y en libertad provisional por esta causa, de la que estuvo privado desde el 25 al 28 de enero de 1984, en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 15 de mayo de 1995, que ha sido casada y anulada por la pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Se mantienen inalterables los de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se mantienen íntegramente los fundamentos jurídicos primero a cuarto, ambos inclusive, y sexto a décimo, ambos inclusive, sustituyéndose así el

"QUINTO.- Asimismo la acusada, María Angeles, es responsable del delito antedicho en concepto de autores, por las razones aducidas en el ordinal primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia precedente a esta resolución".

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Se mantiene el fallo recurrido excepto el apartado SEGUNDO que queda así:

"SEGUNDO.- Condenamos a María Angeles, como responsable en concepto de autora del delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años y un día de prisión mayor y multa de 101.000.000 (ciento un millón) de pesetas, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio

durante el tiempo de la condena privativa de libertad y al pago de 1/8 parte de las costas". Se suprime la mención al comiso del automóvil Ford-Fiesta NA-...-I.

En todo lo demás se mantiene íntegramente el fallo recurrido Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Montero Fernández-Cid.- José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.- Fernando Cotta y Márquez de Prado.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.